



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Adr.Bw., vom 21. Februar 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf vom 6. Februar 2012 betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Juni 2011 bis Jänner 2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen. Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerberin (Bw.) und dem Kind M.M. wurde bis 18. Jänner 2013 der Status von "subsidiär Schutzberechtigten" zuerkannt.

Im Zuge der Überprüfung des Beihilfenanspruches wurde vom Finanzamt jedoch festgestellt, *dass die Bw. in der Zeit vom Juni 2011 bis Jänner 2012 Arbeitslosengeld erhalten hat. Daraufhin forderte das Finanzamt mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid die für den Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis 31. Jänner 2011 ausgezahlte Familienbeihilfe und die entsprechenden Kinderabsetzbeträge zurück, da*

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

zuerkannt wurde. Da Sie nur bis 7.5.2011 erwerbstätig waren, besteht nur bis Mai 2011 Anspruch auf Familienbeihilfe, daher war wie im Spruch zu entscheiden.>

Mit Eingabe vom 18.2.2011 wurde die Verlängerung des Familienbeihilfenbezuges an die Bw. beantragt und die bezug habenden Asylbescheide, Meldeunterlagen, Karte für subsidiär Schutzberechtigte gemäß § 52 AsylG und Lohnbestätigung vorgelegt.

In der fristgerecht eingebrachten Berufung vom 16.2.2011 wurde wie folgt zur Begründung ausgeführt:

„Die im Bescheid bezeichnete Rückforderung wird damit begründet, dass Frau B-w. nur bis 7.5.2011 erwerbstätig gewesen ist und somit nur bis Mai ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hätte.

Das Finanzamt beruft sich dabei auf § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm. § 33 Abs. 3 EStG 1988.

Hierzu ist festzuhalten, dass Frau B-w. am 5.5.2004 einen Asylantrag zur AIS: yyyy.yyy einbrachte, der Asylgerichtshof erkannte am 30.1.2008 den Status der subsidiär Schutzberechtigten gem. § 8 AsylG 2005 zu. Am 8.11.2008 wurde die Tochter von Frau B-w., M.M. (Vers.Nr. xxxx) geboren, der nun ebenso der subsidiäre Schutz zukommt.

Da das Asylverfahren von Frau B-w. am 31.12.2005 noch anhängig war ist gem. gängiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 2007/15/0170), § 3 FLAG (alt) anzuwenden. § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. Nr. 142/2004 lautet:

§ 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 AsylG 1997 gewährt wurde (...)

D.h. es gilt § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten oder bereits 3 Monate erwerbstätig waren.

Der Verwaltungsgerichtshof hat weiters in seiner Erkenntnis zur GZ. 2009/16/0208 erwogen, dass durch das "Fremdenrechtspaket 2005" BGBl. I Nr. 100/2005 der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechtes vorgenommen hat. Im Zuge dieser Reform wurde auch § 3 FLAG 1967 neu gefasst.

In den Übergangsbestimmungen des AsylG 2005 wird angeordnet, dass *Asylverfahren*, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch *nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind* (§ 75 Abs. 1 AsylG 2005).

§ 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005.

§ 55 FLAG ist dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 AsylG 2005 das

Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist.

Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG - unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung.

Der sich daraus ergebende Rechtssatz lautet nach § 3 Abs. 2 FLAG idF. des Pensionsharmonisierungsgesetzes gilt § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Daraus folgt, dass für Frau B-w., da ihr Asylverfahren am 31.12.2005 bereits anhängig war, § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 nicht zur Anwendung kommt.

Da sie sich bereits seit mehr als 60 Monaten im Bundesgebiet aufhält bzw. auch bereits mehr als 3 Monate beschäftigt war, stehen ihr Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbetrag ungeachtet einer aktuellen Erwerbstätigkeit zu.

Dementsprechend wird die Behebung des am 6.2.2012 ergangenen Bescheids beantragt."

Weiters wurde mit 22.2.2012 von der Beratungsstelle C. ein Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für M.M., geb. x.xx.2008 eingebracht und ergänzend ausgeführt:

„Frau B-w. brachte am 18.11.2004 einen Antrag auf Asyl in Österreich ein. Am x.xx.2008 wurde M.M. geboren, die Mutter hält sich seit der Asylantragsteilung 2004 und die Tochter seit ihrer Geburt regelmäßig im Bundesgebiet auf.

Mit Erkenntnis 2007/15/0170 vom 15.1.2008 hat der Verwaltungsgerichtshof festgestellt, dass § 55 FLAG dahingehend zu verstehen ist, dass für Asylwerber, deren Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 zu Ende zu führen ist (d.h. deren Asylverfahren bereits vor dem 1.1.2006 anhängig war) § 3 FLAG - unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 anzuwenden ist.

Das Asylverfahren von Frau B-w. ist seit dem 18.11.2004 anhängig gewesen, am 28.1.2008 wurde ihr der subsidiäre Schutz gem. § 8 AsylG zuerkannt, diese wurde seitdem jährlich verlängert. Für M.M. wurde unmittelbar nach ihrer Geburt ebenfalls ein Asylantrag eingebracht, auch ihr kommt nun der Statur der subsidiär Schutzberechtigten zu.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in oben zitiertem Erkenntnis klargestellt hat, ist auf mich § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. Nr. 142/2004 anzuwenden.

§ 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. Nr. 142/2004 lautet:
§ 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 AsylG 1997 gewährt wurde (...)

Die Familienbeihilfe wird gemäß § 10 Abs. 1 FLAG nur auf Antrag gewährt. Nach § 10 Abs. 2 wird Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den

Anspruch erfüllt werden. Nach § 10 Abs. 3 FLAG wird die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Da Frau B-w. am 18.11.2004 ins österreichische Bundesgebiet eingereist ist, hält sie sich seit November 2009 sechzig Kalendermonate ständig im Bundesgebiet auf und hat damit seit November 2009 gem. § 3 Abs. 2 FLAG idF. BGBl. Nr. 142/2004 einen Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre Tochter M.M., geb. 2008).

Der Verwaltungsgerichtshof hat auch klargestellt, dass eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung als Asylwerber nicht im Widerspruch zu einem gewöhnlichen Aufenthalt iSd. § 26 Abs. 2 BAO steht (vgl. z.B. VwGH 12.10.2009, 2009/16/0208 oder VwGH 5.11.2009, 2009/16/0239). In der Entscheidung vom 12.10.2009 hat der VwGH folgendes wortwörtlich ausgeführt: *"Das beschwerdeführende Finanzamt vermeint, ein ständiger Aufenthalt der Mitbeteiligten im Bundesgebiet sei nicht gegeben, weil der Aufenthalt der Mitbeteiligten als Asylwerberin nicht auf einem zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitel beruhe.*

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt demgegenüber die Auffassung, dass das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthaltes in § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes ebenfalls dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAG entspricht und daher das vom beschwerdeführenden Finanzamt ins Treffen geführte Fehlen eines zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitels unerheblich ist." Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf die Entscheidung des Unabhängigen Finanzsenates RV/0612-L/08 vom 4.12.2009.

Da im Fall von Frau B-w. alle Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum von November 2009 bis April 2010 vorliegen wird die rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe für diesen Zeitraum beantragt."

Die abweisende Berufungsvorentscheidung vom 16.4.2012 begründete das Finanzamt wie folgt:

<§ 3 FLAG idF Fremdenrechtspaket 2005 ist § 55 FLAG zufolge für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 AsylG 2005 das Asylverfahren noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wird, die also vor dem 1.1.2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren am 31.12.2005 noch anhängig war, auch für Zeiträume ab 1.1.2006 nicht anzuwenden.

Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG zunächst noch idF des PensionsharmonisierungsgG BGBl I 2004/142 zur Anwendung, aber nur solange bis das eingeleitete Asylverfahren in letzter Instanz rechtskräftig beendet wurde.

Da Ihr Asylverfahren am 28.1.2008 (mit einer Abweisung) rechtskräftig beendet wurde, kommt ab diesem Zeitpunkt der § 3 FLAG in der Fassung ab 1.1.2006 zur Anwendung. Im strittigen Zeitraum ab Juni 2011 vermag daher ein Hinweis auf den ständigen Aufenthalt von mehr als 5 Jahren in Österreich keinen Anspruch mehr begründen.

Gemäß § 3 Abs. 1 FamilienlastenausgleichsG 1967 (FLAG 1967) 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.

Gemäß § 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 (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 3 Abs. 3 FamilienlastenausgleichsG (FLAG) 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 AsylG 2005 Asyl gewährt wurde. Die Familienbeihilfe steht ab dem Monat zu, in dem Asyl nach dem AsylG 1997 bzw. 2005 zuerkannt worden ist. Maßgeblich ist das Datum des Asylbescheides.

Gemäß § 3 Abs. 4 FamilienlastenausgleichsG (FLAG) haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 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 AsylG 2005 zuerkannt wurde. Gem. § 55 Abs. 3 FLAG tritt § 3 Abs. 4 mit 1. Juli 2006 in Kraft.

Ihr Antrag auf Asyl wurde im Jänner 2008 abgewiesen, es wurde Ihnen jedoch der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt und Ihnen befristete Aufenthaltsbewilligung erteilt und bereits mehrmals verlängert, letztgültig bis 18.1.2013. Auch der Asylantrag Ihrer Tochter M. vom 28.11.2008 wurde abgewiesen und Ihr ebenfalls der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt.

Daher haben Sie nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn Sie bzw. die anderen Familienmitglieder im gleichen Haushalt keine Leistung aus der Grundversorgung erhalten und Sie erwerbstätig sind. Hierfür muss eine tatsächliche Beschäftigung vorliegen. Zeiten von Leistungen aus einer früheren Erwerbstätigkeit wie z.B. Kranken- oder Arbeitslosengeld oder einer Karenz reichen nicht.

Am 7.5.2011 waren Sie letztmalig als Arbeiterin erwerbstätig. Anschließend erhielten Sie bis 13.3.2012 Arbeitslosengeld. Ab 8.5.2011 ist somit die Voraussetzung der tatsächlichen Erwerbstätigkeit nicht mehr 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. Die Überprüfung eventueller Leistungen aus der Grundversorgung ist demnach obsolet.

Die Rückforderung für den Zeitraum von Juni 2011 bis Jänner 2012 erfolgte daher zu Recht.>

Dagegen wurde erneut Berufung erhoben, ergänzend wie folgt dargelegt und die Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt:

„Mit den oben bezeichneten Bescheiden wird ein Rückforderungsbetrag der bezogenen Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages gesamt in der Höhe von € 1.332,30 für den Zeitraum Juni 2011 bis Januar 2012, von der belangten Behörde zurückgefordert.

Begründet wurde die Rückforderung damit, dass gemäß § 3 Abs. 4 FLAG (FamilienlastenausgleichsG 1967) Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann haben, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Da ich die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfülle, wäre es wie im Spruch zu entscheiden. Dadurch sei ich verpflichtet, den Gesamtbetrag in der Höhe von € 1.332,30 an das oben bezeichnete Finanzamt zurückzuzahlen.

Sachverhalt und Rechtliche Erwägung:

Gemäß § 8 AsylG 2005 wurde mir und meinem Kind im Januar 2008 der Status der subsidiär

Schutzberechtigten zuerkannt und gleichzeitig befristete Aufenthaltsberechtigungen erteilt. Seit diesem Datum verfügen wir über den Status der subsidiär Schutzberechtigten.

Ich bin eine allein erziehende Mutter, die sich mit ihrem oben angeführten Kind rechtmäßig in Österreich aufhält und mit ihm im gemeinsamen Haushalt wohnt. Wir haben den Mittelpunkt unserer Lebensinteressen in Österreich, wie sich aus der Intensität unserer persönlichen Beziehungen und wirtschaftlichen Interessen in Österreich ergibt.

Ich war bis Mai 2011 berufstätig, danach hat mir das Arbeitsmarktservice einen weiterführenden Deutschkurs vermittelt, ich habe die Sprachprüfung (Level BI) erfolgreich abgeschlossen. Dies war die Voraussetzung dafür, dass ich im September 2011 eine Berufsausbildung zur Heimehelferin beginnen konnte. Ich habe sämtliche Prüfungen und Praktika erfolgreich absolviert, musste dann im Januar 2012 jedoch aufgrund meiner aktuellen Schwangerschaft meine Ausbildung unterbrechen.

Ich habe am XX.5.2012 entbunden und kann ein halbes Jahr später meine Ausbildung zur Heimehelferin abschließen.

Bis dahin ist es mir nicht möglich, selbst für meinen Unterhalt aufzukommen, sodass ich für mich und mein Kind bzw. auch meinen Säugling die bedarfsorientierte Mindestsicherung werde beantragen müssen.

Mein Bestreben war immer und ist nach wie vor, dass ich wirtschaftlich trotz Schwierigkeiten für uns selbst aufkommen kann.

Was die Grundversorgung betrifft, habe ich auf Grund der genannten Sach- und Einkommenslage für den gegenständlichen Zeitraum keinen Anspruch darauf bzw. keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten.

Ich habe immer die von der Behörde geforderten Unterlagen vorgelegt und war immer der Ansicht, für den Zeitraum von Juni 2011 bis Januar 2012 die Familienbeihilfe im guten Glauben zu Recht erhalten zu haben.

Ich habe diese Mittel auch in Gutem Glauben verbraucht. Keinesfalls besaß ich aber die Absicht, diese Beträge unrechtmäßig zu beziehen.

Mit großem Respekt möchte ich hier betonen, dass ich den Bezug der Leistung weder durch unwahre Angaben, noch durch Verschweigung maßgebender Tatsachen herbeigeführt habe.

Ich bin nun wirklich nicht in der Lage, diesen zurückgeforderten Betrag zurückerstatten. Aus meiner derzeitigen Existenz heraus ist es nicht möglich.

Aus den oben angeführten Gründen stelle ich den Antrag, den angefochtenen Bescheid aufzuheben und beantrage gegenüber der Oberbehörde, die Oberbehörde möge gemäß § 236 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO) die Abgabenschuldigkeit aus Gründen der Billigkeit nachzusehen bzw. abzuschreiben."

Über die Berufung wurde erwogen:

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 AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem AsylG 2005 Asyl gewährt wurde.

Weiters wurde mit Wirksamkeit ab 1.6.2006 der zitierten Bestimmung ein Absatz 4 und 5 (idF BGBl I Nr. 168/2006) angefügt. Absatz 4 besagt, 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 Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 2005 zuerkannt wurde.

Nach den dem Unabhängigen Finanzsenat (UFS) vorgelegten Unterlagen wurde sowohl der Bw. als auch ihrem Kind M.M. der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt und zuletzt eine befristete Aufenthaltsbewilligung bis 18.1.2013 erteilt. Der Asylantrag vom 18.11.2004 wurde jedoch mit 28.1.2008 abgewiesen.

Wie das Finanzamt feststellte, ist nach § 3 FLAG idF Fremdenrechtspaket 2005 § 55 FLAG zufolge für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 AsylG 2005 das Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 abgeführt wird, die also vor dem 1.1.2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren am 31.12.2005 noch anhängig war, auch für Zeiträume ab 1.1.2006 nicht anzuwenden.

Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG zunächst noch idF des PensionsharmonisierungsG BGBl I 2004/142 zur Anwendung, aber nur solange bis das eingeleitete Asylverfahren in letzter Instanz rechtskräftig beendet wurde.

Das Asylverfahren der Bw. wurde am 28.1.2008 (mit einer Abweisung) rechtskräftig beendet, daher kommt ab diesem Zeitpunkt der § 3 FLAG in der Fassung ab 1.1.2006 zur Anwendung. Im strittigen Zeitraum ab Juni 2011 vermag daher ein Hinweis auf den ständigen Aufenthalt von mehr als 5 Jahren in Österreich keinen Anspruch mehr begründen.

Nach dem eindeutigen Wortlaut der mit BGBl I Nr. 168/2006 geänderten Gesetzesstelle des Absatz 4 und 5 mit Wirksamkeit ab 1.6.2006 der Bestimmung § 3 FLAG ein hat eine Person, der der Status eines subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind.

Es muss eine tatsächliche Erwerbstätigkeit vorliegen. Zeiten von Leistungen aus der Kranken- oder Arbeitslosenversicherung stellen, wenn ein aufrechtes Dienstverhältnis nicht mehr besteht, keine "tatsächliche Erwerbstätigkeit" im Sinn des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 dar. Anders als etwa im Anwendungsbereich der VO (EWG) 1408/71 stellt das Gesetz nicht auf den Umstand einer Versicherung, sondern auf jenen einer selbständigen oder nichtselbständigen Erwerbstätigkeit ab.

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen, die diesbezüglich auch nicht strittig sind, war die Bw. im strittigen Zeitraum weder nichtselbständig noch selbständig erwerbstätig sondern machte eine Ausbildung und bezog Arbeitslosengeld.

Die Voraussetzung der Erwerbstätigkeit der Bw. ist somit im Berufszeitraum nicht erfüllt. Die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag im Berufszeitraum liegen somit nicht vor.

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (siehe VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

Hinsichtlich des Antrages um Nachsicht der Rückforderung wird auf die Zuständigkeit des Finanzamtes verwiesen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 10. Juli 2012