

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik in der Beschwerdesache Bf., vertreten durch Dr. Matthias Alexander Klissenbauer, Trautsongasse 6 Tür 5, 1080 Wien, über die Beschwerde vom 24. April 2018 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 18. Jänner 2018 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen von Jänner 2008 bis September 2017, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid wird für den Zeitraum von Jänner 2008 bis Dezember 2012 aufgehoben.

Im Übrigen, somit für den Zeitraum von Jänner 2013 bis September 2017, bleibt der Bescheid unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (Bf) bezog für ihre Tochter T., geb. 1996, im Streitzeitraum Jänner 2008 bis September 2017 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen (Schreiben des Finanzamts vom 30. Mai 2014) gab die Bf am 12. Juli 2014 bekannt, dass ihre Tochter an der Colorado State University Psychologie, Business im 1. Abschnitt studiere. Das Kind wohne ständig bei ihr.

Am 30. September 2014 erging an die Bf die „*Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe*“ für den Zeitraum Juni 1996 bis September 2015.

Mit Überprüfungsschreiben vom 31. August 2015 wurde die Bf vom Finanzamt (FA) um Bekanntgabe ersucht, wie lange das Studium ihrer Tochter dauere. Die Bf wurde aufgefordert,

einen Studienerfolgsnachweis von T. sowie einen Nachweis der überwiegenden Kostentragung bzw. Zahlungsbelege über Unterhaltszahlungen betreffend T. vorzulegen.

Die Bf gab am 5. Dezember 2015 bekannt, dass sie in Österreich wohnhaft sei, ihre Tochter an der Colorado State University studiere und legte die entsprechende Bestätigung vor.

Am 10. Februar 2016 erging an die Bf die „Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe“ für den Zeitraum Juni 1996 bis September 2016.

Mit Ersuchen um Ergänzung vom November 2016 wurde die Bf vom FA aufgefordert, das Studienblatt/Studienbuchblatt und einen Studienerfolgsnachweis von T. vorzulegen.

Dem Ersuchen wurde von der Bf nachgekommen. In Beantwortung des Ersuchens gab die Bf bekannt, dass sie in Österreich wohnhaft sei.

Am 12. Dezember 2016 erging an die Bf die Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe für den Zeitraum Juni 1996 bis September 2017.

Mit Überprüfungsschreiben vom 31. August 2017 wurde die Bf vom FA aufgefordert, einen Studienerfolgsnachweis von T. sowie einen Nachweis betreffend die überwiegende Kostentragung bzw. Zahlungsbelege über Unterhaltszahlungen betreffend T. vorzulegen. Weiters wurde die Bf ersucht, bekanntzugeben, wie lange das Studium voraussichtlich dauern werde.

Die Bf gab bekannt, dass sie in Österreich wohnhaft sei und dass das Studium ihrer Tochter voraussichtlich bis 2019 dauern werde. Eine Studienbestätigung der Tochter wurde vorgelegt.

Das FA forderte von der Bf nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen die Beträge für den im Spruch genannten Zeitraum mit **Bescheid vom 18. Jänner 2018** gemäß § 26 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) mit der Begründung zurück, dass gemäß § 2 Abs 1 FLAG 1967 Personen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Der Bescheid wurde am 06. März 2018 zugestellt.

Darin wurde i.w. ausgeführt:

Gemäß § 2 Abs 8 FLAG 1967 hätten Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Da T. seit dem Schuljahr 2006/07 keine Schule in Österreich besucht habe und auch seitens der Bf keine Erwerbstätigkeit in Österreich ausgeübt worden sei, sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Gegen den Rückforderungsbescheid wurde von der rechtsfreundlich vertretenen Bf mit Schreiben vom **24. April 2018 Beschwerde** erhoben und vorgebracht, dass die Bf der Behörde im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen jedes Jahr die Schulbesuchsbestätigungen von T. übermittelt habe, aus denen sich ableiten ließe, dass diese die Schule in Malta besucht habe. Seit 2014 studiere T. in den Vereinigten Staaten von Amerika, wobei auch hier die entsprechenden Studiennachweise der Behörde vorgelegt worden seien. Die Übermittlung dieser Bestätigungen hätten die Voraussetzungen der Meldung gemäß § 25 FLAG erfüllt, weswegen der Bf hinsichtlich der (weiteren) Auszahlung der Familienbeihilfe kein fehlerhaftes Verhalten vorgeworfen werden könne. Eingewendet werde ausdrücklich, dass gemäß § 207 BAO das Recht, eine Abgabe festzusetzen oder die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, in fünf Jahren verjähre.

Der angefochtene Bescheid sei bekanntlich im März 2018 erlassen worden, sodass die Rückforderung für den Zeitraum vor März 2013 verjährt und rechtlich unzulässig sei.

Eingewendet werde weiters, dass iSd § 26 FLAG die Rückforderung auch unbillig erscheine.

Die Bf habe die ihr ausbezahlten Beträge für die Betreuung ihres Kindes aufgewendet und gutgläubig verbraucht. Sie habe mit der Rückforderung der Beträge nicht rechnen müssen, da die Schulbesuchs- bzw Studienbestätigungen aus Malta und den USA der Behörde regelmäßig vorgelegt worden seien und es der Behörde auf Grund des aktenkundigen Auslandschulbesuchs daher bereits zu einem erheblich früheren Zeitpunkt möglich gewesen wäre, die Auszahlung der Familienbeihilfe zu beenden und den Kinderabsetzbetrag abzusprechen.

Die Bf selbst verfüge über keine juristische Ausbildung oder sonstige abgabenrechtliche Sachkenntnisse. Da es schon der zuständigen Abgabenbehörde bzw den dort tätigen qualifizierten Mitarbeitern nicht aufgefallen sei, dass die Familienbeihilfe nicht länger auszuzahlen gewesen wäre, könne im Vergleich dazu der Bf diesbezüglich kein Vorwurf gemacht werden.

Die Rückzahlung wäre auch persönlich unbillig, da die Bf über kein Vermögen verfüge und die Rückzahlung des Betrages von EUR 23.458,20 mit einer außergewöhnlichen wirtschaftlichen Belastung verbunden wäre und dadurch die Existenz der Bf und der unterhaltsberechtigten Tochter T. gefährdet wäre.

Die Bf stelle daher auch hilfsweise einen Antrag auf Nachsicht der Rückforderung gemäß § 236 BAO. Weiters beantrage die Bf die Aussetzung der Einhebung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die eingebrachte Beschwerde.

Die Beschwerde wurde vom Finanzamt mit **Beschwerdevorentscheidung vom 1. Oktober 2021** mit folgender Begründung abgewiesen:

„Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 67) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 67 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.

Gemäß § 26 FLAG 67 ist zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des FLAG 67 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Dies gilt gem. § 33 Abs. 4 Zi. 3a Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag.

Die im § 26 FLAG geregelte Rückzahlungsverpflichtung ist so weitgehend, dass sie auf subjektive Momente wie Verschulden und Gutgläubigkeit keine Rücksicht nimmt und die von der Finanzverwaltung zu Unrecht ausbezahlten Familienbeihilfen-beträge auch dann zurück zu zahlen sind, wenn der Überbezug ausschließlich auf eine Fehlleistung der Abgabenbehörde zurückzuführen ist.

Gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 67 werden die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

Gemäß § 209 Abs. 3 BAO verjährt das Recht auf Festsetzung einer Abgabe spätestens zehn Jahre nach Entstehung des Abgabenanspruches.

Gemäß § 207 Abs. 3 BAO verjährt 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 in fünf Jahren.

Abs. 2 zweiter Satz gilt sinngemäß (Verjährungsfrist von zehn Jahren) im Falle von hinterzogenen Abgaben.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass ab Mai 2005 nur mehr eine Nebenwohnsitzmeldung in Österreich vorlag, vielmehr ist auch fraglich, ob nicht bereits nach Geburt Ihrer Tochter T. kein Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich mehr vorlag.

Bezüglich erfolgter Meldungen über einen Aufenthalt bzw. Schulbesuch im Ausland wurden erst im Zusammenhang mit Ihrem Antrag vom Oktober 2013 Studiennachweise Ihrer Tochter T. betreffend ein Studium in den USA vorgelegt.

Da auch im Falle eines Auslandsstudiums weiterhin Familienbeihilfe zusteht, wenn das Kind nur zu Studienzwecken im Ausland aufhältig ist, eine Meldung Ihrerseits, dass ein ständiger Aufenthalt im Ausland vorliegt, nicht erfolgte, ist davon auszugehen, dass in diesem Fall ein rückwirkende Aberkennung und damit Rückforderung der Familienbeihilfe für zehn Jahre rückwirkend zulässig ist.“

Die vertretene Bf stellte am **22. Oktober 2021** einen **Vorlageantrag** an das Bundesfinanzgericht.

Begründend wurde vorgebracht, dass zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in der Beschwerde verwiesen werde. Beanstandet werde ausdrücklich, dass die Beschwerdevorentscheidung der Bf statt dem ausgewiesenen rechtsfreundlichen Vertreter zugestellt worden sei. Habe die Behörde Zweifel über Inhalt und Umfang sowie über den Bestand einer Vertretungsbefugnis, habe sie nur die auftauchenden Zweifel nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zu beurteilen und die Behebung etwaiger Mängel unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen des § 85 Abs 2 BAO von Amts wegen zu veranlassen, nicht aber anstelle der Zustellung an den durch seine Berufung auf die Vollmacht ausgewiesenen Rechtsanwalt eine Zustellung unmittelbar an die Partei vorzunehmen (VwGH 94/14/0104 vom 25.10.1994).

Die (allfällige) Weiterleitung an die Person, für die das Schriftstück seinem Inhalt nach bestimmt sei (also Empfänger im materiellen Sinn), heile diesen Zustellmangel nicht (VwGH 94/04/0206 vom 27.06.1995). Es handle sich daher um keine rechtswirksame Zustellung.

Der Zustellung einer Erledigung an eine Person, die zu Unrecht als Zustellungsbevollmächtigte der Partei angesehen werde, komme keine Rechtswirksamkeit zu. Dies selbst im Fall des tatsächlichen Zukommens an die Partei, weil weder ein Fall des § 7 ZustG noch des § 9 Abs 3 zweiter Satz ZustG vorliege (Erkenntnis des BFG vom 07.05.2018, RV/6100042/2016). Gleiches müsse daher gelten, wenn die Zustellung an die Partei direkt vorgenommen werde, obwohl ein Zustellungsbevollmächtigter bestellt wurde.

Der Antrag auf Vorlage werde daher nur vorsichtshalber gestellt, da u.U. gar keine rechtliche Wirksamkeit des Bescheids vorliege.

Eingewendet werde dennoch vorsichtshalber auch nochmals ausdrücklich, dass gemäß § 207 Abs 4 BAO das Recht, eine Abgabe festzusetzen oder die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, in fünf Jahren verjähre. Für eine Anwendung der Bestimmung des Abs 2 zweiter Satz dieser Bestimmung bestehe keine Veranlassung und sei dies von der Behörde auch nicht ordnungsgemäß begründet worden. Lediglich die Formulierung „es sei fraglich, ob“ nicht allenfalls bereits nach Geburt der Tochter T. kein Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich mehr vorgelegen sei, vermöge den Vorwurf einer der Hinterziehung gleichkommen- den Bewertung nicht ausreichend zu begründen und zu rechtfertigen, sondern stelle für sich genommen eine bloße Mutmaßung dar.

Über den Antrag auf Nachsicht der Rückforderung gemäß § 236 BAO sei bis dato noch nicht entschieden worden. Mittlerweile sei bei der Nachsicht ergänzend zu berücksichtigen, dass nicht nur die Rückforderung erst 2018 geltend gemacht worden sei, sondern über die dagegen erhobene Beschwerde ohne ersichtlichen Grund erst nach rund weiteren 2,5 Jahren (!) entschieden worden sei. Diese überlange Verfahrensdauer werde daher im Sinne der Billigkeitserwägungen im weiteren Verfahren zu Gunsten der Bf zu berücksichtigen und die Nachsicht zu bewilligen sein.

Nachdem die erste Beschwerdeentscheidung an die Bf selbst und nicht an deren Vertreter adressiert worden war, wurde die Beschwerde mit **Beschwerdeentscheidung vom 25. April 2022** (neuerlich und mit identer Begründung) abgewiesen und dem Vertreter zugestellt.

Dieser stellte am **19. Mai 2022** (neuerlich) einen **Vorlageantrag** und verwies auf die bisherigen Ausführungen.

Mit **Vorlagebericht vom 08. Februar 2023** legte das FA die Beschwerde dem BFG vor, beantragte die Abweisung der Beschwerde und führte i.w. aus, die Bf habe entgegen ihrer gesetzlichen Verpflichtung (§ 25 FLAG) dem FA gegenüber nie offengelegt, dass eine Verlegung des Mittelpunktes der Lebensinteresses in ein anderes Land stattgefunden habe und habe auch nie offengelegt, dass sich das Kind ständig im Ausland aufhalte. Die KM habe dem FA gegenüber diese Offenlegung mit der Absicht unterlassen, die Familienbeihilfe weiterhin beziehen zu können. Selbst die seitens des steuerlichen Vertreters zuletzt übermittelten Schriftstücke enthielten keinerlei diesbezüglichen Offenlegungen. Gemäß § 2 lit. a Z 1 BAO seien die Bestimmungen der BAO auf die Familienbeihilfe („Beihilfen aller Art“) anzuwenden und normiere § 207 Abs 4 BAO, dass das Recht, zu Unrecht bezogene Beihilfen zurückzufordern, nach 5 Jahren verjährt, wobei Absatz 2, 2. Satz (10-jährige Verjährungsfrist bei hinterzogenen Abgaben) anzuwenden sei. Da im vorliegenden Fall in Ansehung der über Jahre zu Unrecht bezogenen Beihilfen eine Hinterziehung vorliege, komme die zehnjährige Verjährungsfrist gemäß § 207 Abs 2 2. Satz BAO zur Anwendung und sei die Rückforderung der Beihilfen für diesen Zeitraum zu Recht erfolgt.

Am **30. März 2023** erging durch das BFG ein **Vorhalt** an die Bf mit folgendem Inhalt:

Aus dem vom Finanzamt (FA) vorgelegten Familienbeihilfenakt ergeben sich folgende Feststellungen:

Sie haben dem FA *erstmalig* im Oktober 2013 bekanntgegeben, dass Ihre Tochter in den USA studiert und sich im Ausland aufhält.

Schulbesuchsbestätigungen wurden – entgegen Ihrem Vorbringen – nicht vorgelegt bzw. sind nicht aktenkundig.

Um Stellungnahme bzw. um Nachweise für die Übermittlung von Schulbesuchsbestätigungen vor 2013 wird gebeten!

Sie haben in sämtlichen Überprüfungsschreiben des FA als Adresse „Wien“ angegeben. Weiters gaben Sie an, dass Sie selbständig erwerbstätig seien. Ihre Tochter wohne mit Ihnen im gemeinsamen Haushalt.

In Beantwortung des Überprüfungsschreibens des FA vom 30. Mai 2014 legten Sie als Nachweis für das Studium Ihrer Tochter in den USA eine Ablichtung der Check Card der First

National Bank (Visa) von T. mit der Angabe „Student“ vor.

In Beantwortung des Überprüfungsschreibens des FA vom 31. Mai 2015 legten Sie eine Bescheinigung des U.S. Department of Justice, Immigration and Naturalization Service - Certificate of Eligibility for Nonimmigrant (P-1) Student, Status - For Academic and Language Students, vor.

In Beantwortung des Überprüfungsschreibens des FA vom 31. August 2016 legten Sie eine Bescheinigung des U.S. Department of Justice, Immigration and Naturalization Service - Certificate of Eligibility for Nonimmigrant (P-1) Student, Status - For Academic and Language Students, datiert mit 16. Mai 2014, bei.

In Beantwortung des Überprüfungsschreibens des FA vom 31. August 2017 gaben Sie an, dass Ihre Tochter Studentin sei, an der University of Nevada, Las Vegas, studiere (Hospitality Business) und das Studium voraussichtlich bis 2019 dauere.

Vorgelegt wurde eine Bescheinigung des Department of Homeland Security, datiert mit 21.07.2017.

Mit Ihren und den vom KV in Österreich erklärten Einkünften war eine Tragung der Lebenserhaltungskosten einerseits oder/und der Studienkosten für das Studium des Kindes an der State University in Colorado in den USA nicht nachvollziehbar.

Um Stellungnahme wird gebeten!

Zufolge Auszug aus dem Zentralen Melderegister waren Sie und Ihre Familie wie folgt gemeldet:

Laut ZMR-Abfrage vom 10. März 2023 hatten Sie vom 30. Juli 1996 bis 23. Mai 2004 einen Nebenwohnsitz in Wien und vom 23. Juli 1996 bis 17. Mai 2005 einen Hauptwohnsitz in Wien (Unterkunftgeber: KV). Vom 29. Juli 1996 bis 17. Mai 2005 war Ihre Tochter mit einem Hauptwohnsitz in Wien, gemeldet (Unterkunftgeber: KV).

Seit 17. Mai 2005 sind Sie und Ihre Tochter mit einem Nebenwohnsitz in Wien, gemeldet (Unterkunftgeber: VaterKV).

Der Kindesvater (KV), KV, war vom 28. Mai 1996 bis 17. Mai 2005 mit einem Hauptwohnsitz in Wien, gemeldet (Unterkunftgeber: M.). Er ist seit 18. Dezember 2006 in Österreich abgemeldet.

Fragen dazu:

Warum haben Sie und Ihre Familie den Hauptwohnsitz in Wien im Jahr 2005 abgemeldet?

Aus welchem Grund sind Sie und Ihre Tochter bis dato mit einem Nebenwohnsitz in der „Wien“ gemeldet?

Wann haben Sie und Ihre Tochter bzw. Ihr Gatte den Wohnsitz bzw. den Lebensmittelpunkt nach Malta verlegt?

In welchem Verhältnis stehen Sie zum Unterkunftgeber VaterKV?

Sie werden um Vorlage einer Meldebestätigung von Ihnen, Ihrer Tochter und Ihrem Ehegatten bezüglich Ihres Wohnsitzes in Malta ersucht.

Ab wann besuchte Ihre Tochter T. in Malta die Schule? Bitte um Vorlage entsprechender Nachweise.

Das Bundesfinanzgericht konnte im Zuge von Internet-Recherchen Folgendes feststellen:

Auf der Internetseite <https://abc> steht bezüglich Ihrer Tochter Folgendes:

„I am Austrian and half Romanian and was born in Vienna, Austria. I lived there till I was 8 years old before I moved to Malta, which is an island south of Sicily in the Mediterranean. I lived in Malta for 10 years before I came to Colorado for college. Now i'm a Junior at CSU and i'm majoring in Hospitality Management with a minor in Business.“

<https://def>

Auf dieser Seite steht unter „Schule“ unter „Our Student Council“, November 2012, neben weiteren SchülerInnen „T.“.

Auf der Internetseite <https://ghi/> steht Folgendes:

Bf Joins app As A New Columnistapp
2012-11-05 / 9 Comments

„We're delighted to welcome Bf as one of our new Columnists to app.com. Bf (iSnob) was born in Romania, later she moved to Vienna, Austria where she studied German Studies and Psychology at the University of Vienna and has been based in Malta since 2004.“

Auf der Internetseite <https://jkl> finden sich folgende Informationen:

Company Name: Ltd.

Registration Code: ...

Country: Malta

City: ...

Date of Establishment: 2013

Address: ...

...

Director: KV

Shareholder: A-ltd.; Bf.

Update Time: 2020

<https://mno>

„An art exhibition was last weekend opened to the public at The Splendid in Strait Street, Valletta, as part of a European project to create ‘cultural incubators’ in six Unesco World Heritage cities. The participating artists include X.... The participating artists include ... Bf., ...“

Angesichts dieser Feststellungen ist nach der Aktenlage davon auszugehen, dass Sie und Ihre Tochter spätestens seit 2005 (und somit auch im Streitzeitraum) den Lebensmittelpunkt nicht im Inland hatten.

Nach § 25 FLAG 1967 sind Sie verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, innerhalb eines Monats beim zuständigen Finanzamt zu melden.

Eine derartige Meldung, welche nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut sowohl die Anspruchsberechtigte als auch das Kind betrifft, ist jedoch nach der Aktenlage nicht erfolgt.

Um Stellungnahme wird gebeten!

...“

Mit **Anbringen vom 30.06.2023** beantwortete die anwaltlich vertretene Bf den Vorhalt wie folgt:

„Es ist insofern nicht richtig, dass meine Mandantin dem Finanzamt erstmals 2013 bekanntgegeben hätte, dass sich ihre Tochter im Ausland aufhält, als meine Mandantin und ihre Tochter im September 2004 vorübergehend nach Malta gezogen sind und das Finanzamt meine Mandantin bereits damals (ab 2005) ein Mal jährlich aufgefordert hat, den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe vorliegen. Diese Aufforderungen hat meine Mandantin stets und wiederholt durch Vorlage der Schulbesuchsbestätigungen in Malta beantwortet. Dass diese Anfragen und Antworten nicht aktenkundig sein sollen, ist für meine Mandantin nicht erklärbar bzw. kann ev. damit in Zusammenhang gebracht werden, dass mittlerweile rund 18 Jahre vergangen sind und diese Unterlagen in Verstoß geraten sind oder nicht mehr aufbewahrt wurden. Meine Mandantin hat versucht, dies in ihren Dokumenten zu rekonstruieren, konnte jedoch leider keine Kopien mehr auffinden. Dies ist aufgrund der langen Zeiträume auch nicht vorwerfbar, zumal meine Mandantin nicht damit rechnen konnte, dass das Finanzamt diese nicht aufbewahren würde. Die Abmeldung des Hauptwohnsitzes erfolgte aus diesem Grund. Der Nebenwohnsitz Wien war

die Wohnung des Schwiegervaters meiner Mandantin VaterKV, der immer dann verwendet wurde, wenn die Familie in Wien war. Wann und für welche Zeiträume dies der Fall war, kann im Detail nach so langer Zeit leider nicht mehr rekonstruiert werden. Meine Mandantin und Ihre Tochter verfügten sonst über keine familiären Beziehungen in Malta, sodass der Anknüpfungspunkt in Österreich trotz der vorübergehenden Ortsabwesenheit aus beruflichen Gründen immer aufrecht blieb. Eine Meldebestätigung aus Malta kann nicht vorgelegt werden, da in Malta kein dem österreichischen Meldewesen entsprechendes System existiert. Als Zeuge für die Absendung der jährlichen Schulbesuchsbestätigungen kann jedoch der Kindesvater KV einvernommen werden.

Wie bereits in der Beschwerde vom 19.04.2018 ausgeführt, erfüllen die übermittelten Schulbesuchsbestätigungen die Voraussetzungen der Meldung gem § 25 FLAG, weswegen der Beschwerdeführerin hinsichtlich der (weiteren) Auszahlung der Familienbeihilfe kein fehlerhaftes Verhalten vorgeworfen werden kann. Im Übrigen wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen in der Beschwerde verwiesen, insbesondere die Ausführungen über die Verjährung der Rückforderung: Die Verlängerung der Verjährungsfrist nach § 207 Abs. 2 Satz 2 BAO setzt eine Hinterziehung von Abgaben voraus, die Hinterziehung verlangt nach § 33 Abs. 1 FinStrG Vorsatz. Eine (allenfalls auch grob) fahrlässige Abgabenverkürzung (§ 34 FinStrG) bewirkt hingegen keine Verlängerung der Verjährungsfrist (VwGH Ra 2017/15/0059, 31.01.2018) 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 erfordert, und eine Abgabenhinterziehung somit erst als erwiesen gelten kann, wenn – in nachprüfbarer Weise – auch der Vorsatz feststeht (VwGH 2011/15/0121, 26.02.2015).

Die Beurteilung der Vorfrage der Abgabenhinterziehung hat in der Bescheidbegründung zu erfolgen. Aus der Begründung muss sich somit ergeben, aufgrund welcher Ermittlungsergebnisse sowie auf Grund welcher Überlegungen zur Beweiswürdigung und zur rechtlichen Beurteilung die Annahme der Hinterziehung gerechtfertigt ist (VwGH 29. September 1997, 96/17/0453). Ein derartiger Nachweis wurde

a) im Verfahren nicht erbracht und ist

b) insbesondere dem angefochtenen Bescheid nicht in ausreichender Weise zu entnehmen, da keine konkreten Feststellungen getroffen wurden, denen entnommen werden könnte, woraus sich der Vorsatz im gegenständlichen Fall – insbesondere im Vergleich zu fahrlässigem Handeln – ergeben hätte. Wenn derartige nachprüfbare Feststellungen fehlen wie hier, ist der Bescheid nicht nur materiell rechtswidrig, sondern auch mangelhaft begründet und auch deswegen zu beheben. Wie bereits betont lag jedenfalls kein Vorsatz vor, da meine Mandantin die Anfragen des Finanzamts stets wahrheitsgemäß beantwortet hat und die Familienbeihilfe weiter

ausbezahlt wurde, sodass sie nicht von einer zu Unrecht erfolgten Auszahlung ausging oder ausgehen konnte und musste.“

Am **25. September 2023** wurde der Kindesvater KV vom BFG als **Zeuge** einvernommen und führte auf folgende Fragen unter Wahrheitspflicht aus:

„Ich bin der Ehemann der Bf und der KV von T.. Ich möchte aussagen.

Welche Ausbildung haben Sie?

Ich bin Jurist.

Welche Ausbildung hat die Bf?

Sie hat Dolmetsch Englisch und Deutsch studiert.

Waren Sie persönlich mit Familienbeihilfen Angelegenheiten befasst?

Vorhalt:

Überprüfung Familienbeihilfe vom 31.08.2016, unterschrieben von KV

Das ist meine Unterschrift. Ich war zumindest am Rande damit befasst.

Zum Vorhalt des BFG vom 30.03.2023, dass erstmals im Oktober 2013 bekannt gegeben worden sei, dass die Tochter in den USA studiert:

Das kann nicht stimmen, weil die Tochter im Juni 2014 in Malta maturierte und ab September 2014 ihr Studium in den USA begann.

Vorhalt BFG an Bf vom 30.03.2023:

„Sie haben in sämtlichen Überprüfungsschreiben des FA als Adresse „Wien“ angegeben. Weiters gaben Sie an, dass Sie selbständig erwerbstätig seien. Ihre Tochter wohne mit Ihnen im gemeinsamen Haushalt.“

Das ist richtig. Die Bf war aber nur teilweise selbständig.

Vorhalt Auszug aus dem Melderegister:

Laut ZMR-Abfrage vom 10. März 2023 hatte die Bf vom 30. Juli 1996 bis 23. Mai 2004 einen Nebenwohnsitz in Wien und vom 23. Juli 1996 bis 17. Mai 2005 einen Hauptwohnsitz in Wien (Unterkunftgeber: KV).

Im Frühjahr 1993 ist sie aus der A-Gasse ausgezogen. Das mit dem Hauptwohnsitz bis 2005 stimmt laut Meldung. Tatsächlich ist die Bf im September 2004 mit ihrer Tochter nach Malta übersiedelt.

Vom 29. Juli 1996 bis 17. Mai 2005 war Ihre Tochter mit einem Hauptwohnsitz in Wien, gemeldet (Unterkunftgeber: KV).

Seit 17. Mai 2005 sind die Bf und Ihre Tochter nur mehr mit einem Nebenwohnsitz in Wien, gemeldet (Unterkunftgeber: VaterKV).

Sie waren vom 28. Mai 1996 bis 17. Mai 2005 mit einem Hauptwohnsitz in Wien gemeldet (Unterkunftgeber: M.). Sie sind seit 18. Dezember 2006 in Österreich abgemeldet.

Seit 5 Jahren bin ich in Wien mit einem Hauptwohnsitz gemeldet. Vorher lebte ich 5 Jahre ebenda.

Ist das richtig? Gibt das die tatsächlichen Verhältnisse wieder?

Das ist ungefähr richtig.

Warum haben Sie und Ihre Familie den Hauptwohnsitz in Wien im Jahr 2005 abgemeldet?

Meine Gattin und Tochter sind 2004 nach Malta übersiedelt. Ich erst 2005.

Aus welchem Grund sind die Bf und Ihre Tochter bis dato mit einem Nebenwohnsitz in der „Wien“ gemeldet?

Das ist die Wohnung meines verstorbenen Vaters, wo ich auch jetzt wohne. Das wollte mein Vater, dass alle einen Nebenwohnsitz in Wien haben.

Wann haben Sie, Ihre Gattin und T. den Wohnsitz bzw. den Lebensmittelpunkt nach Malta verlegt?

Seit diesem Zeitpunkt (2004 bzw. 2005) hatten wir den Lebensmittelpunkt in Malta.

Seit wann ist T. in Malta in die Schule gegangen?

Seit September 2004.

Wie lange ist T. in Malta in die Schule gegangen?

Bis Juni 2014.

Hat sie dort maturiert?

Ja. Im Juni 2014.

Ist T. jemals nach Österreich zurückgekehrt?

Sie verbrachte immer die Ferien in Wien. Die ganze Familie war in Wien im Haus meines Vaters.

Seit wann studiert T. in den USA?

Seit September 2014.

Ist sie unmittelbar von Malta in die USA gezogen?

Ja. Sie lebt heute noch dort. Ich habe sie das letzte Mal 2016 gesehen.

T. Vorhalt Internet:

Auf der Internetseite <https://abc> steht bezüglich Ihrer Tochter Folgendes:

„I am Austrian and half Romanian and was born in Vienna, Austria. I lived there till I was 8 years old before I moved to Malta, which is an island south of Sicily in the Mediterranean. I lived in Malta for 10 years before I came to Colorado for college. Now i'm a Junior at CSU and i'm majoring in Hospitality Management with a minor in Business.“

Ja, das stimmt.

Zur Bf:

Wann ist sie nach Malta gezogen?

Im September 2004 mit ihrer Tochter.

Ist sie nach Wien zurückgekehrt?

Sie lebt noch immer in Malta und teilweise in den USA. In Wien hatte sie keinen Hauptwohnsitz, kam aber immer wieder nach Wien auf Urlaub.

Bf Vorhalt Internet:

Auf der Internetseite <https://ghi/> steht Folgendes:

Bf Joins app As A New Columnist

2012-11-05 / 9 Comments

„We're delighted to welcome Bf as one of our new Columnists to app.com. Bf (iSnob) was born in Romania, later she moved to Vienna, Austria where she studied German Studies and Psychology at the University of Vienna and has been based in Malta since 2004.“

Die Bf ist in Malta selbständig mit einer Einzelfirma und macht auch Marktaufbau in Amerika. Vorher machte sie Übersetzungen für ein Übersetzungsbüro und für den Magistrat der Stadt Wien.

Auf der Internetseite <https://jkl> finden sich folgende Informationen:

Internet:

Company Name: Ltd.

Registration Code: ...

Country: Malta

City: ...

Date of Establishment: 2013

Address: ...

...

Director: KV

Shareholder: A-ltd.; Bf.

Update Time: 2020

Das sind beides meine Firmen. Die Fa. A-ltd. ist seit 2017 gelöscht und die Fa. Ltd. ist stillgelegt.

Vorhalt BFG an Bf 30.03.2023:

„Angesichts dieser Feststellungen ist nach der Aktenlage davon auszugehen, dass Sie und Ihre Tochter spätestens seit 2005 (und somit auch im Streitzeitraum) den Lebensmittelpunkt nicht im Inland hatten.“

Ja, seit September 2004.

Vorhalt Vorlagebericht FA:

*„In Ansehung des Sachverhaltes ist seitens des Finanzamtes das Folgende festzuhalten:
In sämtlichen Überprüfungsschreiben hat die Bf. angegeben, dass diese in Österreich wohnhaft und das Kind bei ihr haushaltszugehörig gewesen wäre. In Ansehung des Kindesvaters (KV) wurde wiederholt angeführt, dass dieser im gemeinsamen Haushalt mit der Bf. leben würde. Auch wurde in den Überprüfungsschreiben angeführt, dass der KV selbständig tätig (gewesen) wäre.*

Tatsächlich war nach der Steuerdatenbank und einer Sozialversicherungsabfrage die Bf. in Österreich nie erwerbstätig und selber versichert und schienen ob des Kindesvaters in den Jahren 2005 bis 2016 kaum nennenswerte Einkünfte auf: ...“

Die Formulare des FA wurden immer an den Nebenwohnsitz nach Wien übermittelt. Auf diesen Formularen ist die Wiener Adresse schon drauf gestanden und später hatten wir einen

Nachsendeauftrag. Da wir bekannt gegeben haben, dass T. in Malta in die Schule ging, haben wir uns keinesfalls etwas erschlichen. Wir haben auch nicht gewusst, dass der Aufenthalt in Malta den Anspruch auf Kinderbeihilfe ausschließt. Das haben die anderen Auslandsösterreicher in Malta genauso gemacht, auch deswegen dachten wir nicht, etwas Unrechtes zu tun.

Bf. ist in der SV bei mir mitversichert. Richtig ist, dass sie seit 2004 keine Einkünfte mehr in Österreich hat. Ich habe in Österreich Einkünfte und als ich Devisenausländer war (von 2005 bis 2013) versteuerte ich in Malta Einkünfte. Seit 2014 bin ich ununterbrochen in Österreich mit einem Lebensmittelpunkt.

Vorhalt:

Die Bf bzw. ihr Vertreter hat vor dem BFG vorgebracht:

„Es ist insofern nicht richtig, dass meine Mandantin dem Finanzamt erstmals 2013 bekanntgegeben hätte, dass sich ihre Tochter im Ausland aufhält, als meine Mandantin und Ihre Tochter im September 2004 vorübergehend nach Malta gezogen sind und das Finanzamt meine Mandantin bereits damals (ab 2005) ein Mal jährlich aufgefordert hat, den Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe vorliegen. Diese Aufforderungen hat meine Mandantin stets und wiederholt durch Vorlage der Schulbesuchsbestätigungen in Malta beantwortet. Dass diese Anfragen und Antworten nicht aktenkundig sein sollen, ist für meine Mandantin nicht erklärbar bzw. kann ev. damit in Zusammenhang gebracht werden, dass mittlerweile rund 18 Jahre vergangen sind und diese Unterlagen in Verstoß geraten sind oder nicht mehr aufbewahrt wurden. Meine Mandantin hat versucht, dies in ihren Dokumenten zu rekonstruieren, konnte jedoch leider keine Kopien mehr auffinden. Dies ist aufgrund der langen Zeiträume auch nicht vorwerfbar, zumal meine Mandantin nicht damit rechnen konnte, dass das Finanzamt diese nicht aufbewahren würde.

Die Abmeldung des Hauptwohnsitzes erfolgte aus diesem Grund. Der Nebenwohnsitz Wien war die Wohnung des Schwiegervaters meiner Mandantin VaterKV, der immer dann verwendet wurde, wenn die Familie in Wien war. Wann und für welche Zeiträume dies der Fall war, kann im Detail nach so langer Zeit leider nicht mehr rekonstruiert werden. Meine Mandantin und Ihre Tochter verfügten sonst über keine familiären Beziehungen in Malta, sodass der Anknüpfungspunkt in Österreich trotz der vorübergehenden Ortsabwesenheit aus beruflichen Gründen immer aufrecht blieb.

Eine Meldebestätigung aus Malta kann nicht vorgelegt werden, da in Malta kein dem österreichischen Meldewesen entsprechendes System existiert.

Als Zeuge für die Absendung der jährlichen Schulbesuchsbestätigungen kann jedoch der Kindesvater KV einvernommen werden.“

Beschwerde:

„Die Beschwerdeführerin hat der Behörde im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen jedes Jahr die Schulbesuchsbestätigungen von T. übermittelt, aus denen sich ableiten ließ, dass diese die Schule in Malta besucht hat. Seit 2014 studiert T. in den Vereinigten Staaten von Amerika, wobei auch hier die entsprechenden Studiennachweise der Behörde vorgelegt wurden.“

Können Sie diese Ausführungen bestätigen?

Ich kann diese Ausführungen bestätigen. Seit 2001 bekamen wir Überprüfungsschreiben vom FA, in denen das FA Schulbesuchsbestätigungen abverlangte.

Haben Sie Wahrnehmungen über die Absendung der jährlichen Schulbesuchsbestätigungen?

Diese Schulbesuchsbestätigungen wurden jedes Jahr abverlangt und übermittelt. Wir haben wahrheitsgemäß darin den Schulbesuch Ts. in Malta von September 2004 an bis Juni 2014 bekannt gegeben. Vorher war T. in der Danube International School in 1020 Wien von September 2001 bis Juni 2004.

Es kann auch möglich sein, dass keine eigenen Schulbesuchsbestätigungen von der maltesischen Schule übermittelt wurden. Wir haben aber jedenfalls die Adresse der Schule in Malta bekannt gegeben.

Haben Sie diese Schulbesuchsbestätigungen an das Finanzamt übermittelt?

Ja, teilweise ich postalisch. Ich habe diese Briefe teilweise persönlich zur Post getragen bis vor ca. 10 Jahren.

Wurden diese per Post versendet oder persönlich übergeben?

Diese Bestätigungen wurden per Post versendet, diese wurden zuerst von Österreich und dann von Malta aus übermittelt.

Können Sie sich daran genau erinnern?

Das weiß ich ganz genau.

Welche Jahre betrifft das? Auch die Jahre 2008 bis 2012 (Streitzeitraum ist Jänner 2008 bis September 2017)?

Das betrifft auch die Jahre 2008 bis 2012.

Wurde darin der Besuch Ts. in einer Schule in Malta bestätigt?

Ja, das waren 2 verschiedene int. Gymnasien.

Wurden diese über Aufforderung durch das FA abgesendet?

Ja, über Aufforderung durch das FA.

Wie oft wurden diese Aufforderungen übermittelt (z.B. jedes Jahr, unregelmäßig, alle 5 Jahre)?

Ja, einmal jährlich, immer im Sommer.

...“

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen

Feststellungen:

Die Bf und ihre Familie sind österreichische Staatsbürger. Die Bf lebte mit ihrem Ehegatten und der gemeinsamen Tochter T., geb. 1996, in Wien.

Im September 2004 übersiedelte die Bf mit ihrer Tochter nach Malta, wo sie und T. den ständigen Aufenthalt und den Mittelpunkt der Lebensinteressen hatten. Der Kindesvater (KV) verlegte erst 2005 seinen Lebensmittelpunkt nach Malta an den Familienwohnsitz.

T. ging bis Juni 2003 in Wien zur Schule (Danube International School in 1020 Wien). Seit September 2004 ging sie in Malta in internationale Schulen und maturierte dort im Juni 2014.

Die Ferien verbrachte die Bf mit ihrer Tochter meist im Haus des Schwiegervaters in Wien, wo sie einen Nebenwohnsitz gemeldet hatten.

Nach der Matura übersiedelte T. in die USA. Dort studierte sie seit September 2014 an der Colorado State University und später an der University of Nevada, Las Vegas. Nach dem Ende des Streitzeitraums schloss sie das Studium ab und lebt nach wie vor in den USA.

Die Bf lebt seit der Übersiedlung Ts. in die USA teilweise dort und teilweise in Malta. Nach Österreich kehrte sie nicht mehr zurück, kam aber immer wieder nach Wien auf Urlaub. Sie ist in Malta und den USA selbständig tätig.

Der KV kehrte 2014 nach Österreich zurück und hat seitdem in Wien den Lebensmittelpunkt.

Als die Familie in Malta lebte, überprüfte das FA jährlich den Familienbeihilfenanspruch der Bf und sendete das entsprechende Formular (regelmäßig im Sommer) an die Adresse in Wien (Nebenwohnsitz). Die Bf gab dabei regelmäßig bekannt (von September 2004 bis Juni 2014),

dass T. in Malta zur Schule ging. Dabei wurden mit dem Formular entweder Schulbesuchsbestätigungen der maltesischen Schule übermittelt oder zumindest Namen und Anschrift der Schule in Malta bekannt gegeben. Die Bestätigungen wurden per Post an die Behörde gesendet.

Im Juli 2014 wurde bekannt gegeben, dass T. die Colorado State University in den USA besuche und entsprechende Bestätigungen vorgelegt.

Auf den Überprüfungsschreiben, auf denen die Wiener Adresse bereits vorgedruckt war, kreuzte die Bf regelmäßig an, dass das Kind ständig bei ihr wohne. Die auf dem Formular vorgegebene Adresse in Wien wurde belassen.

Die Bf handelte dadurch zwar auffallend sorglos, hat dem FA gegenüber diese Offenlegung aber nicht mit der Absicht unterlassen, die Familienbeihilfe weiterhin beziehen zu können und hielt dies auch nicht ernstlich für möglich.

Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem vom FA vorgelegten Familienbeihilfenakt sowie aus vom BFG durchgeführten Ermittlungen, wie Einsichtnahme in das AIS des Bundes, durchgeführte Internetrecherchen, Vorhalt samt Beantwortung und der Zeugenaussage des KV.

Die persönlichen Verhältnisse sind unstrittig.

Der Zeitpunkt der Übersiedlung der Bf mit ihrer Tochter nach Malta und die Begründung des ständigen Aufenthalts ergibt sich aus der Zeugenaussage des KV, welcher diesen Zeitpunkt glaubhaft und eindeutig angab und weiters ausführte, dass sich der Lebensmittelpunkt seither in Malta befand. Dass der KV erst 2005 seinen Lebensmittelpunkt nach Malta verlegte, hat er selbst angegeben.

Diese Ausführungen stimmen auch ungefähr mit den Meldungen im ZMR überein, wonach seit Mai 2005 kein Hauptwohnsitz mehr im Inland bestand. Darauf, dass die Meldung im ZMR nur Indizwirkung hat, wird verwiesen (zu den Wohnsitzmeldungen im ZMR s.o. Vorhalt des BFG vom 30.03.2023).

Auch die Internetrecherchen, wonach die Tochter der Bf angab, mit 8 Jahren nach Malta gezogen zu sein und betreffend die Bf angegeben wurde, seit 2004 in Malta zu sein, bestätigen die Ausführungen des Zeugen (zu den Internetrecherchen s.o. Vorhalt des BFG vom 30.03.2023).

Die Schulbesuche Ts. in Wien und Malta sind auf Grund der Aussage des KV erwiesen.

Dass die Bf und die Tochter die Ferien meist in Wien im Haus des Schwiegervaters verbrachten, ist nachvollziehbar. Die Nebenwohnsitzmeldung ist aktenkundig.

Dass T. nicht mehr nach Österreich zurückkehrte, sondern nach der Matura in die USA übersiedelte und dort studierte, wurde vom KV glaubhaft ausgeführt und entspricht auch der Aktenlage.

Dass die Bf nicht mehr nach Österreich zurückkehrte, sondern teilweise in den USA und teilweise in Malta lebt, wurde vom KV glaubwürdig unter Wahrheitspflicht ausgeführt, ebenso, dass er selbst 2014 nach Österreich zurückkehrte.

Dass die Bf in Malta und den USA selbständig tätig ist, ist nachvollziehbar.

Die regelmäßige Überprüfung des Familienbeihilfenanspruchs durch das FA wurde nicht nur durch den KV und die Bf in wiederholten Vorbringen dargelegt, sondern ist auch aus einem AV des FA, wonach es 2004 Hinweise auf einen Aufenthalt in Malta gegeben habe, ableitbar.

Der glaubwürdigen Zeugenaussage des KV ist zu entnehmen, dass die Tatsache des Schulbesuchs der Tochter in Malta dem FA jährlich bekannt gegeben wurde. Der Zeuge konnte sich genau erinnern und legte nachvollziehbar dar, dass mit dem Formular entweder Schulbesuchsbestätigungen der maltesischen Schule übermittelt wurden oder zumindest Namen und Anschrift der Schule in Malta bekannt gegeben wurden. Der KV brachte selbst das Schreiben zur Post und war in diese Vorgänge unmittelbar involviert. Das BFG hat keine Zweifel an der Richtigkeit dieses von der Bf wiederholt vorgetragenen Vorbringens, zumal diese Anfragen und Antworten bei der belangten Behörde nicht mehr aktenkundig sind.

Dass die Formulare an die Nebenwohnsitzadresse in Wien gesendet wurden und dann mittels Nachsendeauftrag nach Malta, entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung; dass diese Adresse in Wien bereits vorgedruckt auf dem Formular stand, ist systemimmanent. Die inländische Adresse wurde auf dem Formular von der Bf nicht ausgebessert; die Ausführungen im Vorlagebericht, die Bf habe angegeben, dass sie „in Österreich wohnhaft“ sei, sind insofern richtig.

Dass die Bf regelmäßig angab, ihre Tochter wohne ständig bei ihr, ist unbestritten (s.o. Vorhalt des BFG vom 30.03.2023; Antwort vom 30.06.2023).

Dass im Juli 2014 bekannt gegeben wurde, dass T. eine Universität in den USA besucht, ist aktenkundig und entspricht den Tatsachen. Auch in den Folgejahren wurde dies auf Grund einer Überprüfung des Familienbeihilfenanspruchs der Bf regelmäßig bekannt gegeben (zu den vorgelegten Bescheinigungen s.o. Vorhalt des BFG vom 30.03.2023).

Wenn das FA im Vorlagebericht ausführt, die Bf habe dem FA gegenüber nie offengelegt, dass eine Verlegung des Mittelpunktes der Lebensinteresses in ein anderes Land stattgefunden habe, entspricht dies der Aktenlage.

Wenn das FA aber auch ausführt, die Bf habe auch nie offengelegt, dass sich das Kind ständig im Ausland aufhalte, so kann dieses Vorbringen im Hinblick auf die wiederholte Bekanntgabe

des Schulbesuchs Ts. in Malta und (in den Jahren ab 2014) des Universitätsstudiums in den USA, vom BFG nicht geteilt werden. Aus den dargelegten Meldungen war der ständige Aufenthalt Ts. im Ausland unschwer erkennbar.

Der KV brachte in seiner Zeugenaussage glaubhaft vor, dass die Bf und auch er nicht gewusst hätten, dass der Aufenthalt in Malta den Anspruch auf Kinderbeihilfe ausschließt.

Richtig ist, dass der Schulbesuch Ts. in Malta jährlich bekannt gegeben wurde. Daher ist die Feststellung gerechtfertigt, dass die Bf (weitere gebotene) Offenlegungen (welche Tatsachen der Behörde zu melden sind, ist nicht nur dem § 25 FLAG, sondern auch dem Antragsformular zu entnehmen) nicht mit der Absicht unterließ, die Familienbeihilfe weiterhin beziehen zu können. Andernfalls hätte sie auch den Schulbesuch Ts. in Malta nicht regelmäßig bekanntgegeben. Die mögliche Konsequenz ihres Handelns, nämlich der ungerechtfertigte Bezug der Familienbeihilfe, war der Bf nicht bewusst und sie hielt dies auch nicht ernstlich für möglich, da sie (der Zeugenaussage des KV folgend) der Ansicht war, dass der Familienbeihilfenanspruch weiterhin bestehe. Sie handelte jedoch auffallend sorglos, da bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt jedenfalls Zweifel hätten aufkommen müssen, ob ein Anspruch auf Familienbeihilfe noch besteht, wenn sie Österreich verlässt. Diese Zweifel hätten sie dazu veranlassen müssen, sich über das Weiterbestehen des Familienbeihilfenanspruchs bei der zuständigen Behörde zu erkundigen. Indem sie diese Erkundigung, die ihr nach den persönlichen Verhältnissen möglich und nach den Umständen des Falles zumutbar war, unterlassen hat, da dies (wiederum der Zeugenaussage des KV folgend) „die anderen Auslandsösterreicher in Malta genauso gemacht“ hätten und sie (die Bf und der KV) deswegen nicht gedacht hätten, etwas Unrechtes zu tun, ist ihr jedenfalls ein grob sorgfaltswidriges und somit grob fahrlässiges Verhalten vorzuwerfen.

Rechtliche Beurteilung:

§ 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.

Gemäß § 2 Abs 2 FLAG 1967 haben Personen, zu deren Haushalt ein Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe.

Nach § 2 Abs 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt u. a. dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

§ 2 Abs 8 FLAG 1967 lautet:

„Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.“

Nach den Bestimmungen des § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

§ 5 Abs 3 FLAG 1967 lautet:

„Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.“

Die Familienbeihilfe wird gemäß § 10 Abs 2 FLAG 1967 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.

Personen, denen Familienbeihilfe gewährt wird, sind nach den Bestimmungen des § 25 FLAG 1967 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 § 26 Abs 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 26 Abs 4 FLAG 1967 sind die Oberbehörden 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.

Mittelpunkt der Lebensinteressen:

Nach § 2 Abs 8 FLAG 1967 hat die Bf nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet hat.

Dies ist nach den Feststellungen im Sachverhalt nicht der Fall.

Der Mittelpunkt der Lebensinteressen befindet sich an dem Ort (in jenem Staat), zu dem die Person die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen unterhält (VwGH 22.03.1991, 90/13/0073). Entscheidend ist das Gesamtbild der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, wobei das Überwiegen der Beziehungen zum einen oder anderen Staat den Ausschlag gibt. Wirtschaftlichen Beziehungen kommt idR eine geringere Bedeutung zu als persönlichen Beziehungen. Unter letzteren sind all jene zu verstehen, die einen Menschen aus in seiner Person liegenden Gründen mit jenem Ort verbinden, an dem er einen Wohnsitz inne hat. Von Bedeutung sind dabei die Ausübung des Berufes, die Gestaltung des Familienlebens sowie Betätigungen religiöser und kultureller Art sowie andere Tätigkeiten zur Entfaltung persönlicher Interessen und Neigungen (VwGH 20.02.2008, 2005/15/0135 unter Verweis auf Hofstätter/Reichel, Kommentar zur Einkommensteuer, § 1, Tz 9).

Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass dieser Mittelpunkt bei einer verheirateten Person regelmäßig am Orte des Aufenthaltes der Familie zu finden sein wird (vgl. VwGH 16.12.1993, 93/16/0138; VwGH 30.01.1990, 89/14/0054; VwGH 15.03.1989, 88/16/0229; VwGH 27.10.1988, 88/16/0068; VwGH 19.12.1987, 86/16/0198 und VwGH 30.5.1985, 83/16/0177).

Wie der VwGH wiederholt ausgesprochen hat, besteht die stärkste persönliche Beziehung eines Menschen im Regelfall zu dem Ort, an dem er regelmäßig Tag für Tag mit seiner Familie lebt, dass also der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer verheirateten Person regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie zu finden sein wird. Diese Annahme setzt im Regelfall voraus, dass ein gemeinsamer Haushalt geführt wird und keine Umstände vorliegen, die ausschlaggebende und stärkere Bindungen zu einem anderen Ort bewirken (vgl. VwGH 18.01.1996, 93/15/0145).

Dieser Ort ist im vorliegenden Fall ab 2004 Malta bzw. ab 2014 Malta bzw. USA.

Wie der KV glaubhaft ausführte, ist die Bf im Jahr 2004 mit ihrer Tochter nach Malta übersiedelt und seitdem nicht mehr nach Österreich zurückgekehrt. Die Tochter ging in Malta zur Schule, legte die Reifeprüfung in Malta ab und die Bf übte eine selbständige Tätigkeit in Malta aus. 2005 ist auch der KV zur Familie nach Malta gezogen und lebte die Familie dort bis 2014 in einem gemeinsamen Haushalt.

Aus diesen Feststellungen folgt zwingend, dass die stärksten persönlichen Beziehungen der Bf zu Malta bestanden, da sich dort die Familie ständig aufhielt und die Tochter jahrelang zur Schule ging. Auch die engeren wirtschaftlichen Beziehungen bestanden zu Malta. Die Bf erzielte im Inland keine Einkünfte, sondern war in Malta selbständig tätig.

Daher hatte die Bf von 2004 bis 2014 die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu Malta und daher dort den Mittelpunkt der Lebensinteressen. Daran vermögen auch die Beibehaltung eines Nebenwohnsitzes in Wien und Urlaube an diesem Wohnsitz nichts zu ändern.

2014 übersiedelte die Tochter in die USA, studierte dort und lebt seitdem dort. Die Bf lebt nach der Aussage des KV teilweise in Malta, teilweise in den USA und versucht, in diesen Staaten Einkünfte zu erzielen.

Es kann dahingestellt bleiben, ob sich ihr Lebensmittelpunkt in Malta oder den USA befand. Es steht jedenfalls zweifelsfrei fest und wird auch vom KV ausdrücklich bestätigt, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bf im Streitzeitraum nicht im Inland befand.

Auch die Tatsache, dass der KV 2014 nach Wien zurückkehrte und seitdem getrennt von der Familie im Inland lebt, vermag daran nichts zu ändern. Der Zeuge hat selbst ausgeführt, seine Tochter seit 2016 nicht mehr gesehen zu haben.

Die Bf hat ihren Lebensmittelpunkt 2004 nach Malta verlegt und hat seit 2014 zusätzlich auch Beziehungen zu den USA, da ihre Tochter dort lebt und sie auch dort versucht, selbständig tätig zu sein.

Nach Österreich ist die Bf – abgesehen von Urlaubsreisen – nicht mehr zurückgekehrt und hat hier seit 2004 nicht mehr den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen.

Aus diesem Grund hat die Bf im gesamten Streitzeitraum nach § 2 Abs 8 FLAG 1967 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Auch ein europarechtlicher Bezug liegt nicht vor, da auch der KV von 2005 bis 2014 bei der Familie in Malta lebte und dort Einkünfte erzielte. Es fehlte daher in diesem Zeitraum an jeglichem Inlandsbezug. Weder wurde im Inland eine Beschäftigung im Sinne der Verordnung EG 883/2004 ausgeübt, noch hielt sich ein Familienmitglied im Inland auf.

Aber auch nach 2014, als der KV wieder im Inland lebte, kann kein europarechtlicher Bezug hergestellt werden, da die Tochter der Bf in ein Drittland (USA) übersiedelte und dort den ständigen Aufenthalt hatte, was die Anwendung des § 5 Abs 3 FLAG 1967 nach sich zieht (siehe unten).

Ständiger Aufenthalt im Ausland:

Für Kinder, die sich ständig im Ausland (Drittstaat) aufhalten, besteht nach § 5 Abs 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Einschränkung des § 5 Abs 3 FLAG 1967 gilt nur bei einem Aufenthalt außerhalb der EU/EWR/Schweiz (§ 53 FLAG 1967).

Es besteht somit kein Familienbeihilfenanspruch für ständig in einem Drittstaat wie den USA lebende Kinder.

Die Beurteilung des ständigen Aufenthalts iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, wie etwa auf persönliche und wirtschaftliche Bindungen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (VwGH 21.09.2009, 2009/16/0178).

Aus der Rechtsprechung des VwGH ergibt sich, dass der Begriff des „ständigen Auslandsaufenthaltes“ im § 5 Abs 3 FLAG 1967 dem Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 BAO gleichzusetzen ist (vgl VwGH 08.06.1982, 82/14/0047) und die Frage des ständigen Aufenthaltes nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der körperlichen Anwesenheit zu beantworten ist (vgl etwa VwGH 21.09.2009, 2009/16/0178).

Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt (§ 26 Abs 2 BAO). Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055). Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, allenfalls ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor.

Auf den Wohnsitz und ständigen Aufenthalt der Eltern kommt es daher ebensowenig an wie auf deren Staatsbürgerschaft, deren Berufsausübung in Österreich, den Mittelpunkt der Lebensinteressen, die Tragung der Kosten des Lebensunterhaltes oder die Argumentation, dass der Auslandsaufenthalt „nur“ zu Ausbildungszwecken erfolge (vgl Kuprian, *Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem Drittland*, UFS Journal 2011, 371, mit Hinweis auf VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160).

Auch der Verfassungsgerichtshof hat sich in seinem Erk. VfGH 04.12.2001, B 2366/00, mit den im dortigen Verfahren vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 5 Abs 4 (neu: Abs 3) FLAG 1967 auseinandergesetzt und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen ist. In diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, welche den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des Anspruch vermittelnden Kindes zum Inland binde und hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen „längeren Zeitraum“, so liegt nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes „jedenfalls“ ein „nicht nur vorübergehendes Verweilen“ vor (vgl VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008).

Im Erkenntnis VwGH 20.10.1993, 91/13/0175, hat das Höchstgericht einen über zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt von Kindern als ständig iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 beurteilt, wobei der VwGH ausführt: *„Dass ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder des Beschwerdeführers als ständig im Sinne des § 5 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 beurteilt werden muss, kann nicht zweifelhaft sein.“*

Im Erkenntnis VwGH 20.06.2000, 98/15/0016, war es ein annähernd dreijähriger Auslandsaufenthalt eines Sohnes, den das Höchstgericht als ständig iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 eingestuft hat.

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 auch Kuprian, a.a.O.).

Wird von einem Elternteil eine auf ein Jahr begrenzte Forschungstätigkeit in einem Drittstaat ausgeübt und wird dieser Elternteil von seiner gesamten Familie dorthin begleitet, verlagert sich für diesen Zeitraum nicht nur der Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs 8 FLAG 1967), sondern es liegt auch ein ständiger Aufenthalt der Kinder in diesem Drittstaat vor (vgl. UFS 27.04.2011, RV/0360-I/10).

Wird vom Beihilfenwerber selbst als Dauer des High-School-Besuchs des Kindes in den USA das gesamte Schuljahr 2014/2015 erklärt, hatte durch diese Ausbildung in den USA das Kind im hier maßgeblichen Zeitraum „ab September 2014“ bis zur Rückkehr nach Österreich im Juni 2015 seinen ständigen Aufenthalt in einem Drittstaat, wodurch der im § 5 Abs 3 FLAG 1967 normierte Ausschlussgrund für eine Beihilfengewährung für diesen Zeitraum vorliegt (BFG 03.01.2019, RV/5101253/2015 sowie ähnlicher Sachverhalt BFG 31.03.2019, RV/7101328/2016).

Ein fünfeinhalb Monate dauernder Aufenthalt wurde vom VwGH gerade noch als vorübergehend angesehen (VwGH 24.06.2010, 2009/16/0133).

Nach Kuprian a.a.O. ergibt sich klar, dass ein Aufenthalt eines Kindes in einem Nicht-EU-/Nicht-EWR-Land bzw. der Schweiz, der z.B. dem Zweck eines mehrjährigen Schulbesuchs dient oder auch aus anderen Gründen für die Dauer von mehr als sechs Monaten (vgl. nochmals VwGH 24.06.2010, 2009/16/0133) erfolgt, als ständiger Aufenthalt in diesem Land angesehen werden muss, womit der Ausschlussgrund des § 5 Abs 3 FLAG 1967 vorliegt.

Im Hinblick auf die zit. Judikatur steht im vorliegenden Fall zweifelsfrei fest, dass sich die Tochter der Bf seit 2014 dauerhaft in den USA und somit ständig in einem Drittstaat aufhält. Sie studierte jahrelang dort und lebt nach wie vor in den USA.

Die Bf hat daher schon nach § 5 Abs 3 FLAG 1967 seit 2014 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Ergebnis:

Um Anspruch auf Familienbeihilfe zu haben, müssen die Voraussetzungen des § 2 Abs 8 und des § 5 Abs 3 FLAG 1967 kumulativ vorliegen.

Da diese Voraussetzungen während des gesamten Streitzeitraums jedoch durchgehend nicht gegeben sind, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe und diese wurde im Rückforderungszeitraum zu Unrecht bezogen.

Rückforderung:

Die Rückforderungspflicht gemäß § 26 Abs 1 FLAG 1967 trifft ausschließlich den Bezieher der Familienbeihilfe und KAB.

Diese Bestimmung normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die FB und KAB zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig (VwGH 19.12.2013, 2012/16/0047). Da der Rückforderungsstatbestand 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 bezogen hat (vgl. die bei Lenneis/Wanke, FLAG², § 26 Rz 12 zitierte Rechtsprechung).

Dem Hinweis der Bf auf den gutgläubigen Verbrauch der Familienbeihilfe ist entgegenzuhalten, dass § 26 Abs 1 FLAG 1967, wonach derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen hat, eine objektive Erstattungspflicht ohne Rücksicht darauf normiert, ob die Beträge gutgläubig empfangen worden sind oder nicht und ob die Rückgabe eine Härte bedeutet (VwGH 09.06.1978, 1019/77, s. auch Burkert-Hackl-Wohlmann-Reinold, Kommentar zum Familienlastenausgleich, Kommentierung zu § 26 S. 1).

Nach der Judikatur des VwGH kommt es nur auf die objektive Rechtswidrigkeit des Bezugs der Familienleistungen an (vgl. etwa VwGH 10.12.1997, 97/13/0185; VwGH 22.04.1998, 98/13/0067), also auf das bloße Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug (vgl. VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 09.07.2008, 2005/13/0142).

Subjektive Momente, wie Verschulden an der (ursprünglichen oder weiteren) Auszahlung der Familienleistungen, Gutgläubigkeit des Empfangs der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags oder die Verwendung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags, sind nach ständiger Rechtsprechung des VwGH für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich (vgl. etwa VwGH 18.04.2007, 2006/13/0174; VwGH 22.04.2009, 2008/15/0323; VwGH 19.12.2013, 2012/16/0047; VwGH 24.06.2009, 2007/15/0162). Entscheidend ist somit lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat.

Nach ständiger Judikatur des VwGH (vgl. zB VwGH 18.04.2007, 2006/13/0174) besteht die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe auch für irrtümlich

durch das FA erfolgte Auszahlungen (mit Hinweis auf VwGH 25.01.2001, 2000/15/0183, und VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079).

Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich.

VwGH 28.10.2009, 2008/15/0329, führt diesbezüglich aus:

„Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes etwa die hg. Erkenntnisse vom 22. April 2009, 2008/15/0323). Nach der ständigen Rechtsprechung steht es der Rückforderung auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist (vgl. das hg Erkenntnis vom 18. April 2007, 2006/13/0174).“

Das FA hat daher die Familienbeihilfe gemäß § 26 FLAG 1967 grs. zu Recht zurückgefordert. Gleiches gilt gemäß § 33 Abs 3 EStG 1988 für den gemeinsam mit der Familienbeihilfe ausbezahlten Kinderabsetzbetrag. Zu beachten sind allerdings die gesetzlichen Verjährungsfristen (siehe unten).

Zur Behauptung der Unbilligkeit der begehrten Rückforderung ist anzumerken, dass eine Billigkeitsmaßnahme im Sinne des § 236 BAO nicht Gegenstand des beim BFG anhängigen Verfahrens ist (vgl. VwGH 23.09.2005, 2005/15/0080). Über die Gewährung einer Nachsicht, welche ein entsprechendes Ansuchen voraussetzt und im Ermessen des FA liegt, ist von diesem bescheidmäßig abzusprechen.

Billigkeitsüberlegungen sind im Rückforderungsverfahren vom BFG nicht anzustellen (VwGH 20.02.2008, 2006/15/0076; vgl. weiters BFG 14.10.2016, RV/7101355/2016; BFG 24.04.2017, RV/7105636/2015).

Vom Nachsichtsverfahren nach § 236 BAO ist das behördeninterne Verfahren nach § 26 Abs 4 FLAG 1967, welches eine Weisung der Oberbehörde voraussetzt, wonach das FA angewiesen werden kann, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre, zu unterscheiden; diese Maßnahme würde nicht bescheidmäßig erfolgen, sondern dadurch, dass es die Behörde über Weisung unterlässt, einen Rückzahlungsbescheid zu erlassen.

Dazu vertritt das BKA den generellen Standpunkt, diese Bestimmung könne nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur auf Sachverhalte Anwendung finden, in denen eine Rückforderung noch nicht erfolgt sei. Wenn ein Rückforderungsbescheid bereits ergangen sei, sei die Möglichkeit einer Abstandnahme von der Rückforderung im Sinne der Bestimmung des § 26 Abs 4 leg.cit. rechtlich ausgeschlossen.

Somit werden von der Oberbehörde faktisch keine Weisungen im Sinne des § 26 Abs 4 FLAG 1967 erteilt, sobald ein Rückforderungsbescheid ergangen ist.

Ob diese Rechtsansicht zutreffend ist und ob im konkreten Fall die Voraussetzungen dafür vorliegen, kann dahingestellt bleiben, da eine derartige Maßnahme bzw. das Unterlassen einer derartigen Maßnahme nicht Gegenstand vorliegenden Verfahrens ist.

Ob ein Rückforderungsbescheid erlassen wird, liegt nicht im Ermessen des FA, sondern ist ausschließlich die objektive Rechtswidrigkeit des Bezugs der Familienleistungen entscheidend.

Verjährung:

Die Verjährungsvorschriften der BAO einschließlich jener betreffend die absolute Verjährung sind gemäß § 2 iVm § 207 Abs 4 BAO auch auf das Familienbeihilfenverfahren anzuwenden.

Gemäß § 4 Abs 1 BAO entsteht der Abgabensanspruch, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Abgabepflicht knüpft.

Gemäß § 10 Abs 2 FLAG 1967 entsteht der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Beginn des Monats, in dem die Voraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe vorliegen. Korrespondierend dazu entsteht der Anspruch auf Rückforderung ebenfalls mit Beginn des Monats, für das Familienbeihilfe zu Unrecht gewährt wurde.

Nach § 207 Abs 4 BAO verjährt das Recht, den Ersatz zu Unrecht geleisteter oder die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, in fünf Jahren.

In den Fällen des § 207 Abs 4 BAO beginnt nach § 208 Abs 1 lit c BAO die Verjährung mit dem Ablauf des Jahres, in dem die rückzufordernden Beihilfen, Erstattungen, Vergütungen oder Abgeltungen geleistet wurden.

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.

Der Zeitpunkt, ab dem die jeweilige Frist zu laufen beginnt, ist allerdings unterschiedlich (vgl. Lenneis/Csaszar/Wanke, FLAG², § 26, Rz. 40 u Rz. 42).

Gemäß § 33 Abs 1 FinStrG macht sich der Abgabenhinterziehung schuldig, wer vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Abgabenverkürzung bewirkt.

Wie der VwGH 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 23.02.2010, 2007/15/0292; VwGH 28.02.2012, 2008/15/0005; VwGH 27.02.2014, 2012/15/0168):

„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 maßgebenden Hinterziehungskriterien der Straftatbestände sind von der Abgabenbehörde nachzuweisen (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0165; VwGH 22.02.2012, 2009/16/0032; VwGH 26.02.2015, 2011/15/0121).

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 gemäß § 8 Abs 2 FinStrG 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.

Unbestritten ist, dass die Bf ihrer Meldeverpflichtung nach § 25 FLAG 1967 nicht nachgekommen ist. Sie hat zwar den Schulbesuch bzw. Universitätsbesuch ihrer Tochter in Malta/USA gemeldet, nicht aber die Verlegung ihres Mittelpunktes der Lebensinteressen und den ihrer Familie nach Malta/USA.

Dadurch hat sie die Abgabe verkürzt und die objektive Tatseite verwirklicht.

Zu prüfen ist stets auch die subjektive Tatseite. Nicht jede Abgabenverkürzung unter Verletzung der Meldeverpflichtung nach § 25 FLAG 1967 ist eine vorsätzliche Abgabenhinterziehung.

Zu beurteilen ist, ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat, wobei bedingter Vorsatz genügt.

Wie oben ausgeführt, handelte die Bf nicht mit bedingtem Vorsatz, da sie die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes nicht ernstlich für möglich hielt.

Wie das BFG feststellte, hat die Bf die notwendige Sorgfalt außer Acht gelassen und (grob) fahrlässig gehandelt, was die Anwendung der 5-jährigen Verjährungsfrist nach sich zieht.

Die Verjährung beginnt gemäß § 208 Abs 1 lit c BAO mit Ablauf des Jahres, in dem der Abgabeananspruch entstanden ist (vgl. BFG 22.03.2018, RV/7103009/2015). Es kommt auf das Jahr der Entstehung des Abgabeanpruchs an (vgl. Lenneis/Csaszar/Wanke, FLAG², § 26, Rz. 40 u Rz. 42).

Im ggstdl Fall begann die Verjährung der Rückforderung des Jahres 2012 mit Ablauf des Jahres 2017. Der Rückforderungsbescheid wurde im Jahr 2018 erlassen. Die Rückforderung des Jahres 2012 ist daher verjährt.

Die Verjährung der Rückforderung des Jahres 2013 begann mit Ablauf des Jahres 2018. Der Rückforderungsbescheid wurde im Jahr 2018 erlassen. Die Rückforderung des Jahres 2013 ist daher nicht verjährt.

Die Rückforderung umfasst somit den Zeitraum von Jänner 2013 bis September 2017.

Der genaue Rückforderungsbetrag wird einer Mitteilung des Finanzamtes zu entnehmen sein.

Unzulässigkeit der Revision:

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts 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.

Im vorliegenden Fall ist die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängig, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Soweit Rechtsfragen zu beurteilen waren, folgt das Gericht einer existierenden, einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, Tatfragen sind einer Revision nicht zugänglich.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 13. November 2023