



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der J.N., St., vertreten durch Mag. Nadja Lorenz, Rechtsanwalt, 1070 Wien, Kirchengasse 19, vom 2. Mai 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land vom 3. April 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Oktober 2005 bis April 2007 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 3.4.2007 forderte das Finanzamt Salzburg-Land Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Oktober 2005 bis April 2007 iHv. € 2.969,70 mit der Begründung zurück, dass gem. § 3 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn ihnen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt wurde. Da sie und ihre Familie nur über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung bis zum Abschluss des Asylverfahrens verfüge, bestehe in Österreich kein Anspruch auf Familienbeihilfe und musste die bezogene Familienbeihilfe daher rückgefordert werden.

In der gegen den Rückforderungsbescheid eingebrachten Berufung brachte die Berufungswerberin (Bw.) vor, dass lediglich die Zahlungen für ihren Sohn R., geboren am 19.7.2003, eingestellt worden seien. Für ihren Sohn J., geb. am 12.10.2005, erhalte sie nach wie vor Familienbeihilfe. Da sie sich über die Rechtslage beim Finanzamt informiert habe, sie und ihre Kinder sich rechtmäßig als Asylwerber in Österreich aufhalten, ersuche sie von der

Rückforderung der Familienbeihilfe Abstand zu nehmen. Weder sie noch ihr Mann oder ihre Kinder erhalten Gelder aus der Grundversorgung. Ihr Mann ernähre die Familie durch seine Tätigkeit als selbständiger Zeitungszusteller.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 12.6.2007 wies das Finanzamt die Berufung unter Hinweis auf § 3 Abs. 1 und 3 FLAG mit der Begründung, die Bw. und ihre Familie verfügten über keinen Asylbescheid als unbegründet ab.

Mit Eingabe vom 13.7.2007 beantragte die Bw. die Vorlage an den Unabhängigen Finanzsenat. Begründend führte sie aus, dass die Bestimmung des § 3 FLAG verfassungswidrig sei.

Folgender Sachverhalt ist als erwiesen anzusehen:

Der Gatte der Bw. ist Staatsangehöriger von K. und kam am 29.5.2000 illegal nach Österreich, wo er am gleichen Tag einen Asylantrag gestellt hat. Seine Gattin JE., die Bw., reiste am 13.8.2002 illegal nach Österreich ein und stellte am gleichen Tag einen Asylantrag. Der Sohn R. wurde am 19.7.2003, der Sohn J. wurde am 12.10.2005 in S. geboren. Sowohl das Asylverfahren der Bw. als auch das ihres Gatten und deren Kinder sind bis dato noch nicht rechtskräftig abgeschlossen.

Der Gatte der Bw. ist seit 29.5.2000, die Bw. seit 13.8.2002 durchgehend in Österreich aufhältig. In der Zeit ab Stellung der Asylanträge bis 30.4.2001 bzw. 18.4.2003 waren sie im Flüchtlingslager Traiskirchen untergebracht.

Der Gatte der Bw. war daher ab Mai 2006 60 Monate in Österreich aufhältig. Einer Beschäftigung ist er laut Versicherungsdatenauszug bis 31.10.2006 nicht nachgegangen. Ab 1.11.2006 war er gewerblich selbständig tätig.

Dieser Sachverhalt gründet sich auf die im vorgelegten Finanzamtsakt befindlichen Unterlagen.

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

Wie der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen hat, gilt der Grundsatz der "Zeitbezogenheit der Abgabengesetze" auch im Regelungsbereich des FLAG. Ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist daher anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (siehe das Erkenntnis vom 24. Oktober 2000, 95/14/0119, vom 21. Februar 2001, 96/14/0139, vom 27. März 2002, 2000/13/0104, vom 24. September 2002, 96/14/0125, und vom 29. September 2004, 2000/13/0103).

*Rückforderung Oktober 2005 – Dezember 2005:*

Zur Anwendung gelangt § 3 Abs. 2 FLAG idF. BGBl. I 142/2004.

Zur Anwendung gelangt § 3 FLAG idF. BGBl. I 142/2004 Pensionsharmonisierungsgesetz (Rechtslage 1. Mai 2004 bis 31. Dezember 2005)

§ 3 FLAG lautet wie folgt:

§ 3 (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

(3) Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1), nicht österreichischer Staatsbürger, genügt für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

§ 50y (2): Die §§ 3 Abs. 2 und 38a Abs. 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 treten mit 1. Mai 2004 in Kraft. Ausgenommen sind jene Fälle, in denen bis einschließlich des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Ab Mai 2005 hat der Gatte der Bw. Anspruch auf Familienbeihilfe, da er nunmehr 60 Monate ständig im Bundesgebiet aufhältig war (§ 3 Abs. 2 FLAG idF. BGBl. I 142/2004). Die Bw. hat daher nach § 3 Abs. 3 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Rückforderung der Familienbeihilfe von Oktober 2005 bis Dezember 2005 erfolgte daher zu Unrecht.

Der Berufung betreffend die Zeiträume Oktober 2005 bis Dezember 2005 war daher stattzugeben.

*Rückforderung Jänner 2006 – Juni 2006:*

Rechtslage ab 1. Jänner 2006 (BGBl. I 100/2005).

§ 3 (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.

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

§ 55. Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005, treten mit 1. Jänner 2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, in Kraft.

Für alle Asylwerber, die am 1. Jänner 2006 (Inkrafttreten des Fremdenpaketes 2005) ein offenes Verfahren nach dem Asyl- oder Fremdenrecht anhängig hatten, ist auf Grund der Übergangsbestimmungen § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

Da sowohl der Gatte als auch die Bw. ein am 1. Jänner 2006 noch offenes anhängiges Asylverfahren hatten, kommen die Bestimmungen des § 3 FLAG 1967 idF. BGBl. I 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) zur Anwendung. Dies bedeutet, dass beim Gatten der Bw. die Voraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe vorlagen, da er seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhältig war. Die Bw. hatte daher nach § 3 Abs. 3 FLAG idF. BGBl. I 142/2004 Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Rückforderung der Familienbeihilfe für die Monate Jänner 2006 bis Juni 2006 erfolgte daher zu unrecht.

*Rückforderung Juli 2006 – April 2007:*

Rechtslage ab 1. Juli 2006 (BGBl. I 168/2006):

§ 3 (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.

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

„(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.

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.“

2. Dem § 55 wird folgender Abs. 3 angefügt:

„(3) § 3 Abs. 4 und 5 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 168/2006 tritt mit 1. Juli 2006 in Kraft.“

Für alle Asylwerber, die am 1. Jänner 2006 (Inkrafttreten des Fremdenpaketes 2005) ein offenes Verfahren nach dem Asyl- oder Fremdenrecht anhängig hatten, ist auf Grund der Übergangsbestimmungen § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

Da sowohl der Gatte als auch die Bw. ein am 1. Jänner 2006 noch offenes anhängiges Asylverfahren hatten, kommen die Bestimmungen des § 3 FLAG 1967 idF. BGBl. I 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) zur Anwendung. Dies bedeutet, dass beim Gatten der Bw. die Voraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe vorlagen, da er seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhältig war. Die Bw. hatte daher wiederum gründend auf § 3 Abs. 3 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Rückforderung der Familienbeihilfe für die Monate Juli 2006 bis April 2007 erfolgte daher zu unrecht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 2. September 2008