

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch R in der Beschwerdesache Bf., Adr., über die Beschwerde vom 09.12.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 2/20/21/22 vom 05.11.2015 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen, und zwar für folgende Kinder und Zeiträume

G: Juli 2008-Aug. 2012

A: März 2010-Aug. 2012

S: Juli 2011-Aug. 2012

Ra: Juli 2008-Aug. 2012

L: Sep. 2007-Aug. 2012

zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird im Umfang der Beschwerdevorentscheidung Folge gegeben.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.) ist österreichischer Staatsbürger und Vater u.a. der Kinder A, geb. 2009, L, geb. 2001, Ra, geb. 1999, S, geb. 1996 und G, geb. 1995.

Er ist laut Versicherungsdatenauszug seit 01.05.2004 an der Schule beschäftigt.

Laut Aktenlage wurde am 28.08.2012 die Übersiedlung ins Ausland bekanntgegeben.

Die Auszahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen wurde daher mit August 2012 eingestellt.

Im Jahr 2015 erlangte das Finanzamt vom Umstand Kenntnis, dass zumindest die schulpflichtigen Kinder schon früher Österreich verlassen hätten und dass A nicht beim Bf., sondern beim Großvater gemeldet war.

Der Bf. wurde mit Ergänzungsersuchen vom 28.09.2015 aufgefordert, Zeugnisse und Geburtsurkunden vorzulegen. Diesem Ersuchen ist der Bf. nicht nachgekommen.

Laut Auskunft des Stadtschulrates Wien vom 06.10.2015 haben die schulpflichtigen Kinder ihre Schulpflicht nicht zur Gänze erfüllt bzw. vorzeitig die Schule verlassen. Bezuglich des Kindes L wurde festgestellt, dass obwohl ein Schulbesuch in Wien 2, Große Mohrengasse 16 dem Stadtschulrat angezeigt worden war, das Kind tatsächlich nie in Österreich eine Schule besucht hat.

Mit Bescheid vom 05.11.2015 forderte daher das Finanzamt die Beihilfe für
G von Juli 2008 bis August 2012,
A von März 2010 bis August 2012,
S von Juli 2011 bis August 2012,
Ra von Juli 2008 bis August 2012 und
für L von September 2007 bis August 2012 zurück.

Hinsichtlich einer allfälligen Verjährung führte das Finanzamt folgendes aus:

Das Finanzamt hat festgestellt, dass für obengenannte Kinder die Familienbeihilfe bezogen wurde, obwohl die Voraussetzungen nach § 5 Abs. 3 für oben angeführte Zeiträume nicht mehr vorliegen.

Da die Familienbeihilfe für diese Zeiträume vorsätzlich, unter Verletzung der sich aus § 25 FLAG ergebenden Verpflichtung zu Unrecht bezogen wurde, ist für die siebenjährige Verjährungsfrist gemäß § 207 Absatz 4 letzter Satz iVm § 207 Abs. 2 BAO anwendbar.

Sie haben bei Antragstellung unterschrieben, dass Sie die angeführten Angaben nach bestem Wissen und Gewissen richtig und vollständig gemacht haben und dass Sie zur Kenntnis nehmen, dass Sie sämtliche Änderungen Ihrer Angaben binnen einem Monat den Finanzamt melden müssen.

Sie haben es versäumt den Wegfall der Voraussetzungen für den gerechtfertigten Bezug der Familienbeihilfe dem Finanzamt anzugeben.

Hinsichtlich der von der Rückforderung betroffenen Kinder G, Ra, S und L führte das Finanzamt aus:

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

Das Kind hat laut ha. aufliegenden Unterlagen im obigen Zeitraum trotz Schulpflicht die Schule nicht besucht.

Es wurden auch die laut Ergänzungsersuchen vom 28.9.15 abverlangten Schulzeugnisse nicht vorgelegt, daher kann ein Inlandsaufenthalt der Kinder nicht angenommen werden.

Bezüglich A verwies das Finanzamt darauf, dass gem. § 2 die Familienbeihilfe demjenigen zustehe, in dessen Haushalt das Kind lebt.

In der Beschwerde vom 8.12.2015 brachte der Bf. folgendes vor:

Zu meinem Sohn S: S hat im strittigen Zeitraum in Österreich die Schule

besucht. Als Beleg dafür lege ich die Schulbesuchsbestätigung der Fachschule vor. Der Aufenthalt im Inland ist als erwiesen anzunehmen und der Familienbeihilfenanspruch bestand daher.

Zu meinem Sohn A: A hat im strittigen Zeitraum ständig mit mir im gemeinsamen Haushalt gelebt. Und ich habe auch für den Unterhalt meines Sohnes gesorgt.

Die Meldung in der K.gasse beruht auf einen Meldefehler. Leider habe ich wohl irrtümlich die falsche Adresse ausgefüllt. Ich selber bin in der K.gasse aufgewachsen und entstand der Irrtum anscheinend aus Gewohnheit.

A hat in der fraglichen Zeit wie gesagt ständig bei mir im gemeinsamen Haushalt gelebt. Andernfalls hätte ja auch mein Vater als Großvater Anspruch auf Familienbeihilfe gehabt und diese auch beantragt.

Zu meinem Sohn L bringe ich vor dass dieser ebenfalls bis Juli 2008 die Schule in Wien besucht hat. Die Zeugnisse sind leider nicht mehr auffindbar.

Ich habe jedoch bei der WGKK um eine Auflistung der Arztbesuche ersucht, um einen Nachweis für einen Inlandsaufenthalt zu erbringen. Die WGKK wird uns diese zuschicken. Gleich nach Erhalt werden wir Ihnen diesen nachreichen.

Zu G, Ra und L bringe ich weiteres vor, dass diese ab September 2008 Schulen in Israel besucht haben. Das Schuljahr in Israel beginnt, wie auch hier in Österreich, erst im September. Dabei war dieser Aufenthalt als bloß vorübergehender Aufenthalt zum Zweck des Schulbesuches angelegt. Sie hielten sich in dieser Zeit notwendigerweise während des Schulbesuches dort auf. Da die Kinder sehr regelmäßig in Österreich waren und hier der Familienwohnsitz war, gehe ich davon aus, dass der Aufenthalt in Israel aufgrund der zahlreichen und längeren Aufenthalte in Wien nicht als ständiger Aufenthalt im Ausland zu werten ist und daher der Anspruch auf Familienbeihilfe bestand.

Zur Anwendung der 10 jährigen Verjährungsfrist wendete der Bf. ein, dass er eine allfällige Verletzung einer Meldepflicht hinsichtlich bezugsschädlicher Tatsachen nicht vorsätzlich begangen habe. Seine Auffassung, der Schulbesuch der Kinder in Israel ändere nichts an seinem Beihilfenanspruch für diese, beruhe auf einem Irrtum. Dieser gründe sich auf die jahrelange Praxis der belangten Behörde, wonach "bis vor wenigen Jahren" der Besuch von, zumeist religiösen, Schulen in Israel nicht als beihilfenschädlich erachtet wurde.

Der Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 9.3.2017 teilweise Folge gegeben.

Die Rückforderung für G und Ra wurde um die Familienbeihilfe für Juli und August 2008 verringert, für S um die FB für Juli 2011 bis August 2012. Der Beschwerde jener betreffend A wurde zur Gänze stattgegeben.

Am 07.04.2017 wurde ein Vorlageantrag gestellt.

Darin brachte der Bf. vor, er habe immer nach besten Wissen und Gewissen gehandelt. Das sei auch der Grund gewesen, dass er die Kinder beim permanenten Wegzug selber und ohne jegliche Aufforderung abgemeldet habe. Er habe gehofft, dass dass die Rückforderung dadurch zu meist 5 Jahre betrage, und nicht 10 Jahre.

Er habe leider viele persönliche Probleme, arbeite als Lehrer ganztags, zahle seine Steuern pünktlich, habe Sorgepflicht für seine Kinder. Eine derartige Belastung seit für ihn nicht tragbar.

Die Forderung für den restlichen Betrag, welche er auch immer mit gutem Glauben entgegen genommen habe, sei viel zu groß für ihn und ersuche um die Möglichkeit einer Ratenzahlung.

Folgende dem Bundesfinanzgericht vorliegend Unterlagen sind entscheidungsrelevant:

- Meldebestätigungen der Kinder
- Schulbesuchsbestätigung für S für das Schuljahr 2011/2012
- Bestätigung der zuständigen Volksschuldirektorin, dass L die Schule nicht besuchte
- Bestätigungen des Stadtschulrates bezügl. Schulbesuch bis zum Schuljahr 2007/2008 von G und Ra

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Das Bundesfinanzgericht geht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Kinder des Bf. G, Ra, S, A und L waren bis inklusive 20.8.2012 in Österreich an der gleichen Adresse wie der Bf. gemeldet. Danach sind sie in die USA verzogen.

L hat in Österreich keine Schule besucht.

G und Ra haben im Rückforderungszeitraum bis Ende des Schuljahres 2007/2008 die Schule Österreich besucht.

S hat im Schuljahr 2011/2012 die Schule in Österreich besucht.

A wurde am 2009 geboren, war im Rückforderungszeitraum noch nicht schulpflichtig und lebte im gemeinsamen Haushalt mit dem Bf..

Zur Frage der Verjährung ist folgendes auszuführen;

Gemäß § 207 Abs. 2 BAO beträgt die Verjährungsfrist bei den Verbrauchsteuern, bei den festen Stempelgebühren nach dem II. Abschnitt des Gebührengesetzes 1957, weiters bei den Gebühren gemäß § 17a des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1953 und 24a 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.

Gemäß § 207 Abs. 4 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.

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

Der Bf. bestreitet, dass die Beihilfe für Zeiträume, die länger als fünf Jahre vom Jahr der Bescheiderlassung (2015) an zurückliegen, somit für die Jahre 2007, 2008 und 2009 rückgefordert werden könne, da kein Vorsatz vorgelegen sei. Zwar habe er objektiv die Meldepflicht, hinsichtlich des Umstandes, dass L, G und Ra nicht die Schule in Österreich verletzt, doch sei ihm daraus kein Vorwurf zu machen. Der Irrtum beruhte auf der Praxis der belangten Behörde bis "vor wenigen Jahren", den Schulbesuch in Israel nicht als beihilfenschädlich zu erachten.

Diese Behauptung ist nach Auffassung des Bundesfinanzgerichtes als reine Schutzbehauptung zu werten,. Eine solche Praxis, auf die sich der Bf. beruft, ist gänzlich ausgeschlossen. Zur Begründung sei auf die Entscheidung des unabhängigen Finanzsenates 5.5.2011, RV/1494-W/05 verwiesen, in der über die Berufung (Beschwerde) vom gegen einen Bescheid der belangten Behörde vom **16.3.2004** entschieden wurde (hinsichtlich der gleichen Rechtsfrage).

Ein den Vorsatz ausschließender entschuldbarer Irrtum liegt somit nicht vor. Der Bf. hat seine Meldepflicht verletzt und damit in Kauf genommen, dass er die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge unrechtmäßig bezieht.

Die Anwendung der 10-jährigen Verjährungsfrist für die Rückforderung war daher rechtmäßig (siehe auch BFG vom 3.11.2106, RV/7100224/2016 und vom 7.5.2013, RV/3247-W/2012).

Der Bf. bestreitet im Vorlageantrag nicht die von der belangten Behörde festgestellten Tatsachen, sondern wendet sich nur gegen die Anwendung der 10-jährigen Verjährungsfrist.

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass es Sache des Abgabepflichtigen ist, sich im Vorlageantrag mit dem Ergebnis von in der Berufungsvorentscheidung

inhaltlich mitgeteilten Ermittlungen auseinander zu setzen und die daraus gewonnenen Feststellungen zu widerlegen. Mit einer Beschwerdevorentscheidung wird dem Abgabepflichten Gelegenheit geboten, zu entscheidenden Sachverhaltsfeststellungen Stellung zu nehmen, weil eine Beschwerdevorentscheidung wie ein Vorhalt der Abgabenbehörde wirkt. Hat das Finanzamt in der Begründung der Beschwerdevorentscheidung das Ergebnis der behördlichen Ermittlungen dargelegt, dann ist es Sache der Partei, sich im Vorlageantrag mit dem Ergebnis dieser Ermittlungen auseinanderzusetzen und die daraus gewonnenen Feststellungen zu widerlegen (vgl. für viele etwa VwGH 26. 11. 2002, 99/15/0165 zu Berufungsvorentscheidungen).

Der daher als gegeben angenommene Sachverhalt ist rechtlich wie folgt zu würdigen:

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 in der für den Berufungsfall geltenden Fassung haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet werden.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 (geltende Rechtslage bis 31.12.2005) haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben **und** sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 idGf. BGBI. I Nr. 142/2000 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Soweit allerdings bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist § 5 Abs. 4 leg.cit. in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI. Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist (§ 50g Abs. 2 FLAG 1967).

Nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 in seiner Fassung vor dem Bundesgesetz BGBI. Nr. 201/1996 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, es sei denn, dass die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist.

Da zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel ein entsprechendes Abkommen besteht, ist im Berufungsfall § 5 Abs. 4 id zuletzt genannten Fassung (BGBI.297/95) weiter anzuwenden und Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach den jeweils geltenden Bestimmungen des zwischenstaatlichen Abkommens.

Nach Art. 19 dieses Abkommens über soziale Sicherheit zwischen Österreich und dem Staat Israel vom 1.1.1995 zahlt die Familienbeihilfe jener Staat, in dessen Gebiet sich das Kind ständig aufhält.

Der ständige Aufenthalt 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 körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, 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. Wenn sich die Kinder des Bw. seit Jahren während des Schuljahres in Israel aufgehalten haben, wäre auch das Verbringen der Ferien im Bundesgebiet als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt in Israel nicht unterbrochen wird.

Da die Kinder L, G und Ra im Rückforderungszeitraum ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Israel hatten, erfolgte die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge zu Recht.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. § 26 leg. cit. gilt gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag.

Soweit das Vorbringen des Bf. auf die Gewährung einer Nachsicht oder einer Ratenzahlung abzielt, ist anzumerken, dass die Bewilligung einer Nachsicht iSd § 236 BAO (ebenso wie eine Abstandnahme von der Rückforderung nach § 26 Abs.4 FLAG 1967) nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind. Diesbezüglich möge sich der Bf. an die belangte Behörde wenden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer 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.

Die Entscheidung folgt der dargestellten ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum gewöhnlichen Aufenthalt allgemein und zu Auslandsaufenthalten von Kindern, sodass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, die einer Klärung durch den Verwaltungsgerichtshof bedürfte, nicht vorliegt.

Wien, am 29. Jänner 2018