



GZ. RV/3463-W/09,
miterledigt RV/4102-W/09,
RV/0700-W/10

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des bw., vom 27. Februar 2009 und vom 27. Mai 2009 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vertreten durch Mag. Patric Flament, vom 26. Jänner 2009 sowie vom 24. April 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis zum 28. Februar 2009 sowie vom 1. März 2009 bis zum 30. April 2009 und betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind JH ab dem 1. Oktober 2008 bis zum 28. Februar 2009 entschieden:

Die Berufung gegen den Bescheid betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis zum 28. Februar 2009 für die Kinder WH, HH, SAH, KS, SUH, DH und TH wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Der Berufung gegen den Bescheid betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind JH ab dem 1. Oktober 2008 bis zum 28. Februar 2009 wird teilweise Folge gegeben.

Für das Kind JH wird Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis zum 30. November 2008 im Ausmaß von 210,80 € (FB) und 101,80 € (KAB) zuerkannt.

Gleichzeitig wird der Gesamtbetrag an Familienbeihilfe für den Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis zum 30. November 2008 gemäß § 8 Abs. 3 lit. d FLAG um insgesamt 100 € erhöht.

Der Berufung gegen den Bescheid betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum vom 1. März 2009 bis zum 30. April 2009 für die Kinder JH, WH, HH, SAH, KS, SUH, DH und TH wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der nach § 8 Abs. 1 AsylG 2005 i. V m. § 34 Abs.3 leg. cit. den Status eines subsidiär Schutzberechtigten besitzende Bw. ist verheiratet und hat acht Kinder.

Mit der Begründung, dass der größtenteils als Bauhelfer beschäftigte Bw. seit dem 29. November 2008 in keinem nichtselbständigen Verhältnis befinde und so hin ein Anspruch auf den Familienbeihilfebezug ausschließende Leistungen aus der Grundversorgung bestehe, wurde mit Bescheid vom 26. Jänner 2009 für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis zum 28. Februar 2009 für die im Spruch bezeichneten Kinder die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge als unrechtmäßig bezogen zurückgefordert.

Ebenso wurde mit Bescheid vom 26. Jänner 2009 der am 22. Dezember 2008 gestellte Antrag des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine 2008 geborene Tochter J für den Zeitraum ab dem 1. Oktober 2008 abgewiesen, wobei das Finanzamt, die Auffassung vertrat, dass einerseits der Bw. seit dem 29. November 2008 nicht mehr erwerbstätig sei, andererseits der Tochter des Bw. der Status einer subsidiär Schutzberechtigten erst mit Bescheid vom 27. November 2008 zuerkannt worden sei, der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht zum Tragen komme.

Mit Schriftsatz vom 27. Februar 2009 wurde gegen den Rückforderungsbescheid vom 26. Jänner 2009 Berufung erhoben und hierbei begründend ausgeführt, dass es zwar den Tatsachen entspreche, dass der Bw. mit Ende November 2008 arbeitslos geworden sei, aber dessen ungeachtet dieser im Dezember 2008 bzw. im Jänner 2009 - neben dem Bezug, von Leistungen aus der Grundversorgung ausschließenden Arbeitslosengeld – in geringfügigem Ausmaß als Dolmetsch selbständig tätig gewesen sei, wobei auch die Entfaltung nämlicher Tätigkeit Ansprüchen aus der Grundversorgung entgegengestanden sei.

Darüber hinaus sei es auch verfassungsrechtlich bedenklich Unterschiede zwischen einem subsidiär Schutzberechtigten und einem, einen Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) innehabenden Titel dahingehend zu statuieren, dass letzterem auch im Falle der Arbeitslosigkeit der Anspruch auf Familienbeihilfe erhalten bleibt.

Demzufolge sei eine verfassungskonforme Interpretation der unselbständigen Erwerbstätigkeit in § 3 Abs. 4 FLAG geboten, indem Zeiten des Bezugs einer Leistung aus der Arbeitslosenversicherung mit einzubeziehen seien.

Eventualiter seien auch Überlegungen in Richtung des § 26 Abs. 4 FLAG angezeigt, zumal die Rückforderung der Familienbeihilfe gemessen an der monetären Situation des Bw. als unbillig erscheine.

Aus Gründen des Sachlichkeitsgebots sei zumindest für Zeiten der kurzfristigen Arbeitslosigkeit des Bw. von der Rückforderung der Familienbeihilfe Abstand zu nehmen.

Gegen den Abweisungsbescheid betreffend Gewährung der Familienbeihilfe für die Tochter J wurde ebenfalls Berufung erhoben, wobei vor allem ins Treffen geführt wurde, dass für die Monate Oktober und November 2008 der Anspruch jedenfalls zu Recht bestanden habe, da der Bw. in nämlichem Zeitraum nachgewiesenermaßen unselbständig erwerbstätig gewesen sei.

Betreffend die Monate Dezember 2008 und Jänner 2009 sei auf den Umstand, der geringfügigen selbständigen Erwerbstätigkeit als Dolmetsch zu verweisen, welche den Anspruch Leistungen aus der Grundversorgung ausgeschlossen habe.

Im übrigen sei der Bw. seit dem 23. Februar 2009 wiederum als Arbeiter im nichtselbständigen Verhältnis beschäftigt und lägen somit alle Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe vor.

Demzufolge ergehe der Antrag auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind J ab Oktober 2008.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 26. März 2009 wurde die gegen den Rückforderungsbescheid betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis zum 28. Februar 2009 erhobene Berufung als unbegründet abgewiesen.

In der Begründung vorgenannten Bescheides vertrat das Finanzamt die Auffassung, dass der Ansicht des Bw., der gemäß ob im Zeitraum Dezember 2008 und Jänner 2009 erhaltener Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung, ein Anspruch auf Leistungen aus der

Grundversorgung nicht bestanden habe, insoweit nicht näher getreten werden könne, da Erhebungen bei der Landesgeschäftsstelle Grundversorgung, Fonds Soziales Wien gezeitigt hätten, dass in den Monaten Dezember 2008 bis Februar 2009 die Gattin des Bw. Leistungen aus der Grundversorgung bezogen habe.

In Ansehung des Umstandes, dass – im Sinne einer Familienbetrachtung - nach der Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 der Bezug von Leistungen aus der Grundversorgung für jegliches im gemeinsamen Haushalt Familie den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließe, komme der Berufung des Bw. – ungeachtet der Verwirklichung des weiteren Ausschlussgrundes des Bezuges von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung – keine Berechtigung zu.

Mit Schriftsatz vom 29. April 2009 wurde seitens des Bw. der Antrag auf Vorlage des Rechtsmittels an die Abgabenbehörde zweiter Instanz gestellt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 26. März 2009 wurde dem Rechtsmittel des Bw. betreffend den Abweisungsbescheid hinsichtlich der Gewährung von Familienbeihilfe für die Tochter J im Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis zum 28. Februar 2009 teilweise Folge gegeben, indem der Anspruch im Zeitraum 1. Oktober 2009 bis zum 30. November 2008 ob der unselbständigen Erwerbstätigkeit des Bw., respektive ob des Nichtbezugs von Leistungen aus der Grundversorgung als bestehend erachtet wurde.

Betreffend den Zeitraum November 2008 bis Februar 2009 wurde der Bw. auf den, den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließenden Umstand des Bezugs von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung sowie auf die der Gattin des Bw. zugezählte Leistungen aus der Grundversorgung hingewiesen.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass der Bw. auch in dieser Berufungsvorentscheidung auf die sich aus dem § 3 Abs. 4 FLAG 1967 ergebende Familienbetrachtung hingewiesen wurde.

In dem gegen diese Berufungsvorentscheidung eingebrachten Vorlageantrag vom 29. April 2009 wurde betreffend den Zeitraum Dezember 2008 bis zum Februar 2009 ausgeführt, dass der Bw. ob seiner Arbeitslosigkeit bei der im Auftrag des Fonds Soziales Wien zur Auszahlungen aus der Grundversorgung betrauten Caritas (Asylzentrum) um finanzielle Beihilfe angefragt habe, wobei dieser Anfrage eine Ansage erteilt worden sei.

Ungeachtet dessen habe die Caritas mitgeteilt, dass die Ehegattin des Bw. in der Grundversorgung krankenversichert sei, wobei anzumerken sei, dass diese jedoch keine finanzielle Unterstützung erhalten habe.

Die in der Berufungsvorentscheidung angezogene „Familienbetrachtung“, der gemäß Leistungen aus der Grundversorgung an irgendein Familienmitglied beihilfenschädlich sei, finde sich zwar in den Durchführungsrichtlinien des BMWFJ, sei jedoch dem Wortlaut der Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 nicht zu entnehmen.

In diesem Zusammenhang sei anzumerken, dass die Anwendung der Familienbetrachtung zu verfassungswidrigen Ergebnissen führe.

Im Fall einer (in Wien wohnhaften) Familie von zwei Erwachsenen und fünf minderjährigen Kindern bestehe ein monatlicher Anspruch aus der Grundversorgung im Ausmaß von 980 € (Mietzuschuss von max. 220 € pro Monat, Verpflegungsgeld von max. 180 € pro Person und Monat und einem Verpflegungsgeld für Minderjährige von je 80 € pro Person und Monat).

Unter Annahme, dass ein Elternteil unselbständig erwerbstätig wäre und 1.020 € pro Monat verdiene, während der andere Elternteil den Haushalt führe, würde - unter Anwendung der Familienbetrachtung - die Geburt eines weiteren Kindes den Anspruch auf Familienbeihilfe „zu Fall“ bringen, da nunmehr ein, nach Ansicht des Finanzamtes unverzichtbarer Anspruch auf Grundversorgungsleistungen von 40 € entstanden sei.

An obigem Beispiel manifestiere sich, dass die Familienbetrachtung gerade bei Personen mit niedrigem Einkommen (teilbeschäftigte Alleinerzieherinnen oder Familien mit hoher Kinderanzahl) deshalb keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hätten, weil ihr Einkommen zu niedrig sei, wobei nämlich Ergebnis dem Zweck des Familienlastenausgleichs im Sinne einer Einkommensumverteilung zugunsten von Familien mit Kindern zuwiderliefe.

Zu bedenken sei des weiteren, dass die Novellierung des § 3 FLAG 1967 im Zuge des Fremdenrechtspakets der Erhöhung der sozialen Treffsicherheit dienen sollte, weswegen die von der Abgabenbehörde herangezogene Familienbetrachtung dem Zweck des Familienlastenausgleichs widerspreche.

Des weiteren sei nochmals auf das Gebot einer verfassungskonformen Interpretation des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 hinzuweisen, wobei diese in einer zur Gleichbehandlung von Fremden und zwar unabhängig vom jeweiligen Aufenthaltstitel münden solle.

Es sei auch kein Grund dafür erkennbar, dass ein subsidiär Schutzberechtigter mit 8 Kindern ein höheres Erwerbseinkommen nachzuweisen habe als beispielsweise ein subsidiär Schutzberechtigter mit einem Kind.

Der Ansicht des Finanzamtes, der gemäß der Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung beihilfenschädlich sei könne auch deshalb nicht beigespflichtet

werden, da sich nämliche Auslegung wiederum aus den Durchführungsrichtlinien zum FLAG 1967 des BMWFJ ergebe.

Demgegenüber spreche die Gesetzesbestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG von einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit als Anspruchsvoraussetzung und nicht davon, dass der Bezug von Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung per se den Anspruch auf Familienbeihilfe bei subsidiär Schutzberechtigten vernichte.

In Ansehung des Umstandes, dass der Bw. im Streitzeitraum geringfügig selbständig erwerbstätig gewesen sei, habe er die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt.

Es werde nochmals darauf hingewiesen, dass es als gleichheitswidrig zu erachten sei, dass einem Fremden mit Aufenthaltstitel nach NAG für Zeiten der Arbeitslosigkeit der Anspruch auf Familienbeihilfe erhalten bleibt, während der subsidiär Schutzberechtigte in nämlichem Zeitraum dieses Anspruchs verlustig gehe.

Zur Vermeidung dieser Rechtsfolge sei es unumgänglich, dass für die Anspruchsvoraussetzung der unselbständigen Erwerbstätigkeit auch Zeiten des Bezugs einer Leistung aus der Arbeitslosenversicherung miteinbezogen werden.

Zu bemerken sei weiters, dass Art 28 der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004, welche bis zum 10. Oktober 2006 in innerstaatliches Recht umzusetzen gewesen sei, die Gewährung von Sozialleistungen sowohl an Flüchtlinge, als auch an subsidiär Schutzberechtigte vorsehe.

Hierbei sei der Begriff Sozialhilfeleistung europarechtlich autonom auszulegen, ohne dass ein bloßes innerstaatliches Begriffsverständnis maßgeblich sei.

Nach Absatz 2 vorgenannten Artikels bestehe für die Mitgliedstaaten zwar die Möglichkeit Sozialhilfe für subsidiär Schutzberechtigte auf Kernleistung zu beschränken, wobei anzumerken sei, dass Beschränkungen der Unterstützung bei Krankheit, Schwangerschaft und Elternschaft insoweit ausgeschlossen sei, da diese explizit vom Begriff der Kernleistung als mit umfasst festgelegt seien.

Diese Schlussfolgerung gehe aus dem Erwägungsgrund Nr. 34 der Präambel dieser Richtlinie hervor, der somit in Verbindung mit Art 28 der Richtlinie diesbezüglich eine Gleichbehandlung von subsidiär Schutzberechtigten mit eigenen Staatsangehörigen verlange.

Ihrer Natur nach seien Richtlinien für den Fall ihrer unvollständigen Umsetzung in nationales Recht nach Ablauf der Umsetzungsfrist von den staatlichen Behörden und Gerichten

unmittelbar anzuwenden, soweit deren Bestimmungen hinreichend genau seien und außerdem den Einzelnen gegenüber dem Staat begünstigen würden.

In Anbetracht vorstehender Ausführungen erscheine somit die einschränkende Wendung in der Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 „*sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind*“ als gemeinschaftswidrig, da - wie bereits an oberer Stelle ausgeführt – Art 28 der Richtlinie ausdrücklich eine Gleichstellung mit Staatsbürgern vorsehe.

Zusammenfassend sei dem Rechtsmittel des Bw. Folge zu geben und Familienbeihilfe für dessen Tochter J ab dem 1. Oktober 2008 zu gewähren.

Eventualiter werde angeregt, dass die Abgabenbehörde zweiter Instanz als vorlageberechtigtes Gericht im Sinne des Art 234 EGV an den EuGH nachstehende Fragen herantrage und zwar ob einerseits die Familienbeihilfe nach dem österreichischen Familienlastenausgleich eine Kernleistung der Sozialhilfe im Sinne des Art. 28 der Richtlinie 2004/83/EG darstelle, respektive andererseits ob vorstehender Art. 28 der Richtlinie 2004/83/EG einer nationalen Regelung, sprich in concreto der Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 entgegen stehe, der gemäß subsidiär Schutzberechtigte nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind, während diese Anspruchsvoraussetzungen für österreichische Staatsbürger keine Gültigkeit besitze.

Mit Bescheid vom 24. April 2009 wurde vom Bw. für den Zeitraum von 1. März 2009 bis zum 30. April 2009 für dessen 8 Kinder Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge als im Gesamtausmaß von 3.344 € als unrechtmäßig bezogen zurückgefordert.

In der Begründung des Bescheides wurde auf die Tatsache, dass die Ehegattin des Bw. seit dem 1. Dezember 2008 dem Anspruch auf Familienbeihilfe entgegenstehende Leistungen aus der Grundversorgung in Form einer Krankenversicherung beziehe, hingewiesen.

Mit Schriftsatz vom 27. Mai 2009 wurde gegen vorgenannten Rückforderungsbescheid Berufung erhoben, wobei hinsichtlich der Begründung – zum Zweck der Vermeidung von Wiederholungen – auf den an obiger Stelle angeführten Vorlageantrag vom 29. April 2009 hingewiesen wird.

Über das bisherige Vorbringen wurde ergänzend angemerkt, dass es sich bei der vom Finanzamt ins Treffen geführte durch Grundversorgung erfolgte Versicherung der Ehegattin und der Kinder des Bw. um ein Versehen handle, respektive überhaupt kein Bedarf aus

Doppelversicherung bestehe, da der Bw. seit Februar 2009 wieder unselbständig erwerbstätig sei und vorgenannte Angehörige demzufolge bei der WGKK mitversichert seien.

In einem mit 24. September 2009 datierten Schriftsatz wurde der Bw. betreffend seine Berufung, respektive seiner Vorlageanträge betreffend die Familienbetrachtung in Bezug auf Leistungen aus der Grundversorgung hingewiesen, dass nämliche Betrachtung exklusiv Platz zu greifen habe, widrigenfalls die Hilfsbedürftigkeit einer Person generell nicht eruierbar wäre.

In diesem Zusammenhang komme auch dem Vorbringen des Bw., dem gemäß dessen Ehegattin und die Kinder im Zeitraum Dezember 2008 bis Februar 2009 - mit Ausnahme der Krankenversicherung - keine weiteren finanziellen Unterstützungen aus der Grundversorgung erhalten hätten keine Bedeutung zu, da eine Einschränkung in die Richtung, dass nur finanzielle Leistungen aus der Grundversorgung familienbeihilfenschädlich seien, im Gesetzeswortlaut keine Deckung finde.

Dem Vorbringen des Bw., wonach der Bezug von Arbeitslosengeld als nicht beihilfenschädlich zu qualifizieren sei, sei der Gesetzeswortlaut des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 entgegenzuhalten, welcher bei subsidiär Schutzberechtigten den Anspruch auf Familienbeihilfe neben dem Nichtbezug von Leistungen auch an die Entfaltung einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit knüpft.

In Anbetracht des Umstandes, dass Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung weder als selbständige noch als unselbständige Erwerbstätigkeit zu erachten seien, stehe vice versa der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht zu.

Dem Vorwurf des Bw., wonach es verfassungswidrig sei, dass ein subsidiär Schutzberechtigter mit acht Kindern für den Anspruch auf Familienbeihilfe ein höheres Erwerbseinkommen nachzuweisen habe, als einer mit lediglich einem Kind, sei entgegenzuhalten, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe bei Leistungen aus der Grundversorgung gerade nicht bestehe, wobei anzumerken sei, dass sich das Vorliegen der als Grundlage der Leistung aus der Grundversorgung anzusehende „Hilfsbedürftigkeit“ einzig und allein nur unter Anstellung einer Familienbetrachtung orientieren könne.

Im übrigen habe die Abgabenbehörde angesichts des Art 18 Abs. 2 B-VG die Norm des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 bis zu einer etwaigen Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof anzuwenden.

Des weiteren sei in der Vorgangsweise des Finanzamtes auch kein Verstoß gegen den Art 28 der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 zu erblicken, da nämliche Richtlinie für die Mitgliedstaaten nur eine verpflichtende Leistung von „social assistance“, sprich

Sozialhilfe statuiere, wobei die Familienbeihilfe keine – anderen Kriterien – folgende Sozialhilfeleistung sei.

Abschließend wurde der Bw. aufgefordert, zu obigen Erwägungen des Finanzamtes Stellung zu beziehen, respektive zur Prüfung der „Hilfsbedürftigkeit“ in Bezug auf zugestandene Leistungen aus der Grundversorgung Lohnzettel, respektive Bestätigungen des AMS betreffend den Zeitraum Dezember 2008 bis April 2009 nachzureichen.

Während eine Stellungnahme zu den Erwägungen der Abgabenbehörde erster Instanz unterblieben ist, legte der Bw. am 6. Oktober 2009 einerseits eine Bestätigung des AMS betreffend den Bezug von Arbeitslosengeld für den Zeitraum vom 29. November 2008 bis zum 22. Februar 2009, andererseits Lohnzettel betreffend den Zeitraum Februar 2009 bis April 2009 vor, wobei letzteren ein monatlicher Nettobezug von 1.130,92 € (Februar, März 2009) bzw. von 1.167,90 € entnommen werden konnte.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 12. Oktober 2009 wurde das gegen den Rückforderungsbescheid für den Zeitraum März 2009 bis April 2009 gerichtete Rechtsmittel vom 27. Mai 2009 als unbegründet abgewiesen.

Während das Finanzamt betreffend die Nichtgewährung der Familienbeihilfe sich im grundsätzlichen an oben dargestellte Erwägungen orientierte, wurde betreffend Anspruch auf Leistungen aus der Grundversorgung ausgeführt, dass in Anbetracht dessen, dass Art 9 der Grundversorgungsvereinbarung einen Mietzuschuss von monatlich 220 €, ein monatliches Verpflegungsgeld von 180 € pro Erwachsenen sowie 80 € pro Kind und Monat sowie ein Taschengeld von 40 € pro Person und Monat, sprich so hin im Fall des Bw., einen Gesamtbetrag von € 1.620,00 vorsehe, der Bw. in den Monaten März und April 2009 Anspruch auf Leistungen aus der Grundversorgung in der Differenz vorgenannten Gesamtbetrags und seiner Nettobezüge von 1.130,92 € (März) bzw. 1.167,90 € (April) gehabt hätte.

Zusammenfassend habe somit für den Bw. ein Anspruch auf Familienbeihilfe im Rückforderungszeitraum nicht bestanden.

In dem gegen diese Berufungsvorentscheidung eingebrachten Vorlageantrag vom 12. November 2009 wurde ausgeführt, dass der ins Treffen geführte monatliche Gesamtbetrag von 1.620 € insoweit falsch ermittelt worden sei, da Art 6 Abs. 1 Z 3 der Grundversorgungsvereinbarung ein monatliches Taschengeld von 80 € pro Person nur für jene Personen in organisierten Unterkünften, die kein Verpflegungsgeld erhalten, vorsehe.

Demzufolge bestehe im Fall des Bw. ein Gesamtanspruch von 1.220 € monatlich, wobei dieser knapp über dem Nettoeinkommen der Monate März und April 2009 angesiedelt gelegen sei.

Zu betonen sei, dass es sich bei allen angeführten Beträgen um Kostenhöchstsätze handle und könne auch von einem freiwilligen Verzicht auf Grundversorgungsleistungen keine Rede sein, da der Bw. laut Schreiben der als Servicestelle der Landesleitstelle Grundversorgung in Wien fungierende Caritas Asylzentrum vom 2. Oktober 2009 für den Zeitraum Dezember 2008 bis Jänner 2009 tatsächlich um Leistungen aus der Grundversorgung angesucht habe, diese aber mit dem Hinweis auf seine Erwerbstätigkeit bzw. den Arbeitslosengeldbezug nicht erhalten habe.

In Ansehung des Umstandes, dass die Grundversorgungsvereinbarung nur Kostenhöchstsätze, aber keine Mindestunterstützung anführe, sei es unmöglich einen ziffernmäßig zu bestimmenden Anspruch aus der Grundversorgung ableiten.

Demzufolge sei es unzulässig, wenn das Finanzamt in der Berufungsvorentscheidung davon ausgegangen sei, dass ein Grundversorgungsanspruch in Höhe der Differenz der Höchstsätze und den Einkünften des Bw. bestanden habe.

Ergänzend sei nochmals auf den Wortlaut des § 3 Abs. 4 FLAG 1967, demzufolge nur der tatsächliche Bezug von Leistungen aus der Grundversorgung beihilfenschädlich sei, hinzuweisen.

In realiter habe der Bw. im streitgegenständlichen Zeitraum eine so genannte Richtsatzergänzung nach dem Wiener Sozialhilfegesetz erhalten, wobei diese keine Leistung aus der Grundversorgung, welche über die Caritas im Auftrag des Fonds Soziales Wien zur Auszahlung gelange darstelle, sondern es sich hierbei vielmehr um eine solche von der MA 40 ausbezahlte Leistung, welche weder nach § 3 Abs. 4 FLAG 1967 noch nach anderen Normen des FLAG 1967 beihilfenschädlich sei.

Was die Verfassungswidrigkeit, respektive die nichtverfassungskonforme Auslegung des § 3 Abs. 4 FLAG anlange, so – sei unter grundsätzlichem Bezug auf die Ausführungen in der Berufung vom 27. Mai 2009 auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) im Allgemeinen, bzw. auf die Urteile vom 25.10. 2005. *Niedzwiecki* Nr. 584/00 und vom 25.10. 2005, *Okpisz* Nr. 59140/00 im Besonderen hinzuweisen.

In diesen Urteilen habe der EGMR festgestellt, dass die Gewährung von Kindergeld in den Anwendungsbereich von Art. 8 MRK falle, da die Staaten via Gewährung von Kindergeld ihre Achtung des Familienlebens zeigen würden.

In diesem Zusammenhang sei aber in der Novellierung des deutschen Bundeskindergeldgesetzes (BKGG), welches den Anspruch auf Kindergeld an ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht geknüpft habe, während vorgenannte Kläger lediglich über eine (mit der

Dauer von zwei Jahren) befristete Aufenthaltsberechtigung verfügt hätten, ein Verstoß gegen das in Art. 14 MRK determinierte Diskriminierungsverbot zu erblicken, da *keine hinreichenden Gründe für die unterschiedliche Behandlung von Fremden mit dauerhaftem Aufenthaltsrecht und solchen ohne diesem bei der Gewährung von Kindergeld* erkannt werden könne.

Zum Punkt der fehlerhaften Anwendung von Gemeinschaftsrecht sei anzumerken, dass es zwar zutreffend sei, dass die Familienbeihilfe keine Sozialhilfeleistung darstelle, aber dessen ungeachtet sei die Familienbeihilfe als Sozialleistung zu qualifizieren, die unabhängig von der Bedürftigkeit einer Person gewährt werde und dem Ausgleich der Familienlasten dienen solle.

Insoweit seien Familienleistungen Teil der sozialen Sicherheit (auf die VO 1971/1408, welche Familienleistungen als Sozialleistungen anführt, werde hingewiesen).

Der Begriff der Sozialhilfeleistungen in der Richtlinie 2004/83/EG gehe weiter als der Terminus der Sozialhilfe im nationalem Kontext.

Nämliche Schlussfolgerung ergebe sich aus den Erwägungsgründen 33 und 34 der Richtlinie.

Vor allem fordere Erwägungsgrund 33, dass subsidiär Schutzberechtigten im Rahmen der Sozialfürsorge ohne Diskriminierung angemessene Unterstützung in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts gewährt werde.

Erwägungsgrund 34 führe aus, dass die Unterstützung jedenfalls ein Mindesteinkommen sowie Unterstützung bei Krankheit, Schwangerschaft und Elternschaft zu umfassen habe, sofern diese Leistungen nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates eigenen Staatsangehörigen gewährt werden.

In Ansehung obiger Ausführungen, sei zu schließen, dass die RL 2004/83/EG auch Familienleistungen wie die Familienbeihilfe grundsätzlich als zu gewährende Sozialleistung im Sinne des Art. 28 ansehe.

Zusammenfassend ergehe der Antrag auf Stattgabe des Rechtsmittels bzw. werde nochmals auf die dem Unabhängigen Finanzsenat zustehende Berechtigung auf Stellung eines Vorabentscheidungsersuchens beim EUGH hingewiesen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Entscheidung wurde nachstehender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Der Bw. und seine Familie sind Staatsbürger Afghanistans und wurde vorgenannten Personen seitens des Bundesasylamts der Status subsidiär Schutzberechtigter zuerkannt, respektive diesen ein befristetes Aufenthaltsrecht in Österreich bis zum 19. Juni 2010 eingeräumt.

Ebenso ist es Faktum, dass der Bw. im Zeitraum vom 29. November 2008 bis zum 22. Februar 2009 Arbeitslosengeld bezogen hat, respektive dieser wiederum ab dem 23. Februar 2009 nichtselbständig erwerbstätig war.

Erhebungen der Abgabenbehörde zweiter Instanz bei der Landesstelle Grundversorgung Wien gemäß hat der Bw. im Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis zum 30. April 2009 keinerlei Leistungen aus der Grundversorgung erhalten, sondern waren seine Ehegattin und seine Kinder mit Ausnahme der Tochter J über die Grundversorgung krankenversichert.

Die Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:

Die Bestimmung des § 2 FLAG 1967 legt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen fest, unter denen jemand Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

Ergänzend hiezu stellt der § 3 leg. cit für Personen, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, weitere besondere Voraussetzungen auf.

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.

Seit 1.7.2006 haben gem. § 3 Abs.4 leg. cit. Personen, denen der Status eines subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt worden ist, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt worden ist.

Ausgehend von vorgenannten Rechtsvorschriften war über die Berufungen des Bw. wie folgt zu befinden:

1. Berufung gegen den Rückforderungsbescheid für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis zum 28. Februar 2009

Ausgehend von den in § 3 Abs. 4 FLAG 1967 für den Anspruch auf Familienbeihilfe **kumulativ** zu erfüllenden Tatbestandsvoraussetzungen des Nichtbeziehens von Leistungen aus der Grundversorgung sowie der Entfaltung einer selbständigen oder unselbständigen

Erwerbstätigkeit, gelangte die Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Überzeugung, dass ob der in diesem Zeitraum evidenter Maßen vorhandenen Arbeitslosigkeit des Bw. ein Familienbeihilfenanspruch in Ermangelung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit nicht bestanden hat, respektive die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge völlig zu Recht erfolgt ist.

Hierbei ist seitens des Unabhängigen Finanzsenates anzumerken, dass schon nach der Wortinterpretation nach dem Terminus der „Erwerbstätigkeit“ ein aktives Tun immanent ist, wobei ein solches in Zeiträumen, in denen vom AMS Leistungen aus der Arbeitslosenversicherung bezogen werden, gerade als nicht gegeben zu erachten ist.

Wenn nun im Rechtsmittel des Bw. auf den Umstand verwiesen wird, dass aus der Norm des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 für Zeiten der Arbeitslosigkeit eine verfassungsrechtlich bedenkliche Schlechterstellung von subsidiär Schutzberechtigten gegenüber einen Aufenthaltstitel nach NAG besitzenden Fremden zu orten sei, ist diesem Vorbringen entgegenzuhalten, dass der Unabhängige Finanzsenat in seiner Eigenschaft als Verwaltungsbehörde nach der Bestimmung des Art. 18 Abs. 2 B-VG an gehörig kundgemachte Gesetze bis zu deren etwaigen Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof gebunden ist.

Angesichts des klaren und unmissverständlichen Wortlautes des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 kann seitens der Abgabenbehörde zweiter Instanz auch der in der Berufung zum Ausdruck gebrachten Anregung, wonach ob des Sachlichkeitsgebotes in Zeiten einer kurzfristigen Arbeitslosigkeit von der Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages Abstand zu nehmen sei, nicht näher getreten werden.

Die unter Punkt 1 bezeichnete Berufung war daher als unbegründet abzuweisen.

2. Berufung gegen die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Tochter J für den Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis zum 28. Februar 2009

Einleitend ist anzumerken, dass in Anbetracht der Ausführungen unter Punkt 1 der Berufungsentscheidung und der Berufungsvorentscheidung vom 26. März 2009 der Streitzeitraum nochmals in einen Abschnitt vom 1. Oktober 2008 bis zum 30. November 2008 sowie einen solchen vom 1. Dezember 2008 bis zum 28. Februar 2009 zu unterteilen ist.

Hierbei steht die Familienbeihilfeanspruchsberechtigung für die 2008 – in Übereinstimmung mit der Berufungsvorentscheidung vom 26. März 2009 - geborene und den Status einer subsidiär Schutzberechtigten innehabenden Tochter J angesichts der im Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis zum 22. November 2008 vorliegenden unselbständigen Erwerbstätigkeit des

Bw. sowie des Nichtbezugs von Leistungen aus der Grundversorgung außer Streit und war daher die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis zum 30. November 2008 wie im Spruch zum Ansatz zu bringen.

Was nun die Beurteilung der Anspruchsberechtigung für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis zum 28. Februar 2009 anlangt, so wird grundsätzlich – um Wiederholungen zu vermeiden –, auf die unter Punkt 1 der Berufungsentscheidung dargelegten rechtlichen Erwägungen des Unabhängigen Finanzsenates verwiesen.

Was das ergänzende Vorbringen des Bw., wonach dieser – ungeachtet des Bezugs von Arbeitslosengeld ob im Dezember 2008 und im Jänner 2009 geleisteter Dolmetschdienste via Legung dreier, auf den Gesamtbetrag von 75 € lautender Honorarnoten als selbständig erwerbstätig zu qualifizieren sei, anlangt, so konnte dieser Ansicht seitens des Unabhängigen Finanzsenates insoweit nicht näher getreten werden, da nach Auffassung der Abgabenbehörde zweiter Instanz schon auf Grund des zeitlichen Ausmaßes der Dolmetschdienste von drei Stunden in zwei Monaten und der Höhe der lukrierten Gelder nicht ernsthaft von der Entfaltung einer Erwerbstätigkeit gesprochen werden kann.

Dem Vorwurf, wonach die Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 gegen die Bestimmung des Art 28 der Richtlinie 2004/83/EG verstoße, ist der Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 16.3. 2007, B1397/06 entgegen zu halten.

In diesem hat das Höchstgericht festgestellt, dass dem Gesetzgeber bei der Gewährung Familien fördernder Maßnahmen ein großer Gestaltungsspielraum zukomme.

Der Gesetzgeber kann insoweit den Anspruch auf Familienbeihilfe von einer qualifizierten Nahebeziehung zum Inland abhängig machen.

Er kann weiters den Anspruch einer Personengruppe vorenthalten, der eine Aufenthaltsberechtigung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (BGBl. I 100/2005) nicht zukommt, für die aber grundsätzlich eine staatliche Versorgung (auch für Kinder) im Wege der Grundversorgung vorgesehen ist (Grundversorgungsvereinbarung - Art. 15a B-VG, BGBl. 80/2004).

In Anbetracht obiger Ausführungen war daher der Anspruch des Bw. auf Familienbeihilfe für seine Tochter Jasmin im Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis zum 28. Februar 2009 als nicht gegeben zu erachten und demzufolge der unter Punkt 2 angeführten Berufung im Endergebnis teilweise Folge zu geben.

3. Berufung gegen den Rückforderungsbescheid für den Zeitraum vom 1. März 2009 bis zum 30. April 2009

In Ansehung des Umstandes, dass der Bw. im streitgegenständlichen Zeitraum nach der Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 unselbständig erwerbstätig war und für (sich selbst) keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten hat, besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe zu Recht und ist vice versa der Rückforderungsbescheid aufzuheben.

Begründend ist anzumerken, dass – entgegen der Auffassung der Abgabenbehörde erster Instanz – in Ansehung des klaren Wortlautes der Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 nach dem Dafürhalten des Unabhängigen Finanzsenates vorgenannter Norm nicht jener Sinn beigemessen werden kann, dass eine wie immer geartete Leistung aus der Grundversorgung an die Angehörigen eines subsidiär Schutzberechtigten (Krankenversicherung für die Ehegattin und für sieben der acht Kinder) dem Anspruch des unselbständig tätigen und selbst keine Leistungen aus der Grundversorgung erhaltenden Bw. zuwiderläuft.

Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass die auf die in 03.04 Z 2 der FLAG- DR dargelegte „Familienbetrachtung“ nicht nur im Wortlaut der Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 keine Deckung findet, sondern die FLAG- DR schon per se ob ihres Erlasscharakters für die Abgabenbehörde zweiter Instanz als unabhängige Verwaltungsbehörde keinen bindende Rechtsquelle darstellen.

In Ansehung der Sach- und Rechtslage war daher wie im Spruch zu befinden.

Wien, am 12. April 2010