

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., G., vertreten durch Dr. Michael Bereis, Rechtsanwalt, 1050 Wien, Pilgramgasse 22/7, gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling, betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. Juni 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Laut Akt ist der Bw. am 2.5.2002 nach Österreich eingereist und hat am selben Tag einen Asylantrag gestellt. Dieser wurde mit Bescheid des Asylamtes gemäß § 7 Asylgesetz abgewiesen. Mit Beschuss des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.02.2004 wurde das Verfahren rechtskräftig negativ abgeschlossen.

Am 21.09.2006, 09.11.2006 und 08.01.2007 stellte der Bw. Bw. Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder Y.B., geb. 2004 und Y.H., geb. 2003.

Als Beilage wurde der österreichische Staatsbürgernachweis dem Finanzamt vorgelegt. Am 16. Mai 2006 ist Bw. die österreichische Staatsbürgerschaft verliehen worden.

Das Finanzamt ersuchte den Herrn Bw., Auskunft darüber zu geben, ob die beiden Kinder eine Niederlassungs- und Aufenthaltsbewilligung in Österreich hätten oder subsidiär Schutzberechtigte seien.

Der Vertreter des Herrn Bw. teilte dem Finanzamt mit, dass die Kinder nicht die österreichische Staatsbürgerschaft hätten. Zur Frage der Rechtmäßigkeit des

Aufenthaltrechtes der beiden Kinder führte er aus:

„Ich muss pflichtgemäß auf den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vor entgegenstehenden nationalen Bestimmungen verweisen. Ihr Vorhalt bezieht sich offenbar auf die innerstaatliche Rechtslage nach dem NAG, auf welche sich meine Mandantschaft aber gar nicht beruft. Der Aufenthalt in Österreich ist wegen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Ausweisung durch den VwGH sicher nicht unrechtmäßig.“

Dazu kommt aber nicht nur eine auf das Gemeinschaftsrecht per se beruhende Niederlassungsberechtigung der türkischen Staatsangehörigen, die auf ARB 1/80 und den indirekten Diskriminierungsverbot beruht, wonach sich die betreffenden türkischen Staatsangehörigen direkt vor allen nationalen Behörden berufen können, sodass eine von einer österreichischen Behörde ausgestellten Niederlassungsbewilligung oder Aufenthaltsberechtigung nie konstitutiv sondern nur deklatorisch auswirkt.

Darüber hinaus habe ich pflichtgemäß auf die Entscheidung des EuGH Rs C 262/96 (Sema Sueruel) zu verweisen, wonach ihre Berufung auf § 8 NAG gar nicht entscheidungswesentlich ist. Ich habe mich in vielen Causen vor Finanzämtern in Wien und Niederösterreich auf dieses EuGH Urteil mit Erfolg berufen, sodass ich ehrlich bis jetzt der Ansicht wäre, dass meine Auffassung nach der ständigen Judikatur der Finanzbehörden geteilt wird.“

In einer weiteren Stellungnahme vom 15.02.2007 führte der Vertreter ua aus, dass er für die beiden Kinder bei der BH Mödling den Antrag auf Niederlassungsbewilligung aus humanitären Gründen gestellt hätte. Der Kindesvater sei seit einigen Monaten österreichischer Staatsbürger, über die Niederlassungsbewilligung der Angehörigen sei noch nicht entschieden worden. Dazu komme noch, dass nach dem ARB 1/80 und 3/80 des Assoziationsabkommens der Türkei mit der EWG und dem Urteil Sürül (C-62/96) des EuGH es nicht wesentlich sei, ob der Aufenthalt der türkischen Kinder, bzw. Familienangehörigen rechtmäßig oder rechtswidrig sei und ein Anspruch auf Familienbeihilfe auch bei nicht rechtmäßigen Aufenthalt wegen des Diskriminierungsverbotes des ARB 1/80 bestehet. Auf Grund der Rechtslage nach dem NAG 2005 hätten die Finanzämter seiner Erfahrung nach die entsprechenden Anträge abgewiesen, sodass er auf eine Berufung an den UFS verwiesen worden sei, wobei der UFS als Tribunal im Sinne des Gemeinschaftsrechts den Anwendungsvorrang zu beachten hätte, bzw. seinerseits eine Anfrage an den EuGH im Sinne des Art 234 EG richten könne.

“Im konkreten Fall geht es im wesentlichen darum, ob sich die Situation der Familienangehörigen seit der Einbürgerung des Kindesvaters verschlechtert haben könnte, wobei hier die Ansicht vertreten wird, dass eine weitere Verschlechterung nach Art 13 ARB 1/80 nach Gemeinschaftsrecht nicht zulässig ist und daher nach dem Anwendungsvorrang die Familienbeihilfe auf alle Fälle auszubezahlen wäre, solange sich die Kinder nachweislich im Bundesgebiet aufzuhalten, was derzeit zweifelsohne der Fall ist.“

Das Finanzamt erließ einen Bescheid, mit dem die Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder Y.B. , geb. 2004 und Y.H. , geb. 2003 ab 1.6.2006 abgewiesen wurden.

Nach Zitierung des § 3 Abs.1 bis 4 FLAG BGBI. I Nr.100/2005, wurde ua ausgeführt, dass die Gattin des Bw. Y.F. und die beiden Kinder Y.B. und Y.H. türkische Staatsbürger seien.

„Die Gattin und beide Kinder halten sich nicht nach § 8 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) in Österreich auf. Der Gattin und den Kindern wurde auch nicht Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt. Auch der Status der subsidiär Schutzberechtigten wurde nicht zuerkannt.“

Art 8 des Europäischen Abkommens über Soziale Sicherheit ist durch die Neuregelung des § 3 FLAG 1967 im Hinblick auf das neue Anspruchserfordernis des rechtmäßigen Aufenthaltes in Österreich von Antragsteller und Kind kein Anwendungsbereich mehr insofern, als sich in Österreich der im eigenen Staat naturgemäß rechtmäßig aufzuhalten, Fremde (somit auch türkische Staatsbürger) hingegen hierfür eine Aufenthaltsberechtigung iS von § 3 FLAG 1967 benötigen.

Da im gegenständlichen Fall die Kinder die Voraussetzungen nach § 3 Abs.2-4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 nicht erfüllen, muss der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe abgewiesen werden.“

Gegen den Bescheid wurde Berufung erhoben. Der Bescheid sei ersatzlos aufzuheben und ab 01.06.2006 bis auf weiteres die mit diesem Zeitpunkt eingestellte Familienbeihilfe umgehend für die im Bescheid genannten mj. Kinder auszuzahlen und somit weiterhin zu gewähren. Begründend wurde ausgeführt:

„Ich pflichte der Finanzbehörde erster Instanz zu, dass infolge der geänderten Rechtslage nach § 3 (1) FLAG Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des NAG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.“

Dem sind aber die Bestimmungen des Assoziationsabkommens der EWG mit der Türkei und die Beschlüsse ARB 1/80 und 3/80 im Zusammenhang mit dem Urteil des EUGH C 262/96 (Sürül) sowie die Stand Still Klausel des Art 13 ARB 1/80 entgegenzuhalten sowie der Umstand, dass es sich dabei um Familienangehörige eines türkischen Arbeitnehmers handelt.

Es gilt hier der Anwendungsvorrang von Gemeinschaftsrecht gegenüber der entgegenstehenden nationalen Vorschriften, sodass hier die angewendeten Bestimmungen des § 3 Abs.1 FLAG und die §§ 8 und 9 NAG 2005 im konkreten Fall nicht zur Anwendung kommen, da sie durch den Anwendungsvorrang zurückgedrängt werden.

Sollte der Hohe Unabhängige Finanzsenat nicht mit meiner Rechtsansicht eines acte Claire im Sinne des obigen Urteils Sürül konform gehen, die wird im Sinne des Art 234 EG die Vorlage

an den EuGH angeregt, die insbesondere mit der Anfrage, ob die Bestimmungen der angewendeten Bestimmungen des § 3 FLAG iVm §§ 8 und 9 NAG 2005 dem Gemeinschaftsrecht entgegenstehen, insbesondere den Bestimmungen der ARB 1/80 und 3/80.“

Auf Grund eines Vorhalteverfahrens des UFS hat der Vertreter des Bw. Kopien der Karten, die als Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ ab 26.02.2008 für die beiden Kinder bescheinigen, nachgereicht.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967, in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung, haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach § 3 Abs. 2 leg. cit. besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 3 Abs. 3 leg. cit. besagt: Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005, BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

Bis 31.12.2005 galt für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, folgende gesetzliche Regelung des § 3 Abs. 1 FLAG 1967: Danach hatten solche Personen dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt waren und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezogen. Kein Anspruch bestand, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauerte, außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstieß.

Die oben zitierte Neuregelung der Ansprüche von Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, erfolgte im Rahmen umfangreicher Änderungen im Bereich des Fremdenrechtes. Danach besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr für die Personen, die auch zur Niederlassung in Österreich berechtigt sind, wobei diese Berechtigung nach den Bestimmungen des ebenfalls im Rahmen des Fremdenrechtspaketes 2005 erlassenen Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes erteilt wird. In deren §§ 8 und 9, auf die sich das Gesetz bezieht, sind die Arten und Formen der Aufenthaltstitel im Sinn des Gesetzes aufgezählt.

Gemäß § 8 (1) Niederlassung- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) werden Aufenthaltstitel erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung" für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" (Z 3) zu erlangen;
2. Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" (Z 4) zu erhalten;
3. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
4. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
5. "Aufenthaltsbewilligung" für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

(2) Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt als:

1. "Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AusIBG erstellt wurde, berechtigt;
2. "Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
3. "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AusIBG berechtigt;
4. "Niederlassungsbewilligung - beschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;
5. "Niederlassungsbewilligung - Angehöriger", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

(3) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname,

Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

- (4) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 5) von Ehegatten und minderjährigen unverheirateten Kindern hängt während der Frist nach § 27 Abs. 1 vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).
- (5) Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung, ausgenommen Fälle von Sozialdienstleistenden (§ 66), dürfen während der Geltungsdauer dieser Bewilligung im Inland um eine Aufenthaltsbewilligung mit anderem Zweckumfang oder um eine Niederlassungsbewilligung ansuchen. Ein solcher Antrag schafft bis zur Zustellung der Entscheidung der Behörde erster Instanz ein über die Geltungsdauer der ursprünglichen Aufenthaltsbewilligung hinausgehendes Bleiberecht.

Wie bereits vorstehend ausgeführt, hat der Vertreter des Bw. auf Grund eines Vorhalteverfahrens Kopien der Karten, die als Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ ab 26.02.2008 für die beiden Kinder bescheinigen, nachgereicht.

Für Zeit davor ab 01.06.2006 kann der Bw. jedoch keinen Aufenthaltstitel für seine Kinder nach der neuen gesetzlichen Regelung nachweisen.

Aus den angeführten Gründen war daher, wie im Spruch angeführt, zu entscheiden.

Der vom Berufungswerber angeführte Beschluss ARB Nr.1/80 des Assoziationsrates vom 19. September 1980 (Assoziationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Türkei über die Anwendung der Systeme der Sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf türkische Arbeitnehmer und auf deren Familienangehörige) ist nicht anwendbar, weil dieser Beschluss die Freizügigkeit von Arbeitnehmern behandelt und nicht für Personen gedacht ist, die vor der Türkei internationalen Schutz begehen.

Wien, am 22. Oktober 2008