



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn A B, Anschrift, vertreten durch RA Mag. Dr. Bernhard Rosenkranz, 5020 Salzburg, Plainstraße 23, vom 16. März 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes St. Johann Tamsweg Zell am See vom 10. März 2010 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Der Berufungswerber (im Folgenden kurz: Bw) und seine Familienmitglieder sind mazedonische Staatsbürger. Sie verfügen über den Status eines subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005. Laut Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung vom 10. März 2010 war Herr A B von 1. Jänner 2009 bis 17. November 2009 als Arbeiter beschäftigt. Da das Dienstverhältnis vor dem Verbrauch des Urlaubes endete, erhielt der Bw dafür eine Ersatzleistung (Urlaubsentschädigung, Urlaubsabfindung).

Mit Bescheid vom 10. März 2010 forderte das zuständige Finanzamt von Herrn A B die für seine vier Kinder nach Ansicht der Behörde zu Unrecht bezogenen Beträge an Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Monat Dezember 2009 zurück. Nach Darlegung der gesetzlichen Grundlagen begründete das Finanzamt diesen Schritt mit dem Umstand, dass das Dienstverhältnis des Bw bei seinem bisherigen Arbeitgeber mit 17. November 2009 beendet worden sei und er seit 19. Dezember 2009 Arbeitslosengeld beziehe. Da das Gesetz ausdrück-

lich eine tatsächliche Erwerbstätigkeit verlange, so die Behörde weiter, bestehe bei Bezug einer Leistung aus der Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosengeld) kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Dagegen brachte der anwaltlich vertretene Bw mit Schreiben vom 16. März 2010 form- und fristgerecht das Rechtsmittel der Berufung ein. Unter Bezugnahme auf die Erwägungsgründe der „RL 2004/83/EG des Rates vom 29. April 2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes“ werden vor allem verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Vorgangsweise der Behörde vorgebracht. Abschließend wird der Berufungsantrag gestellt, *es möge der angefochtene Bescheid dahingehend abgeändert werden, dass die Verpflichtung des Bw auf Rückzahlung des Betrages von € 989,60 ersatzlos behoben wird.*

Das zuständige Finanzamt hat die Berufung vom 16. März 2010 gemäß § 276 Abs 1 iVm Abs 6 BAO ohne Erlassen einer Berufungsvorentscheidung mit Vorlagebericht vom 30. März 2010 an den in zweiter Instanz zur Entscheidung befugten Unabhängigen Finanzsenat (UFS) vorgelegt.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Die im verfahrensgegenständlichen Fall wesentlichen Daten aus dem Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung vom 10. März 2010 betreffend Herrn A B lauten wie folgt:

**Tabelle: Versicherungsdatenauszug**

| von        | bis        | Art der Monate / meldende Stelle                           |
|------------|------------|------------------------------------------------------------|
| 01.01.2009 | 17.11.2009 | Arbeiter; Name des Betriebes                               |
| 01.01.2009 | laufend    | Bezug/Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld; zuständige GKK    |
| 18.11.2009 | 18.12.2009 | Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung; Name des Betriebes |
| 19.12.2009 | laufend    | Arbeitslosengeld; AMS Ort                                  |

Der im Versicherungsdatenauszug dargestellte Zeitablauf sowie der übrige Sachverhalt, insbesondere der Umstand, dass es sich bei der Familie B um so genannte subsidiär schutzberechtigte Personen nach dem Asylgesetz 2005 handelt, ist unbestritten. Strittig ist, ob die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für den Monat Dezember 2009 nach der derzeit geltenden Rechtslage zu Recht erfolgte.

§ 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 lautet:

*(1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben 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.*

*(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

*[...]*

*(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, 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 wurde.*

Das zuständige Finanzamt begründet in seinem Bescheid vom 10. März 2010 die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für den Monat Dezember 2009 mit dem, zumindest teilweise, Nichtvorliegen der in § 3 Abs 4 FLAG normierten Voraussetzungen. Für den erkennenden Senat stellt sich die Frage, ob die Behörde diese Norm richtig ausgelegt hat. Die Argumentation, *da das Gesetz ausdrücklich eine tatsächliche Beschäftigung verlangt, besteht bei Bezug einer Leistung aus der Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosengeld) kein Anspruch auf Familienbeihilfe*, ist im streitgegenständlichen Fall nicht schlüssig.

Nach § 10 Abs 2 FLAG wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Zu Beginn des Monats Dezember 2009 hat der Bw nachweislich weder eine Leistung aus der Grundversorgung erhalten noch bezogen er Arbeitslosengeld. Vielmehr erhielt er zu Beginn des Monats Dezember 2009 noch eine Urlaubersatzleistung von seinem bisherigen Arbeitsgeber.

Nach § 10 Abs 1 Urlaubsgesetz (UrlG), BGBl 1976/390 idF BGBl I 2002/89, gebührt dem Arbeitnehmer für das Urlaubsjahr, in dem das Arbeitsverhältnis endet, zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Ersatzleistung als Abgeltung für den der Dauer der Dienstzeit in diesem Urlaubsjahr im Verhältnis zum gesamten Urlaubsjahr entsprechenden Urlaub. Bereits verbrauchter Jahresurlaub ist auf das aliquote Urlaubsausmaß anzurechnen.

Auszug aus § 11 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG):

*„§ 11. (1) Die Pflichtversicherung der im § 10 Abs. 1 bezeichneten Personen erlischt, soweit in den Abs. 2 bis 6 nichts anderes bestimmt wird, mit dem Ende des Beschäftigungs-, Lehr- oder Ausbildungsverhältnisses. Fällt jedoch der Zeitpunkt, an dem der Anspruch auf Entgelt endet, nicht mit dem Zeitpunkt des Endes des Beschäftigungsverhältnisses zusammen, so erlischt die Pflichtversicherung mit dem Ende des Entgeltanspruches.*

*(2) [...]*

*Die Pflichtversicherung besteht weiter für die Zeit des Bezuges einer Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlabsabfindung, Urlaubssentschädigung) sowie für die Zeit des Bezuges einer*

*Kündigungsentschädigung. Die zum Zeitpunkt der Beendigung des Dienstverhältnisses fällig werdende pauschalisierte Kündigungsentschädigung ist auf den entsprechenden Zeitraum der Kündigungsfrist umzulegen. Gebühren sowohl eine Kündigungsentschädigung als auch eine Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung), so ist zur Bestimmung des maßgeblichen Zeitraumes zunächst die Kündigungsentschädigung heranzuziehen und im Anschluss daran die Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung). [...]"*

Im verfahrensgegenständlichen Fall endete das Beschäftigungsverhältnis am 17. November 2009. Weil der Bw zu diesem Zeitpunkt offensichtlich seinen Urlaub bzw einen Großteil seines Urlaubsanspruchs noch nicht konsumiert hatte, erhielt er dafür eine Urlaubersatzleistung nach § 10 UrlG. Der Entgeltanspruch endete daher im Zeitpunkt des Endes des Bezuges der Urlaubersatzleistung, am 18. Dezember 2009. Die Urlaubsentschädigung bzw Urlaubsabfindung (nunmehr: Ersatzleistung als Abgeltung für den der Dauer der Dienstzeit in diesem Urlaubsjahr im Verhältnis zum gesamten Urlaubsjahr entsprechenden Urlaub), ist nach Ansicht des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) dem Urlaubsentgelt gleichzusetzen.

VwGH 25.10.2000, 99/13/0016, zuvor schon VwGH 28.10.1997, 97/14/0045:

*„Die Versteuerung von Urlaubsentschädigungen und Urlaubsabfindungen hat nicht nach § 67 Abs 6 EStG 1988 zu erfolgen. Bei derartigen Bezügen handelt es sich um das volle (Urlaubsentschädigung) oder anteilige (Urlaubsabfindung) Urlaubsentgelt. Auch ein anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgezahltes Urlaubsentgelt ist nicht als unmittelbar durch die Beendigung des Arbeitsverhältnisses verursacht anzusehen, sondern hängt vielmehr mit dem schon früher entstandenen Urlaubsanspruch zusammen. Wäre es nicht zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses gekommen, so hätte der Arbeitnehmer das Urlaubsentgelt gleichfalls erhalten, und zwar in Zusammenhang mit der Konsumation seines Urlaubes.“*

Die Kernaussage dieses Rechtssatzes lautet, dass es sich bei der Urlaubsentschädigung bzw der Urlaubsabfindung um Urlaubsentgelt handelt. Diese Ersatzleistung ist nach § 67 Abs 8 lit d) in der Regel wie Arbeitslohn zu versteuern. Dann kann aber im Zusammenhang mit der Familienbeihilfe auch nicht danach unterschieden werden, ob das Urlaubsentgelt während eines aufrechten Arbeitsverhältnisses zur Auszahlung kommt oder aufgrund einer unverschuldeten Kündigung erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Hätte der Bw im konkreten Fall seinen Urlaub vor der Kündigung konsumiert und in dieser Zeit ein Urlaubsentgelt erhalten, hätte sich die Frage nach der Rückforderung der Familienbeihilfe nicht gestellt.

Aber auch ein (gekündigter) Arbeitnehmer unterliegt im Zeitraum des Bezuges einer Urlaubersatzleistung der Steuerpflicht und entrichtet Sozialversicherungsbeiträge. Zudem ruht gemäß § 16 Abs 1 lit I) Arbeitslosenversicherungsgesetz der Anspruch auf Arbeitslosengeld während des Zeitraumes, für den Anspruch auf eine Ersatzleistung für Urlaubsentgelt (Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung) nach dem Urlaubsgesetz besteht. Dh der gekündigte Arbeit-

nehmer ist im Zeitraum des Bezuges der Urlaubersatzleistung einem Arbeitnehmer in einem aufrechten Beschäftigungsverhältnis arbeits- und sozialrechtlich gleichgestellt. Eine unterschiedliche Behandlung hinsichtlich des Anspruchs auf Familienbeihilfe ist aus diesem Grund nicht argumentierbar und daher sachlich auch nicht gerechtfertigt.

Darüber hinaus ist ein derartiges Vorgehen auch nicht durch § 3 Abs 4 FLAG gedeckt. Das Erfordernis einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit ist nach Ansicht des erkennenden Senates im Zeitraum des Bezuges einer Urlaubersatzleistung erfüllt, weil diese Zeiten aufgrund der oben dargelegten Gründe in arbeitsrechtlicher Hinsicht Zeiten einer tatsächlichen Beschäftigung gleichzusetzen sind. Nichts deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber in § 3 Abs 4 FLAG auf einen steuerrechtlichen Beschäftigungsbegriff abstellen wollte, zumal es sich beim FLAG um keine Steuer-, sondern um eine Sozialvorschrift handelt. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber, der mit der Bestimmung des § 11 Abs 2 ASVG die Versicherungszeiten den (eigentlichen) Beschäftigungszeiten gleichgestellt hat (siehe zB VwGH 19.12.2007, 2006/08/0163), von dieser Gleichstellung ausgerechnet im Familienlastenausgleichsgesetz abweichen sollte.

Die Absätze 4 und 5 wurden im Jahr 2006 der Bestimmung des § 3 Abs 1 bis 3 FLAG durch BGBl I 2006/168 über einen Initiativantrag angefügt. Die Notwendigkeit für die Regelung des Abs 4 wurde im Initiativantrag 62/A XXIII. GP auszugsweise wie folgt begründet:

*„Weiters soll künftig auch für Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderbetreuungsgeld eingeräumt werden, sofern diese auf Grund ihrer Hilfsbedürftigkeit nicht bereits Leistungen im Rahmen der Grundversorgung nach Maßgabe der Grundversorgungsvereinbarung nach Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern erhalten und durch eigene Erwerbstätigkeit zu ihrem Lebensunterhalt beitragen.“*

Genau diese Voraussetzungen liegen im verfahrensgegenständlichen Fall vor. Die Familie B hat im maßgeblichen Zeitraum nachweislich keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten. Zudem hat Herr A B im Jahr 2009 bis zu seiner Kündigung zum 17. November durch eigene Erwerbstätigkeit zum Lebensunterhalt seiner Familie beigetragen. Die Urlaubersatzleistung hat ihren Ursprung in seiner Erwerbstätigkeit und da der Bw während dieser Zeit keine staatliche Unterstützung in Anspruch genommen hat, diente die Urlaubssentschädigung vom 18. November bis 18. Dezember 2010 wohl ausschließlich dazu, den Lebensunterhalt der Familie zu bestreiten. Folglich hat der Bw im Sinne der Begründung zum oben angeführten Initiativantrag die gesetzlichen Voraussetzungen des § 3 Abs 4 FLAG erfüllt, zumal das Gesetz keine „tatsächliche“ Beschäftigung verlangt.

Ein weiteres Indiz dafür, dass im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 3 Abs 4 FLAG auf

einen arbeitsrechtlichen Beschäftigungsbegriff abzustellen ist, ergibt sich aus der parlamentarischen Behandlung des oben erwähnten Initiativantrages. Dieser wurde nicht etwa dem Finanzausschuss zur weiteren Behandlung zugewiesen, sondern dem Ausschuss für Arbeit und Soziales.

Die Rechtsansicht, dass jemand auch in einer nach den Sozialvorschriften gleichgestellten Situation als beschäftigt gilt, deckt sich zB auch mit der *VO (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit*, ABl L 2004/166, die zwar im verfahrensgegenständlichen Fall keine Anwendung findet aber unter dem Blickwinkel des Gleichheitsgrundsatzes durchaus als Auslegungsbehelf herangezogen werden kann. Nach Titel 1 Art 1 Buchst a) *leg cit* wird "Beschäftigung" als *jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt*, definiert. Gemäß Buchst u) gelten als „Beschäftigungszeiten“ oder „Zeiten einer selbständigen Erwerbstätigkeit“ *die Zeiten, die nach den Rechtsvorschriften, nach denen sie zurückgelegt worden sind, als solche bestimmt oder anerkannt sind, sowie alle gleichgestellten Zeiten, soweit sie nach diesen Rechtsvorschriften als den Beschäftigungszeiten oder den Zeiten einer selbständigen Erwerbstätigkeit gleichwertig anerkannt sind*.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach Ansicht des erkennenden Senates der Zeitraum vom 18. November 2009 bis 18. Dezember 2009, in dem Herr A B eine Urlaubersatzleistung iSd § 10 Abs 1 UrlG bezog, der Zeit einer tatsächlichen Beschäftigung gleichzusetzen ist. Da sich dieser Zeitraum über den Beginn des Monats Dezember 2009 erstreckt, waren die Anspruchsvoraussetzungen für die Zuerkennung einer Familienbeihilfe in diesem Monat gegeben. Der Rückforderungsbescheid vom 10. März 2010 ist demnach zu Unrecht ergangen.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 4. Juni 2010