

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A, Adr, gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 1.12.2011 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Mai 2009 bis Februar 2011 im fortgesetzten Verfahren zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

1.) Herr A (= Beschwerdeführer, Bf), türkischer Staatsbürger, hatte mit Eingabe vom 23.3.2009, diese ergänzt durch die Eingabe vom 22.7.2010, die Familienbeihilfe für seine vier Kinder wie folgt beantragt:

1. für B , geb. 22.9.2002, Gewährung ab 1.7.2005;
2. C , geb. 15.5.2006, ab 1.5.2006;
3. D , geb. 22.9.2007, ab 1.9.2007 und
4. E , geb. 24.1.2009, ab 1.1.2009.

Der Bf gibt an, er sei im Dezember 2003 nach Österreich eingereist; die Gattin sei mit der in der Türkei geborenen Tochter B im Juli 2005 nachgekommen. Laut vorgelegten Geburtsurkunden sind die weiteren Kinder in Österreich geboren.

Sämtliche Familienangehörige sind türkische Staatsangehörige. Laut Meldebestätigungen sind der Bf seit 17.5.2004, Gattin und Tochter B seit August 2005 sowie die übrigen Kinder seit Geburt im Inland mit (gemeinsamem) Hauptwohnsitz gemeldet und seien laut Angaben des Bf seither ständig in Österreich aufhältig, wozu noch eine Schulbesuchsbestätigung der Tochter B für das Schuljahr 2009/10 vorgelegt wurde. Vorgelegt wurden die Bescheide des Bundesasylamtes, wonach die Asylanträge des Bf am 17.6.2004 sowie der Gattin und der Tochter B am 23.10.2007 jeweils gemäß § 7 Asylgesetz 1997 abgewiesen wurden und die Ausweisung verfügt wurde. Die Asylverfahren der Kinder C , D und E wurden nach dem Asylgesetz 2005 abgeführt und vom Bundesasylamt ebenso abweislich entschieden. Dagegen wurden Beschwerden an den Asylgerichtshof erhoben. Laut vorgelegten Berechtigungskarten lag bis zum

Abschluss des Asylverfahrens eine Aufenthaltsberechtigung (gem. § 36b bzw. § 51 AsylG) für die gesamte Familie vor.

Das Finanzamt hat die beantragte Familienbeihilfe für die vier Kinder ab Mai 2009 gewährt und mit rechtskräftigem Bescheid vom 7.10.2010 hinsichtlich der vorhergehend beantragten Zeiträume (jeweils bis einschl. April 2009) abgewiesen, da gem. § 3 Abs. 2 FLAG 1967 (in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung wg. offenen Asylverfahrens) die Voraussetzung des ständigen Aufenthaltes des Bf von zumindest 60 Kalendermonaten im Bundesgebiet (ab der Wohnsitzmeldung 17.5.2004) erst ab Mai 2009 erfüllt sei. Eine mehr als 3monatige Beschäftigung sei vom Bf lt. Auszug der Sozialversicherungsdaten bislang nicht ausgeübt worden.

2.) In der Folge ist hervorgekommen:

Die behängenden Beschwerdeverfahren wurden mit Urteilen des Asylgerichtshofes je vom 9.2.2011 rechtskräftig abgeschlossen, die Asylanträge als unbegründet abgewiesen und gleichzeitig festgestellt, dass die Ausweisung unzulässig sei.

Auf Antrag wurde seitens des Stadtmagistrates X ab 30.3.2011 eine "Niederlassungsbewilligung" (NAG-Titel) als Aufenthaltstitel für alle Familienmitglieder erteilt, ab 10.8.2011 auch für den Sohn F , geb. 4.8.2011.

Laut Einsicht in die Sozialversicherungsdaten war der Bf rund 2 Monate (2004), 1 Woche (2005), rund 2,5 Monate (2007) und rund 5 Monate (ab 5.5.2011) als Arbeiter beschäftigt. Die Gattin war im gesamten Zeitraum nicht berufstätig.

Auf Anfrage wurde vom Sozialamt im November 2011 mitgeteilt, der Bf habe vom 12.5.2004 bis 13.8.2004 sowie vom 15.10.2004 bis 15.4.2011 eine Grundversorgung erhalten. Im Akt erliegt diesbezüglich zB ein Bescheid vom 28.6.2010, wonach dem Bf vom 1.7. bis 31.12.2010 nach dem Tiroler Grundversorgungsgesetz (TGVG) Leistungen von mtl. € 900 (für Unterbringung und Verpflegung der Familie) gewährt wurden.

3.) Das Finanzamt hat daraufhin mit Bescheid vom 1.12.2011, SV-Nr , vom Bf für die nach dem 1.1.2006 geborenen Kinder C , D und E zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Mai 2009 bis Februar 2011 (gesamt € 14.016,70) zurückgefordert. Begründend wurde ausgeführt, es gelte § 3 Abs. 2 FLAG nach neuer Rechtslage, weshalb der Anspruch erst ab gültigem NAG-Aufenthaltstitel (ab März 2011) zustehe.

In der dagegen erhobenen Berufung, nunmehr Beschwerde, wendet der Bf im Wesentlichen ein, er lebe seit 16.1.2003 (Datum des ersten Asylantrages) ständig in Österreich, seine Gattin und die Kinder seit Einreise bzw. seit deren Geburt in Österreich. Bis zum (negativen) Abschluss des Asylverfahrens am 9.2.2011 wären sie alle Asylwerber gewesen und hätten ab März 2011 die humanitäre Aufenthaltsbewilligung (NAG-Verfahren) erhalten. Seit August 2011 gehe er regelmäßig einer Beschäftigung nach. Defacto sei die ganze Familie ununterbrochen und rechtmäßig in Österreich ansässig gewesen. Nach dem VwGH-Erk. vom 15.1.2008, 2007/15/0170, stehe Asylwerbern bis zum Abschluss des Asylverfahrens die Familienbeihilfe zu. Der Rückforderungsbescheid

sei daher ersatzlos aufzuheben. Daneben begehrte der Bf wiederum die Familienbeihilfe rückwirkend (ab 2005, 2006, 2007 und 2009 lt. ergänzter Eingabe vom 22.7.2010) für alle vier Kinder, da die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien.

Auf Nachfrage wurde dem Finanzamt vom Stadtmagistrat X im Schreiben vom 11.4.2013 mitgeteilt: Der Bf sei am 16.1.2003 illegal ins Bundesgebiet eingereist, der Asylantrag sei am 14.2.2011 rechtskräftig negativ beschieden worden. Zuzufolge dessen Antrags vom 8.3.2011 auf humanitäre Niederlassungsbewilligung gem. NAG sei er seit 30.3.2011 im Besitz eines Aufenthaltstitels.

Die abweisende Berufungs-/Beschwerdevorentscheidung wurde nach Darstellung des wesentlichen Sachverhaltes und der bezughabenden Gesetzesbestimmungen (§ 3 FLAG 1967 samt Gesetzesänderungen durch BGBl I 100/2005 und BGBl I 168/2006; § 55 Abs. 1 FLAG; § 75 Abs. 6 AsylG) wie folgt begründet: *"Der Berufungswerber hatte im gegenständlichen Zeitraum den Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 und hat Leistungen aus der Grundversorgung erhalten. Zudem war er weder selbständig noch unselbständig erwerbstätig, weshalb auch aus diesem Grund ein Familienbeihilfenanspruch nicht besteht."* Die für den streitgegenständlichen Zeitraum zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen sei daher gem. § 26 FLAG zurückzuzahlen.

Am 1.7.2013 hat der Bf einen Vorlageantrag eingebracht und darin das bisherige Beschwerdevorbringen wiederholt, wobei er einwendet, die gesamte Familie sei *"als subsidiären Schutz Genesende"* defacto immer rechtmäßig in Österreich aufhältig gewesen.

4.) Das Bundesfinanzgericht (BFG) hatte über die Beschwerde gegen den (gegenständlich bekämpften) Bescheid des Finanzamtes vom 1.12.2011 mit Erkenntnis vom 10.7.2014, RV/3100328/2013, abweisend entschieden, dies auszugsweise mit folgender Begründung:

".... Mangels Bezugnahme auf die Übergangsbestimmungen des NAG und des AsylG 2005 traten die Abs. 4 und 5 des § 3 FLAG 1967 (eingefügt mit BGBl I Nr. 168/2006) für alle zu beurteilenden Fälle mit 1. Juli 2006 in Kraft und wurden mit diesem Tag die Anspruchsvoraussetzungen für Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten zukommt, explizit geregelt.

.... Die Anwendbarkeit der (neu angefügten) Abs. 4 und 5 des § 3 FLAG 1967 für alle Fälle mit 1. Juli 2006 ergibt sich letztlich auch aus den Überlegungen des Verwaltungsgerichtshofes, der ausdrücklich von einer "zunächst noch"-Anwendbarkeit des § 3 FLAG 1967 idF BGBl I 142/2004 spricht; dies unbeschadet der durch BGBl I 168/2006 mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen (idS vgl VwGH 29.9.2011, 2011/16/0065).

Nach § 3 Abs. 4 FLAG 1967 haben somit abweichend von Abs. 1 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 (wie auch die Ehegattin und die Tochter B) hatte – im Hinblick auf oben dargestellte Rechtslage - bis zum 31.12.2005 den Status als "Asylwerber" nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 und von 1.1.2006 bis 9.2.2011 den Status des "subsidiär Schutzberechtigten" gemäß § 75 Abs. 6 AsylG 2005.

Der Bf und auch die Ehegattin waren, wie oben bereits festgestellt, im gegenständlich strittigen Zeitraum (Mai 2009 bis Februar 2011) weder unselbständig noch selbständig erwerbstätig. Hinzu kommt, dass in dem genannten Zeitraum durchgehend Leistungen aus der Grundversorgung nach TGVG bezogen wurden. Mangels Erfüllung der – zudem – kumulativ erforderlichen Voraussetzungen nach der hier anzuwendenden Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 idF BGBl I 168/2006 hat sohin ein Anspruch auf Familienbeihilfe in diesem Zeitraum nicht bestanden.

Dieser Anspruch steht iSd § 3 Abs. 1 FLAG 1967 idF BGBl I 100/2005 (nach Abschluss des Asylverfahrens) erst ab der Zuerkennung der Aufenthaltsbewilligung und damit dem rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich nach § 8 NAG, d. ab März 2011, zu. ...".

Um weitere Wiederholungen zu vermeiden, wird zur Begründung im Einzelnen auf das dortige BFG-Erkenntnis verwiesen.

5.) Der Bf hat dagegen außerordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof erhoben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 22.10.2015, Ra 2014/16/0018, dahin entschieden, dass die Revision zulässig und berechtigt ist und hat das angefochtene BFG-Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Demzufolge ist nunmehr im Rahmen des fortgesetzten Verfahrens neuerlich über die vom Bf erhobene Beschwerde zu entscheiden.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Zunächst wird zum festgestellten Sachverhalt auf die Ausführungen in Punkt "2. Sachverhalt" im BFG-Erkenntnis vom 10.7.2014, RV/3100328/2013, verwiesen.

1. Anzuwendende Rechtsvorschriften:

Nach § 2 Abs. 1 lit a Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967, BGBl 1967/376, haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter bestimmten weiteren Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

§ 3 Abs. 1 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl I 142/2004, bestimmt, dass Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, 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.

Nach **Abs. 2** der zitierten Bestimmung **gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten**, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde. Weiters bestimmt **Abs. 3**, dass wenn der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1), nicht österreichischer Staatsbürger ist, für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe genügt, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

Mit **BGBI I 100/2005** (Fremdenrechtspaket) wurde § 3 FLAG 1967 geändert und lautet:

§ 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 ... oder nach § 54 des Asylgesetzes 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 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

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.

Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 15.1.2008, 2007/15/0170, ausgesprochen, dass diese Bestimmung dahingehend zu verstehen ist, dass § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Asylgesetz 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 1967 - unbeschadet der durch BGBl I 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl I 142/2004, zur Anwendung.

Mit **BGBl I Nr. 168/2006** wurde § 3 FLAG 1967 neuerlich geändert und wurden mit **Wirksamkeit ab 1. Juli 2006** (§ 55 Abs. 3 FLAG 1967) folgende Absätze angefügt:

(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,

In **§ 75 Abs. 6 AsylG 2005** wird bestimmt, dass einem Fremden, dem am 31. Dezember 2005 eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zugekommen ist, der Status des subsidiär Schutzberechtigten als zuerkannt gilt.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs. 1 FLAG die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Auf im Wege der gemeinsamen Auszahlung bezogene Kinderabsetzbeträge ist § 26 FLAG anzuwenden.

2. VwGH-Erkenntnis vom 22.10.2015, Ra 2014/16/0018:

Nach Darstellung obiger Gesetzeslage führt der VwGH in dem aufhebenden Erkenntnis aus:

Das BFG habe zutreffend § 3 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes weiterhin angewendet, habe allerdings in § 3 Abs. 4 FLAG – welche Bestimmung zutreffend für anwendbar gesehen wurde - die Rechtsgrundlage gesehen, wonach dem Revisionswerber die Familienbeihilfe im Streitzeitraum nicht zustünde, da er den Status eines subsidiären Schutzberechtigten gehabt und Leistungen aus der Grundversorgung bezogen habe und weder unselbständig noch selbständig erwerbstätig gewesen sei.

Der VwGH verweist im Weiteren auf sein zu einem ähnlich gelagerten Revisionsfall am 19.5.2015, 2013/16/0082, ergangenes Erkenntnis, bei welchem ebenso beide Bestimmungen (noch und) gleichzeitig anzuwenden waren und worin er ausgesprochen hat:

"§ 3 Abs. 4 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 168/2006 bestimmt lediglich "Abweichend von Abs. 1 ...". Da jedoch in Fällen wie im vorliegenden Beschwerdefall § 3 Abs. 1 bis 3 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes weiterhin anwendbar sind, trifft das "Abweichend von Abs. 1" nicht die Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG. ..."
(Anm.: Im dortigen Beschwerdefall war die für die Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes erforderliche Voraussetzung, d. der ständige Aufenthalt im Bundesgebiet seit mindestens sechzig Kalendermonaten - Einreise 2003/zur beurteilenden Zeitraum Juli 2006 bis Juli 2007 - nicht erfüllt).

Laut VwGH ist daher auch im Gegenstandsfalle § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, weiterhin anzuwenden und wird **von § 3 Abs. 4 FLAG nicht verdrängt**.

Da sich der Bf im Hinblick auf die Wohnsitzmeldung im Mai 2004 - wie auch vom Finanzamt vormals dem Bescheid vom 7.10.2010 zugrunde gelegt – jedenfalls ab Mai 2009 bereits seit mindestens sechzig Kalendermonaten im Bundesgebiet aufgehalten

hat, hat er im gegenständlich strittigen Zeitraum Mai 2009 – Februar 2011 den Tatbestand nach § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes erfüllt. Dem Bf ist demnach für den Streitzeitraum aufgrund Erfüllung der Voraussetzung die Familienbeihilfe (samt Kinderabsetzbeträgen) für die genannten drei Kinder zugestanden, weshalb eine Rückforderung nicht rechtens war.

Der Beschwerde war daher im fortgesetzten Verfahren Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden.

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 Lösung der Frage, ob dem Bf die Familienbeihilfe im strittigen Zeitraum zugestanden hat, ergibt sich – in Zusammenhalt mit og. Gesetzesbestimmungen (FLAG und AsylG) - aus dem zum Beschwerdefall nunmehr ergangenen VwGH-Erkenntnis vom 22.10.2015, 2014/16/0018, weshalb keine Rechtsfrage von "grundsätzlicher Bedeutung" mehr vorliegt. Eine Revision ist daher nicht zulässig.

Innsbruck, am 24. November 2015