

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Cornelia Pretis-Pösinger in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Dr. Franz Stefan Pechmann, Prinz Eugen-Str 70/2/1, 1040 Wien, über die Beschwerde vom 28. August 2018 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 (nunmehr: Finanzamt Österreich) vom 30. Juli 2018 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für ***1***, geb. ***2*** und ***3***, geb. ***4*** für den Zeitraum Jänner 2008 – Juni 2018, SVNr. ***5***, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß [§ 279 BAO](#) teilweise Folge gegeben.

1. Soweit der angefochtene Bescheid über die Monate 01/2008 bis 12/2012 abspricht, wird er ersatzlos aufgehoben.
2. Soweit sich die Beschwerde gegen die Rückforderung für die Monate 01/2013 – 06/2018 richtet, wird sie gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Der Stadtschulrat für Wien (SSR) teilte im Schreiben vom 19.06.2018 dem Finanzamt (FA) die Vermutung mit, dass das Kind ***3***, geb. ***4***, trotz Hauptwohnsitzmeldung in ***6***, dort möglicherweise nicht mehr wohne bzw. nicht mehr seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe. Für den Schüler lägen keine Schulbesuchszeiten in Wien vor bzw. werde lt. Bestätigung eine Schule in Indien besucht.

Das FA forderte im Ergänzungsersuchen vom 19.06.2018 den Beschwerdeführer (Bf.) auf, Nachweise (Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen, Kindergartenbestätigungen, Schulschreiben, Jahreszeugnisse) über den ständigen Aufenthalt der Kinder ***3*** und ***1*** vorzulegen.

Der Bf. übermittelte am 19.07.2018 das FA-Schreiben mit dem Vermerk „*Kinder leben seit ihrem ca. 4. Lebensjahr in Indien!*“.

Für ***3*** wurden übermittelt:

- Schulbesuchsbestätigung für 2018 - 2019 (6. Klasse) der St. ***7***, ***8***, Indien
- Progress-Report für 2017/2018 (5a Klasse)

Für ***1*** wurden übermittelt:

- Schulbesuchsbestätigung für 2018 – 2019 (10. Klasse) der St. ***7***, ***8***, Indien
- Progress-Report für 2017 – 2018 (9. Klasse)

Das FA forderte mit Bescheid vom 30.07.2018 die zu Unrecht bezogenen Beträge – Familienbeihilfe (FB) und Kinderabsetzbeträge (KG) – für die Kinder ***3***, geb. ***4*** und ***1***, geb. ***2***, für den Zeitraum Jänner 2008 – Juni 2018 zurück. Begründend wurde auf § 26 Abs. 1 und [§ 33 Abs. 3 EStG 1988](#) verwiesen. Ergänzend wurde ausgeführt, dass festgestellt worden sei, dass für die Kinder ***3*** und ***1*** Familienbeihilfe bezogen worden sei, obwohl die Voraussetzungen nach [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) nicht vorgelegen seien. Da die Familienbeihilfe vorsätzlich, unter Verletzung der sich aus den Paragraphen des FLAG ergebenden Verpflichtung zu Unrecht bezogen worden sei, sei für die Rückforderung die zehnjährige Verjährungsfrist gemäß § 207 Abs. 4 iVm [§ 207 Abs. 2 BAO](#) anzuwenden. Bei der Antragstellung habe der Bf. unterschrieben, dass die angeführten Angaben nach bestem Wissen und Gewissen richtig und vollständig gemacht worden seien und dass zur Kenntnis genommen worden sei, dass sämtliche Änderungen der Angaben binnen eines Monats dem Finanzamt gemeldet werden müssten. Der Bf. habe es verabsäumt den Wegfall der Voraussetzungen für den gerechtfertigten Bezug der Familienbeihilfe dem FA anzuzeigen. Damit seien die Voraussetzungen für die Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist gemäß § 207 Abs. 4 iVm § 207 Abs. 2 BAO gegeben. Nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten.

Gegen den Rückforderungsbescheid erhob der Bf. über die Vertretung Beschwerde. Im Einzelnen wurde ausgeführt:

„Geltend gemacht wird der Beschwerdegund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Die Behörde begründet die Rückforderung der Familienbeihilfe sowie des Kinderabsetzbetrages für die beiden Kinder des Beschwerdeführers jeweils im Zeitraum Jänner 2008 bis Juni 2018

zusammengefasst mit den ständigen Aufenthalt der beiden Kinder im Ausland. Überdies habe es der Beschwerdeführer verabsäumt, den Wegfall der Voraussetzungen für den gerechtfertigten Bezug der Familienbeihilfe dem Finanzamt anzuzeigen. Daher seien auch die Voraussetzungen für die Anwendung der zehnjährigen Verjährungsfrist gegeben.

Dabei übersieht die Behörde allerdings, dass es sich bei beiden Kindern um österreichische Staatsbürger handelt, die ihren Lebensmittelpunkt ungeachtet ihrer schulischen Ausbildung nach wie vor im Inland haben. Der Beschwerdeführer hat die gegenständlichen Beträge dafür verwendet, die Kosten der Ausbildung und des Unterhalts seiner Kinder in NeuDelhi/Indien zu tragen und hat überdies - entgegen den Ausführungen der belangten Behörde - auch um Bewilligung des Schulbesuchs seiner Kinder in Indien beim zuständigen Stadtschulrat in Wien angesucht.

Beweis: *Unterlagenkonvolut betreffend Schulbesuch der mj. ***3*** und ***1*** in der „St. ***7***“ in Neu-Delhi/Indien; Reisepasskopie der beiden mj. Kinder.*

Von vorsätzlicher Verschweigung oder auch nur Unterlassung der Meldung der verfahrensrelevanten Bezugsvoraussetzungen kann somit keine Rede sein. Überdies ist der einschlägigen Bestimmung des [§ 5 FLAG 1967](#) bei verfassungskonformer Interpretation keineswegs zu entnehmen, dass der Bezug der Familienbeihilfe sowie des Kinderabsetzbetrages für Kinder mit österreichischer Staatsbürgerschaft dann zu entfallen hat, wenn diese ihre schulische Ausbildung im Ausland absolvieren, die genannten Sozialleistungen aber für den damit verbundenen Unterhalt sowie die Kosten der Ausbildung verwendet werden. Ferner hätte die Behörde fallbezogen die Billigkeitsbestimmung des § 26 Abs 4 FLAG zur Anwendung bringen müssen, hat diese aber im Rahmen der Bescheidebegründung nicht einmal releviert.

Ausgehend von ihrer unzutreffenden Auslegung des [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#) hat die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid daher mit unrichtiger rechtlicher Beurteilung belastet. Der Beschwerdeführer stellt daher den Antrag, das Bundesfinanzgericht möge dieser Beschwerde Folge geben und den angefochtenen Bescheid der belangten Behörde vollinhaltlich und ersatzlos aufheben, in eventuelle diese Abgabensache an die erstinstanzliche Behörde zurückverweisen.“

Übermittelt wurden folgende Unterlagen (in Kopien und auszugsweise):

- Auszüge aus den österreichischen Reisepässen für ***1** und ***3*** (s. Visa)
- Aufenthaltsbescheinigung (RC/RP – Studentenvisum für Indien samt Acknowledgement Receipt) für ***3*** von 11.04.2017 – 23.03.2020
- Kindergartenbesuchsbestätigung für ***3***, datiert mit 22. Oktober (ohne Jahreszahl)
- (auszugsweise) Zahlungsbestätigungen für Studiengebühren und Internatskosten für die St***7*** School für ***3*** ab 2012 – 2018/2019 (I. – VI. Klasse)
- Schulbesuchsbestätigungen der St. ***7*** School für ***3*** für 2018/2019

- Zeugnisse für ***3*** für 2013/2014, 2014/2015, 2017/2018
- Undatiertes Ansuchen an den SSR für Wien um Bewilligung eines Schulbesuches im Ausland (Indien) für ***1** (2-fach)
- Aufenthaltsbescheinigung (RC/RP – Studentenvisum für Indien samt Acknowledgement Receipt) für ***1** von 11.04.2017 – 30.06.2019
- (auszugsweise) Zahlungsbestätigungen für Studiengebühren und Internatskosten für ***1** von 2010 bis 2018 (I. – X. Klasse)
- Zeugnisse für ***1** für 2017/2018, 2016/2017, 2015/2016, 2014/2015, 2013/2014, 2012/2013, 2010/2011, 2009
- Schulbesuchsbestätigung für ***1** für 2018/2019

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 15.02.2019 gab das FA der Beschwerde insoweit statt, als der Bescheid hinsichtlich des Zeitraumes Jänner 2008 bis Juni 2008 aufgehoben wurde; hinsichtlich des Zeitraumes Juli 2008 – Juni 2018 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Ergänzend wurde auf eine (Anm.: nicht beiliegende) Beilage verwiesen. Zu Begründung wurde auf die Mitteilung des SSR für Wien hinsichtlich der Schulpflicht und die Beantwortung des Ergänzungsersuchens verwiesen, wonach beide Kinder seit dem 4. Lebensjahr in Indien lebten. Nachweise über einen Inlandsaufenthalt der Kinder seien nicht erbracht worden. Nach Zitierung der §§ 5 Abs. 3, 25 und 26 Abs. 1 FLAG 1967 und des 207 Abs. 4 BAO sowie der Rechtsprechung hiezu, sei der Rückforderungsanspruch (nur) für diejenigen Monate, die mehr als 10 Jahre vor dem Beginn des Monats, indem der angefochtene Bescheid erlassen worden sei, bereits (absolut) verjährt. Für den Zeitraum Juli 2008 – Juni 2018 bestehe die Rückforderung zu Recht. Der Beschwerde sei daher teilweise stattzugeben gewesen.

Der Bf. beantragte über seinen Vertreter mit Schriftsatz vom 28.02.2019 die Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht. Zur Begründung wurde auf die Ausführungen in der Beschwerde verwiesen. Der Beschwerde seien keine stichhaltigen Argumente der Behörde entgegengebracht worden. Der Beschwerdeantrag vom 22.08.2018 werde vollinhaltlich aufrechterhalten.

Schließlich wurde vom Bf. (erneut) ein Antrag auf Aussetzung der Abgabeneinhebung nach § 212a Abs. 5 BAO eingebracht.

Mit Vorlagebericht vom 10.04.2019 legte das FA die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor. Das FA wiederholte – unter Zitierung von höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Frage des ständigen Aufenthaltes – seine Rechtsansicht wie in der Beschwerdeverentscheidung ausgeführt. Ergänzt wurde, dass es für das FA nicht nachvollziehbar sei, dass [§ 26 Abs. 4 FLAG 1967](#) zur Anwendung hätte kommen müssen. Vielmehr könne nur die Oberbehörde die Abgabenbehörde auffordern von einer

Rückforderung abzusehen. Handle es sich doch bei dieser Bestimmung um ein Aufsichtsrecht der Oberbehörde.

Laut Vorlagebericht erstattete das FA keine Anzeige an die Staatsanwaltschaft. Ausgesetzt wurde ein Betrag € 46.980,29.

Das BFG forderte mit E-Mail vom 28.06.2019 das FA auf, die in der Beschwerdevorentscheidung angeführte (nicht übermittelte) Beilage zu übermitteln. Dazu wurde bekanntgegeben, dass tatsächlich keine Beilage existiere; es sei irrtümlich der Text „laut Beilage“ bei Erstellung der Beschwerdevorentscheidung nicht „heraus gelöscht worden.“

Die Bildungsdirektion Wien gab über Ersuchen der RichterIn am 09.04.2021 bekannt, dass für ***3*** und ***1** zuletzt für das Schuljahr 2016/17 Anträge zum Schulbesuch im Ausland eingebracht und bewilligt worden seien.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Der Beschwerdeführer (Bf.), seine Ehegattin und die Kinder ***1**, geb. ***2***, und ***3***, geb. ***4***, sind österreichische Staatsbürger.

Der Bf., die Gattin und die Kinder sind mit ihrem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.

Der Bf. bezog für ***1** von 04/2002 (Geburtsmonat) bis 06/2018 und für ***3*** von 02/2006 (Geburtsmonat) bis 06/2018 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Der Bf. gab in Beantwortung des Ergänzungsersuchens des FA vom 19.06.2018 am 19.07.2018 bekannt, dass die Kinder seit ihrem 4. Lebensjahr in Indien lebten.

Im Rahmen der Beschwerde wurde/n für ***1** (eine) Kopie/n

- eines undatierten Ansuchens an den SSR für Wien um Bewilligung eines Schulbesuches im Ausland (Indien)
- der Auszüge aus dem Reisepass (s. Visum)
- der Aufenthaltsbescheinigung (Studentenvisum, RC/RP – 11.04.2017 – 30.06.2020)
- der Zahlungsbestätigungen für Studien-/Schulgebühren und Internatskosten für den St. ***7*** School Campus (2010 – 2018, I. – X. Klasse)
- der Zeugnisse von 2009 - 2018 und
- der Schulbesuchsbestätigung für 2018/2019

vorgelegt.

Für ***3*** wurde/n (eine) Kopie/n

- der Auszüge aus dem Reisepass (s. Visum)
- der Aufenthaltsbescheinigung (RC/RP von 11.04.2017 – 23.03.2020)
- einer (unvollständig datierten) Kindergartenbesuchsbescheinigung
- der Zahlungsbestätigungen für Schulgebühren und Internatskosten für den St. ***7*** School Campus ab 2012 (I. – VI. Klasse, auszugsweise)
- der Zeugnisse 2013 – 2018
- der Schulbesuchsbestätigung (2018/2019)

vorgelegt.

Mit Bescheid vom 30.07.2018 wurde vom Bf. zu Unrecht bezogene FB (sowie KAB) für die Kinder ***3*** und ***1** unter Heranziehung einer 10 ½-jährigen Verjährungsfrist nach [§ 207 Abs. 1 und 4 BAO](#) für den Zeitraum Jänner 2008 – Juni 2018 mit einem Gesamtbetrag von € 49.082,00 zurückgefordert.

In der Beschwerdeentscheidung vom 15.02.2019 wurde der Rückforderungszeitraum auf 10 Jahre herabgesetzt und der Rückforderungsbetrag entsprechend angepasst.

Laut dem Vorlagebericht wurde eine Anzeige des FA an die Staatsanwaltschaft nicht vorgenommen.

Die Bildungsdirektion Wien teilte im Schreiben vom 09.04.2021 mit, dass für ***1** und ***3*** zuletzt für das SJ 2016/17 Anträge zum Schulbesuch im Ausland eingebracht und bewilligt wurden.

2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf die Angaben des Bf., auf die dem Gericht vorgelegten Unterlagen des FA, auf das Zentrale Melderegister, sowie auf die Auskunft des SSR bzw. der Bildungsdirektion Wien.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abänderung)

[§ 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG 1967) idgF lautet:

Personen, die die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt, haben Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

[§ 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG 1967) idgF lautet:

Personen haben für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe.

[§ 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG 1967) idgF lautet:

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Auslandsaufhalten.

[§ 10 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG 1967) idgF lautet:

Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt. Die Gewährung von FB richtet sich daher nach dem jeweiligen Monat.

[§ 25 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG 1967) idgF lautet.

Personen, denen Familienbeihilfe gewährt wird, sind verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, innerhalb eines Monats ab dem Bekanntwerden, beim zuständigen Finanzamt zu melden.

Gemäß [§ 115 Bundesabgabenordnung](#) 1961 idgF trifft die Partei im Abgabeverfahren (was auch die Beihilfe einschließt) trifft eine Mitwirkungspflicht. Diese wird umso größer, je weniger Ermittlungsmöglichkeiten der Behörde offenstehen. Bei Auslandsachverhalten besteht daher eine erhöhte Mitwirkungspflicht.

[§ 26 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG 1967) idgF lautet:

(1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfenangerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

[§ 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988](#) idgF lautet:

Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein

Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

[§ 207 Bundesabgabenordnung](#) 1961 idgF lautet:

(1) Das Recht, eine Abgabe festzusetzen, unterliegt nach Maßgabe der nachstehenden Bestimmungen der Verjährung.

(2) Die Verjährungsfrist beträgt bei den Verbrauchsteuern, bei den festen Stempelgebühren nach dem II. Abschnitt des Gebührengesetzes 1957, weiters bei den Gebühren gemäß § 17a des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1953 und § 24 des Verwaltungsgerichtshofgesetzes 1985 drei Jahre, bei allen übrigen Abgaben fünf Jahre. Soweit eine Abgabe hinterzogen ist, beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre. Das Recht, einen Verspätungszuschlag, Anspruchszinsen, Säumniszuschläge oder Abgabenerhöhungen festzusetzen, verjährt gleichzeitig mit dem Recht auf Festsetzung der Abgabe.

(3) Das Recht zur Verhängung von Zwangs-, Ordnungs- und Mutwillensstrafen sowie zur Anforderung von Kostenersätzen im Abgabenverfahren verjährt in einem Jahr.

(4) Das Recht, den Ersatz zu Unrecht geleisteter oder die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, sowie das Recht auf Rückforderung zu Unrecht zuerkannter Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen von Abgaben verjährt in fünf Jahren. Abs. 2 zweiter Satz gilt sinngemäß.

(5) Abs. 2 zweiter Satz gilt sinngemäß für Abgaben, deren vorsätzliche Verkürzung nicht in den Anwendungsbereich des Finanzstrafgesetzes fällt.

[§ 208 Abs. 1 lit c Bundesabgabenordnung](#) 1961 lautet:

Die Verjährung beginnt in den Fällen des § 207 Abs. 4 mit dem Ablauf des Jahres, indem die rückzufordernden Beihilfen, Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen geleistet wurden.

Die absolute Verjährungsfrist beträgt gemäß [§ 209 Abs. 3 BAO](#) zehn Jahre nach Entstehung des Abgabenanspruches.

V. Erwägungen

Es ist unbestritten, dass der Bf. bis 06/2018 für seine beiden in Indien lebenden Kinder Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bezogen hat.

Strittig ist, ob eine Person Anspruch auf Familienbeihilfe (Kinderabsetzbeträge) hat, wenn sich die Kinder ständig im Ausland aufhalten.

Der ständige Aufenthalt einer Person bestimmt sich nach [§ 26 Abs. 2 BAO](#).

Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt im genannten Sinn verlangt grundsätzlich die körperliche Anwesenheit. Daraus folgt, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann.

Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (VwGH 20.6.2000, [98/15/0016](#), 2.6.2004, 2001/13/0160). Der ständige Aufenthalt eines Kindes im Bundesgebiet setzt jedoch grundsätzlich dessen tatsächliche (körperliche) Anwesenheit voraus. Halten sich Kinder seit Jahren während eines Schuljahres im Ausland auf, ist auch das allfällige Verbringen der Ferien im Bundesgebiet als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl. Erkenntnis BFG vom 29.01.2018, RV/7103202/2017).

Ein einjähriger Schulbesuch im Ausland führt zu einem ständigen Auslandsaufenthalt, der auch durch das etwaige Verbringen der Schulferien in Österreich im Haushalt der Eltern nicht unterbrochen wird (vgl. Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem Drittland, UFSjournal 2011, 371).

Ein Anspruch auf FB für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht nur insoweit, als EU-/EWR-Recht einen solchen Anspruch vorsieht.

Aus den vorgelegten Unterlagen (Kindergartenbestätigung, Schulzeugnisse, Zahlungsbelege für Schule und Internat für beide Kinder), ist nachgewiesenermaßen abzuleiten, dass ***1** ab 2009 die St. ***7*** School besucht hat. Da sie zu dieser Zeit bereits das 7. Lebensjahr vollendet hat, der Bf. aber vorbrachte, dass „*die Kinder ab dem 4. Lebensjahr in Indien lebten*“, liegt die Vermutung nahe, dass sich ***1** bereits Jahre zuvor in Indien aufhielt. Dieser Umstand ist aber angesichts des u.a. Verjährungszeitraumes nicht von Relevanz.

3 hat 2012/13 die I. Klasse der Schule besucht, vorher den Kindergarten. Die Bestätigung über den Kindergartenbesuch erfolgte ohne Angabe der Jahreszahl. Aus dem Passus „*IInd term*“ ist aber abzuleiten, dass ***3*** jedenfalls seit 2010/11 den Kindergarten an der St. ***7*** School besucht hat. Dieses Faktum stimmt mit der Angabe des Bf., dass „*die Kinder*“ (*gemeint wohl ***3****) *seit dem 4. Lebensjahr in Indien lebten*.

Da die Kinder des Bf. ihren gewöhnlichen Aufenthalt zumindest seit 2009/10 in Indien hatten, besteht ab diesem Zeitpunkt kein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge. Den Unterlagen ist zu entnehmen, dass sowohl ***1** wie auch ***3*** bis Oktober 2018 die St.

7 School besuchten. ***1** absolvierte im Schuljahr 2018/19 die 10. Klasse und ***3*** die 6. Klasse der St. ***7*** School.

Das Vorbringen des Bf., dass die Kinder ja österreichische Staatsbürger seien und dass deshalb Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbeträge zustünden, ist angesichts der im Familienbeihilfegesetz gerade nicht an die österreichische Staatsbürgerschaft anknüpfenden Tatbestände, irrelevant. Und auch die Verwendung der Familienbeihilfe (Kinderabsetzbeträge) für die Kinder ist nach dem Familienbeihilfegesetz nicht anspruchsbegründend (vgl. VwGH 19.12.2013, [2012/16/0047](#) uvam).

Soweit der Bf. vom Mittelpunkt der Lebensinteressen der Kinder in Österreich ausgeht, kann ihm – aufgrund der jahrelang erfolgten Schulausbildung und des damit verbundenen ständigen Aufenthaltes in Indien – nicht gefolgt werden. Auf die angeführte Rechtsprechung sei verwiesen.

Wenn der Bf. mit der verfassungskonformen Interpretation des [§ 5 FLAG 1967](#) argumentiert, die keineswegs den Entfall der FB und des KAB rechtfertige, ist folgendes festzuhalten: Der VfGH hat im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, zum Ausdruck gebracht, dass gegen eine Vorschrift, die bewirkt, dass Personen, die im Ausland (Drittland) lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, keine FB gewährt wird, keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Der Gesetzgeber wird der verfassungsrechtlichen Pflicht zur steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltslasten auch dann gerecht, wenn er hierfür nicht den Weg der Gewährung von Transferzahlungen wählt, sondern die Berücksichtigung im Wege des Steuerrechtes ermöglicht. Die geltende Rechtslage schließe es nicht von vornherein aus, Unterhaltsleistungen an sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nach den allgemeinen Regeln des [§ 34 EStG 1988](#) als außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen.

Die an den Bf. für ***1** und ***3*** bis 06/2018 ausbezahlte Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge wurden daher zu Unrecht ausbezahlt.

Die Rückforderungspflicht gem. [§ 26 Abs 1 FLAG 1967](#) normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die FB zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig (VwGH 19.12.2013, [2012/16/0047](#)). Da der Rückforderungstatbestand nach [§ 26 Abs 1 FLAG 1967](#) nach [§ 33 Abs 4 Z 3 lit a letzter Satz EStG 1988](#) auch auf Kinderabsetzbeträge anzuwenden ist, ist auch im Zusammenhang mit der Rückforderung des Kinderabsetzbetrages nur auf die objektive Unrechtmäßigkeit des Bezuges der Familienbeihilfe abzustellen (VwGH 29.09.2010, [2007/13/0120](#)). Entscheidend ist somit lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (siehe dazu FLAG, Kommentar, Csaszar/Lenneis/Wanke, 2011).

Abzuklären ist ferner, ob im Beschwerdefall eine vorsätzliche Unterlassungshandlung durch den Bf. vorliegt.

Der Bf. spricht sich gegen den Ansatz der 10-jährigen Verjährungsfrist aus, könne doch von vorsätzlicher Verschweigung oder Unterlassung der Meldung der Bezugsvoraussetzungen keine Rede sein. Dass der Bf. der Meldepflicht nach [§ 25 FLAG 1967](#) nicht nachgekommen ist, ist evident. Hat er doch die Tatsache, dass die Kinder seit Jahren nicht mehr in Österreich aufhältig sind, sondern in Indien in die Schule gehen, dem zuständigen Finanzamt nicht angezeigt. Der Umstand, dass der Bf. beim SSR für Wien ein (nicht datiertes) Ansuchen um Bewilligung eines Schulbesuches im Ausland gestellt hat, ist für die Beschwerde irrelevant.

Wird Familienbeihilfe vorsätzlich, unter Verletzung der sich aus §§ 25 FLAG ergebenden Verpflichtung zu Unrecht bezogen, ist für die Rückforderung der Familienbeihilfe die zehnjährige Verjährungsfrist gemäß § 207 Abs. 4 letzter Satz iVm § 207 Abs. 2 BAO anwendbar.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung zur Hinterziehungsverjährung dargetan hat, setzt die Beurteilung, ob Abgaben hinterzogen sind, konkrete und nachprüfbare Feststellungen über die Abgabenhinterziehung voraus. Dabei ist - so der Gerichtshof - vor allem in Rechnung zu stellen, dass eine Abgabenhinterziehung nicht schon bei einer (objektiven) Abgabenverkürzung vorliegt, sondern Vorsatz als Schuldform erfordert, und eine Abgabenhinterziehung somit erst als erwiesen gelten kann, wenn - in nachprüfbarer Weise - auch der Vorsatz feststeht (vgl. VwGH 23.2.2010, [2007/15/0292](#), VwGH 28.02.2012, [2008/15/0005](#), VwGH 27.02.2014, [2012/15/0168](#)).

Die maßgebenden Hinterziehungskriterien der Straftatbestände sind von der Abgabenbehörde nachzuweisen (vgl. VwGH 17.12.2003, [99/13/0036](#), VwGH 28.11.2007, [2007/15/0165](#), VwGH 22.02.2012, 2009/16/0032, VwGH 26.02.2015, [2011/15/0121](#)):

"Die Abgabenbehörde ist nicht daran gehindert, im Abgabenverfahren - ohne dass es einer finanzstrafbehördlichen Entscheidung bedarf - festzustellen, dass Abgaben im Sinne des [§ 207 Abs. 2 BAO](#) hinterzogen sind. Die Beurteilung, ob Abgaben hinterzogen sind, setzt eindeutige, ausdrückliche und nachprüfbare bescheidmäßige Feststellungen über die Abgabenhinterziehung voraus. Die maßgebenden Hinterziehungskriterien der Straftatbestände sind von der Abgabenbehörde nachzuweisen. Dabei ist vor allem in Rechnung zu stellen, dass eine Abgabenhinterziehung nicht schon bei einer objektiven Abgabenverkürzung vorliegt, sondern Vorsatz als Schuldform erfordert, und eine Abgabenhinterziehung somit erst als erwiesen gelten kann, wenn in nachprüfbarer Weise auch der Vorsatz feststeht. Vorsätzliches Handeln beruht nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zwar auf einem nach außen nicht erkennbaren Willensvorgang, ist aber aus dem nach außen in Erscheinung tretenden Verhalten des Täters zu erschließen, wobei sich die diesbezüglichen

Schlussfolgerungen als Ausfluss der freien Beweiswürdigung erweisen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 23. Juni 1992, 92/14/0036) ...".

Die Abgabenhinterziehung erfordert somit Vorsatz, wobei bedingter Vorsatz genügt.

Gemäß [§ 8 Abs. 1 FinStrG](#) handelt vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Demgegenüber handelt fahrlässig, wer die Sorgfalt außer Acht lässt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, dass er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, dass er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will ([§ 8 Abs. 2 FinStrG](#)).

Die belangte Behörde wirft dem Bf. im angefochtene Bescheid vor, er hätte es verabsäumt den Wegfall der Voraussetzungen für den gerechtfertigten Bezug der Familienbeihilfe dem Finanzamt anzuzeigen und deshalb vorsätzlich gegen die gem. § 25 FLAG treffende Meldepflicht verstoßen, weshalb ein entschuldbarer Irrtum nicht vorliege und die zehnjährige Verjährungsfrist gem. § 207 Abs 4 iVm Abs 2 BAO zur Anwendung käme. Wenn die Abgabenbehörde zu dem Schluss kommt, dass die Beihilfen im Sinne des [§ 207 Abs 2 BAO](#) hinterzogen wurden, so setzt eine solche Beurteilung eindeutige, ausdrückliche und nachprüfbare bescheidmäßige Feststellungen über die Abgabenhinterziehung voraus und sind die maßgebenden Hinterziehungskriterien der Straftatbestände von der Abgabenbehörde nachzuweisen (Ritz, BAO, § 207 Tz 15). Die Abgabenbehörde hat es aber verabsäumt, im Bescheid jene Umstände und Überlegungen aufzuzeigen bzw. jene Feststellungen zu treffen, die erkennen lassen, dass der Bf. vorsätzlich gehandelt hat.

Im vorliegenden Fall liegen **keine** für das BFG **klar** erkennbare Umstände vor, aus denen mit Erfolg auf ein nachweisbar vorsätzliches Handeln des Bf. geschlossen werden kann.

Was dem Bf. angelastet werden kann, ist, dass er fahrlässig gehandelt hat. So hätte dem Bf. bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt jedenfalls Zweifel aufkommen müssen, ob ein Anspruch auf Familienbeihilfe noch besteht, wenn die Kinder sich nicht mehr in Österreich aufhalten. Diese Zweifel hätten ihn dazu veranlassen müssen, sich über das Weiterbestehen des Familienbeihilfenanspruches bei der zuständigen Behörde zu erkundigen. Indem er diese Erkundigungen, die ihm nach seinen persönlichen Verhältnissen möglich und nach den Umständen des Falles zuzumuten war, nicht eingeholt hat, ist ihm auf jeden Fall ein fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen.

Da ein fahrlässiges Verhalten für die Anwendung der 10-jährigen Verjährungsfrist aber nicht ausreicht, ist eine Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für ***1** und ***3*** nur für 01/2013 – 06/2018 möglich. Denn die Verjährungsfrist beträgt im vorliegenden Fall fünf Jahre. Somit war zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides (30.07.2018) das Recht, die Rückzahlung der zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zu fordern, für die Zeiträume Jänner 2008 – Dezember 2012 bereits verjährt.

Die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen wird daher für ***1** und ***3*** auf den Zeitraum Jänner 2013 bis Juni 2018 eingeschränkt.

Soweit der Bf. auf § 26 Abs. 4 FLAG verweist, sei zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in der Beschwerdeentscheidung verwiesen.

Angemerkt wird noch, dass die Berechnung der den obigen Ausführungen Rechnung tragenden Rückforderungsbeträge dem FA obliegt, da dem Bundesfinanzgericht der edv-mäßige Zugang zur Familienbeihilfedatenbank verwehrt ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da keine Rechtsfrage strittig ist, sondern Fragen der Beweiswürdigung entscheidend sind.

Klagenfurt am Wörthersee, am 12. April 2021