

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des A B, Adresse, nunmehr vertreten durch MMag. Michael Krenn, Rechtsanwalt, Simonfay & Salburg, 1070 Wien, Museumstraße 5/19, vom 21.12.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 7.12.2015, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 753,60) und Kinderabsetzbetrag (€ 233,60) für den im August 1997 geborenen C B für den Zeitraum September 2015 bis Dezember 2015 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefordert werden, Sozialversicherungsnummer X, Gesamtbetrag der Rückforderung € 987,20, im Umfang der Anfechtung durch den Vorlageantrag vom 21.3.2016, also hinsichtlich des Zeitraumes Oktober 2015 bis Dezember 2015, nach am 9.10.2017 am Bundesfinanzgericht in Wien im Beisein der Schriftführerin Andrea Moravec sowie in Anwesenheit des Beschwerdeführers, seines rechtsfreundlichen Vertreters und von Mag. Alexandra Wendelberger für die belangte Behörde, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird im Umfang des Vorlageantrags gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen, sodass der Spruch des angefochtenen Bescheides in der Fassung des abweisenden Teils der Beschwerdeentscheidung zu lauten hat:

Es werden zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 565,20) und Kinderabsetzbetrag (€ 175,20), Gesamtrückforderungsbetrag € 740,40, für den im August 1997 geborenen C B für den Zeitraum Oktober 2015 bis Dezember 2015 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefordert.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe

Das Finanzamt übersandte dem Beschwerdeführer (Bf) A B am 31.7.2015 ein Schreiben betreffend Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe. Dieses wurde dem Finanzamt vom Bf am 18.8.2015 zurückgesandt.

Der Bf, österreichischer Staatsbürger, gab zu seinem Sohn C (ebenfalls österreichischer Staatsbürger) an, dass dieser derzeit Schüler sei.

Für C wurde eine Schulbesuchsbestätigung des Bundesgymnasiums, Bundesrealgymnasiums und wirtschaftskundlichen Bundesrealgymnasium für Berufstätige in Wien, 1210 Wien, vom 21.2.2015 vorlegt, aus dem ersichtlich ist, dass C an der Abend-AHS als ordentlicher Studierender angemeldet sei und im Sommersemester (9.2.2015 bis 3.7.2015) folgende Module inskribiert habe:

Deutsch 1 4 Wochenstunden

Englisch 1 4 Wochenstunden

Geschichte und Sozialkunde/Politische Bildung 1 3 Wochenstunden

Geografie und Wirtschaftskunde 1 4 Wochenstunden

Mathematik 3 3 Wochenstunden

Lern-, Präsentations- und Kommunikationstechnik 1 2 Wochenstunden

Schulbesuchsbestätigung

Am 30.9.2015 legte der Bf dem Finanzamt eine Schulbesuchsbestätigung des Privaten Gymnasiums E in Meram, Türkei, vor, wonach C seit 22.9.2015 in die Schule als ordentlicher Schüler der 12. Klasse aufgenommen worden sei.

Ergänzungsersuchen vom 13.11.2015

In Beantwortung eines Ergänzungsersuchens vom 13.11.2015 teilte der Bf am 26.11.2015 dem Finanzamt mit, C sei seit 14.9.2015 in der Türkei und gehe dort seit 14.9.2015 in die Schule.

Rückforderungsbescheid

Mit dem angefochtenen Rückforderungsbescheid vom 7.12.2015 forderte das Finanzamt vom Bf Familienbeihilfe (€ 753,60) und Kinderabsetzbetrag (€ 233,60) für C B für den Zeitraum September 2015 bis Dezember 2015 zurück und begründete dies damit:

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

Beschwerde

Unter Verwendung eines internen Formulars des Finanzamts erhob der Bf am 21.12.2015 Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid mit dem ersichtlichen Antrag (das Formular sieht ein Feld für einen Antrag nicht vor), diesen ersatzlos aufzuheben:

Der Mittelpunkt des Kindes befindet sich immer in Österreich (es ist im ...? in Wien bzw in Wien sein ?). Als unterhaltspflichtiger Eltern leben wir auch in Österreich. Außerdem befindet Hauptwohnsitz des Kindes immer in Wien. Das Kind befindet sich ausschließlich zu Ausbildungszwecken im Ausland.

Ergänzungsersuchen vom 16.2.2016

In Beantwortung eines Ergänzungsersuchens vom 16.2.2016 teilte der Bf am 24.2.2016 dem Finanzamt mit, C wohne in der Türkei bei den Schwiegereltern des Bf. C werde "höchstwahrscheinlich bis Sommer 2016 d.h. er wird bis Schulende in der Türkei bleiben". C komme während den Semesterferien und während den Sommerferien nach Wien. Die Unterhaltskosten trage der Bf. (und seine Gattin).

Angeschlossen war eine Meldebestätigung in der Türkei, Flugticketskäufe für den 21. Oca. 2016 (21. ocak 2016, 21.1.2016) Konya -Istanbul - Schwechat und für den 9. Şub. 2016 (9. şubat 2016, 9.2.2016) Schwechat - Istanbul - Konya und eine Überweisung vom 30.10.2015 über € 1.000 und vom 15.2.106 über € 100 offenbar von der Gattin des Bf an deren Mutter.

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 8.3.2016 gab das Finanzamt der Beschwerde teilweise Folge und hob den angefochtenen Bescheid hinsichtlich des Monats September auf:

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, 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.

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen

Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. 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; VwGH 20.10.1993, 91/13/0175).

Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen wurde (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).

In dem Erkenntnis vom 24. Juni 2010 hat der Verwaltungsgerichtshof bei den, in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen.

Ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Die Rückforderung erfolgte, da gemäß einer Schulbesuchsbestätigung Ihr Sohn C seit 22.9.2015 ein Gymnasium in der Türkei besucht.

Im Zuge des Beschwerdeverfahrens wurde bekanntgegeben, dass C bei den Großeltern mütterlicherseits wohnt und während der Schulferien nach Wien kommt.

Die voraussichtliche Dauer des Auslandsaufenthalts wird mit Schulende im Sommer 2016 angegeben. Weiters wurden Unterhaltszahlungen in Höhe von € 1.100,— nachgewiesen.

Lt. Aktenlage ist spätestens mit Schulantritt am 22.9.2015 eine Haushaltszugehörigkeit zu den Großeltern in der Türkei anzunehmen. Ob und welcher Höhe Unterhalt geleistet wird ist daher nicht mehr von Belang.

Auf Grund der beabsichtigten Dauer des Schulbesuchs in der Türkei ist im Sinne der dazu ergangenen Rechtsprechung auch von einem ständigen Aufenthalt im Ausland auszugehen.

Da ab Oktober 2015 weder eine Haushaltszugehörigkeit vorliegt, noch sich das Kind ständig im Bundesgebiet aufhält, erfolgte die Rückforderung für die Monate Oktober bis Dezember 2015 zu Recht.

Ihrer Beschwerde kann daher nur spruchgemäß stattgegeben werden.

Vorlageantrag

Mit Schreiben vom 15.3.2016 stellte der Bf Vorlageantrag:

Antrag zur Vorlage zur Entscheidung der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht

Mit Beschwerde vorentscheidung vom 08.03.2016 eingelangt am 14.03.2016. wurde meiner Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid vom 07.12.2015 nur teilweise, hinsichtlich des Monats September, stattgegeben.

Ich beantrage nunmehr meine Beschwerde zur Entscheidung dem Bundesfinanzgericht vorzulegen.

Hinsichtlich der Begründung meines Begehrens und der beantragten Änderungen verweise ich auf meine Beschwerde vom 21.12.2015 bzw. möchte diese ergänzen wie folgt:

Mein Sohn C hält sich zurzeit, wie auch bereits in der Beschwerde ausgeführt, nur vorübergehend im Ausland auf. Der gewöhnliche Aufenthalt, der nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen ist, setzt voraus, dass aus den Umständen erkennbar ist, dass der Aufenthalt im Ausland nicht nur vorübergehend ist. Der Auslandsaufenthalt von meinem Sohn dient jedoch nur seiner Ausbildung und hat lediglich einen vorübergehenden Charakter, welches auch daran erkennbar ist, dass er seinen Hauptwohnsitz nach wie vor im elterlichen Wohnhaus hat und sich mehrmals im Jahr mehrere Wochen in Wien aufhält. Seine Abwesenheit in Wien ist nur als vorübergehend gewollt anzusehen und kann daher seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich nicht unterbrechen. Unser Lebensmittelpunkt, auch jener von unserem Sohn C, befindet sich in Wien. Die Tatsache, dass mein Sohn im Haus der Großeltern einen vorübergehenden Schlafplatz bekommen hat, kann nicht seine Zugehörigkeit zu dessen Haushalt begründen, da nach wie vor ich für all seinen Lebenserhaltungskosten aufkomme.

Ich beantrage desweiteren eine mündliche Verhandlung.

Vorlage

Mit Bericht vom 6.5.2016 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

Sachverhalt:

Die Rückforderung erfolgte, da sich im Zuge einer nachträglichen Überprüfung ergab, dass das Kind seit September 2015 in der Türkei bei den Großeltern lebt und dort zur Schule geht. Die voraussichtliche Dauer dieses Auslandsaufenthalts ist bis zum Sommer 2016. Strittig ist somit, ob der Auslandsaufenthalt lediglich vorübergehenden Charakter hat und der gewöhnliche Aufenthalt in dieser Zeitspanne weiterhin in Österreich besteht oder ob sich das Kind im gegenständlichen Zeitraum iSd § 5 Abs. 3 FLAG ständig im Ausland aufhält.

Beweismittel:

türkische Schulbesuchsbestätigung, Anfragebeantwortung des Kindesvaters;

Stellungnahme:

Zitat aus dem Erkenntnis vom VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008: "Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 24. Juni 2010, Zl. 2009/16/0133, mwN, sowie Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, Familienlastenausgleichsgesetz, Rz 9 zweiter Absatz zu § 5).

Dem Wortlaut des § 26 Abs. 2 erster Satz BAO ist zunächst zu entnehmen, dass ein nicht nur vorübergehendes Verweilen in einem Land keinen eigenen Begriff darstellt, sondern als ständiger Aufenthalt zu sehen ist.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl. das erwähnte hg. Erkenntnis vom 24. Juni 2010, mwN, sowie Nowotny, aaO, Rz 9 erster Absatz zu § 5). Auf eine allfällige Absicht der Tochter des Beschwerdeführers, nach dem Auslandsjahr nach Österreich zurückzukehren, kommt es demnach nicht an. Ein Aufenthalt ist nicht schon dann vorübergehend im Sinne der hg. Rechtsprechung zu § 5 Abs. 3 FLAG, wenn er zeitlich begrenzt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. November 2009, Zl. 2008/13/0072), weshalb auch bei der im Zuge der vorzunehmenden ex-ante Betrachtung des Auslandsaufenthaltes der Tochter des Beschwerdeführers die auch nach objektiven Gesichtspunkten als annähernd gewiss anzunehmende Rückkehr nach Österreich nach dem Austauschjahr nicht entscheidend ist.

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 (zum Wechsel eines zunächst vorübergehenden Aufenthaltes zu einem ständigen Aufenthalt nach Hervorkommen solcher Umstände vgl. das erwähnte hg. Erkenntnis vom 24. Juni 2010).

Im erwähnten Erkenntnis vom 24. Juni 2010 hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen.

Bei einem Aufenthalt zum Zwecke des Schulbesuches vom Herbst 1991 bis zum Jänner 1993 ging der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 20. Juni 2000, Zl. 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)."

Im Sinne der zitierten Judikatur ist somit ein einjähriger Auslandsaufenthalt zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen. Der Auslandsaufenthalt ist zumindest für die Zeitspanne von September 2015 bis Juni 2016, also zehn Monate bzw. ein Schuljahr und somit deutlich länger als fünfeinhalb Monate geplant weswegen das ho. Finanzamt beantragt, die Bescheidbeschwerde gem. § 279 Abs. 1 BAO als unbegründet abzuweisen.

Bekanntgabe der Bevollmächtigung

Mit E-Mail vom 24.7.2017 teilte der ausgewiesene Vertreter mit, dass ihm der Bf Vollmacht zur rechtsfreundlichen Vertretung erteilt hat und erkundigte sich nach dem Verfahrensstand.

Über Aufforderung des Gerichts gab der ausgewiesene Vertreter am 16.8.2017 bekannt, dass der Bf den ausgewiesenen Vertreter mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt bzw. bevollmächtigt habe. Sämtliche Zustellungen mögen zu Händen des Klagevertreters vorgenommen werden.

Bemessungsgrundlagen

Das Finanzamt legte mit E-Mail vom 10.8.2017 über Aufforderung des Gerichts die in Zusammenhang mit der Erlassung der Beschwerdeentscheidung vorgenommenen Buchungen vor, aus denen sich ergibt, dass die Rückforderung an zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe auf € 565,20 und an Kinderabsetzbetrag auf € 175,20 eingeschränkt wurde (Gesamtrückforderungsbetrag € 740,40).

Mündliche Verhandlung

In der mündlichen Verhandlung vom 9.10.2017 gab der rechtsfreundliche Vertreter über Befragen durch die Richterin an, dass sich der Vorlageantrag nur auf den abweisenden Teil der Beschwerdeentscheidung beziehe.

Der Bf gab über Befragen der Richterin an, sein Sohn sei ursprünglich in das Realgymnasium Knöllgasse in Wien 10 gegangen. Er sei dann in das Bundesgymnasium für Berufstätige in Wien 21 gewechselt. Dieses habe er im Sommer 2015 beendet. Ein Abschluss sei nicht erfolgt.

Über Befragen der Richterin gab der Bf außerdem an (der rechtsfreundliche Vertreter legte dazu eine Ablichtung des Reisepasses von C vor), dass sich C im Schuljahr 2015/2016 vom 21.1.2016 bis 9.2.2016 in den Semesterferien in Österreich aufgehalten habe. Von Anfang an sei geplant gewesen, dass C nach Abschluss des Schuljahres 2016 nach Österreich zurückkehre. Am 27.6.2016 sei, wie aus einer - vom rechtsfreundlichen Vertreter des Bf - vorgelegten Kopie des Reisepasses hervorgehe, die Rückkehr nach Österreich erfolgt.

Der Bf gab über Befragen der Richterin ferner an, dass sich C ab diesem Zeitpunkt wieder durchgehend in Österreich aufhalte. Nach diversen Vorbereitungsprüfungen studiere er momentan in Wien Betriebswirtschaftslehre und es gehe ihm dabei gut.

Weiteres Vorbringen seitens der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens wurde nicht erstattet.

Seitens der Parteien wurden wesentliche Interessen, die einer Veröffentlichung gemäß § 23 BFGG entgegenstehen, nicht bekannt gegeben.

Die Vertreterin des Finanzamts beantragte, die Beschwerde für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2015 abzuweisen.

Der rechtsfreundliche Vertreter beantragte, der Beschwerde im Umfang der Beschwerdevorentscheidung Folge zu geben.

Die Richterin verkündete den Beschluss, dass die Entscheidung der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten bleibe.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Der Bf A B ist österreichischer Staatsbürger und wohnt mit seiner Familie in Wien. Sein im August 1997 geborener Sohn C, österreichischer Staatsbürger, besuchte ursprünglich in das Realgymnasium D in Wien 10, dann bis Juli 2015 das Bundesgymnasium, Bundesrealgymnasium und wirtschaftskundliche Bundesrealgymnasium für Berufstätige in Wien, 1210 Wien, wo er mehrere Module inskribiert hatte. C gehörte damals dem Haushalt des Bf in Wien an. Die Ausbildung an dieser höheren Schule in Wien wurde nicht mit der Reifeprüfung abgeschlossen, sondern besuchte C nach den Sommerferien 2015 ab September 2015 das Private Gymnasium E in Meram, Türkei, und hielt sich zum Zweck

der Schulausbildung in der Türkei auf. In der Türkei wohnte C bei den Schwiegereltern des Bf, wobei für den Unterhalt von C in der Türkei der Bf und seine Gattin aufkamen. In den Semesterferien 2016 (vom 21.1.2016 bis zum 9.2.2016) kehrte C in den Haushalt der Eltern nach Österreich zurück. Der Aufenthalt in der Türkei endete mit 27.6.2016. Der Aufenthalt von C in der Türkei war jedenfalls bis Ende des Schuljahre 2015/2016, also bis Sommer 2016, geplant. Am 27.6.2016 erfolgte die Rückkehr nach Österreich. Nach diversen Vorbereitungsprüfungen studiert C in Wien Betriebswirtschaftslehre.

Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus dem Inhalt des Verwaltungsakts und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung. Sie sind nicht strittig.

Rechtsgrundlagen

§ 2 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

b) 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. 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,

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,

e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,

f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)

g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes 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; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. 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. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,

- i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie
- aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und
- bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und
- cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,
- k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am
- aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- dd) Europäischen Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007 - 2013.

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 lautet:

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

§ 10 FLAG 1967 lautet:

§ 10. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.

(2) 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.

(3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

(5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

§ 11 FLAG 1967 lautet:

§ 11. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 4, monatlich durch das Wohnsitzfinanzamt automationsunterstützt ausgezahlt.

(2) Die Auszahlung erfolgt durch Überweisung auf ein Girokonto bei einer inländischen oder ausländischen Kreditunternehmung. Bei berücksichtigungswürdigen Umständen erfolgt die Auszahlung mit Baranweisung.

(3) Die Gebühren für die Auszahlung der Familienbeihilfe im Inland sind aus allgemeinen Haushaltsmitteln zu tragen.

§ 12 FLAG 1967 lautet:

§ 12. (1) Das Wohnsitzfinanzamt hat bei Entstehen oder Wegfall eines Anspruches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen. Eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe ist auch über begründetes Ersuchen der die Familienbeihilfe beziehenden Person auszustellen.

(2) Wird die Auszahlung der Familienbeihilfe eingestellt, ist die Person, die bislang die Familienbeihilfe bezogen hat, zu verständigen.

§ 13 FLAG 1967 lautet:

§ 13. Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat das nach dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt der antragstellenden Person zuständige Finanzamt zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen.

§ 26 FLAG 1967 lautet:

§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) 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.

§ 26 BAO lautet:

§ 26. (1) Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, daß er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

(2) Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand 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. Das Bundesministerium für Finanzen ist ermächtigt, von der Anwendung dieser Bestimmung bei Personen abzusehen, deren Aufenthalt im Inland nicht mehr als ein Jahr beträgt, wenn diese im Inland weder ein Gewerbe betreiben noch einen anderen Beruf ausüben.

(3) In einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), werden wie Personen behandelt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden Stelle haben. Das gleiche gilt für deren Ehegatten, sofern die Eheleute in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben, und für deren minderjährige Kinder, die zu ihrem Haushalt gehören.

Keine Rechtswidrigkeit des im Umfang des Vorlageantrags angefochtenen Bescheides

Dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) des Bf in Österreich gelegen gewesen ist, wurde vom Finanzamt nicht bestritten.

Auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen des Kindes kommt es, sofern dieses nicht für sich selbst Familienbeihilfe gemäß § 6 FLAG 1967 beantragt, grundsätzlich nicht an (vgl. BFG 2.1.2017, RV/7103136/2015).

Allerdings steht gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ein ständiger Auslandsaufenthalt des Kindes einem Anspruch auf Familienbeihilfe entgegen. Die Bestimmung ist verfassungskonform (vgl. VfGH 15.6.2002, G 112/99; VfGH 14.12.2001, B 2366/00).

Ein vorübergehender Auslandsaufenthalt steht dem Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht entgegen, ein ständiger schon (§ 5 Abs. 3 FLAG 1967).

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen befand sich C jedenfalls von Mitte September 2015 bis Ende Juni 2016, also etwas mehr als neun Monate, mit Ausnahme des Zeitraums 21.1.2016 bis 9.2.2016, durchgehend in der Türkei.

Wie das Finanzamt bereits in der Beschwerdeentscheidung genau ausgeführt hat, geht es bei der Frage des ständigen Aufenthaltes i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 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. Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 5 Rz 9).

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0155).

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 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).

Auch wenn der Auslandsaufenthalt zu Ausbildungszwecken erfolgte, ändert dies nichts daran, dass sich das Kind während der Auslandsausbildung ständig i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im Ausland, also einem Drittland, aufhält (vgl. BFG 11.12.2015, RV/7105408/2015; BFG 4.1.2016, RV/7101957/2015; BFG 14.10.2016, RV/7101355/2016; BFG 3.11.2016, RV/7100224/2016; BFG 2.1.2017, RV/7103136/2015).

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).

Im gegenständlichen Fall war der Auslandsaufenthalt von Anfang an auf zumindest neun Monate angelegt. Damit geht der Aufenthalt deutlich über die vom VwGH als "gerade noch" vorübergehend angesehene Auslandsaufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten hinaus (vgl. BFG 20.6.2015, RV/7104568/2014 zu siebenmonatigem Auslandsaufenthalt). Hier kann nicht mehr von einem bloß vorübergehenden Auslandsaufenthalt gesprochen werden. Der Auslandsaufenthalt dauerte auch tatsächlich etwas mehr als neun Monate.

Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Auslandsaufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, im gegenständlichen Fall ab Beginn des Auslandsaufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (vgl. VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008).

Damit stand für den durch den Vorlageantrag infolge der teilweisen Stattgabe durch die Beschwerdeentscheidung eingeschränkten Beschwerdezeitraum Oktober 2015 bis Dezember 2015 dem Bf Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag nicht zu.

Objektive Erstattungspflicht

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Diese Rückzahlungspflicht normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 unerheblich (u.a. VwGH 23.9.2005, 2005/15/0080).

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu. Fehlt es an einem Anspruch auf Familienbeihilfe für den streitgegenständlichen Zeitraum sind auch die Kinderabsetzbeträge zurückzufordern.

Die Rückforderung gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ist keine Ermessensentscheidung. Die Rückforderung ist, wie ausgeführt, vorzunehmen, wenn objektiv der

Rückforderungstatbestand verwirklicht ist (vgl. Hebenstreit in Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 26 Rz 3).

Abweisung der Beschwerde

Da die Beschwerde im Umfang des Vorlageantrags keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) aufzeigt, ist sie gemäß § 279 BAO im Umfang der durch den Vorlageantrag umfaßten Zeiträume wie im Spruch ausgeführt als unbegründet abzuweisen.

Revisionsnichtzulassung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG eine Revision nicht zulässig, da sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht 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. Der Beschluss folgt vielmehr der dargestellten Rechtsprechung.

Wien, am 11. Oktober 2017