

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde der Bf., Adresse, vom 9. März 2020, gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 13. Februar 2020, über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Monate Jänner 2019 bis August 2019, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird iSd Beschwerdevorentscheidung des Finanzamtes teilweise insoweit Folge gegeben, als die Rückforderung nur für die Monate Juli 2019 und August 2019 erfolgt, während für die Monate Jänner 2019 bis Juni 2019 keine Rückforderung erfolgt.

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

Entscheidungsgründe

Verfahrensgang:

Die Beschwerdeführerin (Bf) bezog für ihre Kinder A., geb. 2002, B., geb. 2011, und C., geb. 2006, bis inklusive August 2019 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge der Anspruchsüberprüfung vom 29. November 2019 wurde die Bf vom Finanzamt (FA) aufgefordert, die Schulnachrichten/Jahreszeugnisse vom Juni 2019 für die genannten Kinder vorzulegen.

Mit Bescheid vom 13. Februar 2020 forderte das FA von der Bf die für den Zeitraum Jänner 2019 bis August 2019 bezogenen Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die drei genannten Kinder mit der Begründung zurück, dass die Bf trotz Aufforderung die Schulzeugnisse der Kinder vom Juni 2019 nicht eingebracht habe und dadurch ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 Bundesabgabenordnung (BAO) nicht nachgekommen sei. Es müsse angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw. bestehe.

Die Bf brachte gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht Beschwerde ein (persönlich überreicht beim FA am 9. März 2020) und brachte vor, dass ihre drei Kinder ab September 2019 in der Türkei die Schule besuchen.

Folgende Unterlagen wurden vorgelegt:

- Studienbescheinigung der Direktion für Meram/Zeki Özdemir Anadolu Gymnasium für A. vom 10. September 2019
- Bestätigung von Dr.med. D., FA f. Kinder- u. Jugendheilkunde, Adresse, vom 2. März 2020, dass A. am 17. Juni 2019 in seiner Ordination untersucht wurde
- Jahreszeugnis vom 28. Juni 2019 für das Schuljahr 2018/19 von C.
- Schulbesuchsbestätigung vom 28. Juni 2019 über den Schulbesuch der 2a-Klasse (zweite Schulstufe) Volksschule von B. vom 19. November 2018 bis 28. Juni 2019 als außerordentliche Schülerin im Sinne der § 4 des Schulunterrichtsgesetzes, BGBl. Nr. 472/1986.

Das FA gab der Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung (BVE) vom 30. Juni 2020 teilweise statt (Stattgabe für den Zeitraum Jänner bis Juni 2019, Abweisung für den Zeitraum Juli und August 2019).

Zur Begründung führte das FA unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut des § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) aus, dass der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) zu § 5 Abs. 4 FLAG 1967 – nunmehr § 5 Abs. 3 FLAG 1967 – in seinem Erkenntnis vom 8. Juni 1982, 82/14/0047, ausgesprochen habe, dass zur Auslegung des Begriffes des "*ständigen Aufenthaltes*" auf § 26 Abs. 2 BAO zurückgegriffen werden könne. Danach habe jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhalte, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Lande nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Begriffsbestimmung lasse sich zwanglos auf das "*sich ständig im Ausland Aufhalten*" des nunmehrigen § 5 Abs. 3 FLAG 1967 übertragen.

Das Tatbestandsmerkmal "*gewöhnlicher Aufenthalt*" verlange eine körperliche Anwesenheit. Diese müsse aber nicht ununterbrochen andauern.

Der Besitz der österreichischen Staatsbürgerschaft bewirke für sich alleine noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich.

Die Kinder der Bf würden ab September 2019 die Schule in der Türkei besuchen. Der gewöhnliche Aufenthalt der Kinder befinde sich daher nicht mehr in Österreich. Der Aufenthalt der Kinder in Österreich sei bis Juni 2019 nachgewiesen worden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe für die Kinder bestehe daher bis Juni 2019.

Die Bf stellte mit beim FA am 5. August 2020 persönlich überreichten Schreiben einen Vorlageantrag und bringt vor, dass das FA nach Schulschluss 2019 für die Ferienmonate Juli und August die Familienbeihilfe zurückverlange. Die Familienbeihilfe werde für die Kinder in den Ferien benötigt. Ihr Mann sei Alleinverdiener.

Das Bundesfinanzgericht (BFG) forderte die Bf mit Vorhalt vom 21. September 2020 auf, geeignete Nachweise (zB Flugtickets in die Türkei, Kopie der Reisepässe, Arztbestätigungen etc.) vorzulegen, dass sich ihre drei Kinder in den Monaten Juli und August 2019 noch in Österreich aufgehalten haben.

Am 30. September 2020 rief der Ehegatte der Bf an und gab aG des Vorhalts des BFG bekannt, dass die Kinder im Juli und August 2019 in der Türkei gewesen seien und nicht mehr nach Österreich zurück gekehrt seien. Seine älteste Tochter hätte gesundheitliche Probleme und habe unbedingt in der Türkei in die Schule gehen wollen. Nach langem Überlegen habe die Familie beschlossen, dass die Mutter mit den Kindern in der Türkei bleibe und der Vater in Österreich arbeite und wohne.

Die Bf gab am 02. Oktober 2020 dem BFG bekannt, dass ihre Kinder im Juli und August in der Türkei auf Urlaub gewesen seien und Ende August sei die "*Entscheidung eingetroffen*", dass die Kinder in der Türkei zur Schule gingen.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen

Sachverhalt:

Die Bf (türkische Staatsbürgerin) wohnte mit ihrem Ehegatten (österreichischer Staatsbürger) und den drei Kindern (österreichische Staatsbürger) A., geb. 2002, B., geb. 2011, und C., geb. 2006, bis einschließlich Juni 2019 seit Jahren im Inland, wo die Kinder auch die Schule besuchten. A. besuchte bis 28. Juni 2018 die Schule und war dann zu Hause, da sie gesundheitliche Probleme hatte.

Nach Schulschluss Ende Juni 2019 übersiedelte die Bf mit den drei Kindern in die Türkei, wo sich seitdem der ständige Aufenthalt der Bf und ihrer Kinder befindet. Die drei Kinder gehen seit September 2019 in der Türkei in die Schule.

Die Bf und die Kinder kehrten vor Schulbeginn im September in der Türkei nicht mehr nach Österreich zurück.

Der Kindesvater lebt und arbeitet nach wie vor in Österreich.

Beweiswürdigung:

Die persönlichen Daten der Bf und ihrer Familie sind unstrittig, den Verwaltungsakten zu entnehmen und stimmen mit den glaubhaften und dokumentierten Angaben des Bf überein.

Dass die Bf und die Kinder nach Schulschluss im Juni 2019 in die Türkei übersiedelten, damit die Kinder dort ab September 2019 zur Schule gehen können, wurde von der Bf und ihrem Ehegatten übereinstimmend vorgebracht. Dass sie die Ferien in den Monaten Juli 2019 und

August 2019 und die anschließende Schulzeit ab September 2019 durchgehend in der Türkei verbrachten, wurde vom Ehegatten der Bf bestätigt.

Rechtliche Beurteilung:

Die entsprechenden Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes idgF (FLAG 1967) lauten:

§ 2 Abs 1 lit a FLAG 1967:

„Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.“

§ 2 Abs 8 FLAG 1967:

"Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat."

§ 5 Abs 3 FLAG 1967:

"Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten."

Die Einschränkung des § 5 Abs 3 FLAG 1967 gilt nur bei einem Aufenthalt außerhalb von EU und EWR (§ 53 FLAG in Verbindung mit der Verordnung (EU) 883/2004) bzw soweit es keine anderslautenden staatsvertraglichen Regelungen gibt. Mit der Türkei existiert kein Staatsvertrag, der die Gewährung von Familienleistungen regelt.

§ 10 Abs 2 FLAG 1967:

"Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt."

§ 25 FLAG 1967:

"Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person ausgezahlt (§ 12) wird, sind verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, bei dem nach § 13 zuständigen Finanzamt zu erfolgen."

§ 26 Abs 1 FLAG 1967:

"Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen."

§ 33 Abs 3 EStG 1988:

"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 im Ausland (ab 01.01.2013: 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 der Rechtsprechung des VwGH zu § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist der ständige Aufenthalt unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach [§ 26 BAO](#) zu beurteilen. Danach 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.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO nach objektiven Kriterien zu erfolgen. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber – so der Gerichtshof – 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 02.06.2004, [2001/13/0160](#); VwGH 15.11.2005, [2002/14/0103](#)).

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen "längeren Zeitraum", so liegt nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes "jedenfalls" ein "nicht nur vorübergehendes Verweilen" vor (vgl VwGH 26.01.2012, [2012/16/0008](#)).

Im Erkenntnis VwGH 20.10.1993, [91/13/0175](#), hat das Höchstgericht einen über zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt von Kindern als ständig iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 beurteilt. Im Erkenntnis vom 20.06.2000, 98/15/0016, war es ein annähernd dreijähriger Auslandsaufenthalt eines Sohnes, den das Höchstgericht als ständig iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 eingestuft hat.

Verbringt das Kind die Ferien in einem anderen Land als jenem des Schulbesuches, so unterbricht dies den ständigen Aufenthalt nicht (VwGH 17.12.2009, [2009/16/0221](#), VwGH 15.11.2005, [2002/14/0103](#), VwGH 20.06.2000, [98/15/0016](#)).

Im ggstdl. Fall übersiedelte die Bf mit den drei Kindern Enden Juni 2019 in die Türkei und hielten sich seitdem dort ständig auf, da die Kinder ab September 2019 in der Türkei zur Schule gingen.

Es handelt sich daher um einen dauerhaft angelegten Aufenthalt der Kinder der Bf in der Türkei und nicht um ein vorübergehendes Verweilen. Die Kinder halten sich mittlerweile mehr als 1 Jahr in der Türkei auf und besuchen auch in diesem Schuljahr die Schule in der Türkei, sodass sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt und nicht als vorübergehendes Verweilen beurteilt werden kann.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist nach VwGH 28.11.2007, [2007/15/0055](#), nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beurteilen.

VwGH 21.09.2009, [2009/16/0178](#), stellt unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung unmissverständlich klar, dass es „bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG ... um objektive Kriterien geht, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 22. April 2009, Zl. 2008/15/0323, vom 28. November 2007, 2007/15/0055, und vom 15. November 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“.

Nach diesem Kriterium liegt der ständige Aufenthalt der Kinder der Bf seit Juli 2019 in der Türkei.

Auch das Erkenntnis VwGH 24.06.2010, [2009/16/0133](#), wonach unter gewissen Umständen eine ex ante Betrachtung anzustellen ist, spricht nicht gegen die vorgenommene rechtliche Beurteilung, auch wenn der Ehemann der Bf telefonisch vorbringt, dass die Familie nach langem Überlegen beschlossen habe, dass die Mutter (Bf) mit den Kindern in der Türkei (wo die Kinder immer ihren Sommerurlaub verbringen) bleibt und der Vater in Österreich arbeitet und wohnt. Diese Entscheidung sei erst knapp vor Schulbeginn, nämlich im August 2019, getroffen worden. Die Bf selbst führt diesbezüglich aus, Ende August sei die Entscheidung "eingetroffen", dass die Kinder in der Türkei zur Schule gehen.

In dem vom VwGH beurteilten Fall war ursprünglich im Anschluss nach einem fünfmonatigen Aufenthalt der Familie in Kap Verde die Rückkehr der gesamten Familie fix geplant, was durch bereits gebuchte Rückflüge und seitens der inländischen Schule bestätigten Absicht der Fortsetzung des Schulbesuchs des anspruchsbegründenden Adoptivsohnes nach der Rückkehr durch objektive Tatsachen bestätigt wurde. Die Familie kehrte dann wie geplant nach Österreich zurück, nur der Adoptivsohn, der aus Kap Verde stammte, blieb unerwartet in Kap Verde bei Verwandten, da er sich weigerte, mit der Familie nach Österreich zurückzukehren.

Der VwGH wies auch in diesem Fall auf seine ständige Rechtsprechung hin, wonach die Frage des ständigen Aufenthaltes nicht nach den subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grs körperlichen Anwesenheit zu beurteilen sei. Demnach liege ein

nicht nur vorübergehendes Verweilen vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstrecke. Im Zeitraum des geplanten fünfmonatigen Aufenthalts der gesamten Familie habe sich der Adoptivsohn im Familienverband wie bei einer längeren Urlaubsreise aufgehalten. Die äußeren Umstände des Verweilens der gesamten Familie für Zwecke der zeitlich begrenzten Tätigkeiten im Zusammenhang mit einem Entwicklungshilfeprojekt, des für alle Familienmitglieder gebuchten Rückflugs und des „Beurlaubens“ oder „vorübergehenden Abmeldens“ von der Volksschule in Österreich ließen es zu, eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als einen vorübergehenden Aufenthalt anzusehen. Die Ansicht der belangten Behörde, dass nach der Rückkehr der Familie nach Österreich und dem Verbleiben des Adoptivsohns in Kap Verde nunmehr von einem ständigen Aufenthalt des Adoptivsohns in Kap Verde auszugehen sei, wurde vom VwGH bestätigt.

Demnach spricht auch eine vorzunehmende ex ante Betrachtung im vorliegenden Fall nicht gegen die dargelegte rechtliche Beurteilung (vgl. BFG 22.05.2017, [RV/7100062/2017](#)).

Im ggstdl Fall ist eine konkrete Absicht, nach dem Sommerurlaub nach Österreich zurückzukehren, weder durch Rückflugtickets noch durch sonstige objektive Tatsachen belegbar. Ganz im Gegenteil spricht die "Vorlaufzeit" einer Schulanmeldung in der Türkei und eine Verlegung des Wohnsitzes einer Mutter mit drei Kindern von Österreich in die Türkei, die jedenfalls eine längere Planung erfordert, klar für einen von vornherein geplanten längeren Aufenthalt.

Beim vagen Vorbringen der Bf und ihres Ehegatten vor dem BFG, die Entscheidung sei Ende August "eingetroffen", handelt es sich um Behauptungen, die auf rein subjektiven Gedanken beruhen, die sich der Überprüfung durch das erkennende Gericht entziehen und die durch objektive Gesichtspunkte nicht erhärtet werden konnten.

Im Übrigen ist auch auf die Ausführungen der Bf im Vorlageantrag zu verweisen. Demnach sei die Familienbeihilfe für die Kinder auch im Sommer nötig, da ihr Mann Alleinverdiener sei. Von einer allfälligen Absicht, nach den Ferien nach Österreich zurückzukehren, war nicht die Rede.

Es ist durchaus zuzugestehen, dass dem Vorbringen des Ehegatten der Bf folgend, möglicherweise einmal eine Rückkehr nach Österreich erfolgen wird, zumal die Kinder österreichische Staatsbürger sind. Dies ist aber nur eine unkonkrete Überlegung, die am auf Dauer angelegten gewöhnlichen Aufenthalt in der Türkei nichts ändert.

Die Beurteilung des ständigen Aufenthalts iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, wie etwa auf persönliche und wirtschaftliche Bindungen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (VwGH 21.09.2009, [2009/16/0178](#)).

Ob die Bf grs. anspruchsberechtigt wäre oder den Mittelpunkt der Lebensinteressen seit Juli 2019 in der Türkei hat, kann daher dahingestellt bleiben, da es schon an der Voraussetzung des § 5 Abs 3 FLAG 1967 in Bezug auf die Kinder mangelt.

Es besteht daher ab Juli 2019 kein Anspruch auf Familienbeihilfe, während unbestritten ist, dass sich die Bf und ihre Familie bis Juni 2019 ständig in Österreich aufhielt und die Bf hier den Mittelpunkt der Lebensinteressen hatte.

Daher hat das FA in der Beschwerdevorentscheidung richtigerweise der Beschwerde für die Monate Jänner 2019 bis Juni 2019 statt gegeben und die Beschwerde für die Monate Juli 2019 und August 2019 abgewiesen.

Das FA hat daher in der BVE zu Recht (nur) die für Juli 2019 und August 2019 erhaltenen Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen als zu Unrecht bezogen zurückgefordert.

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.

Im vorliegenden Fall ist die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängig, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, da das BFG der einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgt (VwGH 20.10.1993, 91/13/0175; 20.06.2000, 98/15/0016; 02.06.2004, 2001/13/0160; 15.11.2005, 2002/14/0103; 28.11.2007, 2007/15/0055; 21.09.2009, 2009/16/0178; 17.12.2009, 2009/16/0221; 24.06.2010, 2009/16/0133; 26.01.2012, 2012/16/0008).

Die ordentliche Revision ist daher nicht zulässig.

Wien, am 12. Oktober 2020