



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Stolz & Schartner Rechtsanwälte, 5550 Radstadt, Schernbergstr. 19, gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. Jänner 2006 bis 31. Juli 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat den Berufungswerber (Bw.) mit Bescheid zur Rückzahlung der für seine Kinder A. und J. für den Zeitraum Jänner 2006 bis Juli 2007 bezogenen Leistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) in der Höhe von € 6.323,20 verpflichtet. Das Finanzamt begründete dies damit, dass gemäß § 3 Abs. 2 FLAG nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe (sowie Kinderabsetzbetrag) bestehe, wenn sie sich nach den §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhielten.

Dagegen wurde Berufung erhoben. Der Bescheid halte einer näheren Überprüfung nicht stand und sei sowohl verfahrensrechtlich als auch materiellrechtlich verfehlt. Davon abgesehen, dass sich aus einem drei Zeilen umfassenden Stehsatz keinerlei Rückschlüsse auf ein allenfalls von der Behörde der Bescheiderlassung vorausgegangenes Ermittlungsverfahren ziehen ließen, sei es für den Einschreiter auch nicht ersichtlich, von welchen Erwägungen sich die Behörde leiten habe lassen.

Entgegen der Ansicht des Finanzamtes hielten sich die beiden Kinder des Bw. zu keinem Zeitpunkt unrechtmäßig in Österreich auf. Die mit 11. 10. 2006 gestellten Verlängerungsanträge mussten aus formalen Gründen am 11. 1. 2007 zurückgezogen werden. Diese Rückziehung sei erforderlich geworden, weil erst drei Monate nach Einbringung der Anträge dem Bw. durch die Bezirkshauptmannschaft H. mitgeteilt worden sei, dass eine Antragstellung vom Inland aus nicht möglich sei. Die nunmehr bei der zuständigen österreichischen Botschaft in Agram gestellten Anträge seien von der Bezirkshauptmannschaft über einen Zeitraum von acht Monaten keiner Erledigung zugeführt worden und letztlich wegen eines Formalfehlers zurückgewiesen worden. Nach neuerlicher – diesmal richtiger – Belehrung, habe der Bw. wiederum neue Anträge bei der österreichischen Botschaft in Agram eingebracht, welche am 15. 11. 2007 bei der Bezirkshauptmannschaft H. einlangten und zu einem Aufenthaltstitel führten, der am 14. 2. 2008 ausgestellt wurde. Die Gültigkeit des Aufenthaltstitels sei bis 13. 2. 2009 beschränkt.

§ 24 Abs. 2 letzter Satz NAG bestimme, dass sich Fremde nach Stellung eines Verlängerungsantrages bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Antrag weiterhin rechtmäßig in Österreich aufhielten. Gemäß § 20 Abs. 2 leg. cit. beginne die Gültigkeitsdauer eines verlängerten Aufenthaltstitels mit dem auf den letzten Tag des letzten Aufenthaltstitels folgenden Tag. Die minderjährigen Kinder A. und J. hätten sich somit eindeutig rechtmäßig in Österreich aufgehalten. Sollte freilich die Berufungsbehörde davon ausgehen, dass die Berufung inhaltlich nicht zu Recht bestehe, so wäre zumindest nach § 26 FLAG eine Gegenverrechnung mit den derzeit auszahlenden Familienbeihilfsbeträgen geboten.

Weiters werde auf § 26 Abs. 4 FLAG verwiesen, wonach die Oberbehörden bei Unbilligkeit ermächtigt seien, die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen. Es werde daher ausdrücklich beantragt, nach § 26 Abs. 4 FLAG vorzugehen.

Das Finanzamt wies die Berufung als unbegründet ab. Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger seien, sofern sie sich rechtmäßig in Österreich aufhielten. Diese Personen hätten ab 1. 1. 2006 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie einen gültigen Aufenthaltstitel, eine gültige NAG-Karte hätten. Da für beide Kinder seit März 2005 kein gültiger Aufenthaltstitel vorgelegen sei, bestehe für die Zeit ab Jänner 2006 bis Juli 2007 kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Die laufende Familienbeihilfe werde ab der Auszahlung im August 2008 mit dem offenen Rückstand gegenverrechnet.

Daraufhin wurde die Entscheidung über die Berufung durch den UFS beantragt.

---

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß § 3 Abs. 2 FLAG besteht für Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 33 Abs.4 Z.3 lit. a EStG steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich € 50,90 für jedes Kind zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 Familienlastenausgleichsgesetz genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist. Zurückzuzahlende Beträge können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

Gemäß § 26 Abs. 4 FLAG sind die Oberbehörden ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

Gemäß § 24 Abs. 2 NAG gelten Anträge, die nach Ablauf des Aufenthaltstitels gestellt wurden, nur dann als Verlängerungsanträge, wenn der Antrag spätestens sechs Monate nach dem Ende der Gültigkeitsdauer des letzten Aufenthaltstitels gestellt wurde. Danach gelten Anträge als Erstanträge. Nach Stellung eines Verlängerungsantrages ist der Antragsteller, unbeschadet fremdenpolizeilicher Bestimmungen, bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhältig.

Gemäß § 21 Abs.1 NAG sind Erstanträge vor der Einreise in das Bundesgebiet bei der örtlich zuständigen Berufsvertretungsbehörde im Ausland einzubringen. Die Entscheidung ist im Ausland abzuwarten

Einleitend ist zunächst auf den in der Berufungsschrift erhobenen Vorwurf der verfahrensrechtlichen Mangelhaftigkeit des Bescheides einzugehen. Auch wenn die Bescheidbegründung kurz gehalten ist, so ist dennoch unter Angabe der bezughabenden Gesetzesstellen klar aufgezeigt, dass die Familienbeihilfe eben deswegen zurückzufordern war, weil die in Rede stehenden Kinder des Bw. im maßgeblichen Zeitraum nicht im Besitze eines gültigen Aufenthaltstitels waren. Der UFS schließt sich dieser Ansicht auf Grund der folgenden Überlegungen an.

Die Kinder A. und J. waren im Zeitraum vom 3. 4. 2000 bis 2. 3. 2005 im Besitze gültiger Aufenthaltstitel. Erst am 11. 10. 2006, somit mehr als 20 Monate nach Ablauf der gültigen Aufenthaltstitel wurden Anträge auf Daueraufenthalt EG gestellt, welche wiederum (aus formalrechtlichen Gründen) am 11. 1. 2007 zurückgezogen wurden. Gemäß § 24 Abs. 2 NAG gelten nämlich Anträge nur dann als Verlängerungsanträge, wenn der Antrag spätestens sechs Monate nach dem Ende der Gültigkeitsdauer des letzten Aufenthaltstitels gestellt wurde. Da gegenständlich allerdings ein Zeitraum von über zwanzig Monaten dazwischen lag, waren die in Rede stehenden Anträge als Erstanträge zu werten. Erstanträge wiederum sind gemäß § 21 Abs. 1 NAG vor der Einreise in das Bundesgebiet bei der zuständigen Vertretungsbehörde einzubringen. Bemerkt wird auch, dass die Entscheidung über diese Anträge im Ausland abzuwarten ist.

Anlässlich einer persönlichen Vorsprache bei der Bezirkshauptmannschaft H. am 10. 1. 2007 wurde obige Rechtslage den Ehegatten Ad. mitgeteilt und diesen auch die sofortige Antragstellung bei der österreichischen Botschaft in Agram nahe gelegt.

Am 30. 1. 2007 wurden bei der österreichischen Botschaft in Agram die Erstanträge auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung "beschränkt" gestellt. Entgegen den Ausführungen in der Berufungsschrift wurden diese Anträge korrekt gestellt, lediglich einige für die Visaerteilung notwendige Unterlagen fehlten.

Da die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung "beschränkt" quotenabhängig ist und zum Zeitpunkt der Antragstellung keine Quote zur Verfügung stand, wurden die Anträge in die Warteliste der Quoten eingetragen.

Am 20. 8. 2007 wurde der Familie Ad. ein Verbesserungsauftrag zur Beibringung der fehlenden Unterlagen (nachweislich) zugestellt, mit der Aufforderung, die Mängel binnen zwei Wochen ab Erhalt dieser Aufforderung zu beheben. Da in der Folge bei der Bezirkshauptmannschaft H. keine Unterlagen eingingen, wurden die Erstanträge vom 30. 1. 2007 auf Erteilung eines Aufenthaltstitels mit den Bescheiden vom 11. 10. 2007 zurückgewiesen. Diese Bescheide, welche vom Bw. am 16. 10. 2007 übernommen wurden, erwuchsen in Rechtskraft.

Am 5. 11. 2007 wurden neuerlich korrekte Erstanträge auf Erteilung eines Aufenthaltstitels "beschränkt" gestellt. Da wiederum auf einen Quotenplatz gewartet werden musste, konnten die Aufenthaltstitel erst am 14. 2. 2008 (mit Gültigkeit bis 13. 2. 2009) erteilt werden.

In Entsprechung der vorstehenden Darstellung ist offensichtlich, dass sich die Kinder A. und J. im Zeitraum vom 3. 3. 2005 bis 14. 2. 2008 illegal im Bundesgebiet aufgehalten haben. Nach einem Fristablauf von sechs Monaten – gegenständlich liegt eine Fristablauf von über zwanzig Monaten vor - nach dem Ende der Gültigkeitsdauer des letzten Aufenthaltstitels sind eben keine Verlängerungsanträge, sondern nur mehr Erstanträge möglich. Nur

Verlängerungsanträge sehen vor, dass sich der Antragsteller bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag weiterhin rechtmäßig im Bundesgebiet aufhält. Den gegenteiligen Ausführungen in der Berufungsschrift, welche immer nur von Verlängerungsanträgen und nicht von Erstanträgen spricht, kann daher nicht gefolgt werden.

Die Berufungsschrift beantragt auch die Anwendung des § 26 Abs. 4 FLAG, wonach die Oberbehörden bei Unbilligkeit ermächtigt seien, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von einer Rückforderung abzusehen. Dabei handelt es sich um eine Maßnahme der Dienstaufsicht, auf die kein Rechtsanspruch der Partei besteht. Eine Maßnahme nach § 26 Abs. 4 FLAG kann daher auch nicht beantragt werden.

Weiters kommt dem UFS dem Finanzamt gegenüber auch keine Dienstaufsicht zu. Davon abgesehen spricht gegen eine Unbilligkeit das Ausmaß der Fristüberschreitung sowie die Tatsache, dass ein Verbesserungsauftrag nicht befolgt wurde. Der Umstand, dass die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung quotenabhängig ist und die Aufnahme der Anträge in die Warteliste mit Zeitverzug verbunden ist, kann im Übrigen nicht der Behörde angelastet werden.

Abschließend wird bemerkt, dass das Finanzamt dem Hinweis in der Berufungsschrift auf § 26 Abs. 1 FLAG nachgekommen ist und die laufende Familienbeihilfe ab der Auszahlung im August 2008 mit dem offenen Rückstand gegenverrechnet.

Die Berufung war somit als unbegründet abzuweisen.

Salzburg, am 22. Jänner 2009