

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF, gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 07.02.2013 betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer ist serbischer Staatsbürger und im Jahr 2002 in das Bundesgebiet eingereist. In diesem Jahr hat der Beschwerdeführer auch einen Asylantrag gestellt.

Im Jahr 2004 waren die Partnerin des Beschwerdeführers, P, und die Kinder A, geboren 29.6.1998, und B, geboren 29.11.2001, ebenfalls nach Österreich eingereist. Am 4.9.2011 wurde das Kind C geboren.

Im Zuge einer Überprüfung des Beihilfenanspruches wurde vom Beschwerdeführer am 12.10.2007 unter anderem ein Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (NAG-Karte mit Aufenthaltstitel vom Beschwerdeführer und den Kindern) verlangt. In dem am 22.10.2007 eingelangten und vom Beschwerdeführer unterschriebenen Überprüfungsbogen wurde dazu lediglich vermerkt "nicht vorhanden! Wird vom Gericht noch bearbeitet!" Vorgelegt wurden lediglich die Ablichtungen einer bereits am 14.9.2007 abgelaufenen Arbeitserlaubnis des AMS sowie einer vorläufigen Aufenthaltsberechtigungskarte (Bescheinigung des Bundesasylamtes gemäß § 19 AsylG 1997).

Die Auszahlung der Familienbeihilfe wurde daraufhin vom Finanzamt eingestellt. Nach Vorlage entsprechender Beschäftigungsbewilligungen erfolgte aber wieder

eine Auszahlung der Beihilfe. Das Finanzamt ging laut den Anmerkungen in der Beihilfendatenbank davon aus, dass das im Jahr 2002 eingeleitete Asylverfahren noch nicht abgeschlossen sei und der Fall somit beihilfenrechtlich nach "alter Rechtslage" zu beurteilen sei.

Im Zuge einer neuerlichen Überprüfung des Beihilfenanspruches wurde der Beschwerdeführer am 31.12.2012 aufgefordert, Flüchtlingsausweise bzw. Bescheide über die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft betreffend ihn, die Kindesmutter und alle drei Kinder oder andere Aufenthaltsberechtigungen für die gesamte Familie vorzulegen. In dem am 8.1.2013 vom Beschwerdeführer unterschriebenen und am 10.1.2013 beim Finanzamt eingelangten Überprüfungsbogen wurde dazu nur angegeben: "noch kein Bescheid".

Erst im Zuge der daraufhin vom Finanzamt angestellten Erhebungen wurde festgestellt, dass das im Jahr 2002 eingeleitete Asylverfahren bereits im September 2006 negativ erledigt und im Mai 2008 ein neuerlicher Asylantrag gestellt worden war, der allerdings noch unerledigt offen war.

Mit Bescheid vom 7.2.2013 wurden hinsichtlich der Kinder B und A für den Zeitraum März 2008 bis Jänner 2013 sowie hinsichtlich des Kindes C für den Zeitraum September 2011 (Geburtsmonat) bis ebenfalls Jänner 2013 die ausbezahlten Beträge an Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen in Höhe von insgesamt 26.636,00 € zurückgefordert. In der Bescheidsbegründung wurde ausgeführt, dass nach § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten. Das erste Asylverfahren sei im September 2006 negativ entschieden worden, und es wäre erst im Mai 2008 erneut ein Asylantrag gestellt worden sei. Zu den anspruchsvermittelnden Kindern wurde auf die Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG, der ebenfalls einen rechtmäßigen Aufenthalt der Kinder nach §§ 8, 9 NAG fordert, hingewiesen.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Eingabe vom 6.3.2013 Berufung erhoben, die gemäß § 323 Abs. 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerde im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen ist. Das Finanzamt begründe die Rückforderung damit, dass der Beschwerdeführer "nach dem ersten Asylverfahren vom September 2006, das negativ entschieden wurde", erst im Mai 2008 einen neuen Asylantrag gestellt hätte. Dazu teile er mit, dass er seit 2002 und seine Gattin sowie die beiden älteren Kinder seit 2004 in Österreich seien. Der Asylantrag von 2008 sei noch immer nicht entschieden. Er arbeite seit 2002 in Österreich. Derzeit sei er als Pizzakoch beschäftigt. Er habe immer die geforderten Bestätigungen erbracht. Sein jüngster Sohn C sei am 4.9.2011 bereits in Österreich geboren worden. Es sei für ihn unverständlich, warum er trotz Erbringung der geforderten Unterlagen die Familienbeihilfe bis dato erhalten und jetzt einen Rückforderungsbescheid zugestellt erhalten habe. Es liege kein Verschulden seinerseits vor. Bis heute habe er keine Entscheidung über seinen 2008 gestellten Asylantrag

erhalten und es liege auch kein Abschiebungsbescheid gegen ihn und seine Familie vor. Ein weiterer Grund für den Bezug von Familienbeihilfe sei ein Beschäftigungsverhältnis und somit ein regelmäßiges Einkommen. Die Grundversorgung liege daher nicht vor, die den Bezug von Familienbeihilfe verneinen würde. Der Rückforderungsbescheid möge daher aufgehoben werden.

Im Zuge einer persönlichen Vorsprache beim Unabhängigen Finanzsenat am 29.7.2013 legte der Beschwerdeführer am 19.7.2013 ausgestellte Aufenthaltstitel nach § 8 NAG (Rot-Weiss-Rot Karte Plus für ihn und die drei Kinder, sowie eine Niederlassungsbewilligung für die Kindesmutter) vor.

Diese Aufenthaltstitel wurden auch dem Finanzamt zur Kenntnis gebracht, welches ab Juli 2013 wieder Familienbeihilfe ausbezahlt.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Im gegenständlichen Fall wurde das erste, im Jahr 2002 eingeleitete Asylverfahren nach den unwidersprochen gebliebenen Feststellungen des Finanzamtes bereits im Jahr 2006 negativ erledigt. Erst im Jahr 2008 wurde ein neuerlicher Asylantrag gestellt.

In diesem Fall ist für den rückforderungsrelevanten Zeitraum § 3 Abs. 1 bis 3 FLAG in der seit 1.1.2006 geltenden Fassung des BGBl. I 100/2005 und § 3 Abs. 4 und 5 FLAG in der ab dem 1.7.2006 geltenden Fassung des BGBl. I 168/2006 anzuwenden. Die in § 55 Abs. 1 FLAG zitierte Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005) kommen in diesem Fall nicht zur Anwendung. § 75 AsylG betrifft nur am 31.12.2005 anhängig gewesene Verfahren, was bei dem erst im Jahr 2008 eingeleitete zweiten Asylverfahren nicht der Fall war.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

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 Abs. 2 FLAG).

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 (§ 3 Abs. 3 FLAG).

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 (§ 3 Abs. 4 FLAG).

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 Abs. 5 FLAG).

Dass dem Beschwerdeführer Asyl gewährt worden wäre (§ 3 Abs. 3 FLAG), wurde von diesem weder behauptet, noch aktenkundig festgestellt. Gleiches gilt für die Frage, ob dem Beschwerdeführer der Status eines subsidiär Schutzberechtigten im Sinne des § 3 Abs. 4 FLAG zuerkannt worden wäre.

§ 8 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz bestimmte in der von 1.1.2006 bis 31.3.2009 anzuwendenden Stammfassung des BGBl I 100/2005:

(1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

- 1. "Niederlassungsbewilligung" für eine nicht bloß vorübergehende befristete Niederlassung im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (Abs. 2) mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" (Z 3) zu erlangen;*
- 2. Aufenthaltstitel "Familienangehöriger" für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" (Z 4) zu erhalten;*
- 3. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EG" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;*
- 4. Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - Familienangehöriger" für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;*
- 5. "Aufenthaltsbewilligung" für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69 und § 72) mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.*

(2) Niederlassungsbewilligungen gemäß Abs. 1 Z 1 werden erteilt als:

- 1. "Niederlassungsbewilligung - Schlüsselkraft", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten nach §§ 12 Abs. 4 oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;*
- 2. "Niederlassungsbewilligung - ausgenommen Erwerbstätigkeit", die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;*
- 3. "Niederlassungsbewilligung - unbeschränkt", die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;*

4. *“Niederlassungsbewilligung - beschränkt”, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;*

5. *“Niederlassungsbewilligung - Angehöriger”, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;*

die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt.

(3) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

(4) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 5) von Ehegatten und minderjährigen unverheirateten Kindern hängt während der Frist nach § 27 Abs. 1 vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(5) Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung, ausgenommen Fälle von Sozialdienstleistenden (§ 66), dürfen während der Geltungsdauer dieser Bewilligung im Inland um eine Aufenthaltsbewilligung mit anderem Zweckumfang oder um eine Niederlassungsbewilligung ansuchen. Ein solcher Antrag schafft bis zur Zustellung der Entscheidung der Behörde erster Instanz ein über die Geltungsdauer der ursprünglichen Aufenthaltsbewilligung hinausgehendes Bleiberecht.

Diese Bestimmung des § 8 NAG wurde in der Folge wiederholt novelliert. Durch BGBl I 29/2009, BGBl I 122/2009 und BGBl I 135/2009 erfolgten geringfügige Änderungen. Eine größere Änderung erfolgte durch BGBl I 38/2011. In der Fassung dieses BGBl, die bis 17.4.2013 anzuwenden war, lautete § 8 NAG wie folgt:

(1) Aufenthaltstitel werden erteilt als:

1. Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung oder ein Gutachten gemäß §§ 12d oder 24 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;

2. Aufenthaltstitel „Rot-Weiß-Rot – Karte plus“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit gemäß § 17 AuslBG berechtigt;

3. Aufenthaltstitel „Blaue Karte EU“, der zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit, für die eine schriftliche Mitteilung gemäß § 12d Abs. 2 Z 4 AuslBG erstellt wurde, berechtigt;

4. „Niederlassungsbewilligung“, die zur befristeten Niederlassung und zur Ausübung einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit, für die eine entsprechende Berechtigung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz gilt, berechtigt;

5. „Niederlassungsbewilligung – ausgenommen Erwerbstätigkeit“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt;
6. „Niederlassungsbewilligung – Angehöriger“, die zur befristeten Niederlassung ohne Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt; die Ausübung einer Erwerbstätigkeit ist nur auf Grund einer nachträglichen quotenpflichtigen Zweckänderung erlaubt;
7. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – EG“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
8. Aufenthaltstitel „Familienangehöriger“ für die befristete Niederlassung mit der Möglichkeit, anschließend einen Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ (Z 9) zu erhalten;
9. Aufenthaltstitel „Daueraufenthalt – Familienangehöriger“ für die Dokumentation des unbefristeten Niederlassungsrechts, unbeschadet der Gültigkeitsdauer des Dokuments;
10. „Aufenthaltsbewilligung“ für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69a).

(2) Der Bundesminister für Inneres legt das Aussehen und den Inhalt der Aufenthaltstitel nach Abs. 1 durch Verordnung fest. Die Aufenthaltstitel haben insbesondere Name, Vorname, Geburtsdatum, Lichtbild, ausstellende Behörde und Gültigkeitsdauer zu enthalten; sie gelten als Identitätsdokumente.

(3) Die Aufenthaltsbewilligung (Abs. 1 Z 10) von Ehegatten, eingetragenen Partnern und minderjährigen ledigen Kindern hängt vom Bestehen der Aufenthaltsbewilligung des Zusammenführenden ab (§ 69).

(4) Unbeschadet der §§ 32 und 33 ergibt sich der Berechtigungsumfang eines Aufenthaltstitels aus dem 2. Teil.

Personen, die weder die österreichische Staatsbürgerschaft noch die Staatsbürgerschaft eines EU-Mitgliedsstaates besitzen, müssen zusätzlich zu den allgemeinen Voraussetzungen für die Familienbeihilfe auch die in § 3 FLAG festgelegten Bedingungen erfüllen. Drittstaatsangehörige haben daher seit dem 1.1.2006 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach § 8 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Es muss daher sowohl für den Anspruchsberechtigten als auch für das anspruchsvermittelnde Kind ein aufrechter Aufenthaltstitel nach § 8 NAG vorliegen (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Rz 145 ff). Das Vorliegen eines aufrechten Aufenthaltstitels nach § 8 NAG ist somit konstitutiv für den Bezug der Familienbeihilfe.

Im gegenständlichen Fall lag ein solcher Aufenthaltstitel gemäß § 8 NAG im Rückforderungszeitraum März 2008 bis Jänner 2013 nicht vor. Eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung gemäß § 19 AsylG 1997, wie sie vom Beschwerdeführer im Zuge der Überprüfung des Beihilfenanspruches im Jahr 2007 in Ablichtung vorgelegt wurde, ist kein gültiger Aufenthaltstitel im Sinne des § 8 NAG, insbesondere keine Aufenthaltsbewilligung im Sinne des § 8 Abs. 1 Zif. 5 NAG in der Stammfassung, der auf die §§ 58 bis 69 und § 72 NAG verweist bzw. im Sinne des § 8 Abs. 1 Zif. 10 NAG idF

BGBI I 38/2011, der auf die §§ 58 bis 69a NAG verweist. Erst seit 19.7.2013 verfügen der Beschwerdeführer sowie die anspruchsvermittelnden Kinder über Aufenthaltstitel im Sinne des § 8 NAG. Die Erteilung dieser Aufenthaltstitel wirkt ex nunc, d.h. erst ab dem Zeitpunkt der Erteilung und nicht rückwirkend (vgl. VwGH 29.5.2013, 2010/16/0175 mit Hinweis auf VwGH 31.3.2008, 2008/18/0094). Erst ab Juli 2013 wird daher zu Recht Familienbeihilfe gewährt. Es fehlte somit im Zeitraum März 2008 bis Jänner 2013 an den Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG ist zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe zurückzuzahlen. Die Rückforderung erstreckt sich gemäß § 33 Abs. 3 EStG iVm § 26 FLAG auch auf die zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbeträge. Aus § 26 FLAG ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 26 Rz 3 mit Hinweis auf VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wäre eine Rückforderung selbst dann rechtmäßig, wenn der unrechtmäßige Bezug der Familienbeihilfe ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden wäre (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 26 Rz 4 mit Hinweis auf VwGH 18.4.2007, 2006/13/0174). Auch wenn im Hinblick auf die objektive Erstattungspflicht den Ursachen für den ungerechtfertigten Bezug der Familienbeihilfe keine entscheidende Bedeutung zukommt, sei doch angemerkt, dass mit ein Grund für die rechtswidrige Auszahlung der Beihilfe im gegenständlichen Fall der Umstand war, dass der Beschwerdeführer dem Finanzamt die Abweisung seines ersten Asylantrages nie bekannt gegeben hat. Gemäß § 25 FLAG sind Personen, denen Familienbeihilfe gewährt wird, verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, innerhalb eines Monats zu melden. Die Verletzung dieser Meldepflicht war ursächlich dafür, dass das Finanzamt zu Unrecht von einem immer noch aus dem Jahr 2002 anhängigen Asylverfahren ausging, und daher der verfehlten Ansicht war, dass die Übergangsbestimmung des § 75 AsylG mit der Folge zum Tragen käme, dass auch § 3 FLAG in der Fassung BGBl I 142/2004 anzuwenden wäre (vgl. dazu VwGH 15.1.2008, 2007/15/0170).

Die Rückforderung der Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen erfolgte daher insgesamt gesehen zu Recht.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig. Den im gegenständlichen Verfahren zu klärenden Rechtsfragen kam keine weiter gehende, einzelfallübergreifende und rechtssystematische Relevanz und damit keine erhebliche Bedeutung im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu. Die Entscheidung stützt sich auf die darin angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Linz, am 16. Mai 2014