



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des A., Adresse, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Gerhard Mory, 5020 Salzburg, Wolf-Dietrich-Str. 19, vom 13. Juli 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land vom 12. Juni 2006 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juli 2003 bis Juni 2006 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird, soweit er die Rückforderung von Familienbeihilfe für die Monate Mai 2005 bis Juni 2006 betrifft, aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist Staatsangehöriger von Kamerun und kam am 29.5.2000 illegal nach Österreich, wo er am gleichen Tag einen Asylantrag gestellt hat. Seine Gattin B. reiste am 13.8.2002 illegal nach Österreich ein und stellte am gleichen Tag einen Asylantrag. Der Sohn C. wurde 2003, der Sohn D. wurde 2005 in E. geboren.

Der Bw. ist seit 30.4.2001, seine Gattin seit 18.4.2003 durchgehend in Österreich polizeilich gemeldet. In der Zeit ab Stellung der Asylanträge bis 30.4.2001 (Bw.) bzw. 18.4.2003 (Gattin) waren sie im Flüchtlingslager Traiskirchen untergebracht.

Der Bw. war daher ab Mai 2006 60 Monate in Österreich aufhältig. Einer Beschäftigung ist der Bw. laut Versicherungsdatenauszug bis 31.10.2006 nicht nachgegangen. Ab 1.11.2006 war er gewerblich selbständig tätig.

Mit Bescheid vom 12. Juni 2007 forderte das Finanzamt Salzburg-Land vom Bw. Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Juli 2003 bis Juni 2006 in Höhe von € 5.626,80 zurück. Begründend wurde ausgeführt, dass der Bw. und seine Familie nur eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung bis zum Abschluss ihres Asylverfahrens haben und daher gem. § 3 Abs. 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kindergeld bestehe.

In der gegen den Rückforderungsbescheid erhobenen Berufung brachte der Bw. im Wesentlichen vor, dass das Finanzamt zu Unrecht die Bestimmung des § 3 FLAG in einer für den Bw. nicht gültigen Fassung angenommen habe. Laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist bei der Beurteilung des Bestehens eines Beihilfenanspruches die Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen.

Die Berufung wurde vom Finanzamt ohne Erlass einer Berufungsvorentscheidung vorgelegt.

Mit Berufungsentscheidung vom 2. September 2008, RV/0481-S/07, wurde der Berufung betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2003 bis April 2004 und Mai 2005 bis Juni 2006 stattgegeben.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Jänner 2010, Zl. [2009/16/0129](#), wurde der Amtsbeschwerde des Finanzamtes Salzburg-Land hinsichtlich der Rückforderung für die Monate Juli 2003 bis April 2004 stattgegeben und der angefochtene Bescheid wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben. Betreffend Rückforderung für die Monate Mai 2005 bis Juni 2006 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Über die Berufung wurde erwogen:

1) Rückforderung Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2003 bis April 2004

Der Verwaltungsgerichtshof hat hiezu ausgeführt:

Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 - FLAG haben Personen unter in dieser Bestimmung festgelegten Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder.

§ 3 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 367/1991 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 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974.

(3) Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1), nicht österreichischer Staatsbürger, genügt für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt."

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 in der im Beschwerdefall noch anzuwendenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 59/2001 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 Euro für jedes Kind zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

§ 3 Abs. 2 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 367/1991 stellt nicht auf das Vorliegen eines Bescheides über die Zuerkennung von Asyl ab. Das Fehlen eines Bescheides über die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft allein reicht nicht aus, einem Antragsteller die Flüchtlingseigenschaft für Zwecke des Familienlastenausgleiches zu versagen. Daher hat die diese Bestimmung anwendende Abgabenbehörde selbständig materiell zu prüfen, ob der betreffenden Person Flüchtlingseigenschaft zukommt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. Juni 2004, Zl. 2001/15/0051, VwSlg 7.940/F).

Das Asylverfahren des Bw. wurde nunmehr mit Urteil des Asylgerichtshofes vom 6. Juni 2011, Zl.A5 218.714-3/2008/16E, rechtskräftig abgeschlossen. Im Urteil wurde festgestellt, dass gem. § 10 Abs. 2 Z. 2 und Abs. 5 AsylG 2005 idF BGBl. I Nr. 122/2009 die Ausweisung des Bw. aus dem Bundesgebiet nach Kamerun auf Dauer unzulässig ist.

Die Berufung gegen den Bescheid des Bundesasylamtes vom 18.11.2008, Zl. 00 06.260/1-BAS, mit dem der Asylantrag des Bw. abgewiesen worden ist, wurde vom Bw. in der mündlichen Verhandlung vor dem Asylgerichtshof zurückgezogen, wodurch dieser Bescheid in

Rechtskraft erwachsen ist. Somit steht fest, dass dem Bw. Flüchtlingseigenschaft nicht zukommt. Die Rückforderung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2003 bis April 2004 erfolgte daher zu Recht.

2) Rückforderung Familienbeihilfe für den Zeitraum Mai 2004 bis April 2005

Zur Anwendung gelangt § 3 FLAG idF. BGBl. I 142/2004 Pensionsharmonisierungsgesetz (Rechtslage 1. Mai 2004 bis 31. Dezember 2005)

§ 3 FLAG lautet wie folgt:

§ 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 Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

(3) Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1), nicht österreichischer Staatsbürger, genügt für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

§ 50y (2): Die §§ 3 Abs. 2 und 38a Abs. 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 treten mit 1. Mai 2004 in Kraft. Ausgenommen sind jene Fälle, in denen bis einschließlich des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Da der Bw. keiner Beschäftigung nachgegangen, sich von Mai 2004 bis April 2005 noch nicht 60 Monate ständig im Bundesgebiet aufgehalten hat und ihm auch nicht Asyl gewährt worden ist (Antrag wurde mit Bescheid des Bundesasylamtes vom 18.11.2008, Zl. 00 06.260/1-BAS rechtskräftig abgewiesen), besteht für die Monate Mai 2004 bis einschließlich April 2005 kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die Berufung betreffend Zeiträume Mai 2004 bis April 2005 war daher als unbegründet abzuweisen.

Was den in der Berufung vorgebrachten Einwand der Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 2 FLAG betrifft, ist festzustellen, dass hierüber der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 16.3.2007, B 1397/06, festgestellt hat, dass diese Bestimmung nicht verfassungswidrig ist.

3) Rückforderung Familienbeihilfe für den Zeitraum Mai 2005 – Juni 2006

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 27. Jänner 2010, Zl. 2009/16/0129 unter Hinweis auf 2009/16/0128 hiezu ausgeführt, dass *im vorliegenden Beschwerdefall noch § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden ist, da die Asylanträge des Bw. sowie seiner Gattin vor dem 1. Jänner 2006 gestellt wurden und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig waren.*

Nach der Bestimmung des § 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. Im Erkenntnis vom 12. Oktober 2009, Zl. 2009/16/0208, hat der Verwaltungsgerichtshof klargestellt, dass der Begriff des ständigen Aufenthaltes in § 3 Abs. 2 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht, dass es bei der Frage dieses Aufenthaltes um objektive Kriterien geht, und dass eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt nicht ausschlaggebend ist. Diese Rechtsprechung hat der Verwaltungsgerichtshof mit den Erkenntnissen je vom 5. November 2009, Zl. 2009/16/0215 und Zl. 2009/16/0239, und mit dem erwähnten Erkenntnis vom 17. Dezember 2009, Zl. 2009/16/0258, fortgeführt.

Ab Mai 2005 hatte der Bw. Anspruch auf Familienbeihilfe, da er nunmehr 60 Monate ständig im Bundesgebiet aufhältig war (§ 3 Abs. 2 FLAG idF. BGBl. I 142/2004). Die Rückforderung der Familienbeihilfe von Mai 2005 bis Juni 2006 erfolgte zu Unrecht. Der Berufung betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe für die Zeiträume Mai 2005 bis Juni 2006 war daher stattzugeben.

Neuberechnung der Rückforderung:

Name	VNR/Geb.dat.	Beihilfe	Zeitraum	Summe
F.	1	FB (€ 105,40/Monat)	Juli 03 - April 05	€ 2.318,80
		KG (€ 50,90/Monat)	Juli 03 - April 05	€ 1.119,80
			Gesamt	€ 3.438,60

Salzburg, am 25. Oktober 2011