

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Höhne, In der Maur & Partner, Rechtsanwälte GmbH, 1070 Wien, Mariahilfer Straße 20, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. November 1994 bis 30. September 1996, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Im vorliegenden Fall liegt folgender Sachverhalt vor:

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für ein Kind mit dem Namen "H." im strittigen Zeitraum Familienbeihilfe.

Das Kind wurde "angeblich" am 27.11.1994 in der Türkei geboren und ist am 5. April 1996 verstorben. Eine Sterbeurkunde liegt nicht vor.

Am 29. April 1996 wurde der Bw. "angeblich" wiederum Vater eine Tochter. Auch dieses Kind wurde auf den Namen "H." getauft; eine Geburtsurkunde liegt ebenfalls nicht vor.

Das Finanzamt bezweifelte – auf Grund der unten angeführten Unterlagen - das Kindschaftsverhältnis des (ersten) Kindes H. und forderte vom Bw. die Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. November 1994 bis 30. September 1996 zurück.

Vorliegende Unterlagen:

- Schreiben des Allgemeinen Krankenhauses der Stadt Wien, Universitätsklinik für Kinder- und Jugendheilkunde vom 21. November 2002 liegt vor:  
 "H wurde erstmals am 24.10.2002 in der Entwicklungsneurologischen Ambulanz der Klinik für Kinder- und Jugendheilkunde aufgrund der schulärztlichen Untersuchung vorgestellt. Über den Zeitpunkt der Geburt, die Länge, das Gewicht, den Geburtshergang, konnten keine Daten erhoben werden, da sie dem Kindesvater, der angibt, seit 13 Jahren in Österreich zu arbeiten, nicht bekannt sind. Der Vater gibt an, das Mädchen wäre vor einigen Monaten, vielleicht 12 Monate, nach Österreich gekommen und wurde seit September 2002 in eine Vorschulklass eingeschult.  
 Bei der Entwicklungsneurologischen Untersuchung fand sich folgender Befund: .... Das Mädchen entspricht in allen Dimensionen, Selbständigkeit, Feinmotorik, Sprachverständnis und Sprache dem Entwicklungsniveau eines knapp 6jährigen Kindes.  
 Das am gleichen Tag erhobene Knochenalter der Patientin entspricht 5 ½ Jahren, der Zahnd status entspricht 6 Jahren.  
 Zusammenfassend vor dem Hintergrund der Tatsache, dass es keine jüngeren Geschwister gibt und dass sich der Vater selbst nicht erinnern kann, wann das Kind geboren sein könnte, Frühjahr, Herbst etc. oder welches Jahr, kommen wir gemeinsam mit der Schulärztin zu der Auffassung, dass das Geburtsdatum von E. H. am ehesten der 27.11.1996 sein könnte.  
 Die Richtigstellung des Geburtsdatums des Kindes E. H. wird lt. Rücksprache seitens der Eltern bzw. der Schulbehörden vorgenommen werden."
- Vereinbarung zwischen I. E. (Kindesmutter) und dem Kindertagesheim der Stadt Wien, dass "H", geb. am 29.04.1996, Sozialversicherungsnummer: 0000271194 (korrigiert auf 0000290496) ab 1. Februar 2002 den Kindergarten besucht.
- Schulnachricht von E. H., geb. am 29. April 1996, über den Besuch der 1. Schulstufe der Grundschule 1040, sowie Bestätigung, dass das Kind im Schuljahr 2002/03 die Klasse 1 A dieser Schule besucht hat.
- Bestätigung der Volksschule 1050, dass das Kind E. H., geb. am 29. April 1996), vom 1. September 2003 bis 2. Juni 2004 die Klasse 1 Balu besucht hat.
- Schulbesuchsbestätigung der öffentlichen Volksschule 1050, betreffend das Schuljahr 2003/04 (Grundstufe I, 2. Lernjahr, Erste Klasse/Lerngruppe), datiert mit 2. Juli 2004.
- Bestätigung der Meldung aus dem Zentralen Melderegister: Familienname: E., Vorname: H., Geburtsdatum: 27.11.1994, Geburtsort: X. (Türkei); Reisepass, Ausstellungsdatum: 29.7.1999
- Gesprächsprotokoll vom 11.11.2004 in der Volksschule 1050 zwischen G., Schulleiterin und Herrn A. E.:

"Herr E., der Vater von E. H., war am 11.11. bei mir in der Direktion und gab folgende Stellungnahme im Beisein der Türkischlehrerin unserer Schule ab: H. ist tatsächlich am 29.4.1996 in der Türkei geboren. Beim Geburtsdatum 27.11.1994 – welches in der Geburtsurkunde aufscheint – handelt es sich um einen Fehler, der in der Türkei entstanden ist. Am 29.4.1996 (gemeint ist wohl 27.11.1994) wurde ein Mädchen geboren, welches man H. taufte. Dieses Kind starb jedoch zu einem späteren Zeitpunkt (der Vater weiß nicht wann). 1996 kam wieder ein Mädchen zur Welt, welches die Eltern wieder H. nannten. Eine Ummeldung bzw. Abmeldung ist nicht erfolgt. Auch gibt es keine Sterbeurkunde des verstorbenen Kindes. Herr E. gibt an, dass er versucht hat, eine Änderung des Geburtsdatums in der Türkei zu erreichen, was ihm nicht gelungen ist.

- Niederschrift vom 11. November 2004, aufgenommen beim Finanzamt Wien 4/5/10 mit A. E.:
 

"Ich erkläre, dass das Kind H., geboren am 27.11.1994 gestorben ist. Ich weiß aber nicht wann. Ich glaube, es war vor 6 Jahren."
- Beglaubigte Übersetzung aus der türkischen Sprache – Personenstandsurkunde des Standesamtes Halfeti (Türkei), "Zuname: E., Vorname: H., Geburtsdatum: 27.11.1994"

Das Finanzamt erließ am 30. November 2004 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für das Kind E. H. , Geburtsdatum 27.11.1994 für die Zeiträume September 2001 bis Februar 2002 und vom Juni 2004 bis Oktober 2004.

Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

"Da erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des in der Geburtsurkunde (Türkei) eingetragenen Geburtsdatums Ihrer Tochter E. H. bestehen, nicht zuletzt aufgrund des durch das AKH erstellte Gutachten aus dem Jahre 2002 (Knochwachstumsbestimmung) und der widersprüchlichen Aussagen durch den Kindesvater E. A. (Niederschrift Finanzamt vom 11.11.2004 sowie Gesprächsprotokoll der Schule vom 11.11.2004), war die Familienbeihilfe rückzufordern. Des Weiteren wird noch auf das Gesprächsprotokoll mit Herrn E. A. vom 19.11.2004 verwiesen, wo Herr E. bekräftigte, dass H. erst 1996 geboren wurde. Da aus dem Geburtsjahr 1996 keine Geburtsurkunde vorgelegt werden konnte, bestehen daher begründete Zweifel betreffend des Kindschaftsverhältnisses gemäß § 2 Abs 3 FLAG."

Gleichzeitig erließ es einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe für die Zeit 1. November 1994 bis 30. September 1996.

Der Bw. erhob am 9. Dezember 2004 gegen die Rückforderungsbescheide vom 30. November 2004 Berufung und begründete diese wie folgt:

"Meine Tochter E. H. ist am 29.4.1996 in der Türkei geboren und lebt seit 23.9.2001 in Wien im Familienverband mit meiner Gattin und mir. Sie ist unsere leibliche Tochter und besucht die Schule in Wien (...).

Meine Familie stammt aus Ostanatolien, dem kurdischen Teil der Türkei. Es gibt dort keine dem mittel-europäischen Verwaltungswesen vergleichbare Behörden. Dokumente, Ausweise und Urkunden sind dort nur sehr schwer zu bekommen.

Es entspricht der Wahrheit, dass wir ein älteres Kind hatten, das am 27.11.1994 geboren ist und den Vornamen H. hatte, dieses Kind ist jedoch am 5.4.1996 verstorben.

Am 29.4.1996 ist uns ein weiteres Kind geboren worden, deren Namen ebenfalls H. lautet. Anlässlich der Geburt dieses Kindes wurde mir vom türkischen Standesbeamten mitgeteilt, dass der Ausweis der verstorbenen Tochter weiter zu verwenden ist, weil sich der Name nicht geändert hat. Weiters wurde mir gesagt, dass der Ausweis auf das neugeborene Kind übertragen wird. Das Geburtsdatum hat in der Türkei nicht die Bedeutung, das es in Mitteleuropa hat.

Ich habe sogar ein diesbezügliches türkisches Dokument, in dem dieser Vorgang bestätigt wird (...). Ich weiß, dass diese Vorgehensweise in einem Land wie Österreich undenkbar ist, aber dies ist eine Realität in der Provinz, aus der ich komme. Da ich annahm, dass dieser Sachverhalt kaum glaubhaft zu machen ist, habe ich das ursprüngliche Geburtsdatum aus dem Ausweis unserer ersten Tochter bei den Behörden angegeben. Ich war mir keiner Schuld bewusst, dass ich Familienbeihilfenbeträge zu Unrecht bezogen hätte.

Weiters möchte ich darauf hinweisen, dass weder ich noch meine Gattin derzeit aufgrund unserer finanziellen Lage, die rückgeforderten Beträge dem do. Finanzamt zurückzahlen können und ich daher prinzipiell um Aufschub der Rückzahlung bis zur Entscheidung über meine Rechtssache ansuche.

Für unsere zweitgeborene Tochter H., geb. 29.4.1996, die unser leibliches Kind ist, haben wir die Familienbeihilfe jedenfalls nicht zu Unrecht bezogen. Sie lebt in Österreich im Familienverband und geht hier in die Schule (2. Klasse Volksschule – Einsiedlergasse)..."

Mit Ergänzungersuchen vom 16. August 2005 ersuchte das Finanzamt den Bw. um

- Übersetzung der dem Berufungsschreiben vom 9.12.2004 in türkischer Sprache beigelegten Unterlagen.
- Übermittlung der Originalsterbeurkunde (Übersetzung) v. Kind H., geb. am 27.11.1994, verstorben am 5.4.1996
- Übermittlung der Originalgeburturkunde (Übersetzung) v. Kind H., geb. am 29.4.1996
- Bekanntgabe der Sozialversicherungsnummer v. Kind H., geb. am 27.11.1994, verstorben am 5.4.1996 und v. Kind H., geb. am 29.4.1996.

Das Finanzamt erließ am 4. Oktober 2005 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung gegen den Rückforderungsbescheid mit der Begründung ab, dass trotz Aufforderung die noch benötigten Unterlagen nicht beigebracht worden seien.

Die nunmehrige steuerliche Vertretung des Bw. stellte mit Schreiben vom 28. Oktober 2005 den Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Am 14. November 2005 langte beim unabhängigen Finanzsenat ein Schreiben mit ergänzenden Ausführungen zur Berufung und zum Vorlageantrag ein, das auch einen gegen die Gattin des Bw. erlassenen Rückforderungsbescheid betrifft und wie folgt lautet:

"Die erstinstanzliche Behörde hat sich mit dem Vorbringen der Berufungswerber nicht eingehend auseinandergesetzt und die vorliegenden Ergebnisse des Ermittlungs- und Beweisverfahrens nicht ausreichend berücksichtigt und gewürdigt. Darüber hinaus hat die erstinstanzliche Behörde auch gegen den Grundsatz der materiellen Wahrheit und sie sie treffende Manuduktionspflicht verstößen.

Die erstinstanzliche Behörde begründet den Rückforderungsanspruch damit, dass erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des in der Geburturkunde eingetragenen Geburtsdatums der Tochter der Berufungswerber, H, bestehen. Die Behörde ist zu Unrecht der Ansicht, diese Zweifel auf angebliche Widersprüche zwischen einem vom AKH Wien erstellten Gutachten aus dem Jahr 2002 (Knochenwachstumsbestimmung) und niederschriftlichen Aussagen des Vaters der H, A. E. (Niederschrift Finanzamt vom 11.11.2004, Gesprächsprotokoll der Schule vom 11.11.2004, Gesprächsprotokoll vom 19.11.2004) zurückführen zu können. Die Berufungswerber gestehen durchaus ein, dass die Niederschriften und das Gedächtnisprotokoll mit dem 1.-Berufungswerber auf den ersten Blick unzusammenhängend erscheinen. Dies ist jedoch einzig und allein darauf zurück zu führen, dass die Berufungswerber aufgrund ihrer Herkunft (Türkei) die deutsche Sprache nur unzureichend beherrschen und daher sprachliche Barrieren zu überwinden hatten, die die erstinstanzliche Behörde ganz offensichtlich nicht erkannte. Bei aufmerksamer Betrachtung des Sachverhalts und richtiger Würdigung der Beweise hätte die erstinstanzliche Behörde erkennen müssen, dass die Ergebnisse des Beweisverfahrens für den Standpunkt der Berufungswerber nicht widersprüchlich sind, sondern in einem logischen und nachvollziehbaren Zusammenhang stehen...

Die Berufungswerber haben (beziehungsweise hatten) zwei leibliche Kinder. Das erste Kind namens H wurde am 27.11.1994 geboren und starb am 5.4.1996. Am 29.4.1996 kam das zweite leibliche Kind der Berufungswerber zur Welt. Die Berufungswerber nannten auch dieses Kind H. Die zweitgeborene Tochter lebt seit 2001 in Österreich und besucht eine österreichische Schule.

Die Berufungswerber haben in der Türkei die Ausstellung einer Sterbeurkunde für die erstgeborene und einer das richtige Geburtsdatum wiedergebende Geburturkunde für die zweitgeborene Tochter bean-

trägt. Die zuständige Behörde in Ostanatolien hat diesem Antrag nicht stattgegeben, sondern den Berufungswerbern mitgeteilt, sie sollten die Geburtsurkunde und den amtlichen Ausweis der erstgeborenen Tochter infolge des Todes der erstgeborenen Tochter und der Namensgleichheit auch für die zweitgeborene Tochter verwenden.

An der Richtigkeit der Darstellungen der Berufungswerber ist – entgegen der Ansicht der erstinstanzlichen Behörde – aus nachstehenden Gründen nicht zu zweifeln.

In seiner Einvernahme vor der erstinstanzlichen Behörde am 11.11.2004 hat der 1.-Berufungswerber erklärt, dass das erstgeborene Kind namens H am 27.11.1994 geboren wurde und später verstarb. Die Richtigkeit des Geburtsdatums der erstgeborenen Tochter ergibt sich unter anderem aus der der erstinstanzlichen Behörde vorliegenden Bestätigung der Meldung aus dem Zentralen Melderegister vom 19.5.2003 sowie einer amtlichen türkischen Bestätigung aus dem Jahr 1995.

Im Zuge deren Vorsprache am 19.11.2004 bei der erstinstanzlichen Behörde haben die Berufungswerber übereinstimmend mitgeteilt, dass deren zweitgeborene Tochter H. 1996 geboren ist und dass das mit 27.11.1994 angegebene Geburtsdatum (hinsichtlich der zweitgeborenen Tochter) unrichtig ist. Insofern die erstinstanzliche Behörde in der Bescheidbegründung anführt, es bestehen erhebliche Zweifel an der Richtigkeit des in der Geburtsurkunde angeführten Geburtsdatums (der zweitgeborenen Tochter (27.11.1994)] übersieht diese, dass sich nicht einmal die Berufungswerber selbst im Ermittlungsverfahren auf die Richtigkeit dieses Geburtsdatums der zweitgeborenen Tochter berufen haben. Vielmehr haben die Berufungswerber vorgebracht, in der Türkei (Ostanatolien) die Ausstellung einer das richtige Geburtsdatum wiedergebenden Geburtsurkunde und eines richtigen Personalausweises für deren zweitgeborene Tochter H. beantragt zu haben. Die zuständige türkische Behörde hat diesem Antrag jedoch nicht stattgegeben und die Berufungswerber informiert, sie sollten die Geburtsurkunde und den Ausweis der erstgeborenen Tochter infolge des Todes der Erstgeborenen und der bestehenden Namensgleichheit für die zweitgeborene Tochter verwenden. Diese Vorgangsweise mag in unserem Kulturkreis schier unglaublich erscheinen, ist in Ostanatolien aber an der Tagesordnung, zumal dem Geburtsdatum keine Bedeutung zugemessen wird....

Insofern diesem Gesprächsprotokoll zu entnehmen ist "Am 29.4.1996 wurde ein Mädchen geboren, welches man H. tauft. Dieses Kind starb jedoch zu einem späteren Zeitpunkt...", wird vor dem Hintergrund der übrigen im Gesprächsprotokoll enthaltenen Aussagen klar, dass es sich bei dem Hinweis auf den Tod des 1996 geborenen Kindes nur um einen Schreibfehler handeln kann.

Auch das Gutachten der Universitätsklinik für Kinder- und Jugendheilkunde des AKH Wien vom 21.11.2002 untermauert die Richtigkeit der Aussagen der Berufungswerber hinsichtlich deren Angaben zum Geburtsdatum der zweitgeborenen Tochter. Diesem Gutachten ist zu entnehmen, dass (die zweitgeborene) H im Jahr 1996 geboren sein muss.

Die erstinstanzliche Behörde hätte schon aufgrund dieser Aktenlage zu dem Schluss kommen müssen, dass das Vorbringen der Berufungswerber, dass deren erste Tochter H am 27.11.1994 geboren und am 5.4.1996 verstorben ist und dass deren zweite Tochter, die auch den Vornamen H. trägt, am 29.4.1996 geboren wurde, zutreffend ist. Den Berufungswerbern kann nicht angelastet werden, die Sterbeurkunde für die Erstgeborene und die Geburtsurkunde für die Zweitgeborene nicht vorgelegt zu haben, zumal diese ob der unüberwindbaren Schwierigkeiten in Ostanatolien auf die Ausstellung dieser Urkunden keinen Einfluss hatten....

Ganz abgesehen von den bisherigen Ausführungen, gibt es für die Rückforderung der Familienbeihilfe für den Zeitraum zwischen der Geburt der erstgeborenen Tochter am 27.11.1994 und deren Tod am 5.4.1996 nicht zuletzt deshalb den geringsten Anhaltspunkt, weil der erstinstanzlichen Behörde die Geburtsurkunde der erstgeborenen Kindes, ausgestellt auf den 27.11.1994, vorliegt und die Berufungswerber auch den Tag des Todes des Kindes mit 5.4.1996 präzisiert haben..."

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

Gemäß § 207 Abs. 4 BAO verjährt das Recht, die Rückzahlung von zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, in fünf Jahren. Bei hinterzogenen Abgaben beträgt die Verjährungsfrist nach der zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides geltenden Fassung des § 207 Abs. 2 BAO (also vor BGBl. I 57/2004) zehn Jahre.

Es ist strittig, ob die zehnjährige Verjährungsfrist auch für den Bereich des § 207 Abs. 4 BAO Anwendung finden kann (Ritz, BAO<sup>3</sup>, §207 Tz 17 mwN). Für den Berufungsfall kann dies aber dahingestellt bleiben; die Beurteilung, ob Abgaben hinterzogen wurden, setzt nämlich eindeutige, ausdrückliche und nachprüfbare bescheidmäßige Feststellungen über die Abgabenhinterziehung voraus (Ritz, BAO<sup>3</sup>, §207 Tz 15 mit Judikaturangaben). Da auch das Finanzamt nunmehr nach Rückfrage die Meinung vertritt, es könne nicht von Abgabenhinterziehung ausgegangen werden, war der Berufung statzugeben und der angefochtene Rückforderungsbescheid aufzuheben.

Wien, am 22. Juni 2006