

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Manhart Einsle Partner RAe, Römerstraße 19, 6900 Bregenz, über die Beschwerde vom 6. September 2021 gegen den Bescheid des ***FA*** vom 11. August 2021 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe (FB) und Kinderabsetzbetrag (KG) für die Kinder

- ***1*** ***2*** ***3***, VNR ***4***, FB für den Zeitraum August 2016 bis August 2021, KG für den Zeitraum August 2017 bis August 2021
- ***1*** ***5*** ***6***, VNR ***7***, FB für den Zeitraum August 2016 bis März 2021, KG für den Zeitraum August 2016 bis März 2021

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

Mit Bescheid vom 11. August 2021 wurden von der Beschwerdeführerin für die im Spruch genannten Kinder Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag in Höhe von insgesamt € 22.927,30 gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 rückgefordert.

Als Begründung wurde wie folgt ausgeführt:

„Zu ***1*** ***2*** ***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).

Ihr Kind besucht seit August 2017 die Schule in den ***8***, dies begründet einen ständigen Aufenthalt im Drittstaat und somit keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Der oben angeführte Zeitraum muss daher rückgefordert werden.

Zu ***1*** ***5*** ***6***:

Ihr Kind besucht seit August 2016 die Schule in den ***8***, dies begründet einen ständigen Aufenthalt im Drittstaat und somit keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Der oben angeführte Zeitraum muss daher rückgefordert werden.“

Mit Schriftsatz vom 6. September 2021 erhob die Beschwerdeführerin gegen obgenannten Bescheid Beschwerde und führte wie folgt aus:

„Unsere Söhne sind ihr ganzes Leben lang in ***9*** aufgewachsen, bis die ganze Familie im März 2016 nach Österreich umgesiedelt ist. Sie haben hier in Österreich die Schule besucht, aber mit wenig Erfolg.

Es war für sie sehr schwierig sich mit dem österreichischen Schulsystem und der Sprache recht zu finden und erfolgreich zu sein. Deshalb absolvieren sie online eine ***10*** Schule da ihre Muttersprache Englisch ist und sie Deutsch nur sehr gering verstehen und beherrschen.

5 und ***2*** sind österreichische Staatsbürger und sie sind seit 2016 in ***11*** gemeldet (anbei die Bestätigung der Meldung). Wir (die Eltern ***12*** & ***13*** ***1***) sind beide hier in Österreich berufstätig (siehe Beilage) und zahlen Steuern. ***13*** ***1*** war wegen der Pandemie sehr lange in Kurzarbeit.

Wir reichen schon seit Jahren die Schulbestätigungen ein und Jahr für Jahr wurde die Familienbeihilfe/Kinderabsetzbetrag verlängert und bezahlt.

Diese Rückforderung laut Bescheid vom 11. 08. 2021 wäre finanziell eine sehr hohe Belastung und wird uns finanziell ruinieren da wir für die gesamten Ausbildungs- und Unterhaltskosten für unsere Söhne aufkommen.

Wir beantragen somit die Aufhebung des oben genannten Bescheides und die Erlassung eines neuen Bescheides.“

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 27. April 2023 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und hierzu ausgeführt:

„Ihre beiden Söhne würden zwar einen Anspruchsgrund auf Familienbeihilfe aufgrund ihrer Berufsausbildung erfüllen. Jedoch liegt in diesem Fall ein Ausschlussgrund zum Erhalt der Familienbeihilfe vor, nämlich der des ständigen Aufenthaltes der Kinder im Ausland gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unter den Voraussetzungen des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl etwa VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221, mwN). Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Ein Aufenthalt verlangt ebenso grundsätzlich die körperliche Anwesenheit. Eine Person kann nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Es ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Vorübergehende Abwesenheiten unterbrechen nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl etwa VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323, mwN).

Ein auf mehrere Jahre angelegter Schul- und Universitätsbesuch ist kein vorübergehender Aufenthalt. Auch nicht, wenn er zeitlich begrenzt ist (vgl zB VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072). Ebenso unterbricht das Verbringen von Ferien in Österreich diesen ständigen Aufenthalt nicht (vgl VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079, VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160, und VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

5 geht seit August 2016 einer Berufsausbildung in den ***8*** nach. Ihr Kind ***2*** geht seit August 2017 einer Berufsausbildung in den ***8*** nach. Ihr Kind ***5*** befindet sich voraussichtlich bis Juni 2024 und ***2*** bis voraussichtlich Juni 2025 in Berufsausbildung in den ***14***. Auch wenn sich beide in den Ferien einige Wochen in Österreich aufhalten und die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, so haben sie dennoch ihren ständigen Aufenthalt in den ***8***. Somit liegt der Ausschlussgrund gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 vor. Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag waren für Ihre Kinder ab der Verlegung des ständigen Aufenthaltes in die ***8*** zurückzufordern.“

Am 22. Mai 2023 wurde im Vorlageantrag wie folgt ausgeführt:

„1. Die beiden Söhne der Beschwerdeführerin ***2*** ***3*** ***1*** und ***5*** ***6*** ***1*** besuchen in den ***8*** die Schule, da sie keine Deutschkenntnisse und insbesondere nicht Deutschkenntnisse, welche ein Schulbesuch in Österreich erfordern würden, aufweisen.

Die Beschwerdeführerin hat nach ihrer Rückkehr nach Österreich jedes Jahr Schulbesuchsbestätigungen an das ***FA*** übermittelt.

Die beiden Söhne verfügen auch über keine österreichische Matura, und wären daher gar nicht zu einer weiteren Ausbildung (nach der ***15***) in Österreich zugelassen gewesen.

Dem Finanzamt war seit 2016 bzw. 2017 bekannt, dass ***2*** ***3*** ***1*** und ***5*** ***6*** ***1*** in den ***8*** die ***15*** bzw. das ***16*** besuchen.

Nichtsdestotrotz wurden der Beschwerdeführerin jährlich Kinderabsetzbetrag und Familienbeihilfe für beide Söhne gewährt.

2. Beide Kinder hatten ihren Hauptwohnsitz immer in Österreich gemeldet, und verbrachten auch sämtliche Ferien in Österreich. Der Aufenthalt in den ***8*** diente lediglich der Schulausbildung. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen von ***2*** ***3*** ***1*** und ***5*** ***6*** ***1*** liegt in Österreich bei ihrer Familie.

3. ***Bf1*** und ihr Ehemann sind in Österreich erwerbstätig und unbeschränkt steuerpflichtig. Beide bezahlen sämtliche Sozialversicherungsabgaben und Lohn- bzw. Einkommensteuer in Österreich. Sie kommen mit ihrem österreichischen Einkommen für den Unterhalt ihrer beiden Söhne in den ***8*** auf. Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG besteht kein Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe für ***2*** ***3*** ***1*** und ***5*** ***6*** ***1***.

4. Der Rückforderungsbescheid des ***FA*** ist unberechtigt.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG besteht nur dann kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sich das Kind ständig im Ausland aufhält. Dies ist hier nicht der Fall: Der Mittelpunkt der Lebensinteressen der beiden Söhne der Beschwerdeführerin ist in Österreich, und waren diese auch mit Hauptwohnsitz in Österreich durchgehend gemeldet. Der Sachverhalt ist daher nicht mit beispielsweise Rechtssache RV/5100075/2019 zu vergleichen, in welchem die Kinder keinen Hauptwohnsitz in Österreich hatten, und sich die Kinder jahrelang nur in den ***8*** aufgehalten haben, während ein Elternteil dorthin entsendet war. Die Beschwerdeführerin lebt und arbeitet seit 2016 in Österreich.

5. Das ***FA*** hat im vorliegenden Fall § 5 Abs. 3 FLAG unrichtig angewendet.

Im Fall der Beschwerdeführerin halten sich nicht beide Söhne ständig in den ***8*** auf, sondern besuchen dort nur die Schule. Sie haben den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich, und haben daher auch ihren Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet (bei der Beschwerdeführerin).

Der Schulbesuch in den ***8*** resultiert nur aus der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 2016 gemeinsam mit ihrem Ehegatten und ihren Söhnen nach Österreich zurückgekehrt ist, nachdem sie sich jahrelang in den ***8*** aufgehalten hatte. Die beiden Söhne haben in Österreich die Schule besucht und wäre es geplant gewesen, dass sie den Schulabschluss in Österreich machen. Es stellt sich jedoch heraus, dass die Deutschkenntnisse

der Söhne der Beschwerdeführerin nicht ausreichend waren. Die beiden Söhne hätten in Österreich die Schule abgeschlossen, wenn sie die hierfür erforderlichen Deutschkenntnisse besitzen würden. Der Schulbesuch in den ***8*** dient lediglich dazu, dass die beiden Söhne der Beschwerdeführerin ihre Schulausbildung in englischer Sprache abschließen können.

Anders als im oben zitierten Fall und im VfGH-Erkenntnis vom 4.12.2001 zu B 2366/00 haben die beiden Söhne der Beschwerdeführerin eine ausreichende Nahebeziehung zur Republik Österreich, und halten sich nicht ständig im Nicht-EU-Ausland auf.

Der oben zitierte Fall betraf eine Beschwerdeführerin, dessen Ehegatte in die ***8*** entsandt war. Ein solcher Umstand hier liegt nicht vor; ganz im Gegenteil ist die Beschwerdeführerin seit 2016 in Österreich wohnhaft und arbeitet in Österreich. Sie hat sich selbst auch seit diesem Zeitpunkt von kurzzeitigen Auslandsaufenthalten (Urlaube) abgesehen ständig und durchgehend in Österreich aufgehalten.

Die Beschwerdeführerin ist auch in Österreich unbeschränkt und voll steuerpflichtig, und kommt für den Unterhalt ihrer beiden Söhne in den ***8*** auf. Es ist daher gleichheitswidrig, wenn ihr nicht dieselben Transferleistungen zugestanden werden wie Steuerpflichtigen, deren Kinder sich in Österreich oder im EWR-Raum und der Schweiz aufhalten.

6. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin sämtlichen Aufforderungen des Finanzamts seit August 2016 zur Vorlage von Schulbesuchsbestätigungen nachgekommen ist. Sie musste nicht damit rechnen, dass das Finanzamt Schulbesuchsbestätigungen anfordern würde, aufgrund der Übermittlung die Familienbeihilfe bzw die Weitergewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages beschließen würde, und diese Beträge anschließend zurückgefordert würden, nachdem das Finanzamt nach fünf Jahren erkennt, dass die Söhne in den ***8*** eine Schule besuchen.

Die Beschwerdeführerin hat den Schulbesuch in den ***8*** nicht verschwiegen, sondern ganz im Gegenteil sogar gesondert darauf hingewiesen, dass die beiden Kinder in den ***8*** die ***15*** besuchen, und anschließend ein ***16*** besuchen werden.

Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag sind überdies längst für den Unterhalt verbraucht. Die Beschwerdeführerin bzw. deren Kinder haben die Beträge gutgläubig verbraucht, da ihnen nicht bekannt war, dass das Finanzamt nach fünf Jahren des Bezugs davon ausgehen würde, dass diese Beträge nicht zustehen.

7. Durch den Rückforderungsbescheid ist die Beschwerdeführerin in ihrem verfassungsgesetzlich gewährten Recht auf Gleichbehandlung mit anderen österreichischen Staatsbürgern verletzt, weil sie in Österreich arbeitet, in Österreich unbeschränkt steuerpflichtig ist und Lohn- bzw. Einkommensteuer sowie Sozialversicherungsabgaben bezahlt, sowie für den Unterhalt ihrer beiden Kinder aufkommt. Trotzdem erhält sie keine

Transferleistungen, weil ihre nicht der deutschen Sprache mächtigen Kinder in den ***8*** ihre Schulausbildung abschließen möchten.

Das ***FA*** hat § 5 Abs. 3 FLAG zur Begründung dafür angeführt, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für die beiden Söhne seit 2016 hat.

Diese Gesetzesbestimmung ist gleichheitswidrig, weil sie nicht zwischen Personen unterscheidet, die in Österreich arbeiten, unbeschränkt steuerpflichtig sind, Einkommensteuer und Sozialversicherungsabgaben bezahlen, und solchen, welche das nicht tun.

In diesem Zusammenhang wird auch darauf hingewiesen, dass innerhalb des EWR und der Schweiz gemäß Artikel 68 der Verordnung (EG) 883/2004 das Beschäftigungslandprinzip gilt, das heißt, dass vorrangig dasjenige Land, in welchem die Elternteile beschäftigt sind und Sozialversicherungsabgaben bezahlen, für die Ausbezahlung von Familienleistungen zuständig sind.

Ein sachlich gerechtfertigter Grund dafür, dass den Kindern der Beschwerdeführerin keine Familienbeihilfe gewährt wird, obwohl die Beschwerdeführerin in Österreich unbeschränkt steuerpflichtig und versicherungspflichtig ist, ist nicht erkennbar. Die geforderte Nahebeziehung der Kinder der Beschwerdeführerin zu Österreich liegt vor. Selbst wenn diese nicht vorliegen würde, wäre das aber kein Grund für eine Diskriminierung: Auch Kinder, welche in Österreich die Schule besuchen, verlassen das Land später womöglich, um im Ausland eine weitere Berufsausbildung zu machen oder dort ein Studium zu absolvieren.

Ohne die Anwendung von § 5 Abs. 3 FLAG wäre das ***FA*** im vorliegenden Fall zur Überzeugung gelangt, dass der Beschwerdeführerin Familienbeihilfe zusteht.

§ 5 Abs. 3 FLAG in der Fassung vom 5.4.2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 109/2020 wäre daher als gleichheitswidrig aufzuheben.

...“

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Im vorliegenden Beschwerdefall ist unstrittig, dass beide namentlich genannten Söhne der Beschwerdeführerin im maßgeblichen Zeitraum in den ***8*** die Schule besuchten. Die Beschwerdeführerin, ihr Ehegatte sowie die beiden Söhne sind in Österreich mit Hauptwohnsitz gemeldet. Die Eltern sind berufstätig und unbeschränkt steuerpflichtig. Laut Akteninhalt sind beide Söhne bis Juni 2024 bzw. bis Juni 2025 in den ***8*** in Berufsausbildung gestanden.

Strittig ist die Anwendung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 durch das ***FA***. Die Beschwerdeführerin wendet Gleichheitswidrigkeit gegenüber anderen Personen, die in Österreich arbeiten, unbeschränkt steuerpflichtig sind, Einkommensteuer und Sozialversicherungsabgaben bezahlen, und solchen, welche dies nicht tun, ein. Durch den Rückforderungsbescheid sei die Beschwerdeführerin in ihrem verfassungsgesetzlich gewährten Recht auf Gleichbehandlung mit anderen österreichischen Staatsbürgern verletzt, weil sie in Österreich arbeitet, in Österreich unbeschränkt steuerpflichtig ist und Lohn- bzw. Einkommensteuer sowie Sozialversicherungsabgaben bezahlt, sowie für den Unterhalt ihrer beiden Kinder aufkommt.

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

2.1.1. Gesetzliche Bestimmung betreffend Gewährung der Familienbeihilfe

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren 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. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten

Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird; Gleiches gilt, wenn alle Lehrveranstaltungen und Prüfungen der Studieneingangs- und Orientierungsphase nach § 66 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, erfolgreich absolviert wurden, sofern diese mit mindestens 14 ECTS-Punkten bewertet werden. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß.

2.1.2. Voraussetzungen für das Vorliegen eines ständigen Aufenthaltes

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

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; 28.11.2007, 2007/15/0055; 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeausführungen - nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (VwGH 21.9.2009, 2009/16/0178).

Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. 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 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).

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt jedenfalls vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. Stoll, BAO-Kommentar, 337, und VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; 20.10.1993, 91/13/0175). Der gewöhnliche Aufenthalt erfordert nicht, dass der Aufenthalt freiwillig genommen wird (vgl. Ritz, BAO⁶, § 26 Rz 14).

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen "längeren Zeitraum", so liegt nach der Rechtsprechung des VwGH "jedenfalls" ein "nicht nur vorübergehendes Verweilen" vor (vgl. in diesem Sinn etwa VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055). Ein Aufenthalt ist demnach nicht schon dann "vorübergehend" im Sinne dieser Rechtsprechung, wenn er zeitlich begrenzt ist (VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Ein einjähriger Schulbesuch im Ausland führt zum Beispiel zu einem ständigen Auslandsaufenthalt, der auch durch das etwaige Verbringen der Schulferien in Österreich im Haushalt der Eltern nicht unterbrochen wird (vgl. auch Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem Drittland, UFS-Journal 2011, 371).

Wie bereits in der Beschwerdeentscheidung vom 27. April 2023 ausgeführt, geht der Sohn ***5*** seit August 2016 und der Sohn ***2*** seit August 2017 einer Berufsausbildung in den ***8*** nach. Laut vorliegenden Unterlagen dauerte die jeweilige Berufsausbildung bis Juni 2024 bzw. Juni 2025. Durch diese Ausbildung in den ***8*** hatten die Kinder im hier maßgeblichen Zeitraum ihren ständigen Aufenthalt in einem Drittstaat, wodurch der im § 5 Abs 3 FLAG 1967 normierte Ausschlussgrund für eine Beihilfengewährung für diesen Zeitraum vorliegt (BFG 3.1.2019, RV/5101253/2015; BFG 31.3.2019, RV/7101328/2016). Das Verbringen der Ferien in Österreich ist – entgegen der Rechtsmeinung der Beschwerdeführerin bzw. ihrer rechtlichen Vertretung - jeweils als vorübergehende Abwesenheit (aus den ***8***) zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland (***8***) nicht unterbrochen wurde (VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; 20.6.2000, 98/15/0016; 8.6.1982, 82/14/0047; 28.11.2002, 2002/13/0079; 2.6.2004, 2001/13/0160).

Unter Zugrundelegung obstehender Ausführungen würde somit schon ein nur einjähriger Schulbesuch im Ausland zu einem ständigen Auslandsaufenthalt des Kindes führen, der auch durch das etwaige Verbringen der Schulferien in Österreich im Haushalt der Eltern nicht unterbrochen wird. Durch die Ausbildung der hier in Rede stehenden Söhne der Beschwerdeführerin in den ***8*** hatten die Kinder im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ihren ständigen Aufenthalt eindeutig in einem Drittstaat, weswegen unter Zugrundelegung der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ein Beihilfenanspruch für diese Kinder während dieses Zeitraumes nicht vorlag.

2.1.3. Gleichheitswidrigkeit des § 5 Abs. 3 FLAG 1967

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 24. 03. 1979, B 175/78, ausgesprochen, dass eine Regelung, wonach ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, ausgeschlossen wird, nicht dem Gleichheitsgebot widerspricht.

Weiters hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, zum Ausdruck gebracht, dass gegen eine Vorschrift, die bewirkt, dass Personen, die im Ausland (Drittland) lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, keine Familienbeihilfe gewährt wird, keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Der Gesetzgeber wird der verfassungsrechtlichen Pflicht zur steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltslasten auch dann gerecht, wenn er hierfür nicht den Weg der Gewährung von Transferzahlungen wählt, sondern die Berücksichtigung im Wege des Steuerrechts ermöglicht. Die geltende Rechtslage schließe es nicht von vornherein aus, Unterhaltsleistungen an sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nach den allgemeinen Regeln des § 34 EStG 1988 als außergewöhnliche Belastung zu berücksichtigen.

Der VwGH hat sich in der Folge im Erkenntnis vom 27.4.2005, 2002/14/0050, ebenfalls für die einkommensteuerliche Berücksichtigung derartiger Unterhaltszahlungen (im Wege der außergewöhnlichen Belastung) ausgesprochen.

Dem Vorbringen, das Bundesfinanzgericht möge beim Verfassungsgerichtshof die Aufhebung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in der Fassung vom 5. April 2020, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 109/2020, wegen Verfassungswidrigkeit beantragen, wird demzufolge nicht entsprochen.

2.1.4. Hauptwohnsitzmeldung – Lebensmittelpunkt in Österreich

Die Beschwerdeführerin bringt außerdem vor, dass (allein) durch die Meldung ihrer Söhne mit Hauptwohnsitz in Österreich ein Lebensmittelpunkt in Österreich begründet würde.

Zu diesem Vorbringen ist festzuhalten, dass – wie vorhin dargestellt – der tatsächliche Aufenthalt des Kindes maßgeblich ist. Eine polizeiliche Meldung hat mit dem tatsächlichen Aufenthalt ihrer Söhne nichts zu tun. Eine polizeiliche Meldung hätte für einen tatsächlichen Aufenthalt bestenfalls Indizwirkung.

Im gegenständlichen Beschwerdefall hat allerdings die Beschwerdeführerin selbst eingestanden, dass ihre Söhne im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in einem Drittstaat (**8**) die Schule besuchen, und sie für deren dortigen Unterhalt insgesamt aufkommt.

Der Einwand der Beschwerdeführerin, eine polizeiliche Meldung mit Hauptwohnsitz in Österreich stünde einem ständigen Aufenthalt der Söhne in den **8** entgegen, ist daher nicht zutreffend.

2.1.5. Anwendung der VO EG Nr. 883/2004

Der im Beschwerdeverfahren ins Treffen geführte Art. 68 Abs. 1 der VO EG Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit findet auf den hier vorliegenden Sachverhalt keine Anwendung, da diese Verordnung nicht für Drittstaaten, sondern nur für den EU- bzw. EWR-Raum gilt. Die genannte Verordnung ist auf Sachverhalte zwischen einem EU-Land (im vorliegenden Fall Österreich) und einem Drittstaat (im vorliegenden Fall den ****8****) nicht anwendbar.

Die Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 wird daher nicht durch diese EU-Verordnung verdrängt und ist dementsprechend auf den beschwerdegegenständlichen Fall uneingeschränkt anzuwenden.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht somit nur insoweit, als EU-/EWR-Recht einen solchen Anspruch vorsieht.

2.1.6. Zurückzahlung der zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs. 1 FLAG die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ergibt sich eine rein objektive Rückzahlungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat (vgl. etwa VwGH 20.12.1968, 0486/68; 9.6.1978, 1019/77; 20.2.2008, 2006/15/0076; 22.4.2009, 2008/15/0323; 8.7.2009, 2009/15/0089; 28.10.2009, 2008/15/0329; 29.9.2010, 2007/13/0120; 19.12.2013, 2012/16/0047).

Es kommt nur auf die objektive Rechtswidrigkeit des Bezugs von Familienbeihilfe an (vgl. etwa VwGH 10.12.1997, 97/13/0185; 22.4.1998, 98/13/0067), also auf das Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug (vgl. VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; 9.7.2008, 2005/13/0142). Allenfalls im Bereich der Strafbarkeit nach § 29 FLAG 1967 (oder nach § 146 StGB) relevante subjektive Momente, wie Verschulden an der (ursprünglichen oder weiteren) Auszahlung der Familienbeihilfe (etwa durch unrichtige Angaben im Antrag gemäß § 10 oder Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 25), Gutgläubigkeit des Empfangs der Familienbeihilfe oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind nach ständiger Rechtsprechung des VwGH für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich (vgl. etwa VwGH 20.12.1968, 0486/68; 10.12.1997, 97/13/0185; 31.10.2000, 2000/15/0035; 3.8.2004, 2001/13/0048; 23.9.2005, 2005/15/0080; 18.4.2007, 2006/13/0174; 19.12.2013, 2012/16/0047). Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH 19.12.2013, 2012/16/0047).

Wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist nicht von Bedeutung (vgl. VwGH 19.12.2013, 2012/16/0047; 8.7.2009, 2009/15/0089; 24.6.2009, 2007/15/0162; 22.4.2009, 2008/15/0323; 28.10.2008, 2006/15/0113; 23.9.2005, 2005/15/0080; 31.10.2000, 96/15/0001;

13.3.1991, 90/13/0241; 16.2.1988, 85/14/0130; 25.2.1987, 86/13/0158; 15.5.1963, 904/62); ebenso, ob der Bezieher diese im guten Glauben entgegengenommen hat (vgl. BFG 8.2.2017, RV/7105064/2015; 20.6.2016, RV/7100264/2016; VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162). Der gutgläubige Verbrauch der Beträge ist rechtlich ohne Bedeutung, weil der Rückforderungsanspruch nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 nur auf die objektive Unrechtmäßigkeit des Bezuges der Familienbeihilfe abstellt (vgl. z.B. VwGH 10.12.1997, 97/13/0185).

Unter Zugrundelegung obiger Ausführungen war die Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag von der Beschwerdeführerin trotz ihrer Einwendungen (gutgläubiger Verbrauch etc.) rückzufordern, weil es nicht maßgeblich ist, wie sie die Beträge verwendet hat. Eine Verpflichtung zur Rückzahlung unberechtigt bezogener Familienbeihilfen besteht auch dann, wenn dem Finanzamt – wie es auf den vorliegenden Beschwerdefall zutrifft - alle Unterlagen übermittelt worden sind, und das Finanzamt dennoch (vorerst) die Familienbeihilfen weiterbezahlt hat.

Auf Grund des objektiv rechtswidrigen Bezuges der beschwerdegegenständlichen Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag durch die Beschwerdeführerin waren diese Beträge durch das Finanzamt zurückzufordern. Das Finanzamt hat daher den beschwerdegegenständlichen Rückforderungsbescheid zu Recht erlassen, und die Beschwerde gegen diesen Rückforderungsbescheid zu Recht abgewiesen (siehe Beschwerdeentscheidung vom 27. April 2023).

Da die Söhne der Beschwerdeführerin während des beschwerdegegenständlichen Zeitraumes im Sinne der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG ständig im Ausland aufhältig waren, stand der Beschwerdeführerin für ihre beiden Söhne kein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu, weswegen die Beschwerde – wie im Spruch ausgeführt - als unbegründet abzuweisen war.

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.

Zur Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 betreffend den ständigen Aufenthalt eines Kindes im Ausland einerseits und des § 26 Abs. 1 FLAG 1967 betreffend objektive Rückzahlungsverpflichtung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfen andererseits besteht jeweils eine umfangreiche, in diesem Erkenntnis dargestellte Judikatur des

Verwaltungsgerichtshofes, und ist das Bundesfinanzgericht von dieser Judikatur des Höchstgerichtes nicht abgewichen.

Da das Bundesfinanzgericht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht abgewichen ist, liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, die durch dieses Erkenntnis zu entscheiden gewesen wäre, nicht vor. Eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist daher nicht zulässig.

Feldkirch, am 24. Oktober 2025