

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch Dr. Klaus Plätzer, 5020 Salzburg, Hellbrunner Straße 5, vom 26. Februar 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 25. Jänner 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 Abs. 1 BAO hinsichtlich eines Bescheides betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum August 2008 bis April 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Schriftsatz vom 6. Oktober 2009 stellte der Rechtsvertreter des Berufungswerbers (Bw) einen Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens gem. § 303 ff BAO betreffend den Bescheid über die Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Beträgen betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die minderjährige Tochter für den Zeitraum von August 2008 bis April 2009 und führte begründend aus: Der Bw befindet sich seit 19. November 2007 in einem von der Regionalen Arbeitsstiftung für das Bundesland Salzburg unterstützten Ausbildungsverhältnis mit der Fa. A . Am 14. November 2007 sei zwischen dem Einschreiter, der Regionalen Arbeitsstiftung und der Fa. A eine Schulungsvereinbarung abgeschlossen worden. Ziel dieses Ausbildungsverhältnisses sei ein Abschluss als Bürokaufmann (mit LAP). Der Einschreiter sei 40 Stunden bei der genannten Firma beschäftigt und habe auch die vorgeschriebenen Blockveranstaltungen beim Berufsförderungsinstitut ordnungsgemäß besucht. In diesen Tagen finde die Abschlussprüfung für die jeweiligen Fächer bei der

Wirtschaftskammer Salzburg statt. Sohin lägen die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages vor. Er stelle daher den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend den Rückforderungsbescheid und dessen Aufhebung. In eventu beantrage er die Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen vorzunehmen, sollte festgestellt werden, dass die Voraussetzungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens auf Antrag der Partei nicht vorlägen. Dem Antrag beigelegt waren die Schulungsvereinbarung vom 14. November 2007, der Bescheid der Wirtschaftskammer Salzburg vom 10. August 2009 und eine Bestätigung des BfI vom 1. Oktober 2009.

Mit Bescheid vom 20. November 2009 erließ das Finanzamt einen Mängelbehebungsauftrag. In der Mängelbehebung vom 16. Dezember 2009 wurde ua zu den Umständen, auf welche der Antrag gestützt werde, Folgendes ausgeführt: Der Einschreiter sei in der Zeit vom 19. November 2007 bis 31. August 2009 in einem Schulungsverhältnis mit der Fa. A gewesen. Direkt im Anschluss habe der Einschreiter die Abschlussprüfung absolviert. Er sollte in diesem Unternehmen als Bürokaufmann mit LAP im Ausmaß von durchschnittlich 40 Wochenstunden berufspraktisch trainiert werden. Im Übrigen habe der Einschreiter die dazugehörigen Blockveranstaltungen beim Berufsförderungsinstitut absolviert. Diese Schulungsvereinbarung sei als Lehrveranstaltung mit abschließender Lehrabschlussprüfung anzusehen. Der Einschreiter sei zur Lehrveranstaltungsprüfung im Lehrberuf Bürokauffrau zugelassen worden und habe diese Prüfungen absolviert. Jedoch seien nicht alle Prüfungen positiv absolviert worden, weshalb im Jahr 2010 noch Prüfungen zu machen seien. Nach der ständigen Rechtsprechung des OGH sei das Lehrverhältnis trotz seines Ausbildungszweckes als Dienstverhältnis zu qualifizieren (4 Ob 97/72, 5 Ob 308/77). Entgegen den Ausführungen der Behörde sei der Einschreiter im Zeitraum zwischen August 2008 und April 2009 unselbständig erwerbstätig gewesen. Inzwischen habe er ein Unternehmen gegründet und sei seit 1. November 2009 selbständig im Baugewerbe erwerbstätig. Die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages im genannten Zeitraum sei daher nicht rechtmäßig.

Bezüglich der Rechtzeitigkeit des Antrages wurde ausgeführt, der Bw habe seine Unterlagen, insbesondere die Schulungsvereinbarung dem Finanzamt per Post übermittelt. Erst einige Wochen vor Antragstellung zur Wiederaufnahme sei dem Bw bzw. dessen Rechtsvertreter zur Kenntnis gebracht worden, dass diese Unterlagen beim Finanzamt nicht eingelangt bzw. nicht auffindbar wären. Die tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere die Lehrausbildung des Bw, seien in die Beurteilung des nunmehr bekämpften Bescheides nicht eingeflossen. Der Wiederaufnahmeantrag sei rechtzeitig, da der Einschreiter erst Ende August 2009 nach Rücksprache mit seinem Rechtsvertreter über die tatsächliche Tragweite des Rückforderungsbescheides Kenntnis erlangt habe. Vor diesem Zeitpunkt habe er keine

Kenntnis davon gehabt, dass seine Unterlagen bei der Behörde nicht berücksichtigt worden seien. Der Einschreiter sei ukrainischer Staatsbürger und seine Deutschkenntnisse seien sehr mangelhaft. Die Unterlagen über das Ausbildungs- bzw. Lehrverhältnis seien als Tatsachen anzusehen und habe der Bw bzw. sein Rechtsvertreter erst Ende August 2009 in Erfahrung gebracht bzw. sei neu hervorgekommen, dass dem Finanzamt die Unterlagen nicht zugegangen seien bzw. nicht zuordenbar gewesen seien. Die Frist zur Wiederaufnahme des Verfahrens sei somit noch nicht abgelaufen.

Schließlich wurde zum fehlenden groben Verschulden an der Nichtgeltendmachung im abgeschlossenen Verfahren vorgebracht, dass der Einschreiter bereits vor Erlassung des Rückforderungsbescheides nach telefonischer Absprache mit einer Sachbearbeiterin der Behörde die Bestätigung über das Vorliegen eines Lehrverhältnisses dem Finanzamt auf dem Postweg übermittelt habe. Denkbar sei, dass diese Unterlagen bei der Behörde nicht eingelangt seien bzw. dort nicht zuordenbar gewesen seien. Aus all den Erläuterungen gehe hervor, dass den Einschreiter kein grobes Verschulden an der Nichtgeltendmachung des Vorbringens im abgeschlossenen Verfahren treffe bzw. er nicht in Kenntnis gewesen sei, dass die Behörde nicht über die Unterlagen verfügt habe, weshalb die Frist noch nicht abgelaufen sei, insbesondere deshalb, da der Bw die Unterlagen dem Finanzamt tatsächlich übermittelt habe. Weiters werde ausdrücklich festgehalten, dass laut Schulungsvereinbarung ein aufrichtiges Lehrverhältnis bereits mit Beginn 19. November 2007 bis 31. August 2009 bestanden habe. Direkt im Anschluss habe der Einschreiter die Prüfungen absolviert, wobei er noch Prüfungen zu absolvieren habe. Seit 1. November 2009 sei der Bw selbständig erwerbstätig.

Mit Bescheid vom 25. Jänner 2010 wies das Finanzamt den Wiederaufnahmeantrag ab. Der Antrag auf Wiederaufnahme gem. § 303 Abs. 1 BAO sei binnen einer Frist von drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Antragsteller nachweislich von dem Wiederaufnahmegrund Kenntnis erlangt habe, einzubringen. Der Antragsteller habe über eine Tatsache, die nachträglich hervorgekommen sei, nachweislich früher Kenntnis erlangt. Die Schulungsvereinbarung vom 14. November 2007 könne als neue Tatsache nicht gewertet werden, da sie dem Antragsteller schon im Jahr 2007 bekannt gewesen sei und folglich die Rechtzeitigkeit des Wiederaufnahmeantrags nicht gegeben sei.

Mit gleichem Datum erging eine Mitteilung an den Bw, dass der Anregung auf eine amtswegige Wiederaufnahme nicht entsprochen werden könne. Gem. § 3 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 hätten subsidiär Schutzberechtigte Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbständig oder selbständig erwerbstätig seien. Da die Schulung über die Regionale Arbeitsstiftung für das Bundesland Salzburg bei der Fa. A keine nichtselbständige Tätigkeit

darstelle (Einkünfte aus Arbeitslosenunterstützung), seien die Voraussetzungen für einen Familienbeihilfenbezug nicht gegeben.

Der Rechtsvertreter des Bw erhab gegen den Abweisungsbescheid fristgerecht Berufung. Der Neuerungstatbestand könne auf Antrag der Partei nur geltend gemacht werden, wenn die neu bekannt gewordenen Tatsachen oder Beweismittel ohne grobes Verschulden nicht hätten geltend gemacht werden können oder bekannt gewesen seien. Unter Verweis auf mehrere Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes wurde dazu ausgeführt, dass grobes Verschulden vorliege, wenn das Verschulden nicht nur als leichte Fahrlässigkeit zu qualifizieren sei. Eine leichte Fahrlässigkeit liege vor, wenn ein Fehler unterlaufe, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch begehe. Grobe Fahrlässigkeit werde mit auffallender Sorglosigkeit gleichgesetzt. Auffallend sorglos handle, wer die im Verkehr mit Behörden und für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche und nach den persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer Acht lasse. Der Verwaltungsgerichtshof habe in ständiger Rechtsprechung dargelegt, dass ein minderer Grad des Versehens nur dann vorliege, wenn ein Fehler begangen werde, der gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterlaufe; es dürfe also nicht auffallend sorglos gehandelt worden sein. Dabei sei an berufliche rechtskundige Parteienvertreter ein strengerer Maßstab anzulegen als an Rechtsunkundige oder an bisher noch nie an Verfahren beteiligten Personen. Das Finanzamt nehme auf die Voraussetzung des groben Verschuldens überhaupt keinen Bezug, obwohl dies die wesentliche Voraussetzung einer Abweisung des Antrages auf Wiederaufnahme sei. Der Bw sei ukrainischer Staatsbürger, allein erziehender Vater und seine Deutschkenntnisse seien schlecht. Darüber hinaus habe er keine Erfahrung im Umgang mit Behörden, sodass ihm im Hinblick auf seine subjektive Verantwortung kein schweres oder grobes Verschulden angelastet werden könne. Diese Umstände würden im bekämpften Bescheid überhaupt nicht gewürdigt. Hätte das Finanzamt diese Tatsachen berücksichtigt, so wäre ein im Spruch anders lautender Bescheid ergangen.

Das Finanzamt legte die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

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

Strittig ist, ob das mit in Rechtskraft erwachsenem Bescheid vom 11. Mai 2009 abgeschlossene Verfahren betreffend die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderansetzbeträgen für den Zeitraum August 2008 bis April 2009 entsprechend dem Antrag vom 6. Oktober 2009 gemäß § 303 Abs. 1 BAO wieder aufzunehmen war oder nicht.

Gemäß § 303 Abs. 1 lit. b BAO ist dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch Bescheid abgeschlossenen Verfahrens stattzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist und Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im abgeschlossenen Verfahren ohne grobes Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten, und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.

Der Bw ist subsidiär Schutzberechtigter. Auf dem am 6. Mai 2009 beim Finanzamt eingelangten Formular zur Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe bezeichnete er seinen Beruf als „Lehrling bei LA“. Aufgrund des dem im Akt befindlichen Versicherungsdatenauszuges der Österreichischen Sozialversicherung, der vom 1. Jänner 2008 bis zum Abfragedatum 11. Mai 2009 den Bezug von Arbeitslosengeld ausweist, ging das Finanzamt aber davon aus, dass der Bw nicht erwerbstätig war. Mit Bescheid vom 11. Mai 2009 wurde daher die im Zeitraum August 2008 bis April 2009 ausbezahlt Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag mit der Begründung zurück gefordert, dass kein Familienbeihilfenanspruch bestehe, da der Bw nicht selbstständig oder nichtselbstständig erwerbstätig sei. Dieser Bescheid erwuchs nach Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft.

Der Rechtsvertreter des Bw hat im gegenständlichen Antrag (unter Mitberücksichtigung des Schriftsatzes vom 16. Dezember 2009) dem Finanzamt mitgeteilt, dass der Bw sich im maßgeblichen Zeitraum in einem von der Regionalen Arbeitsstiftung unterstützten Ausbildungsverhältnis (Bürokaufmann mit Lehrabschlussprüfung) mit der Firma A befunden habe, welches als Lehr- und damit nach der ständigen Rechtsprechung des OGH als Dienstverhältnis anzusehen sei. Der Bw sei daher unselbstständig erwerbstätig gewesen. Erst nach Rücksprache mit dem Rechtsvertreter Ende August 2009 habe der Bw über die tatsächliche Tragweite des Bescheides Kenntnis erlangt und sei in Erfahrung gebracht worden, dass die vom Bw dem Finanzamt noch vor Bescheiderlassung im Postweg übermittelten Unterlagen dort nicht eingelangt oder zuordenbar gewesen seien und damit nicht berücksichtigt worden seien.

Ein Wiederaufnahmegrund führt nur dann zur Wiederaufnahme, wenn die Kenntnis dieses Umstandes seinerzeit einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte. Es ist daher zunächst zu prüfen, ob die geltend gemachten Umstände einen tauglichen Wiederaufnahmegrund darstellen.

Nach der zwischen dem Bw und der Firma A abgeschlossenen Schulungsvereinbarung vom 14. November 2007 stand der Bw in einem Betreuungsverhältnis zur Regionalen Arbeitsstiftung für das Bundesland Salzburg und hat sich im Rahmen der dadurch gegebenen

Möglichkeiten für eine Ausbildung als Bürokaufmann mit LAP entschieden. Die Schulungsvereinbarung enthält ua folgende Regelungen:

2) Vereinbarungsgegenstand: *Der Trainee wird im Unternehmen als Bürokaufmann mit LAP im Ausmaß von durchschnittlich 40 Wochenstunden berufspraktisch trainiert. Der Wissenserwerb erfolgt sowohl durch Schulungen als auch durch das parallel dazu stattfindende Training. Dieses Training erfolgt im Rahmen der organisatorischen Gegebenheiten des Trainingsunternehmens in Abstimmung mit dessen Entscheidungsverantwortlichen, wobei der Trainee sich soweit an die angegebene Organisation anpasst, dass der gewünschte Lernzweck ohne Störung des Unternehmens möglich wird. Im Vordergrund steht der Zweck der Erweiterung und Anwendung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Trainees in der Praxis sowie das gegenseitige Kennenlernen im Hinblick auf ein späteres Dienstverhältnis, wodurch aber noch keine organisatorische Eingliederung des Trainees in das Trainingsunternehmen und insbesondere auch kein Dienstverhältnis gegeben ist.*

4) Entgeltregelung: *Der Trainee hat keinen wie immer gearteten Entgeltanspruch gegen das Trainingsunternehmen. Des weiteren erwächst ihm kein wie immer gearteter Anspruch auf Leistungen, die das Trainingsunternehmen seinen Arbeitnehmern fortlaufend oder zeitweilig aufgrund betrieblicher Vereinbarungen gewährt. Weiters ist der Trainee durch den Arbeitslosengeldbezug / Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes aus Mitteln der Arbeitslosenversicherung bzw. Arbeitsmarktförderung kranken-, pensions- und unfallversichert. ...*

Entgegen der Auffassung des Bw ist die im Rahmen des Betreuungsverhältnisses zur Regionalen Arbeitsstiftung für das Bundesland Salzburg absolvierte Ausbildung zum Bürokaufmann nicht einem Lehrverhältnis gleichzusetzen, welches ungeachtet seines Ausbildungszweckes als Dienstverhältnis anzusehen ist. Die rechtliche Grundlage eines Lehrverhältnisses stellt der Lehrvertrag dar, der ein Arbeitsvertrag mit besonderen Vereinbarungen über die Ausbildung ist. Einem Lehrling gebührt eine vom Lehrherrn als Dienstgeber zu zahlende Lehrlingsentschädigung, die Entgelt im arbeitsrechtlichen Sinne ist. Dagegen gab das Trainingsunternehmen dem Bw mit der gegenständlichen Schulungsvereinbarung lediglich die Möglichkeit ein berufspraktisches Trainingsprogramm im Unternehmen zu absolvieren, wobei ausdrücklich festgehalten wurde, dass dadurch noch keine organisatorische Eingliederung in das Unternehmen entstand und insbesondere kein Dienstverhältnis gegeben war. Auch hatte der Bw keinen Entgeltanspruch gegen das Trainingsunternehmen. Aus der Schulungsvereinbarung geht klar hervor, dass während der Ausbildung kein Dienstverhältnis mit Entgeltanspruch gegenüber dem Trainingsunternehmen begründet wurde. Der Bw wurde nämlich während der Ausbildung durch die Regionale

Arbeitsstiftung für das Bundesland Salzburg betreut und erhielt in dieser Zeit Arbeitslosengeld des AMS. Damit erzielte der Bw aber kein Erwerbseinkommen aus unselbständiger Tätigkeit, sondern erhielt eine Leistung aus der Arbeitslosenversicherung.

Nach § 3 Abs. 4 FLAG 1967 ist bei Subsidiär Schutzberechtigten Anspruchsvoraussetzung für den Familienbeihilfenbezug eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit. Das Finanzamt hat auf Grund des im Akt aufliegenden Versicherungsdatenauszugs, der für den maßgeblichen Zeitraum den Bezug von Arbeitslosengeld ausweist, angenommen, dass der Bw weder selbständig noch unselbständig erwerbstätig gewesen ist und hat daher den Familienbeihilfenanspruch verneint. Wie vorstehend ausgeführt, war die im Rahmen der Arbeitsstiftung absolvierte Ausbildung nicht als Erwerbstätigkeit zu qualifizieren und konnte daher keinen Familienbeihilfenanspruch begründen. Damit hätte auch die Kenntnis der im Wiederaufnahmeantrag vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel nicht einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt. Schon aus diesem Grund war der Wiederaufnahmeantrag abzuweisen.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass das Neuherkommen von Tatsachen oder Beweismitteln nur dann zur Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 303 Abs. 1 lit. b BAO führt, wenn diese Tatsachen oder Beweismittel im vorangehenden Verfahren ohne grobes Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten. Es gilt dabei ganz allgemein, dass eine Partei, die im vorangegangenen Verfahren Gelegenheit hatte, die ihr bekannten Tatsachen oder die ihr zur Verfügung stehenden Beweismittel für ihren Anspruch vorzubringen, diese Gelegenheit aber wegen Fehlbeurteilung oder aus mangelnder Obsorge versäumte, die Folgen daraus zu tragen hat und sich – wegen Verwirklichung des Verschuldenstatbestandes - nicht auf den Wiederaufnahmegrund des Absatz 1 lit. b berufen kann (zB VwGH 21.12.1999, 99/14/0293).

Die im Wiederaufnahmeantrag vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel (Ausbildung im Rahmen der Arbeitsstiftung und Schulungsvereinbarung) waren dem Bw bereits im abgeschlossenen Verfahren bekannt. Dass diese Umstände im abgeschlossenen Verfahren nicht berücksichtigt wurden, weil die im Postweg übermittelten Unterlagen nicht beim Finanzamt einlangten bzw. dort nicht auffindbar oder zuordenbar waren, hätte bereits im Rahmen einer Berufung gegen den Rückforderungsbescheid geltend gemacht werden können bzw. müssen. Der Bw ließ jedoch die einmonatige Berufungsfrist nach Zustellung des Bescheides ungenutzt verstreichen, weshalb dieser in Rechtskraft erwachsen ist. Für das Nachholen bzw. Sanieren einer versäumten Berufung durch eine beantragte Wiederaufnahme gibt es aber keine gesetzliche Grundlage.

In der Berufung wird das Vorliegen groben Verschuldens damit bestritten, dass der Bw ukrainischer Staatsbürger mit schlechten Deutschkenntnissen und allein erziehender Vater sei und zudem keine Erfahrung im Umgang mit Behörden habe. Diese Ansicht teilt der Unabhängige Finanzsenat nicht. Grobes Verschulden liegt vor, wenn das Verschulden nicht mehr als leichte Fahrlässigkeit anzusehen ist. Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn ein Fehler unterläuft, den gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch begeht. Keine leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn jemand auffallend sorglos handelt. Auffallend sorglos handelt, wer die im Verkehr mit Behörden und für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche und nach den persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer Acht lässt. An rechtskundige Parteienvertreter ist hiebei ein strengerer Maßstab anzulegen als an rechtsunkundige oder bisher noch nie an gerichtlichen Verfahren beteiligte Personen (vgl. Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 308 Tz 14 f und der darin zitierten Rechtsprechung). Nachdem der Bw bereits im Jahr 2002 nach Österreich eingereist ist und seit November 2007 eine Ausbildung zum Bürokaufmann mit Lehrabschlussprüfung absolvierte, geht der Unabhängige Finanzsenat davon aus, dass der Bw bei Erhalt des Rückforderungsbescheides im Mai 2009 über ausreichende deutsche Sprachkenntnisse verfügte, um zu erkennen, dass es sich bei der zugestellten behördlichen Erledigung um einen Bescheid handelte. Er wäre daher verpflichtet gewesen, sich – notfalls unter Beiziehung eines Übersetzers oder beruflichen Parteienvertreters – mit dessen Inhalt einschließlich der Rechtsmittelbelehrung vertraut zu machen (vgl. VwGH 20.12.2000, 95/19/1597). Indem der Bw erst rund ein halbes Jahr nach Bescheidzustellung Rücksprache mit seinem Rechtsvertreter hielt und dabei über die tatsächliche Tragweite des Bescheides Kenntnis erlangte, handelte er auffallend sorglos und versäumte dadurch die Berufungsfrist. Als Subsidiär Schutzberechtigter kann er sich auch nicht auf mangelnde Erfahrung im Umgang mit Behörden berufen. Es kann daher keine Rede davon sein, dass der Bw die im Wiederaufnahmeantrag vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel ohne grobes Verschulden nicht bereits im vorangehenden Verfahren geltend machen konnte.

Der Antrag auf Wiederaufnahme war daher auch aus diesem Grund abzuweisen.

Salzburg, am 14. Mai 2010