



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der KM, geb. GebDat1, Adresse, vom 19. August 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15 vom 6. August 2008 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juli 2008 entschieden:

Der Berufung wird hinsichtlich der Gewährung der normalen Familienbeihilfe Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid und die Berufungsentscheidung werden aufgehoben und die Sache hinsichtlich des Erhöhungsbetrages für das Kind Kd3 an die erste Instanz zurückverwiesen.

Entscheidungsgründe

KM, in der Folge mit Bw. bezeichnet, ist nach eigenen Angaben am 22.7.2003 aus Land nach Österreich eingereist, seit 5.11.2003 sei sie Asylwerber. Am 4. Juli 2008 stellte die Bw. einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für Ihre Kinder Kd1, Kd2 sowie der erhöhten Familienbeihilfe für Kd3.

Das Finanzamt wies diesen Antrag ab Juli 2008 ab und führte begründend aus, die Familienbeihilfe stehe ab jenem Monat zu, in dem Asyl nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt worden sei. Maßgeblich sei das Datum des Asylbescheides. Da die Bw. und ihre Kinder weder über eine Niederlassungsbewilligung noch über einen rechtsgültigen Asylbescheid verfügten, sei kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben.

Gegen diesen Bescheid hat die Bw. Berufung erhoben und eingewendet, in ihrem Fall sei § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 anzuwenden. Die Bw. lebe seit Juli 2003 in Österreich und halte sich daher bereits seit mehr als sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet auf, weshalb sie Anspruch auf Familienbeihilfe habe. Abschließend ersuchte die Bw. um Gewährung der Familienbeihilfe.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung.

Die Bw. stellte einen Vorlageantrag.

Laut Asylgerichtshof, ADir. M, ist die Bw. mit ihren Kindern am 23.7.2003 gemeinsam eingereist. Die Asylanträge wurden am 9.10.2003 gestellt. Die Asylverfahren sind derzeit noch offen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Strittig ist gegenständlich, ob das Vorliegen eines Aufenthaltes von über 60 Kalendermonaten im Bundesgebiet im gegenständlichen Fall einen Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelt, oder ob hiefür eine Niederlassungsbewilligung bzw. ein gültiger Asylbescheid erforderlich sind.

Auf Anregung des Finanzamtes wurde das Verfahren aufgrund eines beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Verfahrens (Amtsbeschwerde) ausgesetzt. Dieses Verfahren hatte ursprünglich die Zahl 2008/15/0277 und ist nunmehr unter der Zahl 2009/16/0128 mit Erkenntnis vom 27.1.2010, dem Unabhängigen Finanzsenat zugestellt am 9.2.2010, abgeschlossen worden. Die gegen die Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates durch das Finanzamt Salzburg-Land eingebrachte Beschwerde ist abgewiesen worden.

Zu der hier interessierenden Rechtsfrage hat der Verwaltungsgerichtshof wörtlich wie folgt 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 Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 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 nicht selbständiger 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 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."

Mit dem Erkenntnis vom 12. Oktober 2009, Zl. 2009/16/0208, auf dessen Gründe gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, hat der Verwaltungsgerichtshof unter Hinweis auf frühere Rechtsprechung bekräftigt, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100, auf Personen, die vor dem 1. Jänner 2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, noch nicht anzuwenden ist. Diese Rechtsprechung hat der Verwaltungsgerichtshof in den Erkenntnissen vom 5. November 2009, Zl. 2009/16/0239, und vom 17. Dezember 2009, Zl. 2009/16/0258, fortgeführt.

Da die Asylanträge der Mitbeteiligten und deren Ehemannes vor dem 1. Jänner 2006 gestellt wurden und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig waren, ist im vorliegenden Beschwerdefall noch § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

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 erwähnten Erkenntnis vom 12. Oktober 2009 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.

Im Gegensatz zu der vom Finanzamt vertretenen Rechtsauffassung kommt es daher nicht darauf an, ob die Bw., deren Asylantrag noch nach dem Asylgesetz 1997 gestellt wurde, über einen gültigen Asylbescheid oder einen zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthalts-titel verfügte. Das Finanzamt hat selbst nicht in Zweifel gezogen, dass die Bw. bereits im Juli 2003 eingereist ist, sohin im Monat der Antragstellung die Anspruchsvoraussetzung eines fünfjährigen Aufenthaltes im Bundesgebiet erfüllt.

Gemäß § 115 Abs. 1 BAO haben die Abgabenbehörden die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Gemäß § 289 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz, wenn die Berufung weder zurückzuweisen (§ 273) noch als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 274) zu erklären ist, die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Im weiteren Verfahren sind die Behörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im Aufhebungsbescheid dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.

Das Finanzamt hat im Hinblick auf die von ihm vertretene Rechtsauffassung hinsichtlich der Behinderung des Kindes Kd3 kein Gutachten des Bundessozialamtes eingeholt. Dies begründet einen Verfahrensmangel, bei dessen Vermeidung das Ergehen eines inhaltlich anders lautenden Bescheides nicht ausgeschlossen werden kann, zumal die Rechtsauffassung des Finanzamtes aufgrund des nunmehr ergangenen Verwaltungsgerichtshofberkenntnisses nicht mehr aufrecht erhalten werden kann. Ob die erhöhte Familienbeihilfe gebührt, hängt vom Ergebnis des nunmehr durchzuführenden Ermittlungsverfahrens ab.

Ob der Unabhängige Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz von der Möglichkeit einer kassatorischen Berufungserledigung Gebrauch macht, liegt in seinem Ermessen. Aus nachstehenden Gründen wird eine Aufhebung nach § 289 Abs. 1 BAO als zweckmäßig erachtet:

Das Finanzamt hat eine Überprüfung des Grades der Behinderung ausschließlich deshalb unterlassen, weil es eine Rechtsauffassung vertreten hat, welche der vom Unabhängigen Finanzsenat in Anlehnung an die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vertretenen Rechtsauffassung widersprochen hat.

Würde der Unabhängige Finanzsenat im berufungsgegenständlichen Fall die diesbezüglichen Ermittlungen erstmals durchführen, müsste dies zu einer Verfahrensverzögerung führen, weil alle Ermittlungsergebnisse immer der jeweils anderen Verfahrenspartei zur Stellungnahme bzw. Gegenäußerung unter Beachtung des Parteiengehörs iSd § 115 Abs. 2 BAO zur Kenntnis gebracht werden müssten, was bei der Ermessensübung iSd § 289 Abs. 1 BAO jedenfalls

Beachtung zu finden hat. Überdies ist der einzige Streitpunkt des gegenständlichen Verfahrens als geklärt anzusehen.

Der Berufung konnte daher insoweit, als der Anspruch auf Familienbeihilfe dem Grunde nach bestritten wurde, Folge gegeben werden.

Hinsichtlich des Anspruches auf Gewährung des Erhöhungsbetrages für Kd3, erfolgt eine Zurückverweisung an die erste Instanz.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 2. März 2010