

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde der Bf., Adresse, vertreten durch Dr. Lennart Binder, RA in 1030 Wien, Rochusgasse 2/12, vom 15.01.2014, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 20.12.2013, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Monate Februar 2013 bis Juli 2013, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 22.03.2017, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf) und ihre Familie sind Staatsangehörige der russischen Föderation.

Der Familie wurde der Status von subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt.

Die Bf bezog für ihre drei Kinder A., geboren 2006, B., geboren 2001, und C., geboren 2002, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge. Für A. und B. wurde auf Grund einer Behinderung erhöhte Familienbeihilfe bezogen.

Im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen stellte das Finanzamt (FA) fest, dass der Gatte der Bf von 04.01.2013 bis 02.01.2014 nicht im gemeinsamen Haushalt gemeldet war und forderte mit Bescheid vom 20.12.2013 die für den Zeitraum Februar 2013 bis Juli 2013 bezogenen Beträge mit der Begründung zurück, dass Personen, denen der Status von subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt worden sei, nur dann Familienbeihilfe gewährt werde, wenn sie oder ein anderes Familienmitglied keinen Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung hätten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig seien. Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe auch für jene Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt worden sei.

Der steuerliche Vertreter der Bf erheb gegen den Rückforderungsbescheid Beschwerde und brachte vor, dass es richtig sei, dass die betroffenen Personen den Status von

subsidiär Schutzberechtigten hätten. Kein Familienmitglied habe Anspruch auf Leistungen aus der Grundversorgung oder beziehe eine derartige Leistung; auch der Ehegatte und Vater der betroffenen Kinder beziehe keine derartigen Leistungen. Die Bf und ihr Gatte seien unselbstständig erwerbstätig bzw arbeitslos und einen AMS-Kurs besuchend. Sollte ein Bezug der von der Rückforderung umfassten Beträge durch die Bf nicht möglich sein, liege jedenfalls ein Anspruch des Ehegatten bzw Vaters der Kinder vor. Die Kinder seien zum Teil schwer behindert.

Festzuhalten sei, dass subsidiär Schutzberechtigte in Bezug auf den Anspruch von Sozialhilfe (wie zB Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge) nach der einschlägigen EU-Richtlinie (Richtlinie 2011/95/EU vom 13.12.2011, sowohl in der alten Fassung als auch in der Neufassung) Österreichern gleichgestellt seien. Der angefochtene Bescheid sei überdies mangelhaft, da aus der Begründung nicht hervorgehe, weshalb Beträge für einen bestimmten Zeitraum zurückgefordert worden seien. In Wahrheit weise der angefochtene Bescheid überhaupt keine Begründung auf.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 23.04.2014 mit folgender Begründung ab:

*"Nach den Bestimmungen des § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der ab dem 1. Jänner 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), BGBI. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

*Nach § 3 Abs. 2 FLAG 1967 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.*

*Die Bestimmung des § 3 Abs. 3 FLAG 1967 besagt: Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem AsylG 2005, BGBI. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem AsylG 2005 Asyl gewährt wurde.*

*Des Weiteren wurde mit Wirksamkeit ab dem 1. Juli 2006 der zitierten Bestimmung des § 3 FLAG ein Absatz 4 und 5 (idF BGBI I Nr. 168/2006) angefügt.*

*Hierbei besagt der für den vorliegenden Fall relevante Absatz 4, dass abweichend von Abs. 1 Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe haben, sofern sie keine Leistung aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Nach dem eindeutigen Wortlaut der mit BGBI I Nr. 168/2006 geänderten und mit 1. Juli 2006 in Kraft getretenen Gesetzesstelle des § 3 Absatz 4 FLAG hat eine Person, der der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistung aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind.*

*In Ansehung vorstehender Ausführungen und in Ermangelung der Entfaltung einer Erwerbstätigkeit war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen."*

In der mündlichen Verhandlung vor dem BFG führte die Bf aus, dass sie im Streitzeitraum zwar bedarfsorientierte Mindestsicherung, nicht aber Grundversorgung erhalten habe.

Ihr steuerlicher Vertreter bot eine Verzichtserklärung des Ehemannes zu Gunsten der Bf an.

In rechtlicher Hinsicht brachte er insbesondere vor, dass die Familienbeihilfe zum Kernbereich der Sozialleistungen gehöre, welche auch für subsidiär Schutzberechtigte nicht gekürzt werden dürfen. Das ergebe sich aus dem Erwägungsgrund Nr 45 der Präambel der Statusrichtlinie 2011/95/EU. Demnach dürften Leistungen für die Elternschaft nicht gekürzt werden und gehörten zum Kernbestand.

Die Vertreterin der Amtspartei wies darauf hin, dass es sich nach der Judikatur des VwGH bei der Familienbeihilfe nicht um einen Kernbereich der Sozialhilfe handle.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen**

#### **Folgender Sachverhalt steht fest:**

Die Bf, ihr Gatte und die Kinder sind Staatsangehörige der russischen Föderation.

Die Familie reiste am 19.07.2005 in Österreich ein und erhielt den Status subsidiär Schutzberechtigter zuerkannt.

Die befristete Aufenthaltsberechtigung wurde der Familie gemäß § 8 Abs 4 Asylgesetz 2005, BGBl I Nr 100/2005 (AsylG) idG bis 2019 erteilt.

Die Bf ist ohne Beschäftigung und seit 19.04.2012, somit auch im Streitzeitraum, beim AMS als arbeitssuchend gemeldet. Ihr Gatte wohnte vom 04.01.2013 bis 02.01.2014 nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Bf. Er war im Jahr 2013 ganzjährig bei der Volkshilfe beschäftigt.

Die Bf erhielt seit 04/2012 jedenfalls bis 10/2013 und somit auch im Streitzeitraum bedarfsorientierte Mindestsicherung.

#### **Beweiswürdigung:**

Die Staatsangehörigkeit der Bf und ihrer Familie, das Datum ihrer Einreise nach Österreich, ihr Status als subsidiär Schutzberechtigte und die Aufenthaltsberechtigung in Österreich sind nachgewiesen und unbestritten.

Dass die Bf ohne Beschäftigung und als arbeitssuchend gemeldet ist, ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen, insbesondere dem Bescheid der MA 40 vom 15.07.2013, der Kontoinfo der MA 40, dem Versicherungsdatenauszug und Abfragen im AIS des Bundes. Der Besuch eines AMS-Kurses ist kein Beschäftigungsverhältnis und somit keiner Erwerbstätigkeit gleichzuhalten.

Dieser Sachverhalt wurde von der Bf in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG bestätigt.

Dass der Gatte der Bf unselbständig erwerbstätig ist, ist unstrittig, ist jedoch für den Anspruch der Bf unerheblich, wobei anzumerken ist, dass der Gatte der Bf im Rückforderungszeitraum nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Bf und den Kindern lebte.

Dass der Gatte der Bf vom 04.01.2013 bis 02.01.2014 nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Bf und den Kindern lebte, ist aus Abfragen aus dem ZMR ersichtlich, wonach der Gatte der Bf in diesem Zeitraum nicht an der Adresse der Bf gemeldet war. Dieser Sachverhalt wurde auch von der Bf insofern bestätigt, als sie in Beantwortung eines Ergänzungser suchens des FA, beim FA am 24.10.2013 eingelangt, auf die Frage „Gatte nicht mehr im gemeinsamen Haushalt?“ antwortete „ja jetzt 10 Bez getrennt lebend“. Dieser Sachverhalt wurde von der Bf auch in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG bestätigt.

Dass der Ehegatte der Bf auf Anordnung der Behörde weggewiesen wurde, bestätigt nur die Tatsache der getrennten Haushaltsführung.

Die einjährige Aufhebung des gemeinsamen Haushalts kann auch nicht als bloß vorübergehend bezeichnet werden.

Dass die Bf seit 04/2012 und somit auch im Streitzeitraum bedarfsoorientierte Mindestsicherung erhielt, ist durch den Kontoauszug der MA 40 und durch den Bescheid der MA 40 vom 15.07.2013 erwiesen. In diesem Bescheid wird die Leistung ab 08/2013 auf Grund geänderter Verhältnisse bis 10/2013 neu bemessen und aus dem Kontoauszug ist der Bezug der bedarfsoorientierten Mindestsicherung dem Grunde und der Höhe nach von 04/2012 bis 10/2013 ersichtlich.

Die Bf brachte in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG glaubhaft vor, dass sie zwar bedarfsoorientierte Mindestsicherung, nicht aber Leistungen der Grundversorgung erhalten habe.

### **Rechtliche Beurteilung:**

Gemäß § 3 Abs 1 FLAG 1967 in der ab 01.01.2006 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), BGBI. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach § 3 Abs 2 FLAG 1967 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 3 Abs 3 FLAG 1967 besagt, dass abweichend von Abs 1 Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005, BGBI I Nr 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe haben. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

Schließlich wurden mit Wirksamkeit ab 01.06.2006 der zitierten Bestimmung Absatz 4 und 5 (idF BGBl I Nr 168/2006) angefügt.

Der hier einschlägige § 3 Abs 4 FLAG 1967 lautet:

*„(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.“*

Der Bf als auch ihrem Gatten und den drei Kindern wurde zwar auf Grund der Anträge vom 19.07.2005 der Status von subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt und zuletzt eine befristete Aufenthaltsbewilligung bis 2019 erteilt, die Bf war und ist jedoch nicht erwerbstätig.

Erwerbstätig bedeutet, dass ein tatsächliches bestehendes Beschäftigungsverhältnis vorliegen muss. Siehe dazu Lenneis/Wanke/Czsaszar, FLAG Kommentar 2011, § 3 Rz 275: „*Es muss eine tatsächliche Erwerbstätigkeit vorliegen. Dass etwa durch Zuwendungen außerhalb der Grundversorgung anderweitig die Existenz gesichert wird, reicht nicht aus.*“

Angemerkt wird, dass auch der Bezug von Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit (was im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben ist) bei subsidiär Schutzberechtigten nach § 3 Abs 4 FLAG 1967 einem Familienbeihilfenzuspruch entgegensteht (vgl BFG 01.09.2015, RV/7104906/2014 ).

§ 3 Abs 4 FLAG 1967 idgF normiert demnach (weitere) zwei Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit einer Person mit dem Status "subsiär schutzberechtigt" ein Anspruch auf Familienbeihilfe zusteht. Nämlich einerseits den Nichterhalt von Leistungen aus der Grundversorgung und andererseits das Vorliegen einer tatsächlichen selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit.

Nunmehr steht im vorliegenden Fall aber fest, dass die Bf im Rückforderungszeitraum weder einer selbständigen noch einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist. Es bestand kein aufrechtes Beschäftigungs- bzw Dienstverhältnis.

Deshalb ist eine der zwei weiteren oben genannten Voraussetzungen nicht erfüllt.

Liegt aber auch nur eine der geforderten Voraussetzungen (gegenständlich eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit) nicht vor, besteht nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes kein Anspruch auf Familienbeihilfe (Vgl zB BFG vom 20.06.2016, RV/7101850/2016; BFG 23.02.2016, RV/7104898/2015; UFS 03.08.2008, RV/0516-I/10).

Eine Gewährung der Familienbeihilfe ist daher nach den klaren Bestimmungen des FLAG 1967 nicht möglich.

Wenn die Bf vorbringt, es sei festzuhalten, dass subsidiär Schutzberechtigte in Bezug auf den Anspruch von Sozialhilfe nach der einschlägigen EU-Richtlinie (Richtlinie 2011/95/EU vom 13.12.2011, sowohl in der alten Fassung als auch in der Neufassung) Österreichern gleichgestellt seien, so ist darauf hinzuweisen, dass die Sozialhilfe keine Familienleistung ist und sich daher nicht auf die Gewährung der Familienbeihilfe bezieht. In der einschränkenden Regelung des § 3 Abs 4 FLAG 1967 ist somit kein Widerspruch zu Art 28 *alt* bzw Art 29 *neu* der Statusrichtlinie, dergemäß subsidiär Schutzberechtigten die notwendige Sozialhilfe zuzuerkennen ist, zu erblicken, da nach der Entscheidungspraxis des BFG und des UFS vorgenannte Sozialhilfe auf die Kernleistungen beschränkt werden kann (vgl zB BFG 23.02.2016, RV/7104898/2015; UFS 19.10.2006, RV/0562-W/06; UFS 07.09. 2009, RV/2837-W/09 und UFS 03.08.2008, RV0516-I/10).

Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag sind Familienleistungen. Sie stehen nach österreichischem Recht unabhängig von der finanziellen Bedürftigkeit zu. Sie sind daher weder Sozialleistungen noch Leistungen, die auch Merkmale der Sozialhilfe aufweisen (vgl zB BFG 12.01.2017, RV/7100463/2016; BFG 01.09. 2015, RV/7104906/2014). Sie gehören daher keinesfalls zum Kernbereich der Sozialhilfe.

In diesem Zusammenhang wird auch auf den Beschluss des VfGH vom 02.10.2007, B 1163/07 - 10 verwiesen, in dem uA ausgeführt wird, dass dem Gesetzgeber nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes bei der Gewährung familienfördernder Maßnahmen ein großer Gestaltungsspielraum zukommt (vgl VfSlg. 8605/1979, 14.694/1996, 16.542/2002, 16.820/2003) und dass es auch unbedenklich erscheint, wenn der Gesetzgeber diesen Anspruch einer Personengruppe vorenthält, für die grundsätzlich eine staatliche Versorgung vorgesehen ist und dass aus diesem Grund auch gegen die Beseitigung eines bisher gegebenen Anspruches pro futuro keine gleichheitsrechtlichen Bedenken bestehen.

Diese Rechtsauffassung wird auch vom VwGH 29.09.2011, 2011/16/0065, geteilt. In diesem Erkenntnis wird uA zu Art 28 der RL 2004/83/EG (Statusrichtlinie „alt“, entspricht Art 29 RL 2011/95/EU) ausgeführt:

*„... Art 28 der Statusrichtlinie spricht von Sozialhilfeleistungen und von der notwendigen Sozialhilfe ... Demgegenüber stellt die Familienbeihilfe eine Familienleistung im Sinn des Art 4 Abs 1 der Verordnung Nr. 1408/71 dar ...*

*Die österreichische Familienbeihilfe stellt eine Transferleistung dar, welche die von der Verfassung geforderte steuerliche Berücksichtigung der Unterhalteleistungen für den Regelfall verwirklicht. Sie soll die im Vergleich zu einer nicht unterhaltpflichtigen Person verminderte Leistungsfähigkeit durch entsprechende Verminderung der Steuerlast berücksichtigen, wobei dem Gesetzgeber der rechtspolitische Spielraum eingeräumt ist, dies ...durch direkt ausgezahlte Transferleistungen wie die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag (...). Bei diesem Charakter der Familienbeihilfe kann aber nicht davon gesprochen werden, dass die Familienbeihilfe eine Sozialhilfe auch im unionsrechtlichen Sinn darstellt.*

*Zu dem mit der Familienbeihilfe insoweit vergleichbaren und ebenfalls eine Familienleistung iSd Art 4 Abs 1 der Verordnung Nr 1408/71 darstellenden Kinderbetreuungsgeld (...) hat der Oberste Gerichtshof im Urteil vom 26. Juni 2008, 10 Ob S 53/08 d, anschaulich dargestellt, dass die Sozialhilfe in der Regel nur dann eingreifen soll, wenn tatsächlich keine anderen ausreichenden Hilfen vorhanden sind (Subsidiarität), und dass sie den konkreten Bedürfnissen des jeweils einzelnen Hilfsbedürftigen entsprechen soll (Individualisierung). Demgegenüber handelt es sich beim Kinderbetreuungsgeld um eine Sozialleistung, die auch österreichischen Staatsangehörigen nicht im Rahmen der Sozialhilfe erbracht wird. ... Dies gilt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes umso mehr für die Familienbeihilfe, die (...) anders als das Kinderbetreuungsgeld nicht vom Einkommen der beihilfenberechtigten Person abhängt und ebenfalls keine subsidiäre auf die individuelle Bedürftigkeit des Beihilfenempfängers abstellende staatliche Leistung ist.*

*Daher hegt der Verwaltungsgerichtshof keine Zweifel im Sinne des Urteils des EuGH vom 6. Oktober 1982 in der Rs. 283/81 (CILFIT), dass es sich bei der österreichischen Familienbeihilfe nicht um eine Kernleistung der Sozialhilfe im Sinn des Art. 28 Abs. 2 der Statusrichtlinie handelt.*

*Somit konnte sich der Beschwerdeführer auch nicht unmittelbar auf die Statusrichtlinie berufen. ...“*

Zum Vorbringen der Bf, es liege jedenfalls ein Anspruch des Ehegatten vor, sollte ein Bezug der von der Rückforderung umfassten Beträge durch die Bf nicht möglich sein, ist festzuhalten, dass im ggstdl Verfahren nur der Anspruch der Bf zu prüfen ist.

Im Übrigen wird diesbezüglich bemerkt, dass – wie das FA im Vorlagebericht zu Recht ausführt – bei getrennter Haushaltsführung ein Anspruch des Ehegatten der Bf nach § 2 Abs 2 FLAG 1967 nur bei überwiegender Kostentragung bestünde.

Die in der mündlichen Verhandlung vor dem BFG angebotene Verzichtserklärung des Ehegatten der Bf zu deren Gunsten würde – wie das FA richtig dargelegt hat – ins Leere gehen, da eine solche nach § 2a FLAG 1967 die gemeinsame Haushaltsführung voraussetzt (vgl FLAG-Kommentar, Czsaszar, Lenneis, Wanke § 2a, Rz 3).

§ 26 Abs 1 FLAG 1967 lautet:

*“Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.“*

Gemäß § 33 Abs 3 EStG 1988 ist § 26 FLAG 1967 auch anzuwenden, wenn Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen wurden.

Die Bestimmung des § 26 FLAG 1967 normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist somit lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat.

Die Bf hat in Ansehung vorstehender Ausführungen und in Ermangelung der Entfaltung einer Erwerbstätigkeit die Beträge zu Unrecht erhalten.

Die Rückforderung durch das FA erfolgte daher zu Recht.

Die Beschwerde war abzuweisen.

*Zulässigkeit einer Revision:*

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die hier zu lösende Rechtsfrage ergibt sich einerseits unmittelbar aus dem Gesetzestext des § 3 Abs 4 FLAG 1967 idgF und ist andererseits durch die Judikatur des VwGH geklärt, sodass keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG vorliegt, weshalb eine ordentliche Revision nicht zuzulassen war.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 22. März 2017