

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bfin, Adr, vertreten durch V., Rechtsanwältin, Adr1, über die Beschwerde vom 4. Mai 2016 gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 6. April 2016 betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung,

zu Recht erkannt:

1. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.
2. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Im Rahmen einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe für das Kind L. X. forderte das Finanzamt Innsbruck die Beschwerdeführerin auf, einen Tätigkeitsnachweis vorzulegen. In Beantwortung dieses Schreibens wurde eine Schulbesuchsbestätigung der S., Louisville, USA, für das Jahr Schuljahr 2015/16 vorgelegt. In der Folge ersuchte das Finanzamt um Beantwortung mehrerer Fragen bezüglich der Umstände des Schulbesuchs und des Aufenthaltes in den USA. Die Beschwerdeführerin teilte hierzu mit dem am 30. März 2016 beim Finanzamt einlangenden Schreiben mit, dass ihr Sohn seit September 2013 die genannte Schule besuche, die Kosten von ihr getragen werden, die Ferien in Österreich verbracht werden und das Kind in den USA bei Bekannten wohnen würde.

Mit Bescheid vom 6. April 2016 forderte daraufhin das Finanzamt die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge betreffend das Kind L. für die Zeiträume September 2013 bis Dezember 2015 in Höhe von insgesamt € 5.395,80 zurück, weil sich das Kind

ständig im Ausland (USA) aufhalte, was nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 zum Verlust des Familienbeihilfenanspruches führen würde.

Mit Eingabe vom 4. Mai 2016 brachte die Beschwerdeführerin durch ihre rechtsfreundliche Vertretung Beschwerde ein und beantragte die ersatzlose Behebung des Bescheides.

Begründend wurde vorgebracht, dass die Beschwerdeführerin voll unterhaltspflichtig sei und das Kind L. noch in Ausbildung stehe. Die Beschwerdeführerin habe ihren Lebensmittelpunkt in Österreich und L. sei ausschließlich vorübergehend zum Zwecke einer Ausbildung in den Vereinigten Staaten. Der Aufenthalt in den USA sei nicht auf die Begründung des Lebensmittelpunktes gerichtet. Dieser Umstand sei auch nie verheimlicht worden. L. sei in Österreich auch sozialversichert. Dem Versicherungsträger sei der Auslandsaufenthalt zu Ausbildungszwecken auch bekannt.

In diesem Zusammenhang wurde die Verletzung von Verfahrensvorschriften moniert. Die Behörde habe ohne weiteres Ermittlungsverfahren auf einen ständigen Auslandsaufenthalt geschlossen, ohne die tatsächlichen Umstände zu ermitteln. Der Auslandsaufenthalt bestehe nur zu Ausbildungszwecken. Nach Abschluss der Ausbildung solle die Rückkehr des Sohnes erfolgen. Da in der heutigen Zeit Mobilität und Auslandserfahrung geradezu eingefordert werde, sei es für die Beschwerdeführerin nicht erkennbar gewesen, dass die Behörde einen Rückforderungstatbestand feststelle. Die Behörde habe es unterlassen, die Beschwerdeführerin vom Ergebnis des Beweisverfahrens zu informieren, worauf sie die tatsächlichen Umstände darlegen hätte können. Die Verletzung dieser Verfahrensvorschriften stelle ein an Willkür grenzendes Verhalten dar.

Der Bescheid erweise sich auch deshalb als rechtswidrig, weil die Behörde übersehe, dass § 5 Abs. 3 FLAG 1967 sich auf Umstände beziehe, welche nicht im Zusammenhang mit Berufsausbildungen stehen könnten. Diese Bestimmung habe den Zweck, dass nicht unberechtigt in Österreich Familienbeihilfe beansprucht werde, obwohl die gesamte Familie faktisch keinen Bezug zu Österreich habe. Es solle mit dieser Bestimmung wohl verhindert werden, dass Unterhaltsberechtigte in Österreich ihr Einkommen erzielen, die Familie aber nicht nach Österreich nachholen können oder wollen. Es könne wohl nicht Zweck der Norm sein, dass die eingeforderte Zusatzqualifikation an Auslandserfahrungen hiervon umfasst sein solle. Dies widerspreche den Bestimmungen der EU-Verfassung und stelle eine Diskriminierung gegenüber einer Ausbildung in Österreich dar. Die Behörde übersehe, dass die Beschwerdeführerin als Österreicherin ihren Lebensmittelpunkt in Österreich habe und voll unterhaltspflichtig gegenüber ihrem österreichischen Sohn sei. Der Aufenthalt sei daher nicht als ständig im Ausland zu qualifizieren. Der Lebensmittelpunkt sei durch die Ausbildung nicht in die USA verschoben worden. Ungeachtet dessen unterliege die Behörde aufgrund der getätigten Feststellungen einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Die Abweisung werde damit begründet, dass ein ständiger Auslandsaufenthalt vorliege und stelle demgegenüber aber fest, dass L. eine Schulbestätigung vorgelegt habe und eine weitere Ausbildung anstrebe.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 18. Juli 2016 als unbegründet ab. Aufgrund des seit September 2013 andauernden Schulbesuchs in den USA liege ein ständiger Aufenthalt des Sohnes im Ausland vor. Die in Österreich verbrachten Ferienzeiten seien als vorübergehende Unterbrechung des Aufenthaltes im Ausland anzusehen.

Mit Eingabe vom 19. August 2016 brachte die Beschwerdeführerin dagegen den Antrag auf Entscheidung über die Beschwerde durch das Bundesfinanzgericht (Vorlageantrag) ein und beantragte gleichzeitig die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

In der am 4. Mai 2017 durchgeführten mündlichen Verhandlung verwies die Beschwerdeführerin auf die Arbeitnehmerveranlagung 2014, worin die Kosten des Auslandsaufenthaltes als außergewöhnliche Belastung geltend gemacht worden seien. Außerdem bestünde sozialversicherungsrechtlich ein Abkommen mit den USA, sodass es unverständlich sei, dass dies für die Familienbeihilfe nicht gelten solle, wenn ein Kind eine Ausbildung im Ausland absolviere. Auch im Internet sei angeführt, dass ein nicht gemeinsamer Haushalt nicht beihilfenschädlich sei, wenn der entsprechende Unterhalt geleistet werde.

2013 habe der Sohn den Wunsch geäußert – Auslöser war wohl der Tod seines Großvaters – ein Jahr ins Ausland zu gehen und dort die Schule zu besuchen. Da das Kind zweisprachig erzogen worden sei, wurde Amerika ins Auge gefasst. In den Sommerferien wurde im Rahmen eines Urlaubes eine Schule gesucht. Aufgrund der Englischkenntnisse von L. hat die private High School „S.“ einer Aufnahme zugestimmt und ihm den Schulplatz bis zu Erfüllung der formellen Voraussetzungen (Visum) im September 2013 freigehalten. Normalerweise fängt das Schuljahr im August an und dauert bis Mai. In den darauffolgenden Ferien habe er sich entschlossen ein weiteres Jahr anzuschließen. Nach dem Abschluss mit Graduation im Jahr 2016 sei L. wieder nach Österreich zurückgekehrt und studiere aktuell an der Universität in Innsbruck.

Zum Verfahren wurde vorgebracht, dass das Finanzamt den Aufenthalt in den USA hinterfragen hätte müssen und die Beschwerdeführerin dann die Möglichkeit gehabt hätte vorzubringen, dass der Sohn wieder in Österreich sei. Von einem ständigen Aufenthalt könne nur gesprochen werden, wenn die Absicht bestanden hätte den Lebensmittelpunkt ins Ausland zu verlagern und nach der Ausbildung dort zu bleiben. Die Ausbildung sei von Anfang an jedoch nur als Zusatzqualifikation bzw. Weiterbildungsmaßnahme gedacht gewesen, die nur auf eine begrenzte Dauer (vorübergehend) ausgerichtet gewesen sei. Es sei nicht beabsichtigt gewesen, das Kind einer Ausbildungsmaßnahme im Ausland zuzuführen, um es dann im Ausland zu belassen. Das zeige sich letztendlich auch dadurch, dass das Kind nunmehr wieder in Österreich studiere. Er hat sich also nicht im Ausland niedergelassen, andernfalls er auch dort studiert hätte.

Zum Vorliegen einer Diskriminierung wurde angeführt, dass der Staat Mobilität verlange und es ermögliche im EU-Ausland eine Ausbildung zu absolvieren. Dies

gelte offensichtlich nicht für andere Staaten. Dies sei diskriminierend und verletze den Gleichheitssatz.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

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

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 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.

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

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Das Bundesfinanzgericht geht aufgrund der Aktenlage und den Aussagen in der mündlichen Verhandlung vom folgenden relevanten Sachverhalt aus:

Das Kind L. X., geboren am 2. Dezember 1997, äußerte am Ende des Schuljahres 2012/13 den Wunsch zumindest ein Schuljahr im Ausland zu absolvieren. Eine geeignete Schule, welche aufgrund der guten Englischkenntnisse einer Aufnahme zustimmte, wurde in den Sommerferien 2013 während eines USA-Aufenthaltes gefunden. Das Kind L. besuchte im beschwerdegegenständlichen Zeitraum September 2013 bis Dezember 2015 die S., eine private High School, in den USA und schloss die Schule im Jahr 2016 ab. Eine Rückkehr nach dem ersten Schuljahr erfolgte nicht. Das Schuljahr dauert in den USA jeweils vom August bis Mai des Folgejahres. Die Ferien verbrachte das Kind bei der Beschwerdeführerin in Österreich. In den USA wohnte der Sohn bei Bekannten. Die Unterhaltskosten für den Sohn wurden überwiegend von der Beschwerdeführerin getragen.

Nach § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den 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. 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.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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. VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008, mwN, sowie *Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke*, Familienlastenausgleichsgesetz, Rz 9 zweiter Absatz zu § 5).

Der Verwaltungsgerichtshof hat im zitierten Erkenntnis auch ausgeführt, dass dem Wortlaut des § 26 Abs. 2 erster Satz BAO zunächst zu entnehmen sei, 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. Auf die zunächst beabsichtigte Rückkehr des Sohnes der Beschwerdeführerin nach dem ersten Auslandsjahr, kommt es demnach nicht an (vgl. VwGH aaO, mwN).

Ein Aufenthalt ist nicht schon dann vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 3 FLAG 1967, wenn er zeitlich begrenzt ist (vgl. VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072), weshalb auch bei der im Zuge der vorzunehmenden ex-ante Betrachtung des Auslandsaufenthaltes des Sohnes der Beschwerdeführerin die auch nach objektiven Gesichtspunkten mögliche Rückkehr nach Österreich nach dem ersten Jahr 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 es Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (vgl. VwGH 26.01.2012, aaO).

Im Erkenntnis vom 24. Juni 2010, 2009/16/0133, 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 Schulbesuchs im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. auch *Kuprian*, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes im Drittland, UFS Journal 2011/10, 371).

Im vorliegenden Fall ist der Entschluss im Sommer 2013 für zumindest ein Schuljahr eine private High School in den USA zu besuchen im Einklang mit der Rechtsprechung objektiv gesehen von Beginn an als ständiger Aufenthalt im Ausland zu beurteilen, weshalb im beschwerdegegenständlichen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestand. Im Hinblick auf die Dauer der Ausbildung und der Entfernung musste der Beschwerdeführerin von vornherein klar sein, dass ein ständiger Aufenthalt im Ausland erforderlich ist.

Zur Aufrechterhaltung eines ständigen Aufenthaltes im Ausland bedarf es auch keiner ununterbrochenen Anwesenheit an einem bestimmten Ort. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles als nur vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen den Zustand des Verweilens und daher auch den gewöhnlichen Aufenthalt nicht (vgl. *Nowotny* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 5 Rz 9 fünfter Absatz mit Hinweisen zur diesbezüglichen Rechtsprechung). Die Aufenthalte in Österreich während der Schulferien haben den ständigen Aufenthalt in den USA somit nicht unterbrochen.

Auf den Wohnsitz und ständigen Aufenthalt der Beschwerdeführerin kommt es daher ebenso wenig an, wie auf deren Staatsbürgerschaft, deren Berufsausübung in Österreich,

den Mittelpunkt der Lebensinteressen, die Tragung der Kosten des Lebensunterhaltes oder die Argumentation, dass der Auslandsaufenthalt "nur" zu Ausbildungszwecken erfolgt (vgl. VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Die Beurteilung als ständiger Aufenthalt ist entgegen der Ansicht der Beschwerdevertreterin auch nicht davon abhängig, dass das Kind nach Abschluss der Ausbildung tatsächlich im Ausland verbleibt bzw. dies zumindest beabsichtigt.

Die Ansicht der Beschwerdeführerin, dass § 5 Abs. 3 FLAG 1967 nur in jenen Fällen angewendet werden könne, in denen Familienbeihilfe beansprucht werde, obwohl die gesamte Familie keinen Bezug zu Österreich habe oder Unterhaltsberechtigte in Österreich ihr Einkommen erzielen, die Familie aber nicht nach Österreich nachholen können oder wollen, lässt sich weder dem Wortlaut der Bestimmung, noch der Rechtsprechung entnehmen.

Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Verletzung des Gleichheitssatzes beruft, ist darauf zu verweisen, dass der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, unter Bezugnahme auf seine Vorjudikatur ausgeführt hat, dass eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hierbei auf dessen Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken erweckt. Solches zu normieren, stehe dem Gesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Finanzierung dieser Leistungen zu einem erheblichen Teil durch zweckgebundene, von der Lohnsumme bemessene Beiträge der Arbeitgeber erfolgt, weil sich daraus keinesfalls ableiten lässt, dass es sich bei der Familienbeihilfe um eine Art Versicherungsleistung handelt, auf deren Gewährung durch Beitragsleistung Anspruch erworben würde. 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.

Das Bundesfinanzgericht vermag auch keine Verfahrensfehler zu erkennen, die zu einer zwingenden Aufhebung des Rückforderungsbescheides führen. Das Finanzamt hat, nachdem ihm im Zuge der Überprüfung des Anspruches mitgeteilt worden war, dass sich das Kind in den USA aufhalte und dort eine Schule besuche, ein Ergänzungsschreiben mit verschiedenen Fragen versandt, um die näheren Umstände des Auslandsaufenthaltes festzustellen. Die Beschwerdeführerin hatte außerdem im Beschwerdeverfahren, insbesondere in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit ihre Sicht der Dinge darzulegen. Nach der ständigen Rechtsprechung entfaltet ein Bescheid bzw. eine Be-

schwerdevorentscheidung auch Vorhaltswirkung. Das Parteiengehör wurde daher ausreichend gewährt.

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 Rückzahlung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe unabhängig (vgl. in ständiger Rechtsprechung zB. VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

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. § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ist anzuwenden.

Zur Unzulässigkeit einer 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.

Das Bundesfinanzgericht ist in Bezug auf die hier zu lösende maßgebliche Rechtsfrage nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abgewichen. Im Übrigen sind Tatsachenfragen einer Revision grundsätzlich nicht zugänglich.

Innsbruck, am 23. Mai 2017