



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch L., vom 21. April 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 16. März 2004 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum März 2002 bis September 2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (im Folgenden Bw.) bezog für seine Kinder (Kind1-10) laufend die Familienbeihilfe sowie die Kinderabsetzbeträge.

Mit Bescheid vom 16. März 2004 forderte das Finanzamt die vom Bw. für dessen Kinder für den Zeitraum vom März 2002 bis September 2003 bezogenen Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen als zu Unrecht bezogen zurück und verpflichtete den Bw. gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs. 4 EStG 1988 den Rückforderungsbetrag in Höhe von € 39.39,60 zurückzuzahlen. In der Begründung führte das Finanzamt aus, dass mit 1.3.2002 ein Zusatzabkommen zum Abkommen zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel über soziale Sicherheit in Kraft getreten sei. Das genannte Zusatzabkommen sehe in seinem neu gefassten Kapitel 5 Familienbeihilfe in Abkehr vom bisher geltenden Beschäftigungslandprinzip das Wohnlandprinzip vor. Die Familienbeihilfe sei demnach von jenem Vertragsstaat nach dessen Rechtsvorschriften zu zahlen, in dessen Gebiet sich die Kinder ständig aufhalten.

Da sich die Kinder des Bw. ständig in Israel aufhalten würden, sei die Familienbeihilfe für den oben genannten Zeitraum rückzufordern.

Die gegen den Rückforderungsbescheid eingebrachte Berufung begründete der Bw. im Wesentlichen damit, dass sowohl er als auch seine Kinder österreichische Staatsbürger sind und den ordentlichen Wohnsitz in Wien hätten. Seine Kinder würden deshalb in Israel studieren, weil diese sich als Religionslehrer in hebräischer Sprache ausbilden wollten und dies sei in Österreich nicht möglich. Die Kinder hätten als Studenten in Israel lediglich Touristenstatus, der Erhalt einer Familienbeihilfe in Israel sei in solchen Fällen nicht möglich.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet ab.

Unter Vorbehalt weiterer Zeugen und Beweisvorlagen beantragte der Bw. die Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Über die Berufung wurde erwogen:

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. BGBl. 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 BGBl. 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 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.

Da zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel ein entsprechendes Abkommen besteht, ist im Berufungsfall § 5 Abs. 4 id zuletzt genannten Fassung (BGBl.297/95) 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 idF. BGBl. 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 30/2002, ausgegeben am 28. Februar 2002, wurden hinsichtlich Familienbeihilfe folgende Änderung und Ergänzung des bestehenden Abkommens idF. BGBl. 6/1975 wie folgt 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."*

Strittig ist im gegenständlichen Berufungsfall, ob der Bw. aufgrund des geänderten Abkommens über soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel für seine Kinder für den Zeitraum von März 2002 bis September 2003 Anspruch auf Familienbeihilfe hat. Dabei ist laut Aktenlage von folgendem Sachverhalt auszugehen:

- Der Bw, seine Ehefrau und die Kinder sind seit 1993 österreichische Staatsbürger;
- alle Kinder besuchten laut den vom Bw. vorgelegten Schulbesuchsbestätigungen laufend in Israel die Schule(n) bereits ab dem Eintritt der Schulpflicht;
- die Ehefrau des Bw. und die Kinder des Bw. sind in Österreich nicht sozialversichert;
- der Bw. hatte laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung vom 23. Juni 2005 ab 1.2.2002 einen (geringfügigen) Waisenpensionsbezug, ansonst laut Auskunft der Sozialversicherung seit 1999 kein (sozialversicherungspflichtiges) Einkommen in Österreich.

Gemäß dem im Berufungsfall anzuwendenden § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (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", d.h. 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.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt 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.

Mit dem Argument des Bw. die Kinder hätten einen Wohnsitz in Österreich, ist somit für die Berufung nichts gewonnen, weil eine Person - im Gegensatz zum gewöhnlichen Aufenthalt - mehrere Wohnsitze haben kann. Und wenn der Bw. vorbringt, er und die Kinder seien österreichische Staatsbürger, so ist dazu auszuführen, dass nach dem Zusatzabkommen weiterhin die Gleichstellung hinsichtlich der Staatsangehörigkeit vorgesehen ist und somit das erwähnten Zusatzabkommen für Staatsangehörige beider Vertragsparteien gilt. Demnach ist es nicht relevant, ob die Kinder die österreichische oder die israelische Staatsbürgerschaft haben.

Nach Art 19 des Zusatzabkommens sind die Familienbeihilfen von jenem Vertragsstaat nach dessen Rechtsvorschriften zu zahlen, in dessen Gebiet sich das Kind ständig aufhält. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist zwar 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). 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 im Ausland aufgehalten haben, wäre auch das Verbringen der Ferien im Bundesgebiet als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird.

Zu der im vorliegenden Fall allein ausschlaggebenden Frage, in welchem der Vertragsstaaten sich die Kinder des Bw. im strittigen Zeitraum ständig aufgehalten haben, liegen ausreichend Beweismittel in Form der vom Bw. über Jahre hindurch vorgelegten Schulbesuchs- bzw.

Inskriptionsbestätigungen vor. Der mit dem Vorlageantrag eingebrachte Beweisantrag (weitere Zeugen und Beweise) war hingegen nicht ausreichend konkretisiert und damit nicht ordnungsgemäß. Ein Beweisantrag setzt die ordnungsgemäße (konkrete und präzise) Angabe des Beweisthemas, das mit dem Beweismittel unter Beweis gestellt werden soll, voraus (VwGH 18.09.2003, 99/15/0262).

Auch im Zuge von Anspruchsüberprüfungen legte der Bw. - laut Aktenlage dokumentiert jedenfalls für die Schuljahre 1999/00, 2000/01, 2001/02 – und zuletzt im September 2003 für das Schuljahr 2002/03 - für sämtliche Kinder die Schul- bzw. Inskriptionsbestätigungen aus Israel vor, womit eindeutig erkennbar ist, dass die Kinder laufend in Israel die Schule(n) besuchten. Den diesbezüglichen Ausführungen des Finanzamtes in der Berufungsvor-entscheidung hat der Bw. auch nicht widersprochen.

Der Bw. bringt dazu nur vor, seine Kinder würden deshalb in Israel studieren, weil diese sich als Religionslehrer in hebräischer Sprache ausbilden wollten und dies in Österreich nicht möglich sei. Es wird vom Bw. auch nicht bestritten, dass die Kinder bereits vor dem strittigen Zeitraum viele Jahre die Schule in Israel besucht haben und schon im schulpflichtigen Alter in Israel die Schule besuchten (im strittigen Zeitraum waren sechs Kinder noch minderjährig, davon vier noch im schulpflichtigen Alter). Damit haben sich die Kinder bereits während der Pflichtschulzeit und nicht erst ab dem Beginn einer speziellen Berufsausbildung ständig im Ausland aufgehalten. Ein weiteres Indiz (wenn auch nicht ausschlaggebend) für den langjährigen ständigen Auslandsaufenthalt der Kinder ist der Umstand, dass weder die Ehefrau des Bw. noch die Kinder im österreichischen Sozialversicherungssystem erfasst sind und somit in Österreich auch nicht krankenversichert sind.

Da nach den Bestimmungen des geltenden Abkommens mit Israel die Familienbeihilfenzahlung durch jenen Vertragsstaat zu erfolgen hat, in dem sich die Kinder ständig aufhalten und nach den vorstehenden Ausführungen die Kinder des Bw. sich im strittigen Zeitraum ständig im Ausland aufgehalten haben, ergibt sich unter Berücksichtigung aller Berufungsargumente, dass die Familienbeihilfe ab März 2002 zu Unrecht bezogen wurde.

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.

Wenn der Bw. in der Berufung darauf hinweist, dass der Zuspruch der mit dem angefochtenen Bescheid rückgeforderten Beträge aufgrund der vom Finanzamt verlangten Unterlagen erfolgt sei und diese Beträge dem Bw. „im guten Glauben auf den Spruch“ des Finanzamtes übermittelt worden seien, 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).

Die Rückzahlungspflicht nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Auch wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (u.a. VwGH 23.9.2005, 2005/15/0080). Somit bleibt bei Anwendung des § 26 Abs. 1 FLAG 1967 kein Spielraum für eine Ermessensübung.

Soweit das Vorbringen des Bw. 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 1967 oder die Bewilligung von Zahlungserleichterungen nicht Gegenstand des Verfahrens waren.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 5. Mai 2011