

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Dr. Ramo Dr. Atajic, Oetztalerstraße 3, 81373 München, über die Beschwerde vom 23. Februar 2023 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 1. Februar 2023 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für Kind, geb. xx.xx.2007, für den Zeitraum September 2022 bis November 2022, Steuernummer ***BF1StNr1***, 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

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe legte der Beschwerdeführer (Bf.) die Bestätigung der Islamischen Gemeinschaft in Bosnien und Herzegowina Medresse „***1*** vom 19.09.2022 über den Schulbesuch seines Sohnes Kind –in der ersten Klasse der öffentlichen Mittelschule des Internatsystems vor.

Weiters übermittelte der Bf. das Jahreszeugnis für die vierte Klasse des Realgymnasiums des ***2*** vom 08.07.2022 und die Schulbesuchsbescheinigung der o.g. öffentlichen Islamischen Mittelschule in Bosnien und Herzegowina vom 08.12.2022, beide für Kind. In der Schulbesuchsbescheinigung wird auch angegeben, dass der Schüler während des Schulbesuchs im Internat wohnt, die Ausbildung vier Jahre dauert und die Kosten für die Unterkunft (umgerechnet) monatlich 97,43 € bzw. jährlich 809,27 € betragen.

Der Beschwerdeführer gab an, dass er die Kosten für die Schule bezahle und legte die Gehaltsabrechnungen für sich und seine Ehegattin für den Monat Oktober 2022 und die

Zahlungsbestätigung der Internatskosten für die Monate Oktober, November und Dezember 2022 vor.

Vom Finanzamt wurde am 01.02.2023 ein Bescheid über die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den Sohn Kind für den Zeitraum September 2022 bis November 2022 in Höhe von insgesamt 713,90 € (incl. anteiliger Geschwisterstaffel für den Sohn ***3***) erlassen. In der Begründung wurde unter Hinweis auf § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ausgeführt, dass die Familienbeihilfe iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 nicht zustehe, da sich der Sohn Kind nicht ständig in Österreich aufhalte.

Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer am 23.02.2023 die Beschwerde mit der Begründung, dass sich sein Sohn Kind noch immer in Schulausbildung befinde, da er eine Schule besuche, welche es in dieser Form und Art in Österreich nicht gebe. Der Sohn verbringe fast jedes Wochenende, alle Feiertage und die Ferien bei seinen Eltern in Österreich und auch die Arztbesuche mache er in seiner Heimatstadt.

Beigelegt wurde die Bestätigung der Fa. ***4***, BiH, vom 22.02.2023, dass der Sohn des Bf., Kind, auf der internationalen Busfahrkraftlinie Bihac/BiH – Graz/A – Wien/A im Zeitraum September 2022 bis Februar 2023 als regelmäßiger Fahrgast 20mal von ***5***/BiH nach ***6***/A hin und retour mitgefahren ist; der Fahrkartenpreis beträgt 45 €, insgesamt 900 €.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevereentscheidung vom 16.03.2023 ab. In der Begründung wurde unter Zitierung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ausgeführt:

„Im gegenständlichen Fall steht außer Streit, dass Ihr Sohn Kind seit September 2022 eine Schule in Bosnien besucht.

Der ständige Aufenthalt im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmung ist nach der herrschenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z.B. VwGH vom 24.6.2010, 2009/16/0133) nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Gem. § 26 Abs. 2 leg cit hat jemand seinen 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. Der ständige Aufenthalt gem. § 5 Abs. 3 FLAG ist nur nach objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit einer Person zu beantworten (vgl. auch Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, Kommentar zum FLAG, Rz 9 zu § 5).

Sie geben zwar an, dass Ihr Sohn sich an fast jedem Wochenende in Österreich aufhält, umgekehrt verbringt er den Großteil seiner Zeit gewöhnlich in Bosnien. So ist das Verbringen von Ferien bzw. gelegentliche Aufenthalte in Österreich nur als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, die den ständigen Aufenthalt eines Kindes im Ausland nicht unterbricht. Ihr Sohn hat seinen ständigen Aufenthalt, bedingt durch seine Berufsausbildung, in Bosnien.“

Daraufhin brachte der steuerliche Vertreter des Beschwerdeführers am 08.04.2023 einen Antrag auf erneute Prüfung des Familienbeihilfe-Anspruches für Kind und Aufhebung des Rückforderungsbescheides vom 01.02.2023 ein, der als Antrag auf Entscheidung über die

Beschwerde an das Bundesfinanzgericht (Vorlageantrag) gewertet wird. In der Begründung des Antrages wurde ausgeführt:

„Gemaess § 2 (1) des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) fuer minderjaehrige Kinder,

b) fuer volljaehrige Kinder die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die fuer einen Beruf ausgebildet werden.

§ 5 (3) des FLAG kann an Kind nicht angewendet werden, weil er sich nicht staendig im Ausland aufhaelt.

Kind und seine Eltern besitzen die oesterreichische Staatsangehoerigkeit und haben ihren Lebenspunkt in Adr. (Oesterreich).

*Auf eigenen Wunsch hat er sich fuer eine oeffentliche Geistliche Mittelschule - „Medressa“ entschieden. Solchen Schulen fuer Geistliche Lernen gibt es sich in Oesterreich nicht so, dass er in die Mittelschule in ***5*** (Bosnien und Herzegowina) eingeschrieben worden ist. Die Mittelschule mit Abschluss als Abitur dauert 4 Jahren und spaeter kann er Universitaetsstudium fortsetzen.*

*Kind sich ueberwiegend mit seinen Eltern in ***7*** aufhaelt. Er kommt jeden Freitag nachmittag nach ***7*** und bleibt bei Eltern bis Sonntagnachmittags zu seinen Eltern in ***7***. Ausserdem verbringt er die Sommer- und Winterferien in ***7****

(Oesterreich) Deshalb ist die Behauptung des Finanzamtes im Rueckforderungsbescheid vom 01.02.2023, dass sich Kind staendig im Ausland befindet, nicht richtig.

Beweis: Bestaetigung der Meldung/Kind/vom 03.07.2017

Da die Voraussetzungen fuer die Gewaehrung der Familienbeihilfe fuer Kind erfuellt sind, beantrage ich die Aufhebung des Rueckforderungsbescheides und Gewaehrung der Familienbeihilfe waehrend der Ausbildungszeit.“

*Beigelegt wurde die Meldebestaetigung der Stadtgemeinde ***7*** vom 03.07.2017 ueber die Hauptwohnsitzmeldung des Sohnes Kind.*

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Der Beschwerdefuehrer und seine Ehegattin sind in Oesterreich wohnhaft und berufstaetig.

Der Sohn des Beschwerdefuehrers, Kind, besuchte bis Juli 2022 das ***2*** und schloss die vierte Klasse des Realgymnasiums positiv ab.

Ab September 2022 besuchte er die öffentliche Islamische Mittelschule mit Internat in ***5*** in Bosnien und Herzegowina. Diese Ausbildung dauert vier Jahre und schließt mit Abitur ab. Die Kosten des Internats trägt der Beschwerdeführer.

Der Sohn des Beschwerdeführers, Kind, ist mit Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet und besuchte während des Schulbesuches in Bosnien und Herzegowina seine Eltern in ***7*** fast jedes Wochenende, an den Feiertagen und in den Ferien.

Mit Rückforderungsbescheid vom 01.02.2023 wurde die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für Kind für den Zeitraum September 2022 bis November 2022 zurückgefordert.

2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf den Inhalt des Verwaltungsaktes, auf die dem Gericht vorgelegten Unterlagen der belangten Behörde bzw. des Beschwerdeführers.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

Nach § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) idgF haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Abs. 2: Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Abs. 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 sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a).

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

Nach § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe 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.

Gemäß § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate.

Gemäß § 25 FLAG 1967 sind Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person ausgezahlt (§ 12) wird, 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, beim Finanzamt Österreich zu erfolgen.

§ 26 Abs. 1 FLAG 1967 bestimmt:

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

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 Personen unabhängig von der Staatsbürgerschaft, somit auch österreichische Staatsbürger erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland, außerhalb des Gemeinschaftsgebietes, aufhalten (vgl. VwGH 18.09.2003, 2000/15/0204 und UFS 28.10.2008, RV/4040-W/02).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. dazu insbesondere VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. etwa VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133, mit weiteren Nachweisen, sowie *Reinalter* in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG², § 5 Rz 9). 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. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt im genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Ein gewöhnlicher Aufenthalt an einem Ort schließt jedoch nicht einen oder mehrere Wohnsitze an anderen Orten aus, denn ein Mensch kann mehrere Wohnungen innehaben und damit sind gleichzeitig mehrere Wohnsitze möglich.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ist somit nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl. das erwähnte Erkenntnis VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133 und VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008, sowie *Reinalter* in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG², § 5 Rz 9).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unterbricht auch das Verbringen der Ferien oder von Wochenenden in Österreich den ständigen Aufenthalt in einem „Drittland“ nicht (vgl. insbesondere das einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffende Erkenntnis VwGH 20.6.2000, 98/15/0016, sowie weiters VwGH 8.6.1982, 82/14/0047, und VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079).

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. Daher unterbricht auch das Verbringen der Ferien in Österreich den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht. (u.a. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055, VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Begibt sich eine Person, die sich im Inland aufhält, vorübergehend ins Ausland, so führt dies insbesondere dann nicht zu einer Beendigung (Unterbrechung) des Laufes der sechsmonatigen Aufenthaltsfrist, wenn der Auslandsaufenthalt das übliche Maß einer Urlaubsreise und/oder Geschäftsreise nicht überschreitet und die für den Inlandsaufenthalt maßgebenden Gründe darauf schließen lassen, dass die Person nach Beendigung ihres vorübergehenden Auslandsaufenthaltes wiederum ins Inland zurückkehren wird. Ein derartiger vorübergehender Auslandsaufenthalt hat lediglich eine Hemmung des sechsmonatigen Fristenlaufes zur Folge (vgl. VwGH 05.07.1983, 82/14/0178).

Laut VwGH-Erkenntnis vom 29.4.2013, 2011/16/0195, ist für die Frage, ob ein Aufenthalt ein vorübergehender oder ein ständiger ist, von einer ex ante - Betrachtung auszugehen (vgl. insbesondere das hg. Erkenntnis vom 26.1.2012, 2012/16/0008).

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis VfGH 24.03.1979, B175/78, 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 VfGH im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, zum Ausdruck gebracht, dass gegen eine Vorschrift, die bewirkt, dass Personen, die gegenüber im Ausland (Drittland) lebenden Kindern zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, keine Familienbeihilfe gewährt wird, keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

Auf Grund des Schulbesuches des Sohnes Kind in Bosnien und Herzegowina ab September 2022 sieht das Bundesfinanzgericht es als erwiesen an, dass der Sohn seinen ständigen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ins Drittland verlegt hat, da der Sohn in der Schule mit Internat körperlich anwesend war. Durch die Ausbildungsdauer von vier Jahren liegt kein vorübergehender Auslandsaufenthalt vor. Das Verbringen der Ferien, von Wochenenden und Feiertagen in Österreich unterbricht nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht.

Die Beurteilung darf iSd Rechtsprechung nicht nach subjektiven Gesichtspunkten erfolgen, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit.

Eine Person kann nach ständiger Rechtsprechung des VwGH mehrere Wohnsitze haben, aber nur einen gewöhnlichen Aufenthalt. Auch die Tragung der Kosten des Internats durch den Beschwerdeführer ändert nichts an der oben getroffenen Beurteilung. Ebenso kommt es hier nicht darauf an, ob eine gleichartige Schule in der Nähe des österreichischen Wohnsitzes vorhanden ist.

Sämtliche Ausführungen in der Beschwerde und im Vorlageantrag sowie die vorgelegten Unterlagen können nach obigen Ausführungen an der Beurteilung, dass sich der Sohn im beschwerdeggst. Zeitraum ständig im Drittland aufgehalten hat, nichts ändern.

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Die Verpflichtung zur Rückzahlung ist von subjektiven Momenten unabhängig, beispielsweise ob die Familienbeihilfe gutgläubig empfangen worden ist, wie sie verwendet worden ist oder ob die Rückzahlung eine Härte bedeutet (VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079 und Vorjudikatur).

In den Mitteilungen über den Bezug der Familienbeihilfe werden die Familienbeihilfenbezieher darauf hingewiesen, dass Tatsachen, die bewirken können, dass der Anspruch auf die Beihilfe erlischt, sowie Änderungen der im Antrag angeführten Daten auch im eigenen Interesse (z.B. zur Vermeidung von Rückforderungen) umgehend dem Finanzamt mitzuteilen sind.

Die Rückforderung lt. Bescheid vom 01.02.2023 besteht daher zu Recht.

Es war über die Beschwerde wie im Spruch 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.

Da im Beschwerdefall kein Rechtsproblem strittig ist, sondern der als erwiesen anzunehmende Sachverhalt in freier Beweiswürdigung festgestellt wurde und das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht abweicht, ist eine (ordentliche) Revision nicht zulässig.

Graz, am 8. Jänner 2026