

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Mag. Adler Vlatka RA, Billrothstraße 86/2, 1190 Wien, über die Beschwerde vom 22. Juni 2019 gegen den Bescheid des ***FA*** vom 4. Juni 2019 betreffend Familienbeihilfe (Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge 09/2015 bis 12/2018), SVNR ***1***, für den Sohn ***2***, geboren ***5*** 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

I. Verfahrensgang

Mit Bescheid vom 4.6.2020 forderte das Finanzamt von der Beschwerdeführerin (BF) Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag für ihren Sohn ***2*** zurück mit folgender Begründung:

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

*Da ***2*** seit dem Schuljahr 2015/16 in Bosnien die Schule besucht, ist von einem ständigen Aufenthalt in Bosnien (Drittstaat) auszugehen.“*

Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 22.6.2020 mit folgender Begründung:

„Die Beschwerde richtet sich gegen die Vorschreibung des Betrages von € 8.010, -

*Es wird ersucht die Rückforderungsbeträge von FB und KB mit 0 anzusetzen. Mein Sohn hat in Bosnien nur die Schule besucht in erster Linie wegen der Muttersprache, um diese zu vertiefen, um sich später im Studium einen Vorteil daraus zu erzielen, das zukünftige Studium erwägt er in Österreich zu besuchen, genauso wie die Ö. Wehrpflicht, die er im ***Monat*** antreten wird. Sein Hauptmittelpunkt war nie in Bosnien, er war dort auch nicht eines Wohnsitzes gemeldet, sondern war nur in einem Internat, um die Schule zu besuchen, er war jedes verlängerte*

Wochenende, jede Ferien und immer dann als die Schule geschlossen war, wegen Feiertag etc., in Österreich. 2018 hat er auch in den Ferien bei der Firma ***3*** gearbeitet. Ich bitte Sie, das zu berücksichtigen und einen neuen Bescheid zu erlassen.“

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 26.2.2020 wurde die Beschwerde abgewiesen:

„Mit genanntem Bescheid wurde die Familienbeihilfe für Ihren Sohn ***2*** für den Zeitraum September 2015 bis Dezember 2018 gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 mit der Begründung rückgefordert, dass ***2*** seit dem Schuljahr 2015/16 die Schule in Bosnien besucht und sich somit ständig in einem Drittland aufhält.

Dagegen haben Sie Beschwerde eingebracht und diese damit begründet, dass Ihr Sohn ***2*** in Bosnien nur die Schule besucht in erster Linie wegen der Muttersprache, um diese zu vertiefen. Er möchte später im Studium einen Vorteil daraus erzielen. Das zukünftige Studium erwägt er in Österreich zu machen, genauso wie er die Wehrpflicht in Österreich absolviert. Sein Hauptmittelpunkt war nie in Bosnien, sondern war er in einem Internat, um die Schule zu besuchen, er war jedes verlängerte Wochenende, alle Ferien und immer, wenn die Schule geschlossen war in Österreich. 2018 hat er in den Ferien bei der Firma ***3*** in Österreich gearbeitet.

Dazu wird folgendes ausgeführt:

Zusammenfassend wird festgestellt, dass Ihr Sohn in Bosnien die islamische Mittelschule ***4*** von September 2015 bis Mai 2019 besuchte und diese Ausbildung abschloss.

Mit der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 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 30.5.2014, RV/3100264/2014). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu § 5 Abs. 3 FLAG kann zur Auslegung des Begriffes des "ständigen Aufenthaltes" auf § 26 Abs. 2 BAO zurückgegriffen werden (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 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; VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072). Das Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl. 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 § 5 Abs. 3 FLAG den Familienbeihilfenanspruch ausschließt, wenn sich das potenziell anspruchsvermittelnde Kind ständig im Ausland aufhält (VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204). Auf den Wohnsitz und ständigen Aufenthalt der Eltern bzw. der (vermeintlich) anspruchsberechtigten Person kommt es daher ebensowenig 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, BFG vom 30.5.2014, RV/3100264/2014).

Der Besuch einer Schule im Ausland, der sich über mehrere Jahre erstreckt, kann nicht mehr als nur vorübergehend im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 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.“

Im Vorlageantrag vom 25.3.2020 wurde vorgebracht, dass sowohl der Kindesvater, die BF und der Sohn österreichische Staatsbürger sind, alle drei in Österreich leben und die Eltern in Österreich arbeiten. Weiters wurde vorgebracht:

****2*** hat die Hauptschule in Österreich besucht und positiv abgeschlossen.*

*Da in Österreich keine entsprechende Schule zur Verfügung gestanden ist, musste ***2*** alle 14 Tage mit dem Autobus zu einer Schule gebracht werden, welche die entsprechende Ausbildung auch in religiöser Hinsicht anbietet.*

****2*** hat diese Schule aus religiösen Gründen besucht und auch abgeschlossen.*

Diese Schule ist zu weit entfernt, um die Hin- und Rückfahrt jeden Tag auf sich nehmen zu können. Daher hat die Schule angeboten, dass der Sohn dort übernachten kann.

Daraus ist keinesfalls abzuleiten, dass er dort einen gewöhnlichen Aufenthalt oder gar einen Wohnsitz begründet hätte.

Es wird daher ausdrücklich bestritten, dass sich der Sohn seit dem Jahr 2015 ständig in einem Drittland aufhält.

*Das Kind hat mangels einer entsprechenden religiösen Schule in der Nähe seines Wohnortes eine Schule in ***6***/Bosnien-Herzegowina besucht.*

Zu diesem Zweck ist er mit dem Autobus für jeweils 14 Tage dorthin gebracht worden und hat in der Schule übernachtet.

*Der mj. ***2*** hat weiterhin in Österreich bei seinen Eltern sämtliche Fahrnisse aufbewahrt und den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen behalten.*

Die Übernachtungen in der Schule waren ausschließlich durch den weiten Hin- und Rückweg begründet.

Das Kind hat in Bosnien bei keiner Familie, bei keinen Freunden gewohnt, sondern nur in der Schule übernachtet.

*Der mj. ***2*** hat sich ansonsten ausschließlich in Österreich aufgehalten, auch in den Ferien, sobald er alt genug dafür war, in Österreich gearbeitet (z.B. im Sommer 2018 bei einer Baufirma).*

Es wird bestritten, dass ***2*** „nur die Ferien in Österreich" verbracht hätte; als ob er ein Fremder wäre, der nach Österreich kommt, um hier Ferien zu verbringen.

Er hat in Österreich die Ferien verbracht, weil er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte und hat.

Mit anderen Worten, ***2*** war in Österreich, bei seinen Eltern, im Haushalt seiner Eltern jederzeit, wenn er nicht verpflichtet war, in ***6***/Bosnien in der Schule zu sein.

2 war in Österreich nicht als „ein Fremder, ein Besucher"; sondern **war in Österreich als „ein in ***7*** geborener Österreicher bei sich zu Hause"**, wenn er nicht gerade nach ***6***/Bosnia zur Schule fahren musste.

Inzwischen ist ***2*** großjährig und leistet den Wehrdienst im österreichischen Bundesheer ab.

Da auch die zitierten oberstgerichtlichen Entscheidungen *) jeweils von anderen Sachverhalten ausgehen, stelle ich den **Antrag auf Aufhebung des Bescheides vom 4. Juni 2019 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge (Familienbeihilfe (FB) und Kinderabsetzbetrag (KG)).**

Mit Vorlagebericht vom 9.7.2020 legte das Finanzamt die Beschwerde dem BFG zur Entscheidung vor und führte in der Stellungnahme aus:

„Es wird, wie schon in der BVE, die Abweisung gem. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in Verbindung mit § 26 Abs. 2 BAO aufgrund des mehrjährigen ständigen Aufenthalts des Kindes im Drittstaat beantragt.

Es wird, wie bereits in der Beschwerdeentscheidung auf die aktuelle ständige und einheitliche Rechtsprechung verwiesen, vgl. VwGH v 26.1.2012, 2012/16/0008 und die dortigen Verweise, und Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz. 9 zu § 5).

Bei einem fast identischen Sachverhalt wie dem vorliegenden (Eltern leben in Österreich, Kind hält sich zum Schulbesuch in einem Gymnasium in Bosnien im Internat auf) hat der UFS in seiner Entscheidung vom 25.10.2012, GZ. RV/0454-G/12, entschieden, dass sich das Kind dauernd im Ausland aufgehalten habe. Die Behandlung der dagegen eingebrachten Beschwerde hat der VwGH mit Beschluss vom 24.1.2013, 2012/16/0233, abgelehnt.

Zum weiteren Vorbringen im Vorlageantrag wird ausgeführt, dass die Tatsache, dass alle drei Familienmitglieder österreichische Staatsbürger sind und die Eltern in Österreich arbeiten, sowie dass der Sohn Volksschule, neue Mittelschule und Bundesheer in Österreich absolviert, an der Beurteilung des Falles nichts ändert. Erforderlich für den Anspruch auf Familienbeihilfe ist nach § 5 Abs 3 FLAG, dass das Kind sich nicht ständig im Ausland/Drittland aufhält. Das war während des Schulbesuchs in Bosnien im streitgegenständlichen Zeitraum aber der Fall und hielt sich der Sohn in dieser Zeit ständig im Drittland auf.“

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die BF, der Sohn ***2*** und der Kindesvater sind österreichische Staatsbürger, die Eltern wohnen und arbeiten in Österreich.

Im Schuljahr 2014/2015 besuchte der Sohn noch die achte Schulstufe einer Neuen Mittelschule in Österreich und hat diese positiv abgeschlossen.

Ab 09/2015 und während des gesamten beschwerdegegenständlichen Zeitraums (bis 12/2018 und das gesamte restliche vierte Schuljahr) besuchte der Sohn die islamische Mittelschule in Bosnien aus religiösen Gründen und wegen seiner Muttersprache, da es in der Nähe des Wohnortes in Österreich keine entsprechende religiöse Schule gab.

Der Sohn übernachtete in der Schule im Internat während der Unterrichtszeiten, wofür Internatsgebühren zu entrichten waren. Die Ferien verbrachte er bei seinen Eltern in Österreich und fuhr er durchschnittlich zweimal monatlich nach Österreich zu den Eltern.

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage und den vorgelegten Unterlagen und ist insofern nicht strittig.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

§ 2 Abs. 5 FLAG 1967 lautet:

(5) 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 die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

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

[§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) lautet:

(3) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

[§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#) lautet:

(1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

[§ 33 Abs. 3 EStG 1988](#) lautet:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht 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.

Ständiger Auslandsaufenthalt

Strittig ist, ob sich der Sohn im Sinne von § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ständig im Ausland aufgehalten hat.

Fest steht, dass die insgesamt vierjährige Ausbildung (Schuljahr 2015/2016 bis Schuljahr 2018/2019) des Sohnes in einer islamischen Mittelschule in Bosnien, also einem Drittstaat, absolviert wurde. Der Sohn war während des ganzen Schuljahres in Bosnien im Internat und nur in den Ferien bzw. durchschnittlich zweimal monatlich mit dem Bus zu Besuchen zu Hause.

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 geht es um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. etwa VwGH 22.4.2009, [2008/15/0323](#); VwGH 28.11.2007, [2007/15/0055](#); VwGH 15.11.2005, [2002/14/0103](#)). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG, 2. Aufl. 2020, § 5 Rz 9).

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. VwGH 28.11.2007, [2007/15/0055](#)).

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist 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 (vgl. VwGH 15.11.2005, [2002/14/0103](#)).

Das bloße Verbringen der Ferien in Österreich bzw. fallweise kurze Besuche in Österreich während des Schuljahres sind jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch ein ständiger Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl. 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](#); UFS 25.10.2012, [RV/0454-G/12](#)).

Soweit sich die BF inhaltlich auf § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 beruft, wonach die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben gilt, weil das Kind für Zwecke der Berufsausbildung notwendigerweise am Ort nur eine Zweitunterkunft bewohnt, ist auszuführen, dass diese Bestimmung von der "Berufsausübung" spricht und nicht auf eine Berufsausbildung anzuwenden ist (vgl. Hebenstreit/Lenneis/Reinalter in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG, 2. Aufl. 2020, § 2, Rz 147; VwGH 20.6.2000, [98/15/0016](#)).

Der VwGH hat eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als einen vorübergehenden Aufenthalt angesehen (vgl. VwGH 24.6.2010, [2009/16/0133](#)).

Hingegen ist im beschwerdegegenständlichen Fall der Auslandsaufenthalt des Sohnes auf eine jedenfalls vierjährige Dauer angelegt gewesen.

Bereits ein einjähriger Auslandsaufenthalt auch nur zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. VwGH 26.01.2012, [2012/16/0008](#) unter Hinweis auf (Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", in UFS Journal 2011/10, 371).

Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, allenfalls ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (vgl. VwGH 26.01.2012, [2012/16/0008](#)).

Im Beschwerdezeitraum 09/2015 bis 12/2018 stand daher der ständige Auslandsaufenthalt des Kindes der Gewährung von Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags entgegen (vgl. etwa auch zu einer Ausbildung an einer Islamischen Religionsschule in der Republik Bosnien-Herzegowina UFS 25.4.2003, [RV/0030-S/03](#) oder BFG 29.7.2015, [RV/5100043/2015](#), sowie UFS 25.10.2012, [RV/0454-G/12](#), zu welcher Entscheidung die Behandlung der dagegen erhobenen VwGH-Beschwerde mit Beschluss vom 24.1.2013 abgelehnt wurde; vgl. auch BFG 11.12.2015, [RV/7105408/2015](#) zu einer fünfjährigen Ausbildung in einem Priesterseminar in Serbien).

Die zu Unrecht gewährten Beträge waren daher gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 zurückzufordern.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher als nicht rechtswidrig und war spruchgemäß zu entscheiden.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (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 kommt einer Rechtsfrage unter anderem dann grundsätzliche Bedeutung zu, wenn das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig. Es handelt sich um keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, da das Bundesfinanzgericht in rechtlicher Hinsicht der in der Entscheidung dargestellten Judikatur folgt.

Graz, am 13. Juli 2020