

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Cornelia Pretis-Pösinger in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerde vom 6. Juni 2023 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 2. Juni 2023 betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für ***1***, geb. ***2***, und ***3***, geb. ***4***, für den Zeitraum 09/2021 – 05/2023, Ordnungsbegriff ***5***, SVNr. ***6***, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

In Beantwortung des Überprüfungsschreibens des Finanzamtes (FA) zum Anspruch auf Familienbeihilfe vom 30.12.2021, übermittelte die Beschwerdeführerin (Bf.) am 27.12.2021 Unterlagen der UWC EAST AFRICA, aus denen hervorgeht, dass Tochter ***1***, geb. ***2***, die Internationale Bakkalaureat Schule in Arusha, Tansania von August 2021 bis Mai 2023 besuche.

Mit **Bescheid vom 02.06.2023** forderte das Finanzamt von der Bf. Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträge für Tochter ***1*** sowie die „Geschwisterstaffel“ für Tochter ***3*** unter Bezugnahme auf die §§ 26 Abs. 1 und 5 Abs. 3 und 8 Abs. 3 FLAG 1967 zurück. Im Einzelnen führte es aus:

Zu ***1***:

„Für Kinder, die sich ständig im Drittstaat aufhalten, besteht gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt

im Ausland nicht nur vorübergehend ist, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände bzw. ab Beginn des Auslandsaufenthalts ein Tatbestand vor, der einen Familienbeihilfenanspruch ausschließt. Ihr Kind hat sich für eine mehrjährige Ausbildung entschieden, welche es an einer Ausbildungseinrichtung in Südafrika (richtig: Tansania) absolviert.“

Zu ***3***:

„Sie haben für mehr als ein Kind Familienbeihilfe bezogen. Im Rückforderungsbetrag ist die anteilige Geschwisterstaffel für sämtliche Kinder enthalten, für die Sie im Rückforderungszeitraum zu Unrecht Familienbeihilfe erhalten haben (§ 8 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967).“

Dagegen erhob die Bf. am 06.06.2023 **Beschwerde**. Darin ficht sie einerseits die Rückforderung insgesamt an und beantragt andererseits die Fortzahlung der Familienbeihilfe für ***1***. Begründend führte sie aus, dass es im Jahr 2021 Ungewissheit über die Dauer des Auslandsaufenthaltes (Covid-19 Pandemie etc.) gegeben habe und es sei nur zu einer vorübergehenden Abmeldung wegen eines Auslandssemesters am Ingeborg-Bachmann-Gymnasium gekommen. Daher sei das vorzeitige Ende der Kinderbeihilfe im August 2021 nicht gerechtfertigt gewesen. Weiters bestehe das Recht auf einen 6-monatigen Aufenthalt auch in Drittländern, was ihrer Ansicht nach eine Rückforderung frühestens ab Februar 2022 rechtfertige. Da aber im Dezember 2021 – unter Berücksichtigung der Schuleinschreibungs-Bestätigung des UWC East Africa – die Fortzahlung der Familienbeihilfe bis Mai 2023 gewährt worden sei, sehe sie ihrerseits keinen Fehler und ersuche um nochmalige Prüfung. Weiters habe sie für die Wiedergewährung der Familienbeihilfe für ***1***, die nunmehr ein Bachelorstudium in Frankreich betreibe, den Familienwohnsitz aber in Österreich beibehalten habe, noch keine Antwort erhalten. Beigelegt wurde eine Kopie des Abschlusszeugnisses der UWC EAST AFRICA Schule sowie die Anmelde Daten für ***1*** an der Universität in Dijon für das Universitätsjahr 2023 – 2024. Sie betreibe dort das Bachelorstudium Arts und zwar den Studienzweig Sciences-Politik-Soziologie und Wirtschaft.

Das FA wies die Beschwerde mit **Beschwerdevorentscheidung** vom 13.06.2023 ab.

Begründend wurde auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 und die ständige Rechtsprechung des VwGH zum Begriff des ständigen Auslandsaufenthaltes verwiesen. Auf Grund der Dauer des Schulbesuches an der UWC EAST AFRICA Schule in Tansania sei von einem ständigen Aufenthalt im Ausland auszugehen.

Am 16.06.2023 langte der Antrag auf Entscheidung über die Bescheidbeschwerde durch das Bundesfinanzgericht (**Vorlageantrag**) beim FA ein. Die Bf. verwies erneut darauf, dass es aufgrund der Covid-Pandemie nur zu einer vorläufigen Schulabmeldung am Gymnasium gekommen sei und es nur zu einer Rückforderung ab 02/2022 kommen könne. Sie rüge den Umstand, dass sie im Jänner 2022 die Zusage der Familienbeihilfe bis Mai 2023 erhalten habe,

obwohl dem FA bekannt gewesen sei, dass Tochter ***1*** an der UWC EAST AFRICA studiere. Es sei ein Stipendium unter Einbeziehung der Familienbeihilfe berechnet worden, was dazu geführt habe, dass sie einen jährlichen Selbstbehalt von \$ 2.000,00 zu leisten gehabt hätte. Wäre klar gewesen, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht bestanden habe, wäre dieser Selbstbehalt deutlich geringer ausgefallen. Im Übrigen sei ihr ein Fall von einer Ausbildung in einem Drittstaat (UWC Singapur) bekannt, bei dem es zu keiner Rückforderung der Familienbeihilfe gekommen sei.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Tochter der Bf., ***1*** geb. ***2***, besuchte ab 10. August 2021 den zweijährigen Lehrgang an der UWC EAST AFRICA Schule in Tansania. Die Ausbildung dauerte zwei Jahre, bis Mai 2023. Bei der UWC EAST AFRICA handelt es sich um eine International Bakkalaureat Schule.

Seit 09/2023 studiert ***1*** an der Universität in Dijon das Studium Bachelor of Arts.

Die Bf. bezieht seit 08/2023 Familienbeihilfe für ***1***.

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage und den vorgelegten Unterlagen und ist insoweit nicht strittig. Das Bundesfinanzgericht hat Einsicht in die Datenbank FABIAN der Finanzverwaltung getätigt.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch 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.

§ 2 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz (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 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:

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

§ 26 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

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

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

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.

Nach § 8 Abs. 3 lit a FLAG 1967 erhöht sich die Familienbeihilfe monatlich für jedes Kind ab 1. Jänner 2018, wenn sie für zwei Kinder gewährt wird, um 7,1 € ..

Im Beschwerdefall ist strittig, ob sich die Tochter der Bf. im Sinne von § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ständig im Ausland aufgehalten hat.

Fest steht, dass die insgesamt zweijährige Ausbildung (Schuljahr 09/2021 – 05/2023) der Tochter an der UWC EAST AFRICA, einer internationalen Bakkalaureat Schule in Tansania, in einem Drittstaat absolviert wurde. Die Tochter der Bf. war im Arusha-Campus untergebracht. Mit 20. Mai 2023 erhielt sie das „High School Diploma“.

Seit 09/2023 studiert ***1*** an der Universität in Dijon das Bachelorstudium of Arts.

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 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 zB 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).

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 der Tochter auf eine jedenfalls zweijährige 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).

Dem Schreiben der UWC EAST AFRICA Schule vom 23. Mai 2021 ist zu entnehmen, dass die Ausbildung auf zwei Jahre - bis Mai 2023 – ausgerichtet ist („...*The two-year program will have an anticipates completion on Mai 20,2023...*“). Somit ergibt sich bereits objektiv, dass der Auslandsaufenthalt nicht nur vorübergehend angelegt war. Aus diesem Grunde ist die Argumentation der Bf., wonach Tochter ***1*** nur vorübergehend im Zuge eines Auslandssemesters vom Gymnasium in Klagenfurt abgemeldet wurde, für die Beschwerde nicht maßgebend.

Dem Vorbringen der Bf., dass ein (Anm.: nicht familienbeihilfenschädliches) Recht auf einen 6-monatigen Auslandsaufenthalt für ihre Tochter bestehe und sich dadurch der Zeitraum der Rückforderung um 6 Monate verkürze, kann angesichts der o.a. höchstgerichtlichen Rechtsprechung, nicht gefolgt werden.

Wenn die Bf. auf die Mitteilung des FA vom 26. Jänner 2022 Bezug nimmt, wonach ihr die Familienbeihilfe trotz Kenntnis des Auslandsaufenthaltes der Tochter „zugesagt“ worden sei, ist folgendes festzuhalten: Die Mitteilung über den entstandenen Anspruch auf Bezug der Familienbeihilfe, den Wegfall der Familienbeihilfe oder die Verständigung über die Einstellung der Auszahlung ist kein Bescheid und daher weder rechtskraftfähig noch anfechtbar. Besteht auf Grund der Änderung der Verhältnisse (Sach- oder Rechtslage) kein Anspruch mehr auf Gewährung der Familienbeihilfe und wird diese trotzdem weiter bezogen, weil das FA feststellt – sei es durch eine von ihm vorgenommene Überprüfung oder auf andere Weise –, dass der Anspruch nicht mehr besteht, aber trotzdem die Familienbeihilfe weiterhin bezogen wurde, werden die zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag vom Finanzamt zurückgefordert.

Soweit die Bf. mit ihrem Vorbringen den Grundsatz von Treu und Glauben - *dass jeder, der am Rechtsleben teilnimmt zu seinem Wort und zu seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben* (VwGH 14.7.1994, 91/17/0170 - anspricht, ist festzuhalten, dass das Legalitätsprinzip – *dass die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf* (Art. 18 Abs. 1 B-VG) stärker ist. Die §§ 5 Abs. 3, 26 Abs.1 FLAG 1967 räumen keinen Vollzugsspielraum ein.

Im Beschwerdezeitraum 09/2021 – 05/2023 stand daher der ständige Auslandsaufenthalt des Kindes der Gewährung von Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags entgegen.

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 ergibt sich eine objektive Rückzahlungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. § 26 Rz 12 zitierte Rechtsprechung).

Fehlt es an einem Anspruch auf Familienbeihilfe, ist auch der Kinderabsetzbetrag zurückzufordern.

Es kommt nur auf die objektive Rechtswidrigkeit des Bezugs der Familienleistungen an (vgl. etwa VwGH 10. 12. 1997, 97/13/0185; VwGH 22. 4. 1998, 98/13/0067), also auf das Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug (vgl. VwGH 28. 11. 2002, 2002/13/0079; VwGH 9. 7. 2008, 2005/13/0142). Subjektive Momente, wie Verschulden an der (ursprünglichen oder weiteren) Auszahlung der Familienleistungen (etwa durch unrichtige Angaben im Antrag gemäß § 10 FLAG 1967 oder Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 25

FLAG 1967), Gutgläubigkeit des Empfangs der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags oder die Verwendung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Gleiches gilt für den gutgläubigen Verbrauch der Beträge (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. § 26 Rz 13 zitierte Rechtsprechung). Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047 oder VwGH 24. 6. 2009, 2007/15/0162). Somit ist auch das Argument der Bf., dass der jährliche Selbstbehalt geringer gewesen wäre, wäre die Familienbeihilfe bei der Berechnung nicht miteinbezogen worden, nicht beschwerderelevant.

Diese objektive Erstattungspflicht hat zur Folge, dass der Behörde, sobald die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht mehr gegeben sind, hinsichtlich der Rückforderung von bereits bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag kein Ermessensspielraum bleibt (vgl. BFG 13. 6. 2018, RV/7104954/2017).

Wenn die Bf. auf einen vergleichbaren Fall von Auslandsaufenthalt an der UWC SINGAPUR Schule verweist, und einwendet, dass es dabei zu keiner Rückforderung gekommen sei, ist festzuhalten, dass kein subjektives Recht auf Gleichbehandlung bei (behaupteten) zu Unrecht gewährten Beihilfen besteht. Vielmehr obliegt es der Bf. den angedeuteten Sachverhalt dem FA – zwecks Überprüfung – zu übermitteln.

Da ein Anspruch auf Familienbeihilfe für den Beschwerdezeitraum nicht bestand, war auch die „Geschwisterstaffel“ zu Unrecht gewährt worden und war diese ebenfalls 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.

Im Beschwerdefall liegt eine Rechtsfrage, der grundsätzliche Bedeutung zukommt nicht vor. Das Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes basiert auf der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

