

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Vedat Gökdemir, Michael-Gaismair-Straße 12 Tür B2, 6020 Innsbruck, über die Beschwerde vom 30. Juli 2019 gegen den Bescheid des Finanzamtes Kufstein Schwaz vom 10. Juli 2019 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum September 2014 bis Juni 2018

zu Recht erkannt:

I.

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Mit Vorhalt vom 3. April 2019 ersuchte das Finanzamt den Beihilfenbezieher ua um Beantwortung der Frage, seit wann sich die Tochter [NameTochter] in der Türkei aufhalte. Dazu gab der Beihilfenbezieher bekannt, dass seine Tochter ab September 2014 bis Juli 2018 in [Schulort] ein Gymnasium besucht habe und ab September 2018 in [Studienort] studiere.

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 10. Juli 2019 die für die Tochter im Zeitraum September 2014 bis Juni 2018 ausbezahlte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen zurück und begründete dies wie folgt:

„Ihre Tochter [NameTochter] absolviert seit September 2014 die Schulausbildung mit

anschließendem Studium in der Türkei.

Bei einem langjährigen Schulbesuch im Ausland wird der gewöhnliche Aufenthalt und somit auch der ständige Aufenthalt iSd § 5 FLAG im Ausland liegen. Es besteht daher ab diesem Zeitpunkt kein Anspruch mehr auf die Familienbeihilfe.

Es ist dabei unerheblich, ob das Finanzamt vom Auslandsaufenthalt des Kindes gewusst hat oder nicht. Nach § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht von zu Unrecht bezogenen Beträgen.

Die zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe für das Kind [NameTochter] ist daher ab September 2014 zurückzuerstatten.“

In der durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter eingebrachten Beschwerde gegen diesen Bescheid führte der Beihilfenbezieher aus, seine Tochter absolviere seit Herbst 2014 ihre Schulausbildung in der Türkei. Dieser Umstand wäre dem Finanzamt auch seit dem Jahr 2014 bekannt gewesen.

Das Finanzamt habe ein mangelhaftes und unvollständiges Verfahren durchgeführt und durch die „*antizipierende Vorgehensweise*“ das „*Recht auf Parteiengehör nach § 37 AVG*“ verletzt. Das Finanzamt wäre „*zu einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung bzw. zu einer falschen Rechtsansicht*“ gelangt. Dazu wurde ausgeführt, dass weder der Beihilfenbezieher noch das Kind sich ständig im Ausland aufhalten würden. Die Tochter halte sich lediglich zu Ausbildungszwecken in der Türkei auf und werde nach Abschluss der Ausbildung nach Österreich zurückkehren. Dass sich das Kind in der Türkei „aufhalten“ müsse (körperliche Anwesenheit), wenn es dort die Schule besuche bzw seine Ausbildung absolviere, sei wohl selbstredend. Zudem wäre und sei das Kind bei jeder sich bietenden Gelegenheit in Österreich. Sowohl der Beihilfenbezieher, als auch die Tochter wären österreichische Staatsbürger und befinde sich deren Lebensmittelpunkt in Österreich. Die Tochter sei in Österreich geboren und aufgewachsen. Die Abwesenheit der Tochter sei nur als vorübergehend gewollt anzusehen, ihr gewöhnlicher Aufenthalt sei seit ihrer Geburt in Österreich. Vorübergehend deshalb, weil sie nach absolvierter Ausbildung wieder in ihr Heimatland Österreich zurückkehren werde (§ 26 Abs 2 BAO: vgl VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050. Ritz, BAO-Kommentar, 5. Auflage, Rz 13 und 17 zu § 26; uvm).

Der Hauptwohnsitz des anspruchsvermittelnden Kindes sei seit seiner Geburt unterbrochen in Österreich. Der vorübergehende Aufenthalt in der Türkei zu Ausbildungszwecken vermöge den gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich nicht wegzulöschen.

Der Beschwerdeführer habe die erhaltenen Geldbeträge gutgläubig und ohne Wissen und Kenntnis einer allfälligen Unrechtmäßigkeit empfangen und für die Ausbildungskosten des anspruchsvermittelnden Kindes ausgegeben. Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag wären von der belangten Behörde im Wissen, dass das Kind seine Ausbildung im Ausland absolviere, seit 2014 anstandslos ausbezahlt worden. Eine Rückerstattung würde den Beschwerdeführer unverhältnismäßig hart treffen und wäre sie auch unbillig. Es wäre zudem

die Aufgabe der belangten Behörde gewesen, nicht über vier Jahre hinweg einen ihrerseits nicht zu Recht bestehenden Bezug anstandslos auszubezahlen. Hier liege jedenfalls auch ein gravierendes Versäumnis des Finanzamtes vor. Dem Finanzamt wäre es möglich und zumutbar gewesen, bereits nach kurzer Zeit (bspw nach einem Jahr) auf das nunmehrige Ergebnis zu gelangen, wodurch eine jahrelange, vermeintlich unrechtmäßige Auszahlung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages vermeidbar gewesen wäre. Es werde daher beantragt, aus Billigkeitsgründen von der Rückforderung abzusehen.

Unter Hinweis auf § 26 Abs 4 FLAG 1967 werde auch beantragt, die Beschwerde der Oberbehörde (=zuständiges Ministerium) vorzulegen bzw Nachsicht nach § 236 BAO, hilfsweise Zahlungserleichterung gemäß § 212 BAO begehrt.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 4. September 2019 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Unter Hinweis auf § 5 FLAG 1967 führte das Finanzamt als entscheidungswesentlichen Sachverhalt an, dass die Tochter seit September 2014 ein Gymnasium und daran anschließend eine Universität in der Türkei besuche. Bei einem Aufenthalt von mehreren Jahren könne nicht mehr von einem nur vorübergehenden Aufenthalt gesprochen werden. Zudem sei das Recht auf Parteiengehör durch das Vorhaltsschreiben vom 3. April 2019 gewahrt worden. Nach § 26 FLAG 1967 bestehe eine objektive Rückerstattungspflicht, weshalb es unerheblich sei, ob das Finanzamt vom Auslandsaufenthalt des Kindes gewusst habe.

Daraufhin stellte der Beschwerdeführer durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter einen Antrag auf Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht. Das Finanzamt legte diese unter Anschluss der im Vorlagebericht angeführten Verwaltungsakten vor und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt und Beweiswürdigung

Der nachfolgend festgestellte Sachverhalt ergibt sich unstrittig aus dem vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere aus den eigenen Angaben des Beschwerdeführers bzw den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des Finanzamtes im bekämpften Bescheid.

- a) Der Beschwerdeführer hat für seine Tochter, geboren am [GebDat], im Streitzeitraum Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bezogen.
- b) Die Tochter besuchte nach Abschluss der Neuen Mittelschule in Österreich im Juli 2014 im Zeitraum September 2014 bis Juli 2018 eine Schule, danach ab September 2018 eine

Universität, beide in der Türkei (Vorhaltsbeantwortung vom 15. April 2019 sowie vorliegende Bestätigungen von Schule und Universität).

- c) Dass der Aufenthalt in der Türkei auf einen Zeitraum von (zumindest) vier Jahren angelegt war, ergibt sich einerseits aus der Anmeldung an einer Schule mit einer vierjährigen Ausbildungsdauer und andererseits aus den Ausführungen in der Beschwerde, dass beabsichtigt gewesen sei, erst nach Ende der Ausbildung (welche tatsächlich offenbar auch die an die Schule anschließende Universitätsausbildung umfasst) wieder nach Österreich zurückzukehren.
- d) Die Tochter lebte im Rückforderungszeitraum in der Türkei bei einer Tante, der Beschwerdeführer trug zu den Kosten des Unterhalts bei (Aussage des Beschwerdeführers vom 3. Dezember 2014).
- e) Die Tochter des Beschwerdeführers war in den unterrichtsfreien Zeiten in Österreich (Sachverhaltsdarstellung in der Beschwerde vom 31. Juli 2019).

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Zu Spruchpunkt I.

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob dem Beschwerdeführer für seine Tochter im Streitzeitraum die Familienbeihilfe und damit zusammenhängend der Kinderabsetzbetrag zusteht. Dazu ist vorweg auf die Systematik des Beihilfenrechtes zu verweisen. Einerseits wird die Erfüllung bestimmter anspruchsbegründender Voraussetzungen (Alter des Kindes, Vorliegen einer Berufsausbildung oder anderer "begünstigter" Beschäftigungen bzw "erzwungener" Wartezeiten bis zum Beginn einer Berufsausbildung oder deren Fortsetzung, Haushaltszugehörigkeit bzw subsidiär überwiegende Kostentragung usw) nach [§ 2 FLAG 1967](#) gefordert. Besteht nach diesen Bestimmungen dem Grunde nach ein Beihilfenanspruch ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob im zu beurteilenden Fall Ausschlussgründe vorliegen, die einen dem Grunde nach bestehenden Anspruch wiederum beseitigen.

Einer dieser Ausschlussgründe findet sich in [§ 5 Abs 3 FLAG 1967](#), wonach kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, die sich ständig im Ausland aufhalten. Das Finanzamt hat gegenständlich diesen Ausschlussgrund als gegeben erachtet und den Beihilfenanspruch des Beschwerdeführers deshalb verneint.

Aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich, dass der Begriff des "ständigen Auslandsaufenthaltes" im § 5 Abs 3 FLAG 1967 dem Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes nach [§ 26 BAO](#) gleichzusetzen ist (vgl VwGH 8.6.1982, [82/14/0047](#), oder VwGH 24.6.2010, [2009/16/0133](#)) und die Frage des ständigen Aufenthaltes nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der körperlichen Anwesenheit zu

beantworten ist (vgl etwa VwGH 21.9.2009, [2009/16/0178](#)). Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl VwGH 28.11.2007, [2007/15/0055](#)). Im Erkenntnis VwGH 26.1.2012, [2012/16/0008](#), führte der Gerichtshof aus, dass ein Aufenthalt nicht schon dann vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung zu § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist, wenn er zeitlich begrenzt ist (vgl auch VwGH 18.11.2009, [2008/13/0072](#)), weshalb bei der im Zuge der vorzunehmenden ex-ante Betrachtung des Auslandsaufenthaltes des Kindes die auch nach objektiven Gesichtspunkten als annähernd gewiss anzunehmende Rückkehr nach Österreich nach dem Austauschjahr nicht entscheidend ist. Selbst in dem vom Beschwerdeführer angeführten Erkenntnis VwGH 27.4.2005, [2002/14/0050](#), wird die Argumentation, ein Aufenthalt sei nur vorübergehend, wenn er lediglich der Berufsausbildung diene und nach deren Abschluss eine Rückkehr nach Österreich beabsichtigt sei, implizit verworfen.

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. Bei einem Aufenthalt zum Zwecke des Schulbesuches vom Herbst 1991 bis zum Jänner 1993 ging der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis VwGH 20.6.2000, [98/15/0016](#), von einem ständigen Aufenthalt im Ausland aus. Ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl auch *Kuprian*, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", in UFS Journal 2011/10, 371).

Aus Vorstehendem ergibt sich offensichtlich, dass die Beurteilung auf Basis der (körperlichen) Anwesenheit, allenfalls verbunden mit einem objektiv auf einen längeren Zeitraum angelegten Aufenthalt, zu treffen ist, weshalb eine – trotz der tatsächlichen körperlichen Abwesenheit weiterbestehende - Hauptwohnsitzmeldung im Zentralen Melderegister keinerlei ausschlaggebende Bedeutung hat (vgl dazu zB VwGH 15.11.2005, [2002/14/0103](#), oder VwGH 17.12.2009, [2009/16/0221](#), in welchen sachverhaltsmäßig ebenfalls eine Hauptwohnsitzmeldung vorgelegen ist).

In diesem Zusammenhang darf auch darauf hingewiesen werden, dass der Verfassungsgerichtshof den Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland (§ 5 Abs 3 FLAG 1967) als verfassungsrechtlich zulässig erachtet hat (vgl die Erkenntnisse VfGH 15.6.2002, [G 112/99](#), VfSlg 16.542, und VfGH 14.12.2001, [B 2366/00](#), VfSlg 16.380).

Im gegenständlichen Fall ist unstrittig davon auszugehen, dass sich die Tochter für eine vierjährige Schulausbildung in der Türkei angemeldet hat und deshalb offensichtlich ist, dass ein Aufenthalt in der Türkei von (zumindest) vier Jahren von Beginn der Ausbildung an beabsichtigt war. Dass dafür eine Wohngelegenheit bei einer Verwandten organisiert und eine Vereinbarung über die Kostentragung getroffen wurde, bestärkt diese Ansicht ebenso, wie die

Tatsache, dass an die Schulausbildung noch eine (geplant mehrjährige) universitäre Ausbildung angeschlossen wurde.

Wegen des ständigen Auslandsaufenthaltes der Tochter in einem Drittland bestand somit wegen des Vorliegens des Ausschlussgrundes des § 5 Abs 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Daran ändert auch nichts, dass der Beschwerdeführer angibt, seine Tochter wäre „*bei jeder sich bietenden Gelegenheit in Österreich*“. Auf Grund der Entfernung zwischen dem Aufenthaltsort in der Türkei und Österreich und dem regelmäßigen Schulbesuch mit Präsenzunterricht kann es sich bei „jeder sich bietenden Gelegenheit“ letztlich nur um Zeiten handeln, in welchen längere schulfreie Zeiträume gegeben waren. Aber selbst wenn die Tochter in allen schulfreien (Ferien-)Zeiten zurück zum Beschwerdeführer nach Österreich gereist wäre, könnte dies als lediglich vorübergehende Abwesenheit den ständigen Aufenthalt in der Türkei nicht unterbrechen (vgl dazu das vom Beschwerdeführer selbst angeführte und oben bereits erwähnte Erkenntnis des VwGH vom 27. April 2005 und die dort angeführte Vorjudikatur) und ist unter Berücksichtigung des Gesamtbildes - jeweils Rückkehr in die Türkei zur Fortsetzung der Ausbildung – insoweit nicht entscheidungswesentlich (vgl nochmals das Erkenntnis des VwGH vom 20. Juni 2000).

Wird Familienbeihilfe trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes vereinnahmt, wurde diese zu Unrecht bezogen. Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, ist nach [§ 26 Abs 1 FLAG 1967](#) zur Rückzahlung verpflichtet (vgl zB VwGH 28.10.2009, [2008/15/0329](#)). Dies unabhängig davon, ob die Beträge an das Kind weitergegeben wurden (vgl UFS 29.11.2011, [RV/3064-W/11](#)) oder ob diese gutgläubig verbraucht worden sind (vgl VwGH 13.3.1991, [90/13/0241](#)). Auch eine unrichtige Auszahlung, die ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruht, steht einer Rückforderung nicht entgegen (vgl *Wanke in Lenneis/Wanke* (Hrsg), FLAG² § 26 Rz 16, unter Hinweis auf zB VwGH 19.12.2013, [2012/16/0047](#)). Aus § 26 Abs 1 FLAG 1967 ergibt sich nämlich eine rein objektive Rückzahlungspflicht (vgl zB das vorstehend erwähnte Erkenntnis vom 19. Dezember 2013) und sind subjektive Elemente unbeachtlich (vgl *Wanke in Lenneis/Wanke* (Hrsg), FLAG² § 26 Rz 12f, und die dort angeführte Judikatur).

Nach [§ 33 Abs 3 EStG 1988](#) steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein monatlicher 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. Die obigen Ausführungen zur Familienbeihilfe gelten somit auch für den Kinderabsetzbetrag.

Damit steht fest, dass der bekämpfte Bescheid vom Finanzamt zu Recht erlassen wurde, weshalb der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein kann.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass das Bundesfinanzgericht keine Oberbehörde iSd § 26 Abs 4 FLAG 1967 und eine Nachsicht nach § 236 BAO oder eine Zahlungserleichterung nach § 212 BAO nicht Gegenstand des gegenständlichen Verfahrens ist.

2.2. 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.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesfinanzgericht auf Grund und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (s die oben zitierten Erkenntnisse) entschieden, weshalb keine Rechtsfrage, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, zu lösen war. Die ordentliche Revision war daher nicht zuzulassen.

Innsbruck, am 12. Oktober 2020