

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R  
in der Beschwerdesache Bf., vertreten durch RA,  
gegen den Bescheid des Finanzamtes Braunau Ried Schärching vom 6.2.2013 zu  
SVNr., betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und  
Kinderabsetzbeträgen für die Kinder A und B zu Recht erkannt:  
Der Beschwerde wird stattgegeben. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.  
Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-  
Verfassungsgesetz (B-VG) ist nicht zulässig.

### **Entscheidungsgründe**

Der Beschwerdeführer lebt und arbeitet seit dem Jahr 2002 in Österreich.  
Den Eintragungen im Zentralen Melderegister ist zu entnehmen, dass ihm  
erstmals am 19.2.2002 eine Bescheinigung gemäß § 19 AsylG 1997 (vorläufige  
Aufenthaltsberechtigung) ausgestellt worden war. Als erster Unterkunftgeber wird das  
Caritasheim in S ausgewiesen. Sein Hauptwohnsitz befindet sich derzeit (ebenso wie  
während der beschwerdegegenständlichen Monate) in M.

Aus einem aktuellen Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung  
geht hervor, dass der Beschwerdeführer ab 26.8.2002 bis 22.8.2007 (mit kurzen  
Unterbrechungen) durchgehend erwerbstätig war. Ab dem Jahr 2007 wurde über  
längere Zeiträume Kranken- bzw. Arbeitslosengeld bezogen. Seit 14.5.2009 wechseln  
Beschäftigungen und Bezug von Arbeitslosengeld bzw. zuletzt Notstandshilfe.

Im Zuge einer Überprüfung des Beihilfenanspruches für seine beiden Kinder KindA  
(geb. 1.1.1111) und KindB (geb. 2.2.2222) forderte das Finanzamt am 30.11.2012 vom  
Beschwerdeführer einen Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt der gesamten  
Familie (NAG-Karte oder Flüchtlingsausweise) an.

Dazu wurden Ablichtungen vom Bundesasylamt für den Beschwerdeführer und seine beiden Kinder ausgestellter Karten für subsidiär Schutzberechtigte gemäß § 52 AsylG (alle vom 14.12.2012) vorgelegt.

Im auszugsweise vorgelegten Beihilfenakt befindet sich ein Versicherungsdatenauszug betreffend den Beschwerdeführer vom 5.2.2013 (eingeschränkt für die Zeit ab 1.1.2008), dem zu entnehmen ist, dass er vom 22.10.2011 bis 3.4.2012, 5.4.2012 bis 1.5.2012, 3.5.2012 bis 29.5.2012, 11.7.2012 bis 26.8.2012 und 6.11.2012 bis 9.12.2012 Arbeitslosengeld bezogen hat. Für die Zeit ab 10.12.2012 wird "laufender" Bezug von Notstandhilfe und Überbrückungshilfe ausgewiesen.

Mit Bescheid vom 6.2.2013 forderte das Finanzamt dem Beschwerdeführer für seine beiden Kinder ausbezahlte Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Zeiträume November 2011 bis Mai 2012, August 2012 und Dezember 2012 zurück. Personen, denen der Status von subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 2005 zuerkannt worden sei, werde nur dann Familienbeihilfe gewährt, wenn sie oder ein anderes Familienmitglied keinen Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung habe und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sei. Da der Beschwerdeführer in den angeführten Zeiträumen keiner Beschäftigung nachgegangen sei, wäre die Familienbeihilfe entsprechend zurückzufordern.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Schriftsatz vom 23.2.2013 Berufung erhoben. Die Vorschrift, dass subsidiär Schutzberechtigten "keine" Familienbeihilfe gewährt werde, wenn sie "keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind" (gemeint wohl: wenn sie Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und nicht unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind), verstoße gegen das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Gleichheit von Fremden untereinander bzw. gegen den Gleichheitsgrundsatz und gegen die Richtlinie 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004, die bis spätestens 10.10.2006 umzusetzen gewesen sei. In Ziffer 34 dieser Richtlinie werde vorgeschrieben, dass die Möglichkeit der Einschränkung von Leistungen für Personen, denen der subsidiäre Schutzstatus zuerkannt worden wäre, so zu verstehen sei, dass dieser Begriff zumindest ein Mindesteinkommen sowie Unterstützung bei Krankheit, bei Schwangerschaft und bei Elternschaft umfasse, sofern diese Leistungen nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedsstaates eigenen Staatsangehörigen gewährt werde. Im FLAG komme der politische Wille zur horizontalen Umverteilung zum Ausdruck. Die finanziellen Belastungen, die Familien mit Kindern im Vergleich zu Personen ohne Unterhaltsverpflichtung hätten, sollen ausgeglichen werden. Das Budget des FLAG werde aus Dienstgeberbeiträgen und aus Abgeltungen der Einkommens- und Körperschaftsteuer finanziert. Die Familienbeihilfe sei als Kernleistung anzusehen. Darüber hinaus habe das Finanzamt auch übersehen, dass der Beschwerdeführer türkischer Staatsbürger sei und deswegen das Assoziationsabkommen mit der Türkei anzuwenden sei (VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

Mit Berufungsvorentscheidung vom 17.6.2013, dem zustellbevollmächtigten Rechtsvertreter nachweislich erst am 9.10.2013 zugestellt, wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab. In der Begründung wurde lediglich die Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG zitiert. Der Beschwerdeführer sei in den vom Rückforderungsbescheid umfassten Zeiträumen keiner Beschäftigung nachgegangen.

Mit Eingabe vom 9.10.2013 wurde die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt.

Am 15.10.2013 wurde die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

Gemäß § 323 Abs. 38 BAO sind die am 31.12.2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängig gewesenen Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen.

Der belangten Behörde wurde vom Bundesfinanzgericht am 26.8.2014 vorgehalten, dass der Beschwerdeführer seit Februar 2002 in Österreich lebe und laut SV-Abfrage ab 26.8.2002 bis 22.8.2007 (mit kurzen Unterbrechungen) durchgehend erwerbstätig gewesen sei. Ab dem Jahr 2007 sei über längere Zeiten Kranken- bzw. Arbeitslosengeld bezogen worden. Seit 14.5.2009 wechselten Beschäftigungen und Bezug von Arbeitslosengeld bzw. zuletzt Notstandshilfe. Bei dieser Sachlage sei von einem assoziationsintegrierten türkischen Staatsbürger auszugehen, auf den das Assoziationsabkommen mit der Türkei anzuwenden sei. Damit sei auch auf den Beschluss Nr. 3/80 des Assoziationsrates vom 19.9.1980 (ARB 3/80) Bedacht zu nehmen. Dieser verdränge aufgrund des darin normierten Diskriminierungsverbotes nicht nur § 3 Abs. 1 und 2 FLAG, sondern auch § 3 Abs. 4 FLAG. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei es für den persönlichen Anwendungsbereich des ARB 3/80 ohne Belang, ob der türkische Staatsangehörige als Wanderarbeitnehmer nach Österreich eingereist sei oder aus anderen Gründen. Auch wenn er selbst Asylwerber wäre (oder wie im gegenständlichen Fall subsidiär Schutzberechtigter ist), würden für ihn die Bestimmungen des ARB 3/80 gelten (VwGH 21.11.2012, 2012/16/0093).

Das Finanzamt gab dazu keine Stellungnahme ab.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Beide Kinder des Beschwerdeführers waren in den beschwerdegegenständlichen Monaten minderjährig. Der Beschwerdeführer hatte in diesen Monaten auch seinen Hauptwohnsitz im Bundesgebiet.

§ 3 Abs. 1 bis 4 FLAG lauten:

*(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, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012, rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

*(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG oder nach § 54 AsylG 2005 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.*

Der Verwaltungsgerichtshofes hat in seinem Erkenntnis vom 21.11.2012, 2012/16/0093, zur Anwendung des Beschlusses des Assoziationsrates Nr. 3/80 vom 19.9.1980, der die Unanwendbarkeit des § 3 Abs. 2 FLAG zur Folge hat, Folgendes ausgeführt:

*Gestützt auf Art. 39 des Protokolls vom 23. November 1970 zum Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der (damaligen) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Türkei vom 12. September 1963 erließ der durch das Abkommen geschaffene Assoziationsrat am 19. September 1980 den Beschluss Nr. 3/80 - ARB 3/80. Nach seinem Art. 1 hat für die Anwendung dieses Beschlusses der Ausdruck Familienbeihilfen die Bedeutung, wie er in Art. 1 der Verordnung (EWG) Nr. 14081/71 des Rates definiert ist. Weiters bezeichnet der Ausdruck "Arbeitnehmer" u.a. jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.*

*Der ARB 3/80 gilt nach seinem Art. 2 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind, und für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen.*

Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 lautet:

*" Die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die dieser Beschluss gilt, haben die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines*

*Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staats, soweit dieser Beschluss nichts anderes bestimmt."*

*Art. 4 Abs. 1 ARB 3/80 lautet:*

*"(1) Dieser Beschluss gilt für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, die folgende Leistungsarten betreffen:*

*h) Familienleistungen*

*Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. Dezember 2011, Zl. 2009/16/0179 (mwN), ausgeführt hat, kommt Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten zu; er ist somit unmittelbar anwendbar. Für den persönlichen Anwendungsbereich des ARB 3/80 ist es ohne Belang, ob der türkische Staatsangehörige als Wanderarbeitnehmer nach Österreich eingereist ist oder aus anderen Gründen. Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 verdrängt insoweit § 3 Abs. 1 FLAG und stellt die dort genannten Personen österreichischen Staatsbürgern gleich. Dass die Ehefrau des Beschwerdeführers Asylwerberin sein mag, ist im Beschwerdefall völlig unerheblich. Dass der Beschwerdeführer selbst Asylwerber wäre, hat die belangte Behörde nicht festgestellt, würde im Beschwerdefall aber nichts daran ändern, dass für den in Österreich als Arbeitnehmer beschäftigten Beschwerdeführer die Bestimmungen des ARB 3/80 gelten, wobei der Art. 3 Abs. 1 ARB 3/80 auch § 3 Abs. 2 FLAG verdrängt.*

Da es nach dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ohne Belang ist, ob der türkische Staatsbürger als Wanderarbeitnehmer oder aus anderen Gründen nach Österreich eingereist ist, gelten für ihn die Bestimmungen des ARB 3/80 auch dann, wenn er als Asylwerber eingereist ist. Der ARB 3/80 verdrängt daher aufgrund des darin normierten Diskriminierungsverbotes (vgl. Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Tz 101 ff) nicht nur § 3 Abs. 1 und 2 FLAG, sondern auch § 3 Abs. 4 FLAG.

Zum persönlichen Geltungsbereich des ARB 3/80 hat auch der OGH in seiner Entscheidung vom 4. Mai 2010, 10 ObS 168/09t Folgendes ausgeführt:

*Nach seinem Art 2 gilt der ARB 3/80 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten gelten oder galten, und die türkische Staatsangehörige sind und für die Familienangehörigen dieser Arbeitnehmer, sofern sie im Gebiet eines Mitgliedsstaats wohnen sowie für Hinterbliebene dieser Arbeitnehmer. In der schon genannten Entscheidung in der Rs Sürül (Rn 84) hat der EuGH ausgesprochen, dass sich die Definition des persönlichen Geltungsbereichs des ARB 3/80 an die Definition der Begriffe "Arbeitnehmer" und "Selbständige" in Art 2 Abs. 1 der VO (EWG) 1408/71 anlehnt (ebenso 10 Ob 14/09w); dieser Status als Arbeitnehmer oder Selbständiger ist wiederum aus der Mitgliedschaft in einem Sozialversicherungssystem abzuleiten.*

Nach eingehender Darstellung der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sowie des deutschen Bundesverwaltungsgerichts und des Bundessozialgerichts hielt der OGH fest, dass es für den persönlichen Anwendungsbereich des ARB 3/80 ohne Belang sei, ob der

türkische Staatsangehörige als Wanderarbeitnehmer nach Österreich eingereist sei oder als Asylwerber.

Dass der Beschwerdeführer in den beschwerdegegenständlichen Monaten sozialversichert (arbeitslosenversichert) war, steht ebenso unbestritten fest wie sein rechtmäßiger Aufenthalt im Bundesgebiet.

Insgesamt gesehen lagen daher in den beschwerdegegenständlichen Monaten die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe für die beiden minderjährigen Kinder vor, weshalb sich der Rückforderungsbescheid als rechtswidrig erweist und aufzuheben war.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass auch bereits der Unabhängige Finanzsenat, gestützt auf die oben zitierte Rechtsprechung, den Vorrang des Beschlusses ARB 3/80 gegenüber den Bestimmungen des § 3 FLAG betont hat (z.B. UFS 29.4.2013, RV/0452-G/12).

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig, da die im gegenständlichen Verfahren zu klärenden Rechtsfragen bereits ausreichend durch die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, von der die gegenständliche Entscheidung nicht abweicht, geklärt sind.

Linz, am 24. September 2014