



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, zunächst vertreten durch Mag. Helmut Hohl, Rechtsanwalt, 1220 Wien, Markomannenstrasse 13/1/1/3, vom 23. September 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, vertreten durch ADir. Christine Nemeth, vom 23. August 2010 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für das Kind N für den Zeitraum Jänner 2008 bis August 2010 und für das Kind M für den Zeitraum August 2008 bis August 2010 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich der Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Monate Februar, März, April und Mai 2008 sowie für die Monate Jänner und Februar 2009 ersatzlos aufgehoben.

Im übrigen bleibt der angefochtene Bescheid unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Antrag vom 16.5.2008 beantragte der in A geborene Berufungswerber (Bw.) für seine 2000 geborene Tochter N Familienbeihilfe. Er selbst sei am 6.5.2002 nach Österreich eingereist, seine Frau am 18.8.2007. Das gemeinsame Kind N sei am auch am 18.8.2007 nach Österreich eingereist. N wohne im gemeinsamen Haushalt in 1100 Wien, S-Gasse. Der Bw. selbst arbeite als „Fahrer-Arbeiter“ und sei seit 19.3.2008 in „1150 Wien, N-Straße“ beschäftigt.

Seine Frau verzichte auf die ihr gem. § 2a Abs. 1 FLAG 1967 vorrangig zustehende Familienbeihilfe für N zugunsten des Bw. Die Gültigkeit dieses Verzichts – die Unterschriften im Feld „Unterschrift der verzichtenden Person“ und im Feld „Unterschrift der antragstellenden Person“ – weisen deutliche Ähnlichkeiten auf, wobei diese Unterschriften wenig Ähnlichkeiten mit denen auf den aktenkundigen Karten für subsidiäre Schutzberechtigte für den Bw. und seine Frau enthaltenen Unterschriften aufzuweisen scheinen – war zwischen den Parteien des zweitinstanzlichen Abgabenvorgangs nicht strittig.

Beigelegt war dem Antrag ein Auszug aus einem Bescheid des Bundesasylamtes, aus dem hervorgeht, dass dem Bw. gem. § 8 Abs. 4 Asylgesetz 2005 BGBl. Nr. 100/2005 die befristete Aufenthaltsberechtigung bis zum 31.3.2012 erteilt werde. Der Bw. habe am 7.5.2002 beim Bundesasylamt einen Asylantrag gestellt. Dieser Antrag sei abgewiesen worden. Gem. § 8 AsylG 1997, BGBl. Nr. 76/1997 wurde die Abschiebung, Zurückschiebung und Zurückweisung für unzulässig erklärt und in der Folge eine befristete Aufenthaltsberechtigung erteilt. Das Datum der Erlassung dieses Bescheides ist hieraus nicht ersichtlich.

Auch lag dem Antrag eine Kopie der „Karte für subsidiär Schutzberechtigte gem. § 52 AsylG“, ausgestellt auf den Bw., bei. Auf dieser Kopie ist das Ausstellungsdatum nicht ersichtlich.

Einer Abfrage aus dem Zentralen Melderegister zufolge, ist der Bw. seit 29.4.2008 in 1100 Wien, S-Gasse hauptgemeldet. Dem ZMR lässt sich entnehmen, dass die „Karte für subsidiär Schutzberechtigte gem. § 52 AsylG“ am 6.6.2006 ausgestellt wurde.

Die Wiener Gebietskrankenkasse bestätigte per 11.12.2007, dass die Frau des Bw. bis „laufend“ und das Kind N bis 27.5.2008 als Angehörige des Bw. gemäß § 123 ASVG sozialversichert seien.

Einem Bescheid des Bundesasylamtes zufolge wurde der Antrag auf Internationalen Schutz der Frau des Bw. vom 27.8.2007 abgewiesen und der Status des Asylberechtigten nicht zuerkannt. Allerdings ist die Frau des Bw. gem. § 8 Abs. 1 Z 1 iVm. § 34 Abs. 3 AsylG subsidiär schutzberechtigt und hat eine befristete Aufenthaltsgenehmigung gem. § 8 Abs. 4 AsylG bis zum 31.3.2012. Die Frau des Bw. verfügt auch über eine Karte „für subsidiär Schutzberechtigte gem. § 52 AsylG“ (ausgestellt laut ZMR am 18.1.2008) und ist an der Adresse des Bw. hauptgemeldet.

Einer beglaubigt übersetzten „Heiratserklärung“ zufolge sind der Bw. und seine Frau seit 2000 verheiratet.

Hinsichtlich des Kindes N wurde der Antrag auf Internationalen Schutz vom 27.8.2007 abgewiesen und der Status des Asylberechtigten nicht zuerkannt, aber ebenfalls als subsidiär

schutzberechtigt anerkannt und es wurde ihr eine befristete Aufenthaltsberechtigung bis zum 31.3.2012 erteilt. Die Karte „für subsidiär Schutzberechtigte gem. § 52 AsylG“ ist laut ZMR am 27.8.2007 ausgestellt worden.

Laut einem im Akt aufliegenden Dienstnehmerlohnkonto für das Monat April 2008 verdiente der Bw. bei der P Trading GmbH netto € 449,90.-

Am 3.6.2008 erließ das Finanzamt einen Bescheid, wonach der Antrag des Bw. vom 16.5.2008 betreffend Zuerkennung von Familienbeihilfe für das Kind N „ab Mai 2008“ abgewiesen wurde. Begründend führte das Finanzamt aus, dass Familienbeihilfe nicht gewährt werden könne, da für N eine Aufenthaltsberechtigung gem. § 51 AsylG und nicht eine gem. § 52 AsylG vorläge.

Laut im Akt aufliegendem Rückschein wurde dieser an den Bw. per Adresse seines Hauptwohnsitzes im Bescheiderlassungszeitpunkt adressierte Bescheid beim zuständigen Postamt hinterlegt und erwuchs in Rechtskraft.

Am 10.6.2009 beantragte der Bw. neuerlich Familienbeihilfe „ab 18.1.2008“ für das Kind N und „ab 8/08“ für die 2008 in Wien geborene M, die laut Bescheid des Bundesasylamtes der Status einer subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde und die gleichzeitig eine befristete Aufenthaltsgenehmigung bis zum 31.3.2012 erhielt. Die Aufenthaltskarte für M datiert vom 8.10.2008.

Seine Frau verzichte auf die ihr gem. § 2a Abs. 1 FLAG 1967 vorrangig zustehende Familienbeihilfe für N zugunsten des Bw. Die Gültigkeit dieses Verzichts ist zwischen den Parteien des zweitinstanzlichen Abgabenverfahrens nicht strittig – die Unterschriften im Feld „Unterschrift der verzichtenden Person“ und im Feld „Unterschrift der antragstellenden Person“ – unterscheiden sich auch deutlich.

Das Finanzamt gewährte in weiterer Folge Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für diese Kinder.

Am 9.8.2010 gab der Bw. ein Formular „Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe“ für seine Töchter N und M beim zuständigen Finanzamt ab.

Beigelegt waren wiederum Aufenthaltstitel von Mutter, Vater und den Töchtern, Meldebestätigungen, das Schulzeugnis von N, der Mutter-Kind-Pass von M, und Kopien der Aufenthaltsberechtigungskarte mit dem Vermerk, dass N ihre Karte verloren habe.

Einem Versicherungsdatenauszug vom 19.8.2010 zufolge bezog der Bw.:

8.6.2006 bis 30.10.2006	Arbeitslosengeld
31.10.2006 bis 27.6.2007	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
28.6.2007 bis 2.7.2007	Krankengeld, Sonderfall

3.7.2007 bis 22.8.2007	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
26.8.2007 bis 29.8.2007	Krankengeld, Sonderfall
30.8.2007 bis 4.11.2007	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
5.11.2007 bis 20.12.2007	Arbeiter
16.1.2008 bis 18.2.2008	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
27.2.2008 bis 29.5.2008	Arbeiter
2.6.2008 bis 7.7.2008	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
9.7.2008 bis 30.11.2008	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
18.12.2008 bis 31.1.2009	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
12.1.2009 bis 31.1.2009	geringfügig beschäftigter Arbeiter
	Bezug/Anspruch auf
30.1.2009 bis 19.2.2009	Kinderbetreuungsgeld
1.2.2009 bis 19.2.2009	Arbeiter
20.2.2009 bis 31.3.2009	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
12.4.2009 bis 23.4.2009	Krankengeld, Sonderfall
24.4.2009 bis 21.6.2009	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
22.6.2009 bis 25.6.2009	Arbeitslosengeldbezug
26.6.2009 bis 21.7.2009	Krankengeld, Sonderfall
29.7.2009 bis 13.1.2010	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
14.1.2010 bis 15.1.2010	Krankengeld, Sonderfall
16.1.2010 bis 31.1.2010	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
1.2.2010 bis 8.2.2010	Krankengeld, Sonderfall
9.2.2010 bis 17.3.2010	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe
18.3.2010 bis 19.3.2010	Krankengeld, Sonderfall
20.3.2010 bis laufend	Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

Seine Frau war vom 6.2.2008 bis zum 7.2.2008 als Asylwerberin/Flüchtling sozialversichert und vom 1.9.2009 bis laufend „vorl. Ersatzzeit wg. Kindererziehung“.

Über Ersuchen des Finanzamtes wurde Aufenthaltsberechtigungskarte und E-Card von M nachgereicht.

Laut einer am 18.12.2008 vom AMS ausgestellten Bestätigung bezog der Bw. vom 9.7.2008 bis zum 30.11.2008 Notstandshilfe, vom 1.12.2008 bis zum 17.12.2008 keine Bezüge des Arbeitsmarktservice, vom 18.12.2008 bis zum 31.12.2008 Notstandshilfe und vom 1.1.2009 bis voraussichtlich 17.6.2009 Notstandshilfe.

Mit Bescheid vom 23.8.2010, zugestellt am 26.8.2010, forderte das Finanzamt Wien 4/5/10 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für N für den Zeitraum Jänner 2008 bis August 2010 und für M für den Zeitraum August 2008 bis August 2010.

Begründend wurde ausgeführt, dass Personen, denen der Status von subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 2005 zuerkannt wurde, nur dann Familienbeihilfe gewährt werde, wenn sie oder ein anderes Familienmitglied keinen Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung haben und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht auch für jene Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem AsylG 2005 zuerkannt wurde. Da die Gattin „seit 6.2.0008

laufend Grundversorgung bezieht und Sie im Monat Jänner 2008 nicht beschäftigt waren, war wie im Spruch zu entscheiden.“

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Berufung des zunächst rechtsfreundlich vertreten gewesenen Bw.:

„1. Anfechtung:

Die Berufung wird in ihrem gesamten Umfang wegen Verfahrensmängel, unrichtige Feststellungen, Aktenwidrigkeit und unrichtigen rechtlichen Beurteilung angefochten.

2.1. Verfahrensmängel: Verletzung des Parteiengehörs.

Gemäß § 45 Abs 3 AVG ist Behörde verpflichtet, vor Erlassung eines Bescheides der Partei Gelegenheit zu geben, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen. Dem Berufungswerber wurde zu keiner Zeit ein solches Parteiengehör eingeräumt, die Entscheidung, einen Betrag in Höhe von € 10.297,30 zurückzubezahlen überrascht ihn über alle Maßen, hat er doch sämtliche notwendigen Unterlagen und Angaben für den Bezug der Familienbeihilfe der Behörde bekanntgeben und wurde ihm auch die Familienbeihilfe aufgrund der Angaben gewährt. Der Behörde wurden sämtliche geforderten Informationen bekanntgeben, weshalb auch die Familienbeihilfe gewährt wurde. Für den Berufungswerber ist weiters nicht erkennbar, auf welche gesetzlichen Grundlagen sich der Rückforderungsanspruch stützt.

Es liegt deshalb aus rechtlicher Sicht ein mangelhafter Bescheid vor, zumal aus diesem Bescheid nicht erkennbar ist, auf welche Gesetzesbestimmungen sich der Rückforderungsanspruch stützt und aufgrund welcher Normen dieser Betrag rückgefordert wird. Die Behörde stützt sich auf § 33 Abs 4 Z 3 lit. a EStG und § 26 Abs FLAG 1967.

§ 26 Abs 1 FLAG hat folgenden Wortlaut: § 26. (1): „Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen“.

§ 33 Abs 4 Z 3 lit. a EStG hat folgenden Wortlaut:

„Steuerpflichtigen, die für ein Kind, das nicht ihrem Haushalt zugehört (§ 2 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967) und für das weder ihnen noch ihrem jeweils von ihnen nicht dauernd getrennt lebenden (Ehe)Partner Familienbeihilfe gewährt wird, den gesetzlichen Unterhalt leisten, steht ein Unterhaltsabsetzbetrag von 29,20 Euro monatlich zu. Leisten sie für mehr als ein nicht haushaltszugehöriges Kind den gesetzlichen Unterhalt, so steht für das zweite Kind ein Absetzbetrag von 43,80 Euro und für jedes weitere Kind ein Absetzbetrag von

jeweils 58,40 Euro monatlich zu. Erfüllen mehrere Personen in Bezug auf ein Kind die Voraussetzungen für den Unterhaltsabsetzbetrag, so steht der Absetzbetrag nur einmal zu."

Aus beiden Gesetzesbestimmungen ist nicht zu entnehmen, warum und aus welchem Grund der Berufungswerber einen Betrag in Höhe von € 10.297,30 zurückbezahlen soll, die Familienbeihilfe wurde zu Recht bezogen und auch gutgläubig bereits verbraucht. Weil primär aber dem Berufungswerber kein Parteigehör eingeräumt wurde liegt ein Verfahrensfehler vor, weshalb der Bescheid aufzuheben ist.

Darüber fehlt die Begründung im Bescheid, was ebenfalls einen Mangel darstellt, zumal eine Begründung in einem Bescheid nicht fehlen darf, sofern dem Standpunkt des Adressaten (z. B. dem Antrag) nicht vollinhaltlich entsprochen wird. Die Begründung hat die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens (= den festgestellten Sachverhalt) zu enthalten und die aufgenommenen Beweise zu würdigen. Auch Ermessensentscheidungen sind zu begründen, um dem Legalitätsprinzip des Artikels 18 B-VG zu entsprechen. Aufgrund der Mängel ist der Bescheid zu beheben.

2.2. unrichtige Feststellungen:

Wie die Behörde auf den Rückforderungsbetrag kommt, ist dem Bescheid nicht zu entnehmen, zumal aus dem Bescheid nicht zu entnehmen ist, welche Leistungen überhaupt der Berufungswerber bezogen hat und ob der Rückforderungsbetrag überhaupt jenem Betrag entspricht, der dem Berufungswerber überwiesen wurde. Die Höhe der Rückforderung wird deshalb ausdrücklich bestritten, zumal der Berufungswerber zu keiner Zeit Leistungen in dieser Höhe, die nun zurückgefordert werden, bezogen hat. Die Feststellungen auf die sich der Bescheid gründet, sind deshalb unrichtig und werden deshalb bekämpft, zumal der Berufungswerber zu keiner Zeit Leistungen in dieser Höhe bezogen hat.

Hätte die Behörde richtig festgestellt, wäre sie auch zum Ergebnis gekommen, dass der Berufungswerber Leistungen in dieser Höhe überhaupt nicht bezogen hat, weshalb auch die Rückforderung in dieser Höhe auch nicht stattfinden kann.

2.3. Aktenwidrigkeit:

Die Höhe des Rückforderungsbetrag ergibt sich nicht aus dem Akten, weshalb auch dieser Mangel eine Aktenwidrigkeit darstellt und deshalb der Bescheid zu beheben ist. Darüber hinaus waren der Behörde sämtliche Informationen betreffend der Grundversorgung und Situation der Kinder und Gattin bekannt, zumal die Caritas diese Informationen der Behörde bekanntgeben hat. Die Familienbeihilfe wurde gutgläubig verbraucht, zumal diese auch gewährt wurde und ist jegliche Rückforderung gesetzeswidrig und würde einen Eingriff in das

subjektive Recht auf Unverletzbarkeit des Eigentums darstellen. Aufgrund der Aktenwidrigkeit und dem Eingriff in das Eigentum ist der Bescheid zu beheben.

2.4. unrichtige rechtliche Beurteilung:

Der Bescheid lässt eine rechtliche Beurteilung vermissen, zumal sich dem Bescheid keine Anspruchsgrundlage entnehmen lässt, auf den sich der Rückforderungsanspruch begründen lässt. Ein Rückforderungsanspruch ist unberechtigt, weil einerseits ein gutgläubiger Verbrauch stattgefunden hat und darüber hinaus dem Berufungswerber, bzw. den Kindern / Gattin die Kinderbeihilfe zusteht und sämtliche Voraussetzungen für den Bezug der Kinderbeihilfe vorliegen.

Darüber hinaus stehen subsidiären Schutzberechtigten gern. der Richtlinie des Rates 2004/83/EG die Kinderbeihilfe zu und dürfen subsidiäre Schutzberechtigt gem. § 7 BVG nicht gegenüber Inländer diskriminiert werden. Jeder Eingriff wäre ein Eingriff in das subjektive gewährleistet Recht des Eigentums und würde eine solche Regelung dem EU-Recht widersprechen.

3. Anträge:

a) den Bescheid aufheben und aussprechen, dass kein Rückforderungsanspruch in Höhe von € 10.297,30 besteht, in eventuu;

b) den Bescheid aufheben und der ersten Instanz zur Verfahrensergänzung zurückzuverweisen, in eventuu;

c) eine Berufungsverhandlung anzuberaumen.

Da die Einhebung der Rückforderung unmittelbar oder mittelbar vom Ausgang der Berufung abhängt, die Berufung erfolgversprechend ist, vom Anbringen nicht abweicht und eine Gefährdung der Einbringlichkeit nicht vorliegt, wird der

ANTRAG

gestellt, der Berufung die auschiebende Wirkung gem. § 112a BAO zuzuerkennen und der Antrag auf Aussetzung der Einhebung des in Streit stehenden Betrages gestellt."

Aktenkundig sind zusammengefasst Anträge des Bw. auf Familienbeihilfe für M und für N vom 30.9.2010 sowie die Kopie eines Bescheids des Magistrats der Stadt Wien, MA 40, wonach die der Gattin des Bw. zuletzt mit Bescheid vom 8.1.2010 gewährte wiederkehrende monatliche Geldleistung zur Sicherung des Lebensunterhalts mit 30.6.2010 eingestellt und vom 1.7.2010 bis 30.11.2010 eine Geldleistung zu Sicherung des Lebensunterhalts von monatlich zwischen

742,46 € und 761,80 € gewährt wird; ferner die Kopie einer Bestätigung der Caritas, Asylzentrum, wonach die Gattin des Bw. Grundversorgungsleistungen ab Juni 2010 für die aus 1 Erwachsenen und 2 minderjährigen Kindern bestehende Familie erhalten habe, und zwar Verpflegungsgeld von 152,00 €, Krankenversicherung sowie Bekleidungshilfe für das Jahr 2010 von 70 € x 3 + 80 € x 3. „Das Einkommen (Notstandshilfe) von Herrn H [Bw.] wird komplett auf die Familie angerechnet!“ und schließlich die Kopie einer Mitteilung des AMS, wonach der Bw. seit 1.9.2010 Notstandshilfe von täglich 17,92 € beziehe.

Mit Vorhalten vom 16. November 2010 teilte der Unabhängige Finanzsenat den Parteien des zweitinstanzlichen Abgabenverfahrens zunächst den Akteninhalt – wie oben dargestellt – mit und führte weiters aus:

„In rechtlicher Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass für Personen, die den Status eines subsidiär Schutzberechtigten haben, neben den allgemeinen Regelungen des Familienbeihilfengesetzes (FLAG) 1967 § 3 dieses Gesetzes anzuwenden ist, der im Berufszeitraum folgenden Wortlaut hat:

„(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.

(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."

Unstrittig ist, dass sich sowohl der Berufungswerber (Bw.), Herr A H, als auch seine beiden Töchter N und M im Berufszeitraum rechtmäßig in Österreich aufhalten und sowohl Herr H als auch seine beiden Töchter den Status des subsidiär Schutzberechtigten haben.

Als weitere Voraussetzungen nennt das Gesetz bei Beihilfewerbern, die subsidiär Schutzberechtigt sind,

a) dass sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und (kumulativ)

b) dass sie unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind.

Nach der Aktenlage war Herr A H im Berufszeitraum in folgenden Zeiträumen nichtselbständig erwerbstätig:

27.2.2008 bis 29.5.2008: Arbeiter

12.1.2009 bis 31.1.2009: geringfügig beschäftigter Arbeiter

1.2.2009 bis 19.2.2009: Arbeiter

Die Voraussetzung der Erwerbstätigkeit des Beihilfenwerbers ist nach der Aktenlage somit für die Monate Februar, März, April und Mai 2008 sowie für die Monate Jänner und Februar 2009 erfüllt.

Es muss eine tatsächliche Erwerbstätigkeit vorliegen. Zeiten von Leistungen aus der Kranken- oder Arbeitslosenversicherung stellen, wenn ein aufrechtes Dienstverhältnis nicht mehr besteht, keine „tatsächliche Erwerbstätigkeit“ im Sinn des Gesetzes dar.

Nach der Aktenlage hat der Beihilfenwerber, Herr A H, keine Leistungen aus der Grundversorgung bezogen; die Gattin des Bw., E, war von 6.2.2008 bis 7.2.2008 krankenversichert.

Das Finanzamt Wien 4/5/10 wird als Amtspartei um Mitteilung ersucht,

1. worauf sich die im Widerspruch zum Versicherungsdatenauszug stehende Feststellung im angefochtenen Bescheid, der Bw. sei im Monat Februar 2008 nicht beschäftigt gewesen, stützt;

2. worauf sich die Feststellung im angefochtenen Bescheid, die Gattin des Bw. habe „seit 6.2.2008 laufend Grundversorgung bezogen“, stützt und hierfür jeweils Beweismittel vorzulegen;

3. woraus das Finanzamt in rechtlicher Hinsicht ableitet, dass nicht an den Beihilfenwerber selbst erbrachte Leistungen der Grundversorgung einem Beihilfeanspruch entgegenstehen (das Gesetz spricht in § 3 Abs. 4 davon, dass „sie“, nämlich die Beihilfewerber keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten dürfen und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sein müssen, und nicht etwa davon, dass diese Voraussetzungen auf im gemeinsamen Haushalt lebende Personen [Angehörige] zutreffen müssen).

Herr A H wird um Mitteilung ersucht,

1. auf welche Norm sich seine Ansicht gründet, ein gutgläubiger Verbrauch von Familienbeihilfe und Kindesabsetzbetrag stünde einer Rückforderung nach § 26 FLAG 1967 bzw. § 33 EStG 1988 – bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen – entgegen;

2. auf welche Norm sich seine Ansicht gründet, die Rückforderung nach § 26 FLAG 1967 bzw. § 33 EStG 1988 sei eine Ermessensentscheidung;

3. wie er angesichts des auch zahlenmäßig begründeten Rückforderungsbescheids zu der Auffassung gelangt, der Rückforderungsbetrag sei dem Bescheid nicht zu entnehmen;

4. welche Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag er im Berufungszeitraum tatsächlich bezogen hat und hierfür Beweismittel vorzulegen (nach der Aktenlage wurden die rückgeforderten Beträge auf ein von Herrn A H bekannt gegebenes Bankkonto überwiesen), wenn weiterhin die Höhe des Rückforderungsbetrags bestritten wird;

5. auf welche Norm sich seine Ansicht gründet, eine (bislang nicht unter Beweis gestellte) Kenntnis des Finanzamts von einem Versagungsgrund hinsichtlich Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag stünde einer Rückforderung entgegen;

6. aus welcher Bestimmung der Richtlinie 2004/83/EG ein über die Bestimmungen des § 3 FLAG 1967 hinausgehendes Recht des Bw. auf „Kinderbeihilfe“ abgeleitet wird;

7. seit wann er über die österreichische Staatsbürgerschaft verfügt, da Art. 7 B-VG für österreichische Staatsbürger gilt;

8. welche Norm des Unionsrechts seiner Ansicht nach einer Rückforderung entgegen steht.

Bemerkt wird, dass gemäß § 282 BAO über die Berufung hat eine mündliche Verhandlung stattzufinden hat, wenn es in der Berufung (§ 250), im Vorlageantrag (§ 276 Abs. 2) oder in der Beitrittserklärung (§ 258 Abs. 1) beantragt wird oder wenn es der Referent (§ 270 Abs. 3) für erforderlich hält.

Der in der Berufung „in eventu“ gestellte Antrag auf mündliche Verhandlung stellt keinen Antrag auf mündliche Verhandlung dar (vgl. UFS 29.1.2010, RV/1016-W/03, unter Hinweis auf Ritz³ BAO Kommentar, § 284 Tz 4).

Für die Beantwortung und Beweismittelvorlage wird eine Frist bis zum 14.12. 2010 festgesetzt. "

Mit Schreiben vom 19.11.2010 gab das Finanzamt Wien 4/5/10 hierauf folgende Stellungnahme ab:

„Ad Punkt 1)

Erwähnt werden darf, dass in der Begründung des Bescheides über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 23.08.2010 nicht der Monat Februar 2008 sondern der Monat Jänner 2008 angeführt ist.

Lt. Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung – erstellt am 19.08.2010 – lag im Monat Jänner keine Beschäftigung vor.

Ad Punkt 2)

Laut ha. telefonischer Erhebung (siehe bitte Blatt 80 – Vermerk) bezieht die Ehegattin seit d. 06.02.2008 eine Grundversorgung.

Ad Punkt 3)

Laut der Durchführungsanweisung des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend GZ: BMGFJ-510401/0057-II/1/2007 vom 16.03.2007 schließt eine Leistung aus der Grundversorgung an jegliches im gemeinsamen Haushalt lebende Familienmitglied, auch wenn es nicht der Antragsteller selbst ist, einen Familienbeihilfenanspruch aus. "

Der zitierte handschriftliche Aktenvermerk auf Blatt 80 des Finanzamtsakts, angebracht auf der Seite 1 des Versicherungsdatenauszugs, lautet vollständig:

„KM lt Grundversorg[Rest unleserlich] lfd seit 6.2.2008 Grundversorgungsbezug".

Datumstempel vom 9.8.2010, Handzeichen unleserlich.

Mit Telefax vom 3.12.2010 gab der bisherige rechtsfreundliche Vertreter des Bw. die Auflösung des Vollmachtsverhältnisses bekannt.

„In umseits bezeichneter Rechtssache konnte der Rechtsvertreter mit dem Berufungswerber noch nicht Rücksprache halten, da er ihn bis dato noch nicht erreicht hat. Um die Fragen zu beantworten, wäre dies aber notwendig gewesen. "

Es werde der Antrag gestellt, die Frist zur Vorhaltsbeantwortung bis zum 28.12.2010 zu verlängern.

Am 10.12.2010 langte bei der Referentin ein E-Mail des Bw. folgenden Inhalts ein:

„hallo frau w, wie geht's ihnen ich hoffe es geht ihnen gut ich habe von meine anwalt denn brief erhalten und ich weiss nicht was zu tun ist können sie mir bitte anrufen weil ich habe ganz ziet versucht ihnen zu erreiche ohne erfolg bitte schiken sie mir ihre nummer oder rufen sie mich an 06765xxxxxx und meine ich bin nicht mehr bei meine anwalt mg he h danke"

Die Referentin versuchte hierauf den Bw. telefonisch zu erreichen, es meldete sich aber nur die Sprachbox.

Hierauf richtete die Referentin an den Bw. folgendes E-Mail:

„Sehr geehrter Herr H,

ich bearbeite im Unabhängigen Finanzsenat Ihre eingebrachte Berufung gegen den Rückforderungsbescheid betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag.

Daraufhin habe ich einen Vorhalt zur Beantwortung noch offener Fragen übersendet.

Dieser Vorhalt ist bis 28.12.2010 zu beantworten.

Mit freundlichen Grüßen ..."

Der Bw. antwortete mit E-Mail vom 13.12.2010:

„ich habe damals alle unterlage zum finanzamt gebracht was sie haben verlangt. ich habe nicht gewusst dass ich habe keine anspruch auch kinderbei helfe, bitte ich weiss nicht was soll ich antworten und habe keine geld für anwalt ich bitte sie um eine richtige entscheidung. ich habe 3 Kinder und bin eine asyl werber und sie wiessen schön dass ich kann nicht dass zuruk zahlen. Falls ich muss das zuruk zahlen lich kann nicht auf ein mal zahlen, zu zeit meine kinder bekommt keine familienbeihilfe und grund versorgung von caritass meine frau bekommt nur 192 euro von caritas. und ich bin jetzt selbständig. und ich hoffe auf eine richtige entscheidung. ich danke ihnen voraus."

Aus dem Zentralen Melderegister ergibt sich, dass der Bw. derzeit in 1100 Wien, Z, wohnhaft ist.

Ein erneuter Versuch, den Bw. infolge dessen neuerlichen fernmündlichen Ersuchens um Rückruf, telefonisch zu erreichen, schlug auch am 10.1.2011 fehl.

Über die Berufung wurde erwogen:

Im gegenständlichen Berufungsverfahren ist strittig, ob Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für N für den Zeitraum Jänner 2008 bis August 2010 und für M für den Zeitraum August 2008 bis August 2010 zurückzufordern ist.

Der Unabhängige Finanzsenat geht von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Für den Berufsungszeitraum wurde dem Bw., seiner Frau und seinen Töchtern N (geboren 2000) und M (geboren 2008) bescheidmäßig vom Bundesasylamt der Status subsidiär Schutzberechtigter zuerkannt. Die entsprechenden Aufenthaltstitel sind aktenkundig.

Die Familie des Bw. hielt sich im Berufsungszeitraum in Österreich auf.

Im Berufsungszeitraum war der Bw. wie folgt sozialversichert (die Zeiten nichtselbständiger Erwerbstätigkeit sind hervorgehoben):

16.1.2008 bis 18.2.2008: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

27.2.2008 bis 29.5.2008: Arbeiter

2.6.2008 bis 7.7.2008: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

9.7.2008 bis 30.11.2008: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

18.12.2008 bis 31.1.2009: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

12.1.2009 bis 31.1.2009: geringfügig beschäftigter Arbeiter

30.1.2009 bis 19.2.2009: Bezug/Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld

1.2.2009 bis 19.2.2009: Arbeiter

20.2.2009 bis 31.3.2009: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

12.4.2009 bis 23.4.2009: Krankengeld, Sonderfall

24.4.2009 bis 21.6.2009: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

22.6.2009 bis 25.6.2009: Arbeitslosengeldbezug

26.6.2009 bis 21.7.2009: Krankengeld, Sonderfall

29.7.2009 bis 13.1.2010: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

14.1.2010 bis 15.1.2010: Krankengeld, Sonderfall

16.1.2010 bis 31.1.2010: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

1.2.2010 bis 8.2.2010: Krankengeld, Sonderfall

9.2.2010 bis 17.3.2010: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

18.3.2010 bis 19.3.2010: Krankengeld, Sonderfall

20.3.2010 bis laufend: Notstandshilfe, Überbrückungshilfe

Der Bw. bezog im Berufszeitraum selbst keine Leistungen aus der Grundversorgung.

Die Frau des Bw. war vom 6.2.2008 bis zum 7.2.2008 als Asylwerberin/Flüchtling sozialversichert und vom 1.9.2009 bis laufend „vorl. Ersatzzeit wg. Kindererziehung“. Ferner hat die Gattin des Bw. jedenfalls seit 8.1.2010 wiederkehrende monatliche Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts erhalten.

Dass die Frau des Bw. „seit 6.2.008 laufend Grundversorgung bezieht“ kann nicht festgestellt werden.

Der Bw. erhielt im Berufszeitraum Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag wie im Spruch des angefochtenen Bescheides ausgeführt.

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die Aktenlage und das Vorbringen der Parteien des zweitinstanzlichen Abgabenverfahrens.

Zu den strittigen Punkten:

Die unsubstantiierte Behauptung in der Berufung, der Bw. habe die rückgeforderten Beträge nicht oder nicht zur Gänze erhalten, wurde trotz Aufforderung durch die zweitinstanzliche Behörde nicht weiter konkretisiert und unter Beweis gestellt. Nach der Aktenlage wurden die rückgeforderten Beträge auf das vom Bw. angegebene Konto bei der P.S.K. überwiesen. Anhaltspunkte dafür, dass die Zahlungen den Bw. nicht erreicht hätten, finden sich nicht.

Die Annahme des Finanzamts, die Gattin des Bw. habe „ab 6.2.2008“ laufend Leistungen aus der Grundversorgung bezogen, stützt sich allein auf einen Vermerk vom 9.8.2010, der weder erkennen lässt, wer diese Auskunft erteilt haben soll noch welche konkreten Leistungen wann bezogen worden sein sollen. Auch über den Vorhalt der zweitinstanzlichen Behörde wurden vom Finanzamt keine näheren Angaben gemacht und unter Beweis gestellt. Mit diesen unpräzisen Angaben, die nicht in Einklang mit der sonstigen Aktenlage stehen, wird eine laufende Grundversorgung der Gattin des Bw. im Berufszeitraum nicht nachgewiesen. Von einer Grundversorgung ist somit nur für jene Zeiten auszugehen, aus denen sich diese aus den aktenkundigen Versicherungsauszügen bzw. der Kopie des Bescheides des Magistrats der

Stadt Wien vom 8.1.2010 und der Bestätigung der Caritas vom 31.8.2010 ergibt. Dass der Bw. selbst nicht in die Grundversorgung einbezogen war, wird vom Finanzamt nicht bestritten.

Wie im Vorhalt vom 16.11.2010 dargestellt folgt rechtlich hieraus:

Für Personen, die den Status eines subsidiär Schutzberechtigten haben, ist neben den allgemeinen Regelungen des Familienbeihilfengesetzes (FLAG) 1967 § 3 dieses Gesetzes anzuwenden. Gemäß § 3 Abs. 4 FLAG haben „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.“

In den Fällen des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. 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.

Unstrittig ist, dass sich sowohl der Berufungswerber (Bw.), Herr A H, als auch seine beiden Töchter N und M im Berufszeitraum rechtmäßig in Österreich aufgehalten haben und sowohl Herr H als auch seine beiden Töchter über den Status eines subsidiär Schutzberechtigten verfügen.

Als weitere Voraussetzungen nennt das Gesetz bei Beihilfewerbern, die subsidiär Schutzberechtigt sind,

- a) dass sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und (kumulativ)
- b) dass sie unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind.

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen, die diesbezüglich auch nicht strittig sind, war der Bw. A H im Berufszeitraum in folgenden Zeiträumen nichtselbständig erwerbstätig:

27.2.2008 bis 29.5.2008: Arbeiter

12.1.2009 bis 31.1.2009: geringfügig beschäftigter Arbeiter

1.2.2009 bis 19.2.2009: Arbeiter

Die Voraussetzung der Erwerbstätigkeit des Beihilfenwerbers ist somit für die Monate Februar, März, April und Mai 2008 sowie für die Monate Jänner und Februar 2009 erfüllt.

Es muss eine tatsächliche Erwerbstätigkeit vorliegen. Zeiten von Leistungen aus der Kranken- oder Arbeitslosenversicherung stellen, wenn ein aufrechtes Dienstverhältnis nicht mehr besteht, keine „tatsächliche Erwerbstätigkeit“ im Sinn des § 3 Abs. 4 FLAG 1967 dar. Anders als etwa im Anwendungsbereich der VO (EWG) 1408/71 stellt das Gesetz nicht auf den Umstand einer Versicherung, sondern auf jenen einer selbständigen oder nichtselbständigen Erwerbstätigkeit ab.

Die weitere in § 3 Abs. 4 FLAG 1967 genannte Voraussetzung, dass die Person, die als subsidiär Schutzberechtigter Familienbeihilfe beantragt, keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten darf, ist für den Zeitraum der Erwerbstätigkeit des Bw. ebenfalls erfüllt.

Zu den Ausführungen der Parteien des zweitinstanzlichen Abgabenverfahrens:

Abgesehen davon, dass im gegenständlichen Verfahren nicht das AVG, sondern die BAO anzuwenden ist, kann der zu Recht gerügte Verfahrensmangel der Unterlassung des Parteiengehörs vor Erlassung der angefochtenen Entscheidung entgegen § 183 Abs. 4 BAO im Rechtsmittelverfahren saniert werden. Dies ist mit dem Vorhalt vom 16.11.2010 geschehen.

Die gesetzlichen Grundlagen der Rückforderung sind bereits dem angefochtenen Bescheid zu entnehmen.

Die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge nach § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 ist keine Ermessensentscheidung, daher ist ein (nicht gegebenes) Ermessen auch nicht zu begründen.

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind nach ständiger Rechtsprechung des VwGH für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (zB VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

Zur Rückzahlung eines unrechtmäßigen Bezuges an Familienbeihilfe nach § 26 Abs. 1 FLAG ist derjenige verpflichtet, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Dies war nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen der Bw.

Die Zusammensetzung des Rückforderungsbetrags lässt sich dem angefochtenen Bescheid – und auch der Aktenlage – entnehmen (Angabe der Kinder, der Bezugszeiträume, des Gesamtbetrags, der Höhe der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags im Rückforderungszeitraum). Die gegenteilige Behauptung in der von einem Rechtsanwalt

verfassten Berufung erfolgt nach Ansicht der Abgabenbehörde zweiter Instanz mutwillig. Nach der Aktenlage wurde dieser Betrag auch dem Bw. auf sein Postscheckkonto überwiesen.

Die Behauptung in der von einem Rechtsanwalt verfassten Berufung, „die Höhe der Rückforderung wird deshalb ausdrücklich bestritten, zumal der Berufungswerber zu keiner Zeit Leistungen in dieser Höhe, die nun zurückgefordert werden, bezogen hat“, ist als mutwillig zu bezeichnen und wurde in weiterer Folge auch nicht unter Beweis gestellt.

Da der Bw. nicht österreichischer Staatsbürger ist, kann er sich auch nicht auf Art. 7 B-VG berufen.

Nach der Judikatur des VfGH verfügt der Gesetzgeber über einen großen Gestaltungsspielraum bei der Gewährung familienfördernder Maßnahmen und darf dieser den Anspruch von einer qualifizierten Nahebeziehung zum Inland abhängig machen (vgl. VfGH 16.3.2007, B 1397/06).

Unionsrechtlich enthält die Statusrichtlinie (RL 2004/83/EG des Rates vom 29.4.2004 über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge oder als Personen, die anderweitig internationalen Schutz benötigen, und über den Inhalt des zu gewährenden Schutzes) maßgebende Regelungen; dass subsidiär Schutzberechtigten Familienleistungen zu gewähren wären, lässt sich jedoch der Richtlinie nicht entnehmen.

Dass die Frau des Bw. während des gesamten Zeitraumes, in dem der Bw. erwerbstätig war (Februar, März, April, Mai 2008, Jänner, Februar 2009) Leistungen aus der Grundversorgung bezogen hat, konnte – wie oben ausgeführt – nicht festgestellt werden.

Die Sicherung der Krankenversorgung im Sinne des ASVG durch Bezahlung der Krankenversicherungsbeiträge ist ein Teil der Grundversorgung (Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gem Art 15a B-VG über gemeinsame Maßnahmen zur vorübergehenden Grundversorgung für hilfs- und schutzbedürftige Fremde [Asylwerber, Asylberechtigte, Vertriebene und andere aus rechtlichen oder faktischen Gründen nicht abschiebbare Menschen] in Österreich, BGBl. I Nr. 80/2004). Im Februar 2009 war die Gattin des Bw. laut Versicherungsdatenauszug für zwei Tage „als Asylwerberin/Flüchtling“ sozialversichert. Die „vorl. Ersatzzeit wg. Kindererziehung“ (ab 1.9.2008) kann nach Ansicht der Abgabenbehörde zweiter Instanz für sich allein nicht als Leistung der Grundversorgung angesehen werden. Die für das Jahr 2010 festgestellte Grundversorgung der Gattin betrifft nicht die Zeiten, in denen der Bw. erwerbstätig war.

Wie oben ausgeführt, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, dass „im gemeinsamen Haushalt keine Grundversorgung wegen Hilfsbedürftigkeit bezogen“ werden darf, wie dies in Punkt 03.04.1 der „Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967“ des Bundesministeriums für Wirtschaft, Jugend und Familie angegeben wird.

Diese Durchführungsrichtlinien des Bundesministeriums für Wirtschaft, Jugend und Familie stellen keine für den UFS beachtliche Rechtsquelle dar (vgl. etwa UFS 12.4.2010, RV/3463-W/09).

Ist der subsidiär Schutzberechtigte erwerbstätig und hat er (sich selbst) keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten, besteht – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - der Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nach der Entscheidungspraxis des UFS (UFS 12.4.2010, RV/3463-W/09, rechtskräftig) zu Recht und ist daher für die Zeiträume der Erwerbstätigkeit der Rückforderungsbescheid aufzuheben.

Wie bereits im Vorhalt vom 16.12.2010 ausgeführt, ist der in der Berufung „in eventu“ gestellte Antrag auf mündliche Verhandlung kein Antrag auf eine mündliche Verhandlung im Sinne des Gesetzes (vgl. UFS 29.1.2010, RV/1016-W/03, unter Hinweis auf *Ritz*³ BAO Kommentar, § 284 Tz 4).

Was die in den E-Mails des Bw. angesprochenen nicht gegebenen finanziellen Möglichkeiten anlangt, wird darauf hingewiesen, dass grundsätzlich bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen auch eine ratenweise Rückzahlung zulässig (§ 212 BAO) sein oder der Rückstandsbetrag ganz oder teilweise wegen Unbilligkeit der Einhebung (§ 236 BAO) nachgesehen werden kann. Diesbezüglich sollte sich der Bw. direkt mit dem Finanzamt Wien 4/5/10 in Verbindung setzen.

Wien, am 11. Jänner 2011