



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn ND, 1-, L-19, vertreten durch Dr. Thomas Fried RA, 1010 Wien, Gonzagagasse 11/2/22, vom 5. September 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 2. und 20. Bezirk, vertreten durch Frau Adir, vom 22. August 2012 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Juni 2007 bis 30. Juni 2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit 22. Juni 2012 wurde von Herrn DN –im Folgenden kurz mit Berufungswerber (Bw) bezeichnet –die im Rahmen der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe angeforderte Schulbesuchsbestätigung vom 14. Juni 2012 betreffend das Kind ER, geboren am 16. Juni 1991, vorgelegt. Danach besucht der Sohn des Bw das Institut der School in Jerusalem. Der Schulabschluss werde nach der Bestätigung voraussichtlich mit Ende des Schuljahres 2017/2018 erfolgen. Eine Bestätigung der Schule vom 21. Mai 2008 über den Schulbesuch des Kindes in den Jahren 2007 bis 2009, vom Antragsteller im Rahmen der Anspruchsüberprüfung für 2007 und 2008 übermittelt, wurde von der Abgabenbehörde vorgelegt.

Ein ärztliches Sachverständigengutachten vom 28. September 2006 über den beim Kind des Bw bestehenden Gesamtgrad der Behinderung von 100% ICD: Q90.9 mit dauernder

Erwerbsunfähigkeit wegen Psychomotorischer und mentaler Retardation bei Mb. Down liegt auf.

Mit Bescheid vom 22. August 2012 wurden Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum vom Juni 2007 bis Juni 2012 in Höhe von insgesamt € 21.931,90 zurückgefordert. Mit der Neufassung des Kapitels 5 des Abkommens zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel orientiere sich der Familienbeihilfenanspruch ab März 2002 nicht mehr wie nach den vorher geltenden Bestimmungen des Abkommens am Elternteil, sondern sei für die Zahlung der Familienbeihilfe stets das Wohnland des Kindes zuständig. Art. 19 des Zusatzabkommens lege die Beihilfenzahlung durch jenen Vertragsstaat fest, in dem sich das Kind ständig aufhalte und bilde damit die Grundnorm für das Wohnlandprinzip. Zusätzlich sehe Art. 20 für den Fall eines Familienbeihilfenanspruchs in beiden Vertragsstaaten die Familienbeihilfenzahlung ebenfalls durch jenen Vertragsstaat vor, in dem sich das Kind ständig aufhalte.

Der Bw erhob innerhalb offener Frist Berufung, beantragte die ersatzlose Aufhebung des Bescheides und führte aus, die rechtlichen Voraussetzungen für die Rückforderung seien zu Unrecht angenommen worden, weshalb die Vorschreibung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach angefochten werde. Es sei unrichtig, dass der Bw von dem in der Bescheidbegründung angeführten Abkommen "direkt" betroffen sei und fehle auch jegliche Begründung hierfür. Im Übrigen werde darauf verwiesen, dass es für das Kind äußerst notwendig gewesen sei, die Schule für Sondererziehung- und Bildung aufzusuchen. Dies sei jahrelang auch so von der Behörde "akzeptiert (siehe jährlich übermittelte Bestätigungen)" worden. Weiters seien die bezogenen Beträge jedenfalls gutgläubig verbraucht worden.

### **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.

Nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des FLAG 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu.

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 in der 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: Seite 4*

*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."*

Der Bw und seine Ehefrau sind österreichische Staatsbürger und waren im Berufszeitraum in Österreich polizeilich gemeldet. Der Bw war laut Sozialversicherungsdatenauszug in der Zeit von Juni 1997 bis einschließlich Oktober 2000 (B-) und weiter von Jänner 2001 bis einschließlich Februar 2008 (EN&) als Angestellter sozialversichert. Seit 1. Juli 2008 bis laufend bezieht er eine Berufsunfähigkeitspension. Über die Ehefrau des Bw liegen keine Sozialversicherungsdaten auf. ER steht seit dem Schuljahr 2007/2008 an der Se- in Ausbildung. Nach der zuletzt vorgelegten Bestätigung (vom 14. Juni 2012) wird diese voraussichtlich bis zum Ende des Schuljahres 2017/2018 dauern.

In Streit steht vorliegend ausschließlich die Frage, ob der Bw "von dem in der Begründung des angefochtenen Bescheides angeführten Abkommen zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel *direkt* betroffen" ist und die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen durch die Abgabenbehörde daher zu Recht erfolgte. Dies wurde von der steuerlichen Vertretung im Namen des Bw verneint und die ersatzlose Aufhebung des Rückforderungsbescheides beantragt. Eingewendet wurde, dem Bescheid fehle für die direkte Anwendbarkeit des Abkommens (Anm.: zwischen der Republik Österreich und dem Staat Israel) jede Begründung. Es seien die "*rechtlichen Voraussetzungen* für die Rückforderung zu Unrecht angenommen worden, weshalb die Vorschreibung dem Grunde und der Höhe nach angefochten" werde. Der Schulbesuch sei für das Kind äußerst wichtig und von der Abgabenbehörde auch jahrelang so "akzeptiert" worden. Auf diesbezüglich jährlich übermittelte Bestätigungen werde verwiesen. Zudem seien die Beträge jedenfalls "gutgläubig" verbraucht worden.

Gemäß dem oben zitierten 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

Familien-beihilfe "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.

Da nach den Bestimmungen des geltenden Abkommens mit Israel die Familienbeihilfenzahlung durch jenen Vertragsstaat zu erfolgen hat, in dem sich ein Kind ständig aufhält (vgl. auch Begründung des angefochtenen Bescheides) und sich das Kind des Bw im Berufszeitraum unbestritten im Ausland aufgehalten hat, ergibt sich, dass die Familienbeihilfe (Kinderabsetzbetrag) zu Unrecht bezogen wurde.

Durch die oben zitierten, für den gegenständlichen Rechtsstreit maßgeblichen Bestimmungen des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (idF vor BGBl. Nr. 201/1996) (iVm § 5 Abs. 3 FLAG 1967 idF BGBl I Nr. 142/2000 und § 50 g zweiter Satz FLAG) ist die Anwendbarkeit des Abkommens mit dem Staat Israel in der für den vorliegenden Rechtsstreit geltenden Fassung ausdrücklich durch ein Österreichisches Bundesgesetz festgeschrieben und kann sich der Bw daher nicht mit Erfolg darauf berufen, das Abkommen sei "auf ihn nicht direkt anwendbar". Dass dem Bescheid die oben zitierten Bestimmungen des Abkommens in der für den vorliegenden Rechtsstreit geltenden Fassung ohne Bezugnahme auf die Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes zugrunde gelegt wurden, vermag an der rechtlichen Beurteilung nichts zu ändern, da die Abgabenbehörde dem Inhalt der hier anzuwendenden Normen Rechnung getragen hat und im Ergebnis zu Recht von der Anwendbarkeit des zitierten geltenden Abkommens auf den vorliegenden Fall ausgegangen ist.

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.

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 (ua VwGH 23.9.2005, 2005/15/0080). Somit bleibt bei Anwendung des § 26 Abs. 1 FLAG 1967 kein Spielraum für eine Ermessensübung.

Wenn der Bw einwendet, die Behörde hätte die Notwendigkeit des auswärtigen Schulbesuchs aufgrund der vorgelegten Bestätigungen jahrelang akzeptiert und wären die ausbezahlten Beträge vom Bw "gutgläubig" verbraucht worden, so ist ihm entgegen zu halten, dass der Grundsatz von Treu und Glauben nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ganz allgemein das Vertrauen des Abgabepflichtigen auf die Rechtsbeständigkeit einer allenfalls auch unrichtigen abgabenrechtlichen Beurteilung für die Vergangenheit schützt. 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).

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 spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. Mai 2013