

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B, Adresse, vertreten durch Edward W. Daigneault, Rechtsanwalt, Solicitor (England), 1160 Wien, Lerchenfelder Gürtel 45/11, vom 11.8.2014 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, 1220 Wien, Dr. Adolf Schärf-Platz 2, vom 31.7.2014, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 4.499,80) und Kinderabsetzbetrag (€ 2.277,60) für den im August 2008 geborenen C B für den Zeitraum August 2012 bis März 2014 und für die im September 2012 geborene D B für den Zeitraum September 2012 bis März 2014 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefördert werden, Gesamtrückforderungsbetrag € 6.777,40, Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

- I. Der angefochtene Bescheid wird, soweit er eine Rückforderung in Bezug auf C für die Zeiträume August 2012 bis Februar 2013 sowie Juni 2013 bis März 2014 und in Bezug auf D für die Zeiträume September 2012 bis Februar 2013 sowie Juni 2013 bis März 2014 ausspricht, gemäß § 279 BAO ersatzlos aufgehoben.
- II. Der Spruch des angefochtenen Bescheides bleibt im übrigen, soweit er eine Rückforderung in Bezug auf C und auf D für den Zeitraum März bis Mai 2013 ausspricht, gemäß § 279 BAO unverändert.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision zulässig.

## Entscheidungsgründe

### Antrag

Mit dem Formular Beih 1 beantragte die Beschwerdeführerin (Bf) A B am 20.12.2012 Familienbeihilfe für ihre im September 2012 geborene Tochter D. Für ihren im August 2008 geborenen Sohn C erhalte die Bf Familienbeihilfe. Mutter und Tochter seien ukrainische Staatsbürger, die Mutter sei 2006 nach Österreich eingereist und als Köchin bei F E seit 4.4.2011 beschäftigt. Vater sei G B, ebenfalls ukrainischer Staatsbürger, dieser wohne in der Ukraine.

Laut den angeschlossenen Urkunden wurde Mutter und Tochter vom Bundesasylamt der jeweilige Antrag auf internationalen Schutz bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten gemäß § 3 Abs. 1 Asylgesetz 2005 i.V.m. § 2 Abs. 1 Z 12 Asylgesetz 2005 abgewiesen, zugleich aber gemäß § 8 Abs. 1 Asylgesetz 2005 der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt und eine befristete Aufenthaltsbewilligung erteilt.

Vorgelegt wurden Kopien der Geburtsurkunde von D, der Karten für subsidiär Schutzberechtigte sowie Meldenachweise.

## **Überprüfung**

In einem vom Finanzamt übermitteltem Formular zur Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe gab die Bf am 25.4.2013 an, auf Karenzurlaub zu sein.

## **Aufenthaltsbewilligungen**

Befristete Aufenthaltsbewilligungen für Mutter, Sohn und Tochter für den Rückforderungszeitraum August bzw. September 2012 bis März 2014 sind aktenkundig.

## **Kindergarten, Mutter-Kind-Untersuchungen**

C besucht laut Bestätigung vom 23.4.2013 seit 1.10.2010 einen Kindergarten in Wien.

In dem elektronisch übermitteltem Akt befinden sich auch Bestätigungen über Mutter-Kind-Untersuchungen betreffend D.

## **Rückforderungsbescheid**

Mit Bescheid vom 31.7.2014 forderte das Finanzamt zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 4.499,80) und Kinderabsetzbetrag (€ 2.277,60) für den im August 2008 geborenen C B für den Zeitraum August 2012 bis März 2014 und für die im September 2012 geborene D B für den Zeitraum September 2012 bis März 2014 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurück, Gesamtrückforderungsbetrag € 6.777,40, und begründete dies so:

*Zu BC:*

*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.*

*Zu BD:*

*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.*

## **Beschwerde**

Gegen den Rückforderungsbescheid vom 31.7.2014 erhab die Bf mit Telefax vom 11.8.2014 durch ihren Rechtsanwalt Beschwerde und führte in dieser aus:

*Mit Bescheid vom 31.7.2014, zugestellt am 5.8.2014, fordert das Finanzamt von mir "zu Unrecht bezogene" Familienbeihilfe (FB) und den Kinderabsetzbetrag (KG) zurück, und zwar für das Kind C (...) für den Zeitraum August 2012 bis März 2014 und für das Kind D (...) für den Zeitraum September 2012 bis März 2014.*

*Gegen diesen Bescheid erhebe ich Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Bundes für Finanzen.*

*Der Bescheid ist rechtswidrig, er verletzt mich in meinem Recht für o.e. Zeitraum nicht zur Rückzahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag verpflichtet zu werden.*

## **Sachverhalt und Beschwerdegründe**

*Mit Erkenntnis der Asylbehörde vom 15.12.2009, AIS Zl. ..., wurde mir in Österreich subsidiärer Schutz zuerkannt. Entsprechend den Regeln zum Familienverfahren wurde der subsidiäre Schutz auch auf meine beiden Kinder erstreckt. Uns wurden regelmäßig Aufenthaltsberechtigungen nach § 8 Abs 4 AsylG erteilt.*

*Mit Bescheid vom zuletzt 31.7.2014 erkannte mir das Finanzamt FB und KG für den Zeitraum vom April bis Juli 2012 zu, mit dem hier angefochtenen Bescheid verneinte es aber den Anspruch vom August 2012 bis März 2014, für welchen insgesamt EU 6.777,40 rückgefordert werden.*

*Die hier ausgesprochene Aberkennung des Anspruches und Rückforderung f.d. Zeitraum August 2012 bis März 2014 ist nicht rechtmäßig:*

*Gemäß § 3 Abs 4 FLAG haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie kein Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigt nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.*

Wie aus dem beiliegenden Versicherungsverlauf hervorgeht, habe ich im Rückforderungszeitraum nur von 26.2.2013 bis 31.5.2013 eine Grundversorgungsleistung in Anspruch genommen.

Seit 4.4.2011 bin ich als Arbeiterin bei der Fa. E beschäftigt. Vom 1.7.2012 bis 30.9.2012 habe ich aufgrund des Mutterschutzes nicht mehr gearbeitet und Wochengeld bezogen, am ...9.2012 habe ich das Kind D geboren, vom 1.10.2012 bis laufend in ich in Karenz. Der Dienstgeber bestätigt hiezu, dass ich bei ihm bei bis 4.9.2015 karenziert bin und ab 5.9.2015 wieder als aktive Dienstnehmerin angemeldet werde.

Aus § 10 Abs 1 Mutterschutzgesetz ist ein Weiterlaufen des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung erkennbar ("Dienstnehmerinnen kann während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung rechtswirksam nicht gekündigt werden"). Gemäß § 15 Abs 1 MutterschutzG ist der Mutter auf ihr Verlangen hin bis zum Ablauf des zweiten Lebensjahres des Kindes Karenz zu gewähren, welche Karenz nach § 15 Abs 4 MutterschutzG zur Folge hat, dass der Kündigungs- und Entlassungsschutz bis zum Ablauf von vier Wochen nach Beendigung der Karenz gilt, auch in diesem Zeitraum bleibt das Dienstverhältnis demnach aufrecht. Die am 1.10.2012 begonnene Karenzzeit endet demnach frühestens am 2.10.2014. Bis dahin bin ich als Dienstnehmer zu behandeln, denn zur Beendigung des Dienstverhältnis bedürfte es meinen Austritt (siehe z.B. § 23a Abs 3 AngestelltenG) ein solcher ist nicht erfolgt, oder aber einer Kündigung durch den Dienstgeber mit Zustimmung des Gerichts, auch eine solche ist nicht erfolgt.

Ich bin daher durchlaufend vom 4.4.2011 bis laufend als Dienstnehmer zu behandeln, bin also unselbständig erwerbstätig iS § 3 Abs 4 FLAG.

Damit steht mir der Anspruch für FB und KG für das Kind C zumindest vom Aug 2012 bis Feb 2013 und vom Juni 2013 bis laufend zu. Für das Kind D bin ich vom Sept 2012 bis Feb 2013 und vom Juni 2013 bis laufend bezugsberechtigt. Im Zeitraum März-Mai 2013 habe ich Grundversorgungsleistungen bezogen.

Der den Anspruch für die Bezugsdauer ab Aug 2012 bzw Sept 2012 bis März 2014 rückfordernde Bescheid ist demnach rechtswidrig.

#### Anträge

Ich stelle daher den Antrag, das Bundesfinanzgericht möge

- in Abänderung des angefochtenen Bescheides Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für meine Kinder nicht rückfordern, in eventu nur für den "grundversorgten" Zeitraum März 2013 bis Mai 2013 rückfordern;
- und dazu eine mündliche Beschwerdeverhandlung durchführen (ich bedarf zur EV keines Dolmetschers).

Beigefügt war ein Versicherungsdatenauszug vom 8.8.2014 (zu den Versicherungsdaten siehe unten den Auszug vom 9.12.2014) sowie folgende Bestätigung des Arbeitgebers F E vom 18.12.2013:

*Wir bestätigen hiermit, dass Frau A B, ..., derzeit in Karenz ist und mit 5. September 2015 wieder bei uns angemeldet wird.*

## **Beschwerdevorentscheidung**

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 26.9.2014 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab:

### *Sachverhalt:*

*Ihnen und Ihren Kindern wurde in Österreich subsidiärer Schutz zuerkannt und regelmäßig Aufenthaltsberechtigungen nach§ 8 Abs. 4 AsylG erteilt. Von 04.04.2011 bis 31.05.2012 waren Sie als Arbeiterin beschäftigt. Anschließend bezogen Sie bis Ende September Wochengeld. Seit Oktober 2012 sind Sie karenziert und laut Bestätigung Ihres Dienstgebers werden Sie ab 05.09.2014 wieder als aktive Dienstnehmerin bei diesem angemeldet. Leistungen aus der Grundversorgung wurden von 26.02.2013 bis 31.05.2013 bezogen. Familienbeihilfe wurde Ihnen von April 2011 bis März 2014 gewährt. In der Folge wurde die Familienbeihilfe ab August 2012 (bzw. ab September 2012) rückgefordert.*

### *Gesetzliche Grundlagen:*

*Gemäß § 3 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005) gewährt wurde, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind.*

### *Würdigung:*

*Unbestritten ist, dass von März bis Mai 2013 wegen der bezogenen Leistungen aus der Grundversorgung kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.*

*Hinsichtlich des restlichen Rückforderungszeitraumes gilt es die Frage zu klären, ob Zeiten des Wochengeldbezuges und der Karenz in der für den Beihilfenanspruch unabdingbaren Voraussetzung der unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit Deckung finden.*

*Das FLAG 1967 verlangt ausdrücklich eine tatsächliche Erwerbstätigkeit. Für Zeiten des Bezuges einer Leistung aus der Krankenversicherung (z.B. Wochengeld, Krankengeld) oder Arbeitslosenversicherung (Arbeitslosengeld, Notstandshilfe), sowie der gesetzlichen Karenz (auch bei aufrechtem Dienstverhältnis) ist ein Familienbeihilfenanspruch ausgeschlossen.*

*Ihre Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.*

## **Vorlageantrag**

Mit Telefax vom 5.11.2014 stellte die Bf durch ihren Rechtsanwalt Vorlageantrag:

*Ich beantrage die Vorlage meiner Beschwerde vom 11.8.2014 an das Bundesfinanzgericht.*

*Zur Beschwerdevorentscheidung vom 26.9.2014, diese zugestellt am 9.10.2014, ist noch anzumerken:*

*Nach § 3 Abs 4 FLAG 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 unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.*

*Nach § 2 Abs 1 Z 1 KBGG hat ein Elternteil Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld für sein Kind, sofern für dieses Kind Anspruch auf Familienbeihilfe besteht und Familienbeihilfe für dieses Kind tatsächlich bezogen wird. § 2 Abs 1 Z 5 KBGG sieht ebenfalls vor, dass nur jene subsidiär Schutzberechtigte anspruchsberechtigt sind, die nicht grundversorgt werden und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind.*

*Nach der Auslegung des Finanzamtes bedeutet dies, dass subsidiär Schutzberechtigte Frauen für ihre Kinder nur dann Familienbeihilfe (und Kinderbetreuungsgeld) beziehen dürfen, wenn sie während des Mutterschutzes und der Karenzzeit arbeiten. Subsidiär Schutzberechtigte Frauen sollen also keine "Wahlfreiheit bezüglich der Vereinbarkeit und der Art der Kinderbetreuung" (KKBGG, RV 620 d.B., XXI GP) haben.*

*Damit werden alleinstehende, nach der subsidiären Schutzform des Asylgesetzes aufenthaltsberechtigte Frauen und Kinder gröslichst benachteiligt, weil alle anderen nach dem AsylG oder dem NAG aufenthaltsberechtigte Frauen bzw auch verheiratete subsidiär Schutzberechtigte, bei denen ein Partner arbeitet, die hier gegenständlich Familienleistungen selbstverständlich auch beziehen können, wenn sie ihre Betreuungspflichten gegenüber dem Neugeborenen bzw Kleinstkind selbst wahrnehmen, d.h. die Wahlfreiheit zu Gunsten der gedeihlichen sozialen Entwicklung des Kindes nutzen. Dazu kommt, dass in Wien für Babys und Kleinstkinder kaum außerhäusliche Betreuungsplätze vorhanden sind, für die Betroffenen nichts können, weshalb alleinstehende subsidiär Schutzberechtigte, die ihre Kinder nicht zum Arbeitsplatz mitnehmen oder von einer Freundin etc betreuen lassen können, generell benachteiligt zu sein scheinen.*

## **Versicherungsdatenauszug**

Der vom Finanzamt am 9.12.2014 angeforderte Versicherungsdatenauszug weist folgende Versicherungszeiten der Bf aus:

von	bis	Art der Monate / meldende Stelle	Nr. *)
27. 03. 2006	07. 04. 2006	Asylwerberin bzw. Flüchtlinge 01	
17. 10. 2006	26. 11. 2006	geringfügig beschäftigte Arbeiterin	
27. 11. 2006	30. 11. 2006	Angestellte	
01. 12. 2006	16. 02. 2007	geringfügig beschäftigte Arbeiterin 02	
22. 01. 2008	28. 03. 2010	Asylwerberin bzw. Flüchtlinge	
29. 03. 2010	24. 09. 2010	Arbeitslosengeldbezug	
01. 10. 2010	03. 04. 2011	Asylwerberin bzw. Flüchtlinge 03	
04. 04. 2011	14. 07. 2012	Arbeiterin	
15. 07. 2012	04. 11. 2012	Wochengeldbezug (DGKTONR-bezogen) 02	
04. 09. 2012	04. 09. 2012	Anzeige einer Lebendgeburt 03	
01. 10. 2012	laufend vorläuf. Ersatzzeit wg. Kindererziehung	04	
26. 02. 2013	31. 05. 2013	Asylwerberin bzw. Flüchtlinge	
01. 07. 2014	laufend	Asylwerberin bzw. Flüchtlinge	

Arbeitgeber war jeweils F E, Betreiber eines Cafe-Restaurants.

## **Grundversorgung**

Der Fonds Soziales Wien teilte dem Finanzamt über dessen Anfrage mit E-Mail vom 9.12.2014 mit, dass Leistungen aus der Grundversorgung in Form der Krankenversicherung von der Bf, ihrem Sohn und ihrer Tochter bezogen wurden, und zwar im Rückforderungszeitraum August bzw. September 2012 bis März 2014:

A B: 26.2.2013 - 28.2.2013, 1.3.2013 - 31.3.2013, 1.4.2013 - 30.4.2013, 1.5.2013 - 31.5.2013.

D B: 26.2.2013 - 28.2.2013, 1.3.2013 - 31.3.2013, 1.4.2013 - 30.4.2013, 1.5.2013 - 31.5.2013.

C B: 1.3.2013 - 31.3.2013, 1.4.2013 - 30.4.2013, 1.5.2013 - 31.5.2013, 1.6.2013- 30.6.2013, 1.7.2013 - 31.7.2013, 1.8.2013 - 31.8.2013, 1.9.2013 - 30.9.2013, 1.10.2013

- 31.10.2013, 1.11.2013 - 30.11.2013, 1.12.2013 - 31.12.2013, 1.1.2014 - 31.1.2014,  
1.2.2014 - 28.2.2014, 1.3.2014 - 31.3.2014.

## **Betriebsaufgabe**

Das Finanzamt erhob am 10.12.2014 zum früheren Arbeitgeber F E:

*Laut DB2 wurde der Betrieb mit 30.04.2014 aufgegeben.*

*Die steuerliche Vertretung war für Lohnverrechnung nicht zuständig und kann daher keine Auskunft über die Dauer eines ev arbeitsrechtlich aufrechten Dienstverhältnisses geben.*

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 19.12.2014 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

*Sachverhalt:*

*Der Beschwerdeführerin (BF) und ihren Kindern C, geb. ...08.2008 und D, geb. ...09.2012, ukrainische Staatsbürger, wurden mit Bescheiden des Bundesasylamtes der Status von subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt. Am 31.01.2014 wurde die Familienbeihilfe für beide Kinder für den Zeitraum August bzw. September 2012 bis März 2014 rückgefordert, da die BF keiner aktiven selbständigen bzw. nichtselbständigen Tätigkeit nachgegangen ist.*

*Die BF bezog von 15.07.2012 bis 04.11.2012 Wochengeld und ist laut Bestätigung des Dienstgebers, datiert mit 18.12.2013 bis 05.09.2015 karenziert. Zum Dienstgeber siehe Aktenvermerk.*

*Die am 11.08.2014 eingebrachte Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 26.09.2014 abgewiesen. Am 05.11.2014 wurde ein Vorlageantrag eingebracht.*

*Laut Bestätigung des Fonds für Soziales Wien vom 09.12.2014 bezog die BF und D von Februar 2013 bis Mai 2013 und von Juli 2014 bis Oktober 2014 Grundversorgung in Form einer Krankenversicherung, C bezog eine derartige von März 2013 durchgehend bis Oktober 2014.*

*Beweismittel:*

*Siehe Inhaltsverzeichnis.*

*Stellungnahme:*

*Gemäß § 3 Abs. 4 FLAG haben Personen und deren Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie nicht selbständig oder nichtselbständig tätig sind und Grundversorgung erhalten. Da die BF nur bis 14.07.2012 aktiv nichtselbständig tätig war und dann*

*Wochenhilfe bezog bzw. laut Dienstgeberbestätigung karenziert war und zudem in einigen Monaten Grundversorgung erhalten wurde, kann die Familienbeihilfe nicht zuerkannt werden. Laut Punkt 03.04.2 der Durchführungsrichtlinien zum FLAG sind Zeiten des Wochengeldbezuges und einer Karenzierung nicht als Beschäftigungszeiten zu sehen.*

### **Telefax vom 21.4.2016**

Mit Telefax vom 21.4.2016 zog der rechtsfreundliche Vertreter der Bf den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurück.

### **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

#### **Sachverhalt**

Nach der Aktenlage steht fest, dass die Bf A B sowie ihr Sohn C und ihre Tochter D im Beschwerdezeitraum August bzw. September 2012 bis März 2014 subsidiär schutzberechtigt waren.

A B war bis zum Beginn des Beschäftigungsverbots für werdende Mütter am 15.7.2012 zuletzt von 4.4.2011 bis 14.7.2012 als Arbeiterin bei F E, dem Betreiber eines Cafe-Restaurants, beschäftigt. Von 15.7.2012 bis 4.11.2012 bezog die Bf Wochengeld.

Nach Ablauf des Beschäftigungsverbots nach der Entbindung befand sich die Bf in Karenzurlaub nach dem Mutterschutzgesetz. Die Bf war von ihrem Arbeitgeber karenziert, ein Wiederantritt zum Dienst war mit 5.9.2015 geplant. Allerdings gab der Arbeitgeber mit 30.4.2014 seinen Betrieb auf. Dass das Arbeitsverhältnis im Beschwerdezeitraum beendet war, kann nicht festgestellt werden.

A B und ihre Tochter D bezogen von 26.2.2013 bis 31.5.2013 Leistungen aus der Grundversorgung in Form der Krankenversicherung, ihr Sohn C von 1.3.2013 bis 31.3.2014.

#### **Beweiswürdigung**

Die getroffenen Feststellungen sind unstrittig. Der Weiterbestand des Dienstverhältnisses mit F E während des Mutterschutzes und des Karenzurlaubs nach dem Mutterschutzgesetz ergibt sich aus dem vom Finanzamt nicht bestrittenen Vorbringen der Bf in ihrer Beschwerde und den dort angeführten Rechtsvorschriften.

## Rechtsgrundlagen

§ 3 FLAG 1967 lautete in von 1.7.2006 bis 31.12.2013 maßgebenden Fassung BGBI. I Nr. 168/2006:

*§ 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), BGBI. 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), BGBI. 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 unselbstständig oder selbstständig 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.*

§ 3 FLAG 1967 lautet in der seit 1.1.2014 maßgebenden Fassung BGBI. I Nr. 35/2014:

*§ 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), BGBI. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBI. I Nr. 100/2005 idF BGBI. 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), BGBI. 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 unselbstständig oder selbstständig 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.

§ 10 FLAG 1967 lautete i.d.F. BGBI. Nr. 201/1996:

§ 10. (1) Die Familienbeihilfe wird nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.

(2) Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

(3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBI. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

(5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

§ 26 FLAG 1967 lautet:

§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

## **Bezug von Leistungen aus der Grundversorgung**

Unstrittig ist, dass die Bf von 26.2.2013 bis 31.5.2013 Leistungen aus der Grundversorgung in Form der Krankenversicherung bezog.

Damit stand ihr von 1.3.2013 bis 31.5.2013 gemäß § 3 Abs. 4 FLAG 1967 i.V.m. § 10 Abs. 2 FLAG 1967 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag unabhängig von der Frage, ob die Bf in dieser Zeit erwerbstätig war, nicht zu.

Dies gesteht auch die Beschwerde "in eventu" ein, führt allerdings nicht aus, warum ungeachtet des Bezugs von Grundversorgungsleistungen dennoch die Rückforderung für März bis Mai 2013 rechtswidrig sein soll.

Wegen Bezugs von Leistungen aus der Grundversorgung durch die Bf erweist sich der angefochtene Bescheid, soweit er Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Monate März, April und Mai 2013 zurückfordert, nicht als mit Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) behaftet.

Bemerkt wird, dass der Bezug von Leistungen der Grundversorgung über diesen Zeitraum hinausgehend durch den Sohn der Bf C einem Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nach § 3 Abs. 4 FLAG 1967 nicht entgegensteht (vgl. Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 272 m.w.N.).

## **Tatsächliche Erwerbstätigkeit**

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen arbeitete die Bf bis zum Beginn der Schutzfrist nach § 3 Mutterschutzgesetz. Es gibt keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass das Dienstverhältnis mit F E zuvor durch Zeitablauf (Befristung) geendet hätte. Bei einem Beginn des Arbeitsverhältnisses am Montag, 4.4.2011, wäre eine Befristung mit Donnerstag, 14.7.2012 auch völlig unwahrscheinlich.

Weder durch die Achtwochenfrist vor der voraussichtlichen Entbindung nach § 3 Mutterschutzgesetz noch durch die Achtwochenfrist nach der Entbindung gemäß § 5 Mutterschutzgesetz wird ein Arbeitsverhältnis beendet. Dienstnehmerinnen kann vielmehr während der Schwangerschaft und bis zum Ablauf von vier Monaten nach der Entbindung gemäß § 10 Mutterschutzgesetz grundsätzlich rechtswirksam nicht gekündigt werden. Die Dienstnehmerin hat gemäß § 15 Mutterschutzgesetz grundsätzlich auch Anspruch auf eine Karenz unter Entfall des Arbeitsentgelts bis zum Ablauf des zweiten Lebensjahres nach Geburt des Kindes.

Für eine vorzeitige Beendigung des Dienstverhältnisses durch Entlassung oder Austritt gibt es ebenfalls keinerlei Hinweis, abgesehen davon, dass werdende bzw. entbunden habende Mütter auch grundsätzlich Entlassungsschutz nach § 12 Mutterschutzgesetz genießen.

Zeiten nach der rechtlichen Beendigung eines Dienstverhältnisses sind nicht mehr Zeiten, in denen eine Person unselbstständig erwerbstätig im Sinn des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 ist (vgl. VwGH 29.5.2013, 2010/16/0152). Nach der Aktenlage gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Dienstverhältnis mit F E bis zum März 2014 geendet haben soll.

Anders als mit dem Bezug von Arbeitslosengeld und Krankengeld ist mit dem Bezug von Wochengeld die Voraussetzung einer (nichtselbstständigen) Erwerbstätigkeit erfüllt (vgl. Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 3 Rz 279 f. m.w.N.).

Als Zeiten einer Erwerbstätigkeit sind auch Zeiten eines Karenzurlaubs nach dem Mutterschutzgesetz innerhalb eines Dienstverhältnisses zu berücksichtigen, weil insoweit das Arbeitsverhältnis rechtlich aufrecht bleibt und nur die Arbeitspflicht ruht (vgl. etwa VwGH 21.10.1998, 96/09/0078; VwGH 20.12.2000, 96/08/0262; VwGH 20.3.2003, 99/09/0031; VwGH 19.5.2014, Ro 2014/09/0012).

Beim Karenzurlaub aus Anlass der Mutterschaft bleibt das Arbeitsverhältnis aufrecht, es sind nur die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis, nämlich die Erbringung der Arbeitsleistung und die Entgeltzahlung, bei Aufrechterhaltung der Nebenpflichten, soweit sie nicht mit dem Urlaub zusammenhängen, suspendiert (vgl. etwa OGH 13.4.1988 9 ObA 132/87 m.w.N.).

Die Bf war daher während der Zeit ihres Mutterschutzes und des Karenzurlaubs aus Anlass der Mutterschaft i.S.d. § 3 Abs. 4 FLAG 1967 weiterhin erwerbstätig.

Der Initiativantrag, auf welchen § 3 Abs. 4 FLAG 1967 i. d. F. BGBI. I Nr. 168/2006 zurückgeht (IA 62/A BlgNR 23. GP), führt zu der Regelung aus:

*Weiters soll künftig 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.*

Dass der Gesetzgeber unter eigener unselbständiger Erwerbstätigkeit bloß eine tatsächliche Arbeitsleistung verstehen wollte, lässt sich weder dem Gesetzestext noch den Gesetzesmaterialien entnehmen. Dagegen spricht auch, dass den Materialien zufolge an § 3 Abs. 1 FLAG 1967 i. d. F. BGBI. I Nr. 142/2004 angeknüpft werden sollte. Zu dieser Bestimmung hat der VwGH bereits judiziert, dass durch die Unterbrechung der tatsächlichen Arbeitsleistung allein ein Beschäftigungsverhältnis selbst bei Nichtzahlung eines Entgeltes nicht unterbrochen wird, solange der auf Leistung gerichtete übereinstimmende Wille beider Teile vorhanden ist (vgl. VwGH 17.6.1953, 61/52; VwGH 20.4.1977, 1231/76; VwGH 17.2.1982, 82/13/0013).

Der angefochtene Bescheid erweist sich somit als rechtswidrig, insoweit er für die Zeiträume des Mutterschutzes und des Karenzurlaubs, in welchen keine Grundversorgung bezogen wurde, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag rückfordert, also in Bezug auf C für die Zeiträume August 2012 bis Februar 2013 sowie Juni 2013 bis März 2014 und in Bezug auf D für die Zeiträume September 2012 bis Februar 2013 sowie Juni 2013 bis März 2014. Insoweit ist der Bescheid gemäß § 279 BAO ersatzlos aufzuheben.

## **Revisionszulassung**

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision zulässig, da Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage, ob subsidiär Schutzberechtigte i.S.d. § 3 Abs. 4 FLAG 1967 während der Zeiten des Beschäftigungsverbotes nach dem Mutterschutzgesetz und des Karenzurlaubes nach dem Mutterschutzgesetz weiter als erwerbstätig anzusehen sind, nicht ersichtlich ist; die zitierte Judikatur bezieht sich nicht unmittelbar auf § 3 Abs. 4 FLAG 1967.

