



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der E****_B****, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum von Juli 2009 bis Juni 2012 entschieden:

Der Berufung wird hinsichtlich des Zeitraums von Juli bis September 2009 Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit aufgehoben.

Im Übrigen, somit hinsichtlich des Zeitraums von Oktober 2009 bis Juni 2012 wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt insoweit unverändert.

Rückforderungsbetrag: Familienbeihilfe € 6.381,80, Kinderabsetzbetrag € 1.927,20, gesamt daher: **€ 8.309,00.**

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin bezog für ihre im Jahr 1990 geborene Tochter O**** (idF auch nur kurz: Tochter) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag.

Die Berufungswerberin und ihre Tochter sind österreichische Staatsbürger, die Berufungswerberin hat ihren Hauptwohnsitz in Wien.

Im Juni 2009 schloss die Tochter die Schule mit Matura ab.

In den Monaten August und September 2009 war die Tochter bei der AB**** GmbH beschäftigt, wobei sie ein steuerpflichtiges Einkommen von € 1.777,44 bezog.

Im Oktober 2009 begann die Tochter in Israel ein Studium an der A**** Universität, welches sie im August 2012 erfolgreich abschloss.

Mit Bescheid vom 13.11.2012 forderte das Finanzamt für den Zeitraum von Juli 2009 bis Juni 2012 Familienbeihilfe von € 7.110,80 und Kinderabsetzbetrag von € 2.102,40, sohin in Summe den Betrag von € 9.213,20 als zu Unrecht bezogen zurück.

Zur Begründung führte das Finanzamt in diesem Bescheid sowie in einer im Laufe des weiteren Verfahrens ergangenen abweisenden Berufungsvorentscheidung zusammengefasst aus, gemäß § 5 Abs 3 FLAG bestehe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Hielten sich Kinder während des Schuljahres im Ausland auf, wäre das Verbringen der Ferien im Inland nur als vorübergehende Anwesenheit zu beurteilen, der ständige Aufenthalt im Ausland werde dadurch nicht unterbrochen.

Mit der Neufassung des Kapitels 5 des Abkommens zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel orientiere sich der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht mehr am Elternteil, sondern am „Wohnland“ des Kindes. Dieses sei stets für die Zahlung der Familienbeihilfe zuständig. Da nach den Bestimmungen des Abkommens somit die Zahlung der Familienbeihilfe stets durch jenen Vertragsstaat zu erfolgen habe, in dem sich die Kinder ständig aufhielten, habe für den Rückforderungszeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden. Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits in mehreren Erkenntnissen den Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder verneint, die sich länger als sechs Monate in einem Drittstaat aufhielten und dort die Schule besuchten oder studierten.

Da die Tochter im Zeitraum 2009 bis 2012 ein Studium in Israel betrieben habe, sei von einem ständigen Aufenthalt in einem Drittstaat auszugehen.

In der Berufung und im Vorlageantrag bringt die Berufungswerberin zusammengefasst vor, ihre Tochter O**** habe ihr Studium im Oktober 2009 begonnen und im August 2012 ihre letzte Prüfung mit Auszeichnung abgelegt. Ihre Tochter sei temporär von Österreich nach Israel gegangen, weil ihr dort die wunderbare Möglichkeit gewährt worden sei, das Studium ihrer Wahl (B.A.) innerhalb von drei Jahren mit einer Auslandserfahrung zu beenden.

Die Berufungswerberin habe den Studienerfolg bzw den Bescheid über die Noten der Tochter regelmäßig dem Finanzamt gegenüber nachgewiesen, damit das Finanzamt sicherstellen könne, dass sie die Familienbeihilfe nicht zu Unrecht beziehe. Ihre Tochter sei immer noch in Österreich gemeldet und sei in Israel nicht ansässig (sie besitze ein Studentenvisum) und

habe daher in Israel auch keinen Anspruch auf Beihilfen jeglicher Art. Ihr sei vom Finanzamt im Zuge einer telefonischen Anfrage nach Erhalt der Berufungsvorentscheidung mitgeteilt worden, laut einer neuen Judikatur hätten österreichische Staatsbürger, die in Drittstaaten wie zB Israel studierten, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Sollte dies wirklich so sein, so verstehe sie nicht, wieso dies ihre Tochter betreffen sollte, da diese in den Jahren 2009 bis 2012 studiert habe. In diesen Jahren sei diese Judikatur noch nicht aktuell gewesen. Wäre sie über die genannte Rechtssituation in Kenntnis gesetzt worden, hätte sie für ihre Tochter O**** nicht Familienbeihilfe beantragt. Sollte hingegen das Gesetz rückwirkend geändert worden sein, verstehe sie nicht, weshalb sie als österreichische Staatsbürgerin nicht darüber informiert worden sei. Sie habe nämlich jedes Jahr konsequent alle Dokumente vorgelegt, damit für das Finanzamt ersichtlich sei, dass ihre Tochter studiere. In den Jahren 2009 bis 2012 habe sie von Seiten des Finanzamtes nie eine Nachricht über die Einstellung der Familienbeihilfe empfangen, daher sei sie davon ausgegangen, dass sie ihren Pflichten ordnungsgemäß nachgekommen sei. Sie sei nicht der Meinung, dass sie die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen habe. Denn sie habe alles entsprechend den Kriterien getan und ihre Tochter habe in Israel kein Kindergeld bezogen, da sie gar keinen Anspruch habe, weil sie nur österreichische Staatsbürgerin sei. Sie empfinde es als absurd, dass nach drei Jahren Bezug der Familienbeihilfe die Rückzahlung des Betrages verlangt werde. Man hätte sie im ersten Jahr, als sie die Verlängerung beantragt habe, darauf aufmerksam machen sollen, damit es zu keinen sogenannten Fehlern komme. Sie könne der verlangten Rückzahlung von über € 9.000 „nicht standhalten“, weil sie zwei weitere Kinder habe, für die sie und ihr Ehegatte Unterhalt leisteten. Sie wolle weiters erwähnen, dass sie für ihre beiden anderen Töchter S**** und C**** keine Familienbeihilfe mehr beziehe, obwohl dies ihr Recht wäre und die Familienbeihilfe auch ausschlaggebend für den Unterhalt der Töchter sei, da sie aufgrund der „immensen, bürokratischen und gesundheitsraubenden Zusammenarbeit mit dem Finanzamt“ darauf verzichten werde müssen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 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 § 33 Abs 3 Einkommensteuergesetz (EStG) steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des FLAG Familien gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der

Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 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 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl Nr 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist (§ 50g Abs 2 FLAG).

Nach § 5 Abs 4 FLAG idF vor dem Bundesgesetz BGBl 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.

Zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel besteht ein entsprechendes Abkommen. Es ist daher im Berufungsfall § 5 Abs 4 in der zuletzt genannten Fassung weiter anzuwenden und Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach den jeweils geltenden Bestimmungen des zwischenstaatlichen Abkommens.

Das Abkommen über soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel, BGBl Nr 6/1975, in Kraft getreten mit 1. Jänner 1975, lautete (hinsichtlich der für Familienleistungen relevanten Teile):

"Artikel 2

(1) Dieses Abkommen bezieht sich

- 1. in Österreich auf die Rechtsvorschriften über
e) die Familienbeihilfe;*

Kapitel 5 Familienbeihilfen

Artikel 19

Hängt nach den Rechtsvorschriften eines Vertragsstaates der Anspruch auf Familienbeihilfen davon ab, dass die Kinder, für die Familienbeihilfen vorgesehen sind, im Gebiet dieses Vertragsstaates ihren Wohnsitz oder ihren Aufenthalt haben, so werden die Kinder, die sich im Gebiet des anderen Vertragsstaates aufhalten, so berücksichtigt, als hielten sie sich ständig im Gebiet des ersten Vertragsstaates auf.

Artikel 20

(1) Personen, die im Gebiet eines Vertragsstaates ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und im Gebiet des anderen Vertragsstaates eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben, haben Anspruch auf Familienbeihilfen nach den Rechtsvorschriften dieses Vertragsstaates, als ob sie in dessen Gebiet ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt hätten.

Artikel 22

Kinder im Sinne dieses Kapitels sind Personen, für die nach den anzuwendenden Rechtsvorschriften Familienbeihilfen vorgesehen sind."

Mit dem gemäß Art II Abs 2 mit 1.3.2002 in Kraft getretenen Zusatzabkommen zum Abkommen zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel über soziale Sicherheit, BGBl III Nr 30/2002, ausgegeben am 28. Februar 2002, wurden hinsichtlich Familienbeihilfe folgende Änderung und Ergänzung des bereits geschlossenen Abkommens idF BGBl Nr 6/1975 vereinbart:

"Kapitel 5 Familienbeihilfen

Artikel 19

Die Familienbeihilfen sind von jenem Vertragsstaat nach dessen Rechtsvorschriften zu zahlen, in dessen Gebiet sich das Kind ständig aufhält.

Artikel 20

Besteht nach den Rechtsvorschriften beider Vertragsstaaten Anspruch auf Familienbeihilfen, so sind die Familienbeihilfen von jenem Vertragsstaat zu zahlen, in dem sich das Kind aufhält.

Artikel 21

Hält sich eine Person gewöhnlich in Österreich auf und ist sie in Israel erwerbstätig, so ist sie in bezug auf den Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe so zu behandeln, als hätte sie ihren ausschließlichen Wohnsitz in Österreich."

Den Erläuterungen zum Zusatzabkommen ist Folgendes zu entnehmen:

"Allgemeiner Teil, Punkt 2. Zusatzabkommen im Allgemeinen:

Das Abkommen mit Israel ist am 1. Jänner 1975 in Kraft getreten. In der Folge sind im innerstaatlichen und zwischenstaatlichen Bereich Rechtsänderungen eingetreten, die eine Anpassung des Abkommens erforderlich machen. ...

Im Bereich der Familienbeihilfen wird das Wohnlandprinzip eingeführt, nach dem sich der Familienbeihilfenanspruch nicht mehr wie nach dem geltenden Abkommen am Elternteil orientiert und auch für Kinder im anderen Vertragsstaat zustehen kann, sondern für die Zahlung der Familienbeihilfe stets das Wohnland des Kindes zuständig ist. Die bisher auch die Familienbeihilfen betreffende Gleichstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen ist auch weiterhin vorgesehen.

Zu Art I Z 17:

Mit der Neufassung des Kapitels 5 (Art 19 bis 21) des Abkommens wird im Bereich der Familienbeihilfen anstelle des Beschäftigungsstaatsprinzips das Wohnlandprinzip eingeführt. Im Einzelnen ist zu diesen neuen Bestimmungen Folgendes zu bemerken:

- Art 19 legt die Familienbeihilfenzahlung durch jenen Vertragsstaat fest, in dem sich das Kind ständig aufhält, und bildet damit die Grundnorm für das Wohnlandprinzip.*
- Art 20 stellt eine Kollisionsnorm für den Fall eines Familienbeihilfenanspruchs in beiden Vertragsstaaten dar, und sieht auch in diesen Fällen die Familienbeihilfenzahlung durch jenen Vertragsstaat vor, in dem sich das Kind ständig aufhält.*

- Art 21 beinhaltet eine Wohnsitzfiktion für Österreich, die auf Grund der österreichischen Rechtsvorschriften für eine Gewährung der österreichischen Familienbeihilfe an vorübergehend in Israel beschäftigte Personen für ihre im Bundesgebiet lebenden Kinder erforderlich ist."

Gemäß dem im Streitfall anzuwendenden § 5 Abs 4 FLAG (idF vor BGBl Nr 201/1996) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, Anspruch auf Familienbeihilfe "soweit die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist", dh nach den jeweils geltenden Bestimmungen des zwischenstaatlichen Abkommens.

Mit der Neufassung des Kapitels 5 des Abkommens zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel orientiert sich der Familienbeihilfenanspruch ab März 2002 nicht mehr, wie nach den vorher geltenden Bestimmungen des Abkommens am Elternteil, sondern für die Zahlung der Familienbeihilfe ist stets das "Wohnland" des Kindes zuständig.

Art 19 des genannten Zusatzabkommens legt die Familienbeihilfenzahlung durch jenen Vertragsstaat fest, in dem sich das Kind ständig aufhält und bildet damit die Grundnorm für das Wohnlandprinzip. Zusätzlich sieht Art 20 für den Fall eines Familienbeihilfenanspruchs in beiden Vertragsstaaten die Familienbeihilfenzahlung ebenfalls durch jenen Vertragsstaat vor, in dem sich das Kind ständig aufhält.

Damit ist im Streitfall allein entscheidend, in welchem der Vertragsstaaten sich die Tochter der Berufungswerberin ständig aufhielt. (Die nach dem Zusatzabkommen weiterhin vorgesehene Gleichstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen ist für den Streitfall ohne Bedeutung, weil die Berufungswerberin und ihre Tochter österreichische Staatsbürger sind.)

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt iSd FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen. 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.

Nicht der Wohnsitz, sondern, der ständige (gewöhnliche) Aufenthalt ist daher maßgeblich. Denn eine Person kann zwar mehrere Wohnsitze, aber nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. 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).

Die Berufungswerberin bringt vor, der Aufenthalt der Tochter in Israel sei temporär (gewesen), weil diese nach wie vor in der Wohnung der Berufungswerberin gemeldet sei. Die Tochter habe auch nur über ein Studentenvisum in Israel verfügt.

Ein bloß temporärer Aufenthalt liegt im Streitfall allerdings nicht vor.

Denn die Tochter studierte von Oktober 2009 bis August 2012 in Israel und hielt sich in dieser Zeit durchgehend dort auf. Aufenthalte der Tochter in Österreich in diesem Zeitraum wurden nicht behauptet.

Ein durchgehender Aufenthalt von 33 Monaten in Israel ist jedoch nicht nur als vorübergehendes Verweilen zu qualifizieren. Vielmehr handelt es sich insoweit um einen ständigen Aufenthalt.

Aufgrund dieses ständigen Aufenthaltes in Israel bestand daher für die Tochter kein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich.

Darauf, ob die Tochter in Israel einen entsprechenden Studienerfolg erreicht hat, kommt es im Übrigen nicht an.

Anders als von der Berufungswerberin im Vorlageantrag vermutet, bestand diese Rechtslage bereits seit dem Jahr 2002, die Auszahlung der Familienbeihilfe erfolgte daher vom Beginn des Streitzeitraumes an zu Unrecht.

Wenn die Berufungswerberin sich darauf beruft, dass sie das Finanzamt regelmäßig über den Studienfortgang der Tochter in Israel informiert habe und dieses die Berufungswerberin daher hätte darauf hinweisen könne, dass die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe nicht erfüllt waren, so ist dem entgegenzuhalten:

Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH schützt der Grundsatz von Treu und Glauben nicht ganz allgemein das Vertrauen des Abgabepflichtigen auf die Rechtsbeständigkeit einer allenfalls auch unrichtigen abgabenrechtlichen Beurteilung für die Vergangenheit. Die Behörde ist vielmehr verpflichtet, von einer als gesetzwidrig erkannten Verwaltungsübung abzugehen. Der Grundsatz von Treu und Glauben zeitigt nur insoweit Auswirkungen, als das Gesetz der Vollziehung einen Vollzugsspielraum einräumt (VwGH 16.11.2006, 2002/14/0007).

Gemäß § 26 Abs 1 FLAG hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des FLAG anzuwenden (§ 33 Abs 3 EStG).

§ 26 Abs 1 FLAG normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Diese Verpflichtung zur Rückerstattung ist von subjektiven Momenten unabhängig. 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. Ebenso steht es der Rückforderung nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist (VwGH 28.10.2009, 2008/15/0329 mwN).

Es kommt somit nicht darauf an, ob das Finanzamt die Berufungswerberin darauf hätte aufmerksam machen können, dass bei einem Aufenthalt der Tochter in Israel kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben war.

Soweit das Vorbringen der Berufungswerberin auf die Gewährung einer Nachsicht abzielt, ist anzumerken, dass die Bewilligung einer Nachsicht iSd § 236 BAO (ebenso wie eine Abstandnahme von der Rückforderung nach § 26 Abs 4 FLAG oder die Bewilligung von Zahlungserleichterungen) nicht Gegenstand des Verfahrens waren.

Die Berufung ist jedoch insoweit berechtigt, als das Finanzamt die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag bereits für ab dem Monat Juli 2009 zurückgefordert hat. Denn die Tochter begann ihr Studium erst in Israel erst im Monat Oktober 2009. Für den Zeitraum von Juli bis September 2009 standen daher die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag gemäß § 2 Abs 1 lit d FLAG (in der im Jahr 2009 anzuwendenden Fassung) zu.

Berechnung:

Rückforderung bisher:

<u>Art</u>	<u>Zeitraum:</u>	<u>Monate</u>	<u>Betrag</u>	<u>Summe</u>
FB	7/2009-7/2009	1	165,90	165,90
FB	8/2009-8/2009	1	187,70	187,70
FB	9/2009-9/2009	1	375,40	375,40
FB	10/2009-8/2010	11	187,70	2.064,70
FB	9/2010-9/2010	1	375,40	375,40
FB	10/2010-6/2012	21	187,70	3.941,70
KAB	7/2009-6/2012	36	58,40	2.102,40
Gesamt				9.213,20

Rückforderung neu:

<u>Art</u>	<u>Zeitraum:</u>	<u>Monate</u>	<u>Betrag</u>	<u>Summe</u>
FB	10/2009-8/2010	11	187,70	2.064,70
FB	9/2010-9/2010	1	375,40	375,40
FB	10/2010-6/2012	21	187,70	3.941,70
KAB	10/2009-6/2012	33	58,40	1.927,20
Gesamt				8.309,00

Die Berufung erweist sich somit für den Zeitraum von Juli bis September 2009 als berechtigt, im Übrigen als unbegründet. Der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 289 Abs 2 BAO für den Zeitraum von Juli bis September 2009 abzuändern, im Übrigen war die Berufung abzuweisen.

Wien, am 10. September 2013