

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache C. M., Adresse, vertreten durch Mk. O., Adresse, über die Beschwerde vom 27.10.2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 31.08.2017, über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für M. X., geb. xxx, für den Zeitraum August 2014 bis August 2016 Familienbeihilfe 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

Im Zuge einer Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen für die Weitergewährung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder der Beschwerdeführerin (Bf.) Y und X. M. wurde die Bf. ua. ersucht, bekannt zugeben, seit wann sich ihre Tochter nicht mehr ständig in Österreich aufhält.

Die Bf. führte aus, dass ihre Tochter X., geb. xxx, seit August 2014 eine Schule in den USA, B. Highschool zu Ausbildungszwecken, weiters auch für September 2015 bis Mai 2016 und September 2016 bis Mai 2017 besucht habe.

Unterbrechungen des Ausbildungsaufenthaltes in den USA hätten für Ferien sowie WM- und Turnierteilnahmen für das Österreichisches Eishockey Damennationalteam stattgefunden. Ausbildungs- und Lebenserhaltungskosten hätten die Eltern des Kindes abzüglich der von der Tochter erhaltenen Stipendien getragen.

Vorgelegt wurden Schulbestätigungen der B. Highschool.

Mit **Bescheid vom 31.08.2017** wurde für den Zeitraum August 2014 bis August 2016 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge in Höhe von € 4.985,80 gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 (Familienausgleichsgesetz 1967) in Verbindung mit § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 rückgefordert und hierzu begründend ausgeführt:

"Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Ihre Tochter X. hält sich seit August 2014 in den USA auf. Das Verbringen von Schulferien und gelegentlichen Aufenthalten im Bundesgebiet unterbricht nicht den dauernden Auslandsaufenthalt."

Gegen diesen Bescheid vom 31.08.2017 brachte die Bf. Beschwerde vom 27.10.2017 ein und führte begründend aus:

"Ich lege Beschwerde gegen den genannten Bescheid vom 31.08.2017 ein, da die Rückforderung der im Bescheid genannten Beträge zu Unrecht erfolgte. Meine Tochter X., im fraglichen Zeitraum minderjährig, hatte und hat ihren Lebensmittelpunkt in Österreich und hatte vorübergehende Aufenthalte in den USA für Ausbildungszwecke. Eine detaillierte Darstellung der Umstände ist in dem Vorlageantrag für das Bundesfinanzgericht vom 25.09.2017 (GZ FA16/B/2017/003698) enthalten. Dementsprechende Unterlagen wurden dem Finanzamt bereits übermittelt...."

Folgende Aufstellung erfolgte von der Bf. bereits im Zuge des oa. Beschwerdeverfahrens betreffend den Bescheid vom 16. Juni 2017 über die Rückforderung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für X. M. September 2016 - Februar 2017 und Y M. für Juli 2014 bis Sept. 2016:

Zeitraum	Ausbildungstätigkeit	Kosten
August 2014 – Mai 2015	Ausbildungsaufenthalt in den USA [REDACTED] Massachusetts. Unterbrechungen für Ferien sowie WM- und Turnierteilnahmen für Österreichisches Eishockey Damennationalteam (U18 und A Team) Siehe beiliegender Vertrag	Schulgeld inklusive Unterbringung: ca. Euro 13.800,-- Sonstiges (z.B. Flüge): Ca. Euro 3.000,-- Monatliche Kosten umgelegt auf 9 Monate: Ca. Euro 1.860
September 2015 – Mai 2016	Ausbildungsaufenthalt in den USA [REDACTED] Massachusetts. Unterbrechungen für Ferien sowie WM- und Turnierteilnahmen für Österreichisches Eishockey Damennationalteam (U18 und A Team) Siehe beiliegender Vertrag	Ausbildungs- und Lebenshaltungskosten: Pauschal Euro 8.200,-- Sonstiges (z.B. Flüge): ca. 3.000,-- Monatliche Kosten umgelegt auf 7 Monate: Ca. Euro 1.240,--
September 2016 – Mai 2017	Ausbildungsaufenthalt in den USA [REDACTED] Massachusetts. Unterbrechungen für Ferien sowie WM- und Turnierteilnahmen für Österreichisches Eishockey Damennationalteam (U18 und A Team) Siehe beiliegender Vertrag	Schulgeld inklusive Unterbringung: Ca. Euro 8.500,-- Sonstiges (z.B. Flüge): ca. Euro 3.000,-- Monatliche Kosten umgelegt auf 9 Monate: Ca. Euro 1.280,--

Begründend führte die Bf. gleichlautend wie bereits zum Antrag auf Vorlage der Beschwerde vom 25.09.2017 weiters aus:

"Unsere Tochter X. M., 18 Jahre, ist leistungssportliche Eishockey-Spielerin und Mitglied des Österreichischen Damen Eiskockey-Nationalteams.

Aufgrund ihres sportlichen Talents wurde X. 2014 von der B. High School, USA, eingeladen, eine vorübergehende sportliche und begleitende schulische Ausbildung ebendort zu absolvieren. Aufgrund X. positiver Entwicklung wurde diese Einladung von Jahr zu Jahr wiederholt und der Aufenthalt verlängert.

Nicht zuletzt auf Grund X. Erfolge im Österreichischen Nationalteam wurde ihr ein Mannschafts- und Ausbildungsplatz am HoCr College, ebenso USA, angeboten, das sie nun seit September 2017 für das laufende Studienjahr besucht. HoCr nimmt an der Nationalen College Liga, Division 1, teil.

Zusammenfassend: X., jetzt 18 Jahre, hat sich zu Ausbildungszwecken für den jeweils zweckbedingt erforderlichen Zeitraum vorübergehend in den USA aufgehalten.

Begründung für den Antrag

- Der Aufenthalt unserer Tochter X. hatte zu jeder Zeit nur vorübergehenden Charakter. Ihre Aufenthalte in den USA waren für Ausbildungszwecke für den jeweils erforderlichen Zeitraum. Es war auch nicht geplant und absehbar, dass sich diese Aufenthalte über mehrere Jahre erstrecken würden. Die Vereinbarungen dazu wurden mit der B. High School jeweils auf Jahresbasis getroffen.

- Der Lebensmittelpunkt, der bis vor kurzem noch minderjährigen, X. liegt klar in Österreich: Wann immer es ihre Ausbildung zulässt, verbringt sie ihre Zeit zu Hause. Es ist für sie in unserer Wohnung ein Zimmer eingerichtet, das exklusiv von ihr genutzt wird. Wir, ihre Eltern, ihre übrige Familie, ihr Freund und der größte Teil ihres Freundeskreises lebt ebenfalls in Österreich. Während ihrer ausbildungsfreien Zeit ist sie einer nebenberuflichen Beschäftigung in Österreich nachgegangen. X. spielt weiterhin für ihren österreichischen Eishockey-Stammverein, die Vienna Sabres, soweit es der Zeitplan zulässt.

- Der Besuch einer US High School und nun eines College stellt für eine leistungssportliche Eishockey Spielerin eine einzigartige Chance dar. Der Professionalitätsgrad ist weltweit einzigartig. Die Nutzung dieser Möglichkeit, wenn sie angeboten wird, ist alternativlos. Diese professionelle Ausbildung ist nicht zuletzt im Interesse des Österreichischen Damen Nationalteams, da so zur Entwicklung einer überdurchschnittlich qualifizierten Spielerin und Repräsentantin des Landes beigetragen wird. Aufenthalte außerhalb des Landes sind somit zwangsläufig notwendig, um diese Möglichkeit zu nutzen, ändern aber nichts an der Zentrierung der Lebensinteressen im Heimatland.

- Abschließend darf ich erwähnen, dass ich Kenntnis von Fällen habe, die vollkommen analog zu Xs sind, in denen vom zuständigen Finanzamt anders entschieden, und die Familienbeihilfe zuerkannt wurde. Es dürfte nicht dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit entsprechen, dass es innerhalb des Bundesgebiets eine so stark unterschiedliche Praxis einzelner Behörden gibt."

Das Finanzamt wies die Beschwerde (v. 27.10.2017) mit **Beschwerdevorentscheidung vom 07.12.2017** ab und führte begründend aus:

"Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Ihre Tochter X. M. hält sich seit August 2014 zu Ausbildungszwecken in den USA auf. Aus der Rechtsprechung des VwGH zu § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) geht hervor, dass für die Auslegung des Begriffes "ständiger Aufenthalt" auf § 26 Abs. 2 BAO (Bundesabgabenbehörde) zurückgegriffen werden kann (vgl. VwGH 8.6.1982, 18/14/0047 FLAG; § 5; Rz 9).

Demnach hat jemand seinen gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich ständig aufhält, unter Umständen die Erkennen lassen, dass er an diesem Ort und in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Ein Aufenthalt in dem genannten Sinn verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. So ist das Verbringen von Ferien bzw. gelegentliche Aufenthalte für Turnierteilnahme in Österreich jeweils nur als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, die den ständigen Aufenthalt eines Kindes im Ausland nicht unterbricht.

X. hat ihren ständigen Aufenthalt - bedingt durch ihre Berufsausbildung - in den USA. Die Ferienaufenthalte bzw. gelegentliche Aufenthalte für Tournierteilnahmen in Österreich unterbrechen nicht den ständigen Aufenthalt in den USA. Vielmehr lag nur vorübergehende Abwesenheit des Aufenthaltes in den USA vor.

Da keine Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, war Ihre Beschwerde vollinhaltlich abzuweisen."

Die Bf. brachte gegen die Beschwerdevorentscheidung vom 07.12.2017 den **Antrag vom 02.01.2018 ein, die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen** und wies auf die Ausführungen ihres Vorlageantrages vom 25.09.2017 (GZ FA16/2017/003698) hin, die bereits zu der oa. Beschwerde angeführt sind.

Ergänzend legte die Bf. als weiteren Beleg dafür, dass X. Lebensmittelpunkt Österreich sei und gewesen sei, ein aktuelles Porträt über X. aus der ASKÖ Mitgliederzeitung, vor.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Die Bf. bezog für ihre Tochter X., geb. xxx, für den Zeitraum August 2014 bis August 2016 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag.

Auf Grund einer Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen für die Weitergewährung der Familienbeihilfe gab die Bf. dem Finanzamt bekannt, dass ihre Tochter ab August 2014 eine Schule in den USA besucht.

Laut der oa. vorgelegten Aufstellung besuchte die Tochter von August 2014 bis Mai 2017 die B. High School für Ausbildungszwecke und unterbrach den Aufenthalt in den USA in den Ferien und zu WM- und Turnierteilnahmen für die Österreichische Eishockey Damennationalteam.

Die Tochter erhielt für diese Jahre Stipendien.

Für die Flüge, Schulgeld und monatliche Kosten - abzüglich der Stipendien - kamen die Eltern auf (vgl. eingangs angeführte Aufstellung).

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf der Aktenlage, insbesondere eigenen Angaben der Bf.. Sie sind nicht strittig.

Rechtsgrundlagen und rechtliche Erwägungen:

Nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist.

Anspruch auf Familienbeihilfe 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. Zum Haushalt einer Person gehört gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a).

Nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, wobei allerdings nach § 53 Abs. 1 FLAG 1967 der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten ist.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Im gegenständlichen Fall ist unstrittig, dass die Tochter der Bf. seit August 2014 bis Mai 2017 die B. Highschool in den USA besucht hat. Die USA sind kein Staat des EWR.

Die Tochter hat sich nur in den Ferien und zu Zeiten von Turniere in Österreich aufgehalten.

Mit der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 hat sich sowohl der Verfassungsgerichtshof als auch der Verwaltungsgerichtshof in mehreren Entscheidungen auseinandergesetzt. Im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, führt der Gerichtshof

unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur aus, dass eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes im Inland zum Inland bindet, und hiebei auf dessen Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken erweckt. Solches zu normieren, stehe dem Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit zu. (vgl. BFG vom 30.05.2014, RV/3100264/2014)

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kann zur Auslegung des Begriffes des "ständigen Aufenthaltes" auf § 26 Abs. 2 BAO zurückgegriffen werden kann (z.B. VwGH 8.6.1982, 82/14/0047; so auch Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9). Danach hat eine Person den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo sie sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie an diesem Ort oder in diesem Lande nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Begriffsbestimmung ist auch auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 anzuwenden; wer sich in einem Land unter erkennbaren Umständen aufhält, dass er dort nicht nur vorübergehend verweilt, von dem muss bei objektiver Betrachtung angenommen werden, dass er sich in jenem Land ständig aufhält (vgl. auch VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; 18.11.2009, 2008/13/0072). Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt im Ausland nicht unterbrochen wird (sh. zB VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160). Auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen kommt es bei dieser Beurteilung nicht an.

Entscheidend in diesem Zusammenhang ist, dass die innerstaatliche Bestimmung des früheren § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (nunmehr § 5 Abs. 3 FLAG 1967), den Familienbeihilfenanspruch ausschließt, wenn sich das potenziell anspruchsvermittelnde Kind ständig im Ausland aufhält (VwGH 18.09.2003, 2000/15/0204). Auf den Wohnsitz und ständigen Aufenthalt der Eltern bzw. der (vermeintlich) anspruchsberechtigten Person kommt es daher eben sowenig an, wie auf die Staatsbürgerschaft, deren Berufsausübung in Österreich, den Mittelpunkt der Lebensinteressen, die Tragung der Kosten des Lebensunterhaltes oder die Argumentation, dass der Auslandsaufenthalt "nur" zu Ausbildungszwecken erfolgt (VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160) (vgl. BFG vom 30.05.2014, RV/3100264/2014).

Der Besuch einer Schule im Ausland, der sich über ein Schuljahr erstreckt, kann nicht mehr als nur vorübergehend im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 1967 angesehen werden (Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9, unter Bezugnahme auf VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133; in diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als einen vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Sh auch VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen wurde (VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016;

VwGH 8.6.1982, 82/14/0047; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160)."

Somit geht das Bundesfinanzgericht auch im Beschwerdefall davon aus, dass sich die Tochter der Bf. iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ständig, nämlich sogar weit mehr als ein Jahr, im Ausland (in den USA) aufgehalten hat.

Die von der Bf. in der Beschwerde gemachten Ausführungen, dass der Lebensunterhalt ihrer Tochter abzüglich der Stipendien, die ihre Tochter erhalten hat, von ihr und ihrem Gatten getragen wurden, können der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen.

Entscheidungsrelevant ist im vorliegenden Beschwerdefall alleine die Tatsache, dass die Tochter der Bf. seit August 2014 in einem Nicht-EWR-Staat die Schule besucht hat und dies - wie bereits erwähnt - nicht als vorübergehender Auslandsaufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 angesehen werden kann.

Die Beschwerde war daher abzuweisen.

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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da dieses Erkenntnis der dargestellten Judikatur des VwGH zum Vorliegen eines ständigen *Auslandsaufenthaltes* iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 folgt. Gegen dieses Erkenntnis ist daher keine (ordentliche) Revision zulässig.

Wien, am 14. August 2019