

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., inR., vertreten durch Kocher & Bucher, Rechtsanwälte, 8010 Graz, Sackstraße 36, vom 16. Dezember 2008 gegen die Bescheide des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart, vom 13. November 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juli 2008 bis Oktober 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) und ihre Kinder sind Staatsbürger der Russischen Föderation. Ihr und ihren Kinder wurde der Status des Subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 1997 bzw. AsylG 2005 zuerkannt.

Laut Aktenvermerk im FA-Akt haben die Bw. und ihre Kinder ab 01.07.2008 Grundversorgung erhalten.

Das Finanzamt erließ am 13. November 2008 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Kinder

| Name des Kindes | VNR/Geb.dat. | Art der Beihilfe | Zeitraum von - bis |
|-----------------|--------------|------------------|--------------------|
| Z.R.            | x            | FB               | Juli 2008-Okt.2008 |
|                 |              | KG               | Juli 2008-Okt.2008 |

|      |    |    |                    |
|------|----|----|--------------------|
| Z.I. | xx | FB | Juli 2008-Okt.2008 |
|      |    | KG | Juli 2008-Okt.2008 |

Der Rückforderungsbetrag beträgt

| Art der Beihilfe             | Summe in € |
|------------------------------|------------|
| FB                           | € 1.118,00 |
| KG                           | € 407,20   |
| Rückforderungsbetrag gesamt: | € 1.525,20 |

Sie sind verpflichtet diesen Betrag gemäß § 26 Abs.1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs.4 Z 3 lit. a Einkommensteuergesetz zurückzuzahlen.

Begründend wurde Folgendes ausgeführt:

*„Personen, denen der Status von subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, wird nur dann Familienbeihilfe gewährt, wenn sie oder ein anderes Familienmitglied keinen Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung haben und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht auch für jene Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.“*

Gegen den Rückforderungsbescheid wurde eine Berufung eingebracht.

Ausgeführt wurde, dass aus der Begründung des bekämpften Bescheides sich die Voraussetzungen für die Rückforderung der Familienbeihilfe nicht ergeben. Auf Grund einer Nachfrage beim Finanzamt ergab sich, dass die Bw. seit 01.07.2008 Geldmittel aus der Grundversorgung bezogen hätte.

Dieser Umstand sei allerdings nicht geeignet, die Rückforderung aus dem Titel der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages bescheidmäßig anzuordnen. Dazu werde Folgendes ausgeführt:

*„Im Frühjahr 2008 ist der Ehegatte der Bw. und Vater der gemeinsamen Kinder bei einem Verkehrsunfall schuldlos ums Leben gekommen. Bis dahin war der Ehegatte der Bw. erwerbstätig und kam für das Familieneinkommen auf.*

*Die Bw. ist nun alleinerziehende Mutter von einem drei- sowie einem einjährigen Kind. Aus diesem Grund ist es ihr nicht möglich, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen*

*Der Bw. und ihren Kindern kommt derzeit in Österreich der Status von subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 1997 bzw. AsylG 2005 zu. Die im Familienlastenausgleichsgesetz vorgesehene Einschränkung für die Gewährung von Familienbeihilfe für subsidiär Schutzberechtigte, die auf eine Erwerbstätigkeit abzielt und vorschreibt, dass kein gleichzeitiger Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung bestehen darf, erweist sich aufgrund des Widerspruches zu einschlägigen Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechtes als europarechtswidrig. Diesbezüglich wird ausgeführt wie folgt:*

*Subsidiär Schutzberechtigten kommen nicht dieselben sozialen Rechte zu wie anderen Drittstaatsangehörigen, insbesondere Asylberechtigten. Während sich bei anerkannten Flüchtlingen das Aufenthaltsrecht aus den Schutzbestimmungen der Genfer*

*Flüchtlingskonvention herleitet, ist das Aufenthaltsrecht von subsidiär Schutzberechtigten auf die Europäische Menschenrechtskonvention gestützt, da mit der Gewährung dieses Status die Feststellung verbunden ist, dass eine Abschiebung der betroffenen Person in ihr Heimatland auf Grund dortiger Sicherheitslage zu einer schweren Grundrechtsverletzung führen könnte. Sowohl bei Asylberechtigten als auch bei subsidiär Schutzberechtigten ist daher eine Ausweisung aus rechtlichen Gründen nicht zulässig.*

*Die Abgrenzung des Status eines Asylberechtigten bzw. subsidiär Schutzberechtigten ergibt sich aus der Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.04.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen (der so genannten Status RL).*

*Art 2 lit.e der Status-RL hält fest:*

*„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck*

*„Personen mit Anspruch auf subsidiären Schutz“, einen Drittstaatsangehörigen oder einen Staatenlosen, der die Voraussetzungen für die Anerkennung als Flüchtling nicht erfüllt, der aber stichhaltige Gründe für die Annahme vorgebracht hat, dass er bei der Rückkehr in sein Herkunftsland oder, bei Staatenlose, in das Land seines vorherigen gewöhnlichen Aufenthalts tatsächlich Gefahr liefe, eine ernsthaften Schaden im Sinne des Artikel 15 zu erleiden, und auf den Artikel 17 Absätze 1 und 2 keine Anwendung findet und der den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Gefahr nicht in Anspruch nehmen will.“*

*In den genannten Verweisungen wird die Gefahr eines Eingriffes in das Recht auf Leben, in das Recht keiner unmenschlichen, erniedrigenden oder grausamen Behandlung oder Strafe unterworfen zu werden, sowie die Gefahr für Leib und Leben aufgrund eines bewaffneten Konflikts genannt.*

*Die Status-RL legt weiters in Kapitel VII, Art 20 ff. die Rechte dar, die sich aus der Gewährung des Status des subsidiär Schutzberechtigten ergeben:*

- *Hinsichtlich der sozialen Absicherung wird in Art 26 grundsätzlich der Zugang für subsidiär Schutzberechtigte zum Arbeitsmarkt verlangt.*
- *Minderjährigen subsidiär Schutzberechtigten ist gemäß Art 27 der Zugang zum nationalen Bildungssystem zu den selben Bedingungen wie eigenen Staatsangehörige zu gewähren.*
- *Art 28 regelt, dass Personen, denen der Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt worden ist, vom Zuerkennungsstaat Anspruch auf den Erhalt der notwendigen Sozialhilfe im gleichen Ausmaß und Umfang wie eigene Staatsangehörige erhalten. Hinsichtlich subsidiär Schutzberechtigter ergibt sich eine Einschränkung daraus, dass die Mitgliedstaaten gem. Art 28 Abs.2 ermächtigt sind, für diese Personengruppen, den Zugang zu Sozialhilfe auf Kernleistungen zu beschränken, die sie allerdings im gleichen Umfang und unter denselben Voraussetzungen wie eigene Staatsangehörige erhalten müssen*
- *Gleiches gilt auch für die medizinische Versorgung. Auch der Zugang dazu kann für subsidiär Schutzberechtigte gem. Art 29 Abs.2 auf Kernleistungen beschränkt werden. Dies gilt allerdings gem. Art 29 Abs.3 nicht für minderjährige subsidiär Schutzberechtigte, denen jedenfalls der gleiche Zugang der medizinischen Versorgung wie Staatsangehörigen zu gewähren ist.*
- *Gleichgestellt wie Staatsangehörige sind subsidiär Schutzberechtigte beim Zugang zu Wohnraum (Art 31).*
- *Die Freizügigkeit innerhalb eines Mitgliedstaates ist im gleichen Ausmaß wie andere Drittstaatsangehörige zu gewähren, die sich rechtmäßig im Mitgliedstaat aufzuhalten (Art 32).*

Diesen Normen widersprechend kommt subsidiär Schutzberechtigten hinsichtlich der Gewährung sozialer Leistungen oftmals nicht dieselbe Rechtstellung zu wie österreichischen Staatsangehörigen bzw. Asylberechtigten oder anderen zum Aufenthalt berechtigten Drittstaatsangehörigen.

Dies gilt etwa für den des Kinderbetreuungsgeldes und der Familienbeihilfe, deren Gewährung bei Asylberechtigten und bei nach dem NAG zum Aufenthalt berechtigten Drittstaatsangehörigen an keine weiteren Bedingungen geknüpft ist, bei subsidiär Schutzberechtigten hingegen auf eine Erwerbstätigkeit abstellt.

Nun wurde oben dargestellt, dass die Status-RL in Art 28 Abs.2 Einschränkungen im Bereich der Sozialhilfe für subsidiär Schutzberechtigte in Form einer Beschränkung auf Kernleistungen erlaubt. Diese Bestimmung definiert den Begriff der „Kernleistungen“ aber nicht. Zur näheren Auslegung dieses Begriffs lassen sich aber die Erwägungsgründe der Status-RL heranziehen. Aus diesen Erwägungsgründen ergibt sich die Intention des europäischen Gesetzgebers.

So heißt es in den Erwägungsgründen 33 und 34:

(33) Insbesondere zur Vermeidung sozialer Härtfälle ist es angezeigt, Personen denen die Flüchtlingseigenschaft oder der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, ohne Diskriminierung im Rahmen der Sozialfürsorge angemessene Unterstützung in Form von Sozialleistungen und Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes zu gewähren.

(34) Bei der Sozialhilfe und der medizinischen Versorgung sollten die Modalitäten und die Einzelheiten der Gewährung der Kernleistungen durch einzelstaatlichen Rechtsvorschriften bestimmt werden. Die Möglichkeit der Einschränkung von Leistungen für Personen, denen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden ist, auf Kernleistungen ist so zu verstehen, dass dieser Begriff zumindest ein Mindesteinkommen sowie Unterstützung bei Krankheit, bei Schwangerschaft und bei Elternschaft umfasst, sofern diese Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Betreffenden Mitgliedstaats eigenen Staatsangehörigen gewährt werden.

Es ergibt sich daher zunächst aus Art 28 der Status-RL, dass subsidiär Schutzberechtigten Kernleistungen aus dem Bereich der Sozialhilfe in gleichem Ausmaß zukommen müssen wie österreichischen Staatsangehörigen. Unter Heranziehung der Erwägungsgründen Nr. 33 und 34 der Status-RL ergibt sich, dass im Rahmen dieser Kernleistungen zumindest ein Mindesteinkommen sowie Unterstützung bei Krankheit, bei Schwangerschaft und bei Elternschaft gewährleistet sein muss, sofern diese Leistungen nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaates eigenen Staatsangehörigen gewährt werden. Zu den sozialen Kernleistungen, die subsidiär Schutzberechtigten wie eigenen Staatsangehörigen zu gewähren sind, zählen demnach auch Unterstützungsleistungen bei Elternschaft. Genau diesen Zweck beabsichtigt die Gewährung von Familienbeihilfe zu verfolgen.

Zusammenfassend ergibt sich also, dass die einschlägigen – im konkreten Fall angewendeten Vorschriften das Familienlastenausgleichsgesetz aufgrund des offenkundigen Widerspruchs zu den Bestimmungen der Status-RL in gegenständlicher Angelegenheit unangewendet zu bleiben haben (siehe zur Nichtanwendung österreichischer Rechtsvorschriften, die Normen des sekundären Gemeinschaftsrecht widersprechen jüngst VwGH 29.01.2008, 2007/18/0601). Da es in sofern an einer Rechtsgrundlage für die Rückforderung der Beträge aus dem Titel der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages fehlt, erweist sich der angefochtene Bescheid als inhaltlich rechtswidrig.“

Auf Grund eines Ersuchen des UFS die GVS-Burgenland möge mitteilen, in welcher Höhe und für welchen Zeitraum die Bw. und ihre Kinder Grundversorgung bezogen hätten, wurde Folgendes mitgeteilt:

Frau Bw. (mitsamt Familie) hätte sich in den Zeiträumen vom 19.1.2005 bis 30.4.2005, 3.5.2005 bis 2.10.2007 und vom 26.12.2007 bis 19.1.2009 in der Grundversorgung des Burgenlandes befunden und dadurch die bestmögliche Betreuung hinsichtlich Wohnung/Verpflegung/Krankenversicherung/Fahrtkostenersatz/Bekleidungshilfe bzw. sonstiger Leistungen erhalten. (Anm.: Die zwischen den einzelnen Zeiträumen liegenden Tagen war die Familie abwesend.)

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

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Die Bw. und ihre beiden Kinder sind Staatsbürger der russischen Föderation.

Am 11.12.2007 erließ das Bundesasylamt Bescheide, mit denen der Bw. und ihren Kindern gemäß § 8 Abs.1 AsylG subsidiäre Schutzberechtigung zuerkannt wurde.

Laut Auskunft der GVS-Burgenland hat die Bw. und ihre 2 Kinder ua, für den Zeitraum 26.12.2007 bis 19.1.2009 Grundversorgung bezogen.

Die Bw. war und ist nicht unselbstständig oder selbständig erwerbstätig.

Beweiswürdigung:

Der vorstehende Sachverhalt ist unstrittig.

Die Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:

§ 2 FLAG legt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen fest, unter denen jemand Anspruch auf Familienbeihilfe hat. Ergänzend hiezu stellt § 3 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.

Der Bw. und den beiden Kindern kommt der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zu.

Nach dem eindeutigen Wortlaut der mit BGBl I Nr. 168/2006 geänderten Gesetzesstelle hat eine Person, der der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, soferne sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind.

Da im vorliegenden Fall die Bw. und ihre Kinder Leistungen aus der Grundversorgung bezogen haben, hatte die Bw. keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge - von nicht hier interessierenden Ausnahmefällen abgesehen - zurückzuzahlen. Daraus folgt, dass dem Finanzamt kein Ermessen eingeräumt ist, ob ein Rückforderungsbescheid zu erlassen ist oder nicht.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung ist sehr weitgehend; sie beruht ausschließlich auf objektiven Sachverhalten und nimmt auf subjektive Elemente, wie Verschulden und Gutgläubigkeit, keine Rücksicht (vgl. Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar, P. 1 zu § 26).

Wie beispielsweise aus dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.1.2001, 2000/15/0183, hervorgeht, ist eine Rückforderung selbst dann zwingend vorzunehmen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist.

Es musste somit die objektiv zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für die Zeiträume Juli bis Oktober 2008 rückgefordert werden.

Die Berufung war daher abzuweisen.

Zur Frage, ob die Richtlinien EU-konform sind wird Folgendes ausgeführt.

Wie der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 16.3.2007, B1397/06, festgestellt hat, "kommt dem Gesetzgeber bei der Gewährung familienfördernder Maßnahmen ein großer Gestaltungsspielraum zu. Der Gesetzgeber kann 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 (BGBI. 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, BGBI. 80/2004)."

Die Bw. und ihre Kinder hatten ihren Wohnsitz bis 11.02.2009 im Burgenland

Auf Grund des „Gesetz vom 18.Mai 2006 über die vorübergehende Grundversorgung von Asylwerberinnen und Asylwerbern und sonstigen hilfs- und schutzbedürftigen Fremden (Asylwerberinnen und Asylwerber, Asylberechtigte, Vertrieben und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen) im Burgenland (Burgenländisches Landesbetreuungsgesetz – Bgbl. LBetreuG) erhielten die Bw. und Ihre Kinder die von der GVS-Burgenland bekanntgegebenen Grundversorgungsleistungen.

Gemäß § 12 leg. cit. wurde durch dieses Gesetz u.a. die in der Berufung angeführte Richtlinie 2004/81/EG umgesetzt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 7. September 2009