



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der E.S., Adresse, vertreten durch RA.X, vom 23. Februar 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 2. Februar 2010 betreffend Abweisung eines Rückzahlungsantrages (§ 241 BAO) entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Abweisungsbescheid wird aufgehoben.

In Entsprechung des Antrages auf Rückzahlung ist die entrichtete Gebühr im Betrag von 10 € zurückzuzahlen.

Entscheidungsgründe

E.S., eine nigerianische Staatsbürgerin, beantragte bei der Bezirkshauptmannschaft Kufstein die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte gemäß § 57 iVm § 54 Abs.1 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz- NAG. Nach Entrichtung der von dieser Behörde der Antragstellerin gemäß § 14 TP 8 Abs. 5a Z 2 und Abs. 5b GebG abverlangten Gebühren von 66 € wurde ihr die Daueraufenthaltskarte ausgehändigt.

Mit Antrag vom 30. Juni 2009 begehrte E.S. beim Finanzamt Innsbruck die Rückzahlung der entrichteten Gebühr im Ausmaß von 10 € mit der Begründung, für die Entrichtung einer Gebühr gemäß § 14 TP 8 Abs. 5b GebG bestehe aus den angeführten Gründen keine Rechtsgrundlage.

Am 8. Jänner 2010 beantragte E.S. beim Unabhängigen Finanzsenat den Übergang der Entscheidungszuständigkeit mit dem Argument, über den am 30. Juni 2009 erstellten Rückzahlungsantrag (Postaufgabe 1. Juli 2009) sei vom Finanzamt nicht innerhalb der Entscheidungspflicht von sechs Monaten mit Bescheid entschieden worden.

Mit Bescheid vom 2. Februar 2010, und damit innerhalb der Frist des § 311 Abs. 3 BAO idF. BGBl I Nr 97/2002 (AbgRmRefG) wurde vom Finanzamt der Rückzahlungsantrag abgewiesen mit der Begründung, von der Bezirkshauptmannschaft Kufstein sei neben der Gebühr gemäß § 14 TP 8 Abs. 5a Z 2 GebG auch eine Gebühr von 10 € gemäß § 14 TP 8 Abs. 5b GebG eingehoben worden. Da die Einhebung dieser Gebühr von 10 € rechtens sei, liege darin keine zu Unrecht entrichtete Gebühr, weshalb dieser Betrag nicht gemäß § 241 Abs. 2 BAO zurückzuzahlen sei.

Gegen diesen Abweisungsbescheid brachte E.S. (im Folgenden: Bw) die gegenständliche Berufung ein und wendet zum einen ein, dieser Abweisungsbescheid sei von einer unzuständigen Behörde erlassen worden, weil durch das Einlangen des Devolutionsantrages beim Unabhängigen Finanzsenat die Entscheidungszuständigkeit auf diesen übergegangen sei. Der bekämpfte Abweisungsbescheid sei somit von einer nicht mehr zuständigen Erstbehörde erlassen worden und schon deshalb rechtswidrig. Zum anderen wurde unrichtige rechtliche Beurteilung eingewendet mit der Begründung, § 14 TP 8 Abs. 5b GebG beziehe sich - ebenso wie auch der dort verwiesene § 19 Abs. 4 NAG - expressis verbis nur auf "Aufenthaltstitel". Daueraufenthaltskarten seien jedoch keine (konstitutiven) Aufenthaltstitel, sondern (deklarative) Dokumentationen (vgl. §§ 8f NAG). Hinzu komme, dass die im NAG enthaltenen Regelungen betreffend Daueraufenthaltskarten in Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EG vom 29.4.2004 erlassen worden seien. Diese Richtlinie enthalte jedoch keinerlei Regelung, wonach anlässlich des Verfahrens zur Ausstellung einer Aufenthaltskarte eine erkennungsdienstliche Behandlung stattzufinden hätte. Es sei auch gemeinschaftsrechtlich verpönt, die Inanspruchnahme gemeinschaftlich eingeräumter Rechte- wie eben die Erlangung einer Aufenthaltskarte- an zusätzliche, nicht bereits im Gemeinschaftsrecht selbst normierte Bedingungen zu knüpfen (siehe EuGH- Erkenntnis vom 9.1.2007, Rs C-1/05). Nach Artikel 25 Abs. 2 dieser Richtlinie dürfe überdies für die Ausstellung einer Aufenthaltskarte keine höhere Gebühr erhoben werden als sie bei der Ausstellung entsprechender Dokumente an Inländer anfalle. Aufenthaltskarten würden sowohl äußerlich als auch hinsichtlich ihrer Zweckbestimmung am ehesten inländischen Personal- oder sonstigen Identitätsausweisen entsprechen, weshalb die für die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte anfallenden Gebühren insgesamt nicht höher als 56,70 € sein dürften (vgl. § 14 TP 9 Abs. 1 Z 8 und Abs. 2 Z 1 GebG). Überdies verwirkliche auch die Datenerfassung zu Zwecken der Ausstellung eines Personalausweises keinerlei Gebührentatbestand und es sei im PaßG ebenfalls keinerlei

erkennungsdienstliche Behandlung vorgesehen. Auch die gebotene richtlinienkonforme Interpretation von § 14 TP 8 Abs. 5a ff GebG führe zum Ergebnis, dass für die Einhebung einer Gebühr gemäß § 14 TP 8 Abs. 5b GebG im gegenständlichen Fall rechtlich kein Raum bestanden habe.

Das Finanzamt legte diese Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Berufungspunkt "Unzuständigkeit der Erstbehörde"

Gemäß § 311 Abs. 3 BAO idF BGBl. I Nr. 97/2002 (AbgRMRefG, hinsichtlich der Inkrafttretensbestimmung siehe § 323 Abs. 10 BAO) hat die Abgabenbehörde zweiter Instanz der Abgabenbehörde erster Instanz aufzutragen, innerhalb einer Frist bis zu drei Monaten ab Einlangen des Devolutionsantrages zu entscheiden und gegebenenfalls eine Abschrift des Bescheides vorzulegen oder anzugeben, warum eine Verletzung der Entscheidungspflicht nicht oder nicht mehr vorliegt.

Nach § 311 Abs. 4 BAO idF BGBl. I Nr. 97/220 (AbgRMRefG) geht die Zuständigkeit zur Entscheidung erst dann auf die Abgabenbehörde zweiter Instanz über, wenn die Frist (Abs. 3) abgelaufen ist oder wenn die Abgabenbehörde erster Instanz vor Ablauf der Frist mitteilt, dass keine Verletzung der Entscheidungspflicht vorliegt.

Im Gegenstandsfall ist der Devolutionsantrag (Ausfertigungsdatum 8. Jänner 2010) am 11. Jänner 2010 beim Unabhängigen Finanzsenat eingelangt. Am gleichen Tag erging an das Finanzamt ein Auftrag im Sinne des § 311 Abs. 3 BAO. Mit Abweisungsbescheid vom 2. Februar 2010 entschied das Finanzamt über den Rückzahlungsantrag und legte eine Ablichtung davon dem Unabhängigen Finanzsenat vor. Gegen diesen Abweisungsbescheid wurde mit Schriftsatz vom 19. Februar 2010 die gegenständliche Berufung erhoben. Aus § 311 Abs. 4 BAO in der novellierten Fassung ergibt sich, dass (hierin abweichend von der alten Rechtslage, bei der die Zuständigkeit zur Entscheidung ex lege bereits mit dem Einlangen des Devolutionsantrages übergegangen ist) die Zuständigkeit zur Entscheidung nicht auf die Abgabenbehörde zweiter Instanz übergegangen ist, hat doch unbestritten das Finanzamt am 2. Februar 2010 und damit vor Ablauf der Frist des Abs. 3 über den Abweisungsbescheid (rechtswirksam) entschieden. Dieser Abweisungsbescheid wurde daher entgegen dem Berufungsvorbringen (das augenscheinlich noch auf die alte Rechtslage abstellt) von einer zuständigen Behörde erlassen. Die mit der Unzuständigkeit des Finanzamtes begründete Rechtswidrigkeit des Abweisungsbescheides liegt demzufolge nicht vor.

2. Unrichtige rechtliche Beurteilung

Gemäß § 14 TP 8 Abs. 5a Z 2 GebG idF. BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket 2005) unterliegt die Ausstellung einer Daueraufenthaltskarte (§ 9 Abs. 1 Z 2 NAG) einer Gebühr von 56 €.

Nach § 14 TP 8 Abs. 5b GebG idF. BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket 2005) ist die Abnahme der erkennungsdienstlichen Daten, die zur Herstellung eines Aufenthaltstitels erforderlich sind (§ 19 Abs. 4 NAG), bei Antragstellung mit 10 € gebührenpflichtig. Erfolgt die Abnahme dieser Daten durch eine Behörde eines Landes oder einer Gemeinde, steht dieser Gebietskörperschaft der Betrag zur Gänze zu.

Gemäß § 19 Abs. 4 NAG idF. BGBl. I Nr. 100/2005 hat bei der Antragstellung der Fremde die erkennungsdienstlichen Daten, die zur Herstellung eines Aufenthaltstitels erforderlich sind, zur Verfügung zu stellen und gegebenenfalls an der Ermittlung und Überprüfung dieser nach Maßgabe des § 35 Abs. 4 (richtig wohl § 35 Abs. 3, Abs. 4 gibt es nämlich nicht) mitzuwirken; andernfalls ist sein Antrag zurückzuweisen.

Nach § 35 Abs. 1 NAG idF. BGBl. I Nr. 100/2005 sind die nach diesem Bundesgesetz zuständigen Behörden und Berufsvertretungsbehörden ermächtigt, Fremde, die einen Aufenthaltstitel beantragen oder denen ein solcher ausgestellt werden soll, erkennungsdienstlich zu behandeln.

Gemäß § 35 Abs. 3 NAG idF. BGBl. I Nr. 100/2005 hat die Behörde einen Fremden, den sie einer erkennungsdienstlichen Behandlung zu unterziehen hat, unter Bekanntgabe des maßgeblichen Grundes formlos hiezu aufzufordern. Kommt der Betroffene der Aufforderung nicht nach, ist er schriftlich, unter Hinweis auf die Folgen einer mangelnden Mitwirkung, ein weiteres Mal zur Vornahme der erkennungsdienstlichen Behandlung aufzufordern.

Die Berufung bestreitet ua. die Rechtmäßigkeit der über Aufforderung des Bezirkshauptmannschaft Kufstein erfolgten Errichtung der Gebühr gemäß § 14 TP 8 Abs. 5b von 10 € mit der Begründung, dass sich diese Gesetzesstelle ebenso wie auch der dort verwiesene § 19 Abs. 4 NAG in der damals geltenden Fassung BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl I Nr. 38/2009 expressis verbis nur auf "Aufenthaltstitel" bezog. Daueraufenthaltskarten seien jedoch nach §§ 8 ff NAG keine (konstitutiven) Aufenthaltstitel, sondern (deklarative) Dokumentationen. Dieses Vorbringen vermag aus nachstehenden Gründen das Antragsbegehr zu stützen.

Während § 8 Abs. 1 NAG BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl I Nr. 38/2009 (im Folgenden kurz NAG) die "Arten und Form der Aufenthaltstitel" festlegt, normiert § 9 NAG "Dokumentation

und Form des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts". Nach § 9 Abs. 1 Z 2 NAG werden zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts für Angehörige von EWR- Bürgern, die Drittstaatsangehörige sind, über Antrag eine "Daueraufenthaltskarte" (§ 54), wenn der EWR-Bürger das Recht auf Freizügigkeit in Anspruch genommen hat, ausgestellt.

Verweist § 14 TP 8 Abs. 5b GebG idF. BGBI. I Nr. 100/2005 bezogen auf den die Gebührenpflicht auslösenden Tatbestand auf die Bestimmung § 19 Abs. 4 NAG, dann entscheidet über die Tatbestandsverwirklichung der Inhalt dieser NAG-Bestimmung. Nach § 19 Abs. 1 NAG idF. BGBI. I Nr. 100/2005 sind "**Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels**" persönlich bei der Behörde zu stellen. Von der eingangs zitierten Wortfolge des § 19 Abs. 4 NAG "bei der Antragstellung" kann demzufolge schlüssig nur ein Antrag im Sinne des Abs. 1 gemeint sein. Erst durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 – FrÄG 2009 (BGBI. I Nr. 122/2009, gültig ab 1.1.2010) wurde der Wortlaut des § 19 Abs. 1 NAG auf "Anträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels **oder auf Ausstellung einer Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechts**" erweitert. Außerdem werden in dessen Abs. 11 der Aufenthaltstitel und die Dokumentation des gemeinschaftsrechtlichen Aufenthaltsrechtes jeweils gesondert erwähnt und damit voneinander sachlich unterschieden.

§ 19 Abs. 4 NAG normiert im Wesentlichen, dass der Fremde die erkennungsdienstlichen Daten, die zur Herstellung eines Aufenthaltstitels erforderlich sind, zur Verfügung zu stellen hat und gegebenenfalls an der Ermittlung und Überprüfung dieser nach Maßgabe des § 35 Abs. 4 (richtig § 35 Abs. 3) mitzuwirken hat. Wie bereits ausgeführt ermächtigt § 35 Abs. 1 NAG idF BGBI. I Nr. 100/2005 die nach diesem Bundesgesetz zuständigen Behörden und Berufsvertretungsbehörden **Fremde, die einen Aufenthaltstitel beantragen** oder denen ein solcher ausgestellt werden soll, erkennungsdienstlich zu behandeln. Durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 wird mit Wirksamkeit ab dem 1. Jänner 2010 dem § 35 Abs. 1 NAG folgender Satz angefügt: "**Dies gilt auch für die Ausstellung einer Aufenthaltskarte oder Daueraufenthaltskarte**". § 35 Abs. 1 NAG alte und neue Fassung im Konnex gesehen mit den Regelungsinhalten von §§ 8 und 9 NAG lassen erkennen, dass die Ermächtigung zu einer erkennungsdienstlichen Behandlung erst durch das Fremdenrechtsänderungsgesetz 2009 auch auf die Ausstellung einer Aufenthaltskarte oder Daueraufenthaltskarte erweitert worden war. Ergibt sich aus der Gegenüberstellung der unterschiedlichen Fassungen der angeführten Bestimmungen des NAG die unbedenkliche Schlussfolgerung, dass der Gesetzgeber mit Bedacht und in aller Deutlichkeit zwischen dem Aufenthaltstitel und der zur Dokumentation eines gemeinschaftsrechtlichen Aufenthalts- und Niederlassungsrechts ausgestellten "Daueraufenthaltskarte" sachlich und begrifflich

unterschieden hat, dann kann auf Grund des diesbezüglich eindeutigen Wortlautes des § 14 TP 8 Abs. 5b GebG idF. Fremdenrechtspaket 2005 unter Beachtung der Querverweise auf § 19 Abs. 4 NAG und darin weiter auf § 35 NAG kein Zweifel darüber bestehen, dass bei Antragstellung nur die Abnahme der erkennungsdienstlichen Daten, die zur Herstellung eines Aufenthaltstitels erforderlich sind, gebührenpflichtig sind (vgl. auch Gaier, GebG, Kommentar, 4. Auflage, Rz 39-40 zu § 14 TP 8 GebG). Wurde hingegen im Gegenstandsfall die Bw. im Rahmen der Ausstellung der beantragten Daueraufenthaltskarte (die von der Erteilung eines Aufenthaltstitels auseinander zuhalten ist) einer erkennungsdienstliche Behandlung unterzogen, dann unterliegt diese Abnahme nicht dem Gebührentatbestand gemäß § 14 TP 8 Abs. 5b GebG idF BGBl. I Nr. 100/2005. Für die gemäß § 14 TP 8 Abs. 5a Z 2 und Abs. 5b GebG entrichteten Gebühren von insgesamt 66 € bestand mangels diesbezüglicher Tatbestandsverwirklichung keine Gebührenpflicht nach § 14 TP 8 Abs. 5b GebG, weshalb dem gemäß § 241 Abs. 2 und 3 BAO iVm § 3 Abs. 2 GebG gestellten Antrag auf Rückzahlung dieser Gebühr von 10 € schon aus diesem Grund Berechtigung zukommt. Damit erübrigt sich eine sachliche Auseinandersetzung betreffend Begründetheit der weiteren Berufungseinwendungen.

Über die Berufung ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

Innsbruck, am 5. Mai 2010