

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A, Adr, gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 01.12.2011 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Mai 2009 bis Februar 2011 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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. März 2009, diese ergänzt durch die Eingabe vom 22. Juli 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 F 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 (gestellt am 20.1.2003) am 17.6.2004 sowie der Gattin und der Tochter B (gestellt am 29.7.2005) am 23.10.2007 jeweils gemäß § 7 Asylgesetz 1997 abgewiesen wurden und die Ausweisung verfügt wurde. Die Asylverfahren der Kinder C, geb. 2006, D, geb. 2007, und E, geb. 2009, 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 Kinder B, C, D und E 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 weiterer Folge ist hervorgekommen bzw. wurde vom Finanzamt erhoben:

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 G, 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 (gegenständlich bekämpftem) 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. C, D und E seit deren Geburt in Österreich. Bis zum (negativen) Abschluss des Asylverfahrens am 9.2.2011 wären sie alle Asylwerber gewesen und hätten dann ab März 2011 die humanitäre Aufenthaltsbewilligung (NAG-Verfahren) erhalten. Seit August 2011 gehe er regelmäßig einer Beschäftigung nach. Defacto sei daher 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. Zusage 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 gesamte bisherige Beschwerdevorbringen wiederholt, wobei er einwendet, die gesamte Familie sei *"als subsidiären Schutz Genesende"* defacto immer rechtmäßig in Österreich aufhältig gewesen.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

1. Gegenstand des Verfahrens:

Den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet ausschließlich der Bescheid des Finanzamtes vom 1.12.2011, womit bereits gewährte Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Kinder C, D und E für den Zeitraum Mai 2009 bis Februar 2011 vom Bf zurückgefordert wurden.

Zu dem Mehrbegehren laut Eingabe vom Juli 2010 auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe für B ab Juli 2005, für C ab Mai 2006, für D ab September 2007 und für E ab Jänner 2009 hatte das Finanzamt einen abweisenden Bescheid am 7.10.2010 erlassen. Dieser Bescheid ist in Rechtskraft erwachsen. Zu einem neuerlichen Antrag des Bf vom Juli 2011 betreffend dieselben Zeiträume behängt ein gesondertes Beschwerdeverfahren.

2. Sachverhalt:

An Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der Bf im Jänner 2003 (zunächst illegal) nach Österreich eingereist ist, hier seinen Wohnsitz genommen und am 16. bzw. 20.1.2003 einen Asylantrag gestellt hat. Ihm folgte die Gattin mit Tochter B im Juli 2005 nach, die beide einen Asylantrag am 29.7.2005 gestellt haben. Über diese Asylanträge hat das Bundesasylamt in Anwendung des Asylgesetzes 1997 negativ entschieden; dagegen wurden Beschwerden erhoben. Im Mai 2006 wurde das Kind C, im September 2007 das Kind D und im Jänner 2009 das Kind E in Österreich geboren und wurden für diese jeweils wenige Tage nach Geburt ebenso Asylanträge gestellt. Deren Verfahren wurden nach dem Asylgesetz 2005 abgeführt, darüber vom Bundesasylamt negativ entschieden und gegen diese abweisenden Bescheide Beschwerden erhoben. Bis zum Abschluss der Asylverfahren lagen Aufenthaltsberechtigungen nach dem AsylG vor.

Mit Erkenntnissen vom 9.2.2011 hat der Asylgerichtshof abweisend über die Asylanträge entschieden und gleichzeitig hinsichtlich der Ausweisung darauf erkannt, dass diese unzulässig sei. Das Asylverfahren war damit rechtskräftig abgeschlossen.

Anfang März 2011 wurden Anträge auf Erteilung einer humanitären Niederlassungsbewilligung nach dem NAG eingebracht und wurden ab 30.3.2011 Aufenthaltsbewilligungen für die gesamte Familie erteilt.

Der Datenbank der Sozialversicherung ist zu entnehmen, dass der Bf von Juli 2007 bis einschließlich April 2011 keiner Beschäftigung nachgegangen ist. Die Gattin hat im gesamten Zeitraum keinerlei Berufstätigkeit ausgeübt.

Laut Mitteilung des Sozialamtes/Land Tirol hat der Bf für die Familie ua. im Zeitraum 15.10.2004 bis 15.4.2011 durchgehend mtl. Leistungen nach dem Tiroler Grundversorgungsgesetz erhalten.

Fest steht weiters, dass sich der Bf, die Ehegattin und das Kind B seit deren Einreise, die weiteren Kinder C, D und E jeweils seit deren Geburt ständig in Österreich aufgehalten haben. Alle Familienangehörige sind türkische Staatsbürger.

3. 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 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 sechzig 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 **BGBl I 100/2005** wurde § 3 FLAG 1967 geändert und lautete:

- § 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 (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, 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, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.

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.

4. Anwendung auf den vorliegenden Fall:

In Beschwerde gezogen ist der Zeitraum Mai 2009 bis zum Abschluss des Asylverfahrens im Februar 2011. Anschließend wurde ab März 2011 eine Aufenthaltsbewilligung nach NAG erteilt.

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. Dem dieser Gesetzesänderung zu Grunde liegenden Initiativantrag ist zu entnehmen, dass durch die Bezugnahme auf einen Rechtsstatus nach dem Asylgesetz 2005 auch Personen miterfasst sind, denen bereits nach vorigen asylgesetzlichen Bestimmungen (zB AsylG 1997) ein entsprechender Status eingeräumt wurde (siehe die Übergangsbestimmungen nach § 75 Abs. 5 und 6 AsylG 2005). Künftig soll auch für Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderbetreuungsgeld eingeräumt werden, **sofern** diese auf Grund ihrer Hilfsbedürftigkeit **nicht bereits Leistungen im Rahmen der Grundversorgung** nach Maßgabe der Grundversorgungsvereinbarung nach Art 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern erhalten **und** durch eigene **Erwerbstätigkeit** zu ihrem Lebensunterhalt beitragen.

Bereits nach der Rechtslage vor dem 1. Jänner 2006 war als Voraussetzung für den Bezug der Familienbeihilfe das Vorliegen einer mindestens drei Monate dauernden legalen unselbständigen Erwerbstätigkeit vorgesehen. Diese Voraussetzung soll nunmehr durch die selbstständige Erwerbstätigkeit erweitert werden. 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.

Zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen (gem. § 33 Abs. 3 EStG 1988 idGF.) sind gemäß § 26 FLAG zurückzuzahlen.

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage ist die Rückforderung mit angefochtenem Bescheid vom 1.12.2011 zu Recht erfolgt.

Es war sohin wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision:

Die Lösung der Frage, ob der Anspruch auf Familienbeihilfe dem Bf aufgrund seines Status als "subsidiär Schutzberechtigter" im strittigen Zeitraum zugestanden hat, ergibt sich anhand der bezug habenden, jeweils in Geltung stehenden Gesetzesbestimmungen (FLAG und AsylG) in Zusammenhalt mit der angeführten VwGH-Judikatur (VwGH 15.1.2008, 2007/15/0170; VwGH 29.9.2011, 2011/16/0065). Nachdem sohin keine Rechtsfrage von "grundsätzlicher Bedeutung" zugrunde liegt, ist eine Revision nicht zulässig.

Innsbruck, am 10. Juli 2014