

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache BF, über die Beschwerde vom 07.03.2018 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt FA vom 28.02.2018, betreffend Familienbeihilfe (Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge 08/2015 bis 10/2017 idHv. Euro 5.611,40) zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Verfahrensgang / Sachverhalt

Das Finanzamt forderte vom Beschwerdeführer (BF) für dessen Tochter To. Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den beschwerdegegenständlichen Zeitraum zurück, da die Tochter dem Haushalt der Mutter angehöre und dort (in X., Drittland) lebe.

In der Beschwerde vom 07.03.2018 brachte der BF vor, dass diese Feststellungen nicht korrekt seien und verwies auf Nachweise, die sich im Beihilfenakt befänden.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 14.05.2018 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und begründend dazu ausgeführt:

"Gemäß § 2 Absatz 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihre gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für a) minderjährige Kinder, b) volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Gemäß § 2 Absatz 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Absatz 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Gemäß § 2 Absatz 5 FLAG 1967 gehört ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,

Laut Schulbesuchsbestätigung vom 23. Oktober 2012 besuchte die Tochter To. im Schuljahr 2012/13 die Klasse 3A der Ganztagsvolksschule ABC und war laut Zentralem Melderegister bei ihrer Mutter in PLZ Wien, AdresseW gemeldet, wobei die Mutter am 05. November 2015 und die Tochter To. am 03. März 2016 von der Behörde amtlich abgemeldet wurden.

Laut Ihren Aussagen besucht To. seit 2013 die DEF-Schule in X., Drittland und wohnt bei einer Gastfamilie.

Am 14. März 2016 haben Sie die Kindesmutter und Ihre Tochter To. mit Hauptwohnsitz in AdresseBF angemeldet, und laut Rücksprache mit Ihnen teilen Sie am 15. Jänner 2018 mit, dass Ihre Tochter To. seit diesem Zeitpunkt ihre Schulferien bei Ihnen verbringt und durchschnittlich zweimonatlich in OrtBF zugegen ist.

Laut eines Berichtes der Landespolizeidirektion Bundesland1 vom 02. Oktober 2017 und über Auftrag des Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl erfolgte dann am 04. Oktober 2017 die amtliche Abmeldung der Kindesmutter, da diese bei mehrmaligen Kontrollen im Zeitraum von neun Monaten (von 17.01.2017 bis 30.09.2017) nie an der Adresse AdresseBF angetroffen wurde, und auch persönliche Rücksprachen mit diversen Nachbarn ergaben, dass die Kindesmutter in dem Mehrparteienwohnhaus gänzlich unbekannt ist und noch nie gesehen wurde.

Es liegen dem Finanzamt Unterlagen vor, in denen Sie angeben, dass Ihre Tochter mit ihrer Mutter in X. lebt, das heißt, Ihre Tochter gehört dem Haushalt ihrer Mutter in X. an.

Und zu guter Letzt haben Sie im Zuge der Einkommensteuererklärungen für die Kalenderjahre 2015 und 2016 für Ihre Tochter To. den Kinderfreibetrag für ein nicht haushaltszugehöriges Kind beantragt, obwohl Sie im Beihilfenverfahren ausdrücklich auf einer Haushaltszugehörigkeit beharren.

Aufgrund dieser vorliegenden Tatsachen kann das Finanzamt nur zu dem Schluss kommen, dass eine Haushaltszugehörigkeit Ihrer Tochter zu Ihrem Haushalt nicht vorliegt, und ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht und die Rückforderung zu Recht besteht."

Im dagegen erhobenen Vorlageantrag vom 29.05.2018 führte der BF aus: "Wenn davon auszugehen ist - so wie in der Begründung der Beschwerdeentscheidung ausgeführt - dass meine Tochter nicht zu meinem Haushalt gehört, ich die Unterhaltskosten überwiegend trage und wenn die Kindesmutter nicht anspruchsberechtigt und § 2 Abs. 5b FLAG 1967 anzuwenden ist, besteht der Anspruch für mich als Vater laut der Gesetzeslage zurecht.

Es ist keineswegs einzusehen, dass meine Tochter mit österreichischem Vater und Staatsbürgerschaft und mit einer Mutter die in Österreich gewerblich seit Jahren tätig ist und Steuern bezahlt, bei den Familienleistungen durch den Rost fallen sollte.

Ich ersuche neuerlich um Aufhebung des erlassenen Bescheides über die Rückforderung der Familienleistungen."

Das Finanzamt legte die Beschwerde des BF samt Akteninhalt dem BFG vor und führte im Vorlagebericht vom 10.09.2018 ergänzend aus, dass sich die Tochter To. laut den Ermittlungsergebnissen insbesondere auf Grund der Angaben des BF im Rahmen der Einkommensteuerveranlagungen und des Berichts der Landespolizeidirektion überwiegend im Drittland befinde und nur eventuell in den Ferien auf Besuch nach Österreich komme. Deshalb sei die Tochter nicht haushaltszugehörig. Es bestehe kein Familienbeihilfenanspruch für ständig im Ausland lebende Kinder außerhalb des EU/EWR-Raums.

Nach der Aktenlage ist von folgendem **Sachverhalt** auszugehen:

Die (im gegenständlichen Zeitraum noch minderjährige Tochter des BF, geboren am Datum) besuchte im Schuljahr 2012/2013 die Klasse 3.A der Ganztagsvolksschule ABC in Wien und war bei ihrer Mutter in Wien gemeldet.

Die Mutter wurde mit 05.11.2015 und die Tochter mit 03.03.2016 in Wien abgemeldet. Der BF beantragte die Familienbeihilfe für die Tochter ab August 2015 und erhielt diese auch zugesprochen.

Seit 2013 besucht die Tochter die DEF-Schule in X., Drittland und wohnt dort (bei einer Gastfamilie oder auch mit der Kindesmutter).

Am 14.03.2016 wurden sowohl die Tochter als auch deren Mutter am Wohnsitz des BF (im Haus von dessen Mutter) angemeldet. Am 04.10.2017 erfolgte die amtliche Abmeldung der Mutter von To., da diese bei mehrmaligen Kontrollen im Auftrag des Bundesamtes für Asyl und Fremdenwesen nie an dieser Adresse angetroffen worden war und auch den Nachbarn gänzlich unbekannt und noch nie dort gesehen worden war.

Beim BF verbringt die Tochter die Schulferien und verbringt bei diesem durchschnittlich zwei Monate im Jahr.

Die Tochter ist nicht beim BF haushaltszugehörig.

Der BF leistet für die Tochter Unterhalt (ca. 400 Euro im Monat) mittels Überweisung an die Kindesmutter aufgrund einer pflegschaftsgerichtlichen Festsetzung.

Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage, insbesondere aus den Angaben des BF (Schreiben vom 15.01.2018 an das Finanzamt) und dessen Angaben im Einkommensteuerverfahren zur Erlangung des Kinderfreibetrages für ein nicht haushaltszugehöriges Kind.

Der BF hat wiederholt angegeben, dass die Tochter seit Jahren in X. eine Schule besucht und dazu auch Zeugnisse vorgelegt. Lediglich die Ferien verbringt die Tochter (teilweise) bei ihm in Österreich.

Einmal hat der BF angegeben, die Tochter wohne bei einer Gastfamilie, dann wieder, die Tochter wohne bei der Mutter in X..

Der langjährige und durchgehende Schulbesuch der Tochter seit 2013 in X. wird aber auch vom BF nicht bestritten.

Der Sachverhalt ist somit weitgehend bzw. in den relevanten Teilen unbestritten.

Rechtslage / Erwägungen

Dieser Sachverhalt ist vom Bundesfinanzgericht rechtlich folgendermaßen zu beurteilen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

§ 2 Abs. 5 FLAG 1967 lautet:

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn ...

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 lautet: Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967, idF BGBl. I Nr. 103/2007, hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988, idF BGBl. I Nr. 53/2013, steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Nach § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate.

Nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ergibt sich ein Ausschlussgrund des Beihilfenanspruches für Kinder, die sich ständig im Ausland/Drittland aufhalten. Der ständige Aufenthalt im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmung ist nach der gesicherten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. VwGH vom 24.06.2010, 2009/16/0133) nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Das ist dort, wo sich jemand unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er/sie an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Der ständige Aufenthalt gem. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ist somit rein nach objektiven Kriterien, nämlich der tatsächlichen körperlichen Anwesenheit einer Person zu bewerten (vgl. auch Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9).

Im bereits zitierten Erkenntnis des VwGH vom 24.06.2010, 2009/16/0133, hat das Höchstgericht eine Aufenthaltsdauer im Ausland von fünfeinhalb Monaten *gerade noch* als vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Ein bereits etwa einjähriger Auslandsaufenthalt der einem Schulbesuch im Ausland dient, ist jedoch nach der jüngeren Rechtsprechung des VwGH (vgl. Erkenntnis vom 26.01.2012, 2012/16/0008) als ständiger Aufenthalt iS des § 5 Abs. 3 FLAG zu werten.

Da die Tochter des BF unbestritten eine mehrjährige Schulausbildung im Drittland absolviert und dort den überwiegenden Teil des Jahres verbringt, hält sie sich nach den obigen Ausführungen nicht nur vorübergehend im Drittland auf.

Für sie besteht demnach kein Familienbeihilfenanspruch in Österreich.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der BF für die Zeitdauer des Schulbesuchs in X. für den Lebensunterhalt der Tochter aufkommt. Selbst eine allenfalls geplante Rückkehr nach Österreich nach Abschluss der mehrjährigen Schule nach Österreich spielt keine Rolle.

Auch das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit (vom Ausland) zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Tochter im Ausland nicht unterbrochen wird (VwGH 27.04.2005, 2002/14/0050; VwGH 20.06.2000, 98/15/0016; VwGH 08.06.1982, 82/14/0047; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, vgl. Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9).

Auch wenn der Auslandsaufenthalt zu Ausbildungszwecken erfolgt, ändert dies nichts daran, dass sich das Kind während der Auslandsausbildung ständig (also nicht nur vorübergehend) iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im Ausland, also einem Drittland, aufhält (vgl. BFG 11.12.2015, RV/7105408/2015; BFG 4.1.2016, RV/7101957/2015; BFG 14.10.2016, RV/7101355/2016; BFG 03.11.2016, RV/7100224/2016; BFG

02.01.2017, RV/7103136/2015; BFG 22.01.2019, RV/1100552/2018; BFG 09.11.2018, RV/6101105/2015).

§ 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 ist nicht anwendbar.

Zum Einen besteht keine gemeinsame Haushaltsführung mit dem BF. Eine bloße (Schein)Anmeldung begründet keinen gemeinsamen Haushalt.

Zum Anderen bezieht sich die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 ausschließlich auf zum Zwecke der Berufsausübung bewohnte Zweitunterkünfte. Eine analoge Anwendung der lit. b auch auf in Berufsausbildung befindliche Personen ist durch den klaren und eindeutigen Gesetzeswortlaut ausgeschlossen; dies insbesondere auch deshalb, weil das FLAG durchgängig klar zwischen Berufsausübung und Berufsausbildung unterscheidet (UFS 24.06.2009, RV/0752-I/08 und Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz 147).

Auf den Wohnsitz und den ständigen Aufenthalt der Eltern kommt es daher ebenso wenig an wie auf deren Staatsbürgerschaft, deren Berufsausübung in Österreich, den Mittelpunkt der Lebensinteressen und die Staatsbürgerschaft des Kindes, die Tragung der Kosten des Lebensunterhaltes oder die Argumentation, dass der Auslandsaufenthalt „nur“ zur Ausbildung erfolge (Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem Drittland, UFS journal 2011, 371; VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160; VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Im Lichte der zitierten höchstgerichtlichen Erkenntnisse sowie der in der Fachliteratur übereinstimmend vertretenen Meinung ist somit der nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 geforderte "ständige Aufenthalt" bei im Ausland/Drittland studierenden oder dort eine Schule besuchenden Kindern im Ausland und nicht in Österreich gelegen. Sämtliche ergänzenden Ausführungen oder Behauptungen des BF können demnach an der Beurteilung, dass sich die Tochter ständig im Ausland aufhält, nichts ändern und eignen sich nicht zur Begründung des Anspruchs auf Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum.

Der Rückforderungsbescheid des Finanzamtes erging zu Recht, es war spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG iVm § 25a Abs. 1 VwGG ist gegen diese Entscheidung eine (ordentliche) Revision unzulässig. Es handelt sich um keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, da das Bundesfinanzgericht in rechtlicher Hinsicht der in der Entscheidung dargestellten ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes folgt.

Graz, am 4. Juni 2019