

## **IM NAMEN DER REPUBLIK!**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende Mag. Renate Schohaj, die beisitzende Richterin Elisabeth Wanke, den fachkundigen Laienrichter Dr. Franz Kandlhofer und den fachkundigen Laienrichter Michael Fiala, im Beisein der Schriftführerin Fachoberinspektorin Andrea Newrkla, über die Beschwerde des Dr. A B, Adresse, vertreten durch Baldinger & Partner Unternehmens- und Steuerberatungsgesellschaft m.b.H., 1180 Wien, Ferrogasse 35, vom 31.8.2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, 1220 Wien, Dr. Adolf Schärf-Platz 2, vom 16.7.2013, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Kinder C, geboren im Juni 2005, D, geboren im April 2007 und E, geboren im September 2008, B jeweils für den Zeitraum Oktober 2010 bis Juni 2013 gemäß § 26 FLAG 1967 zurückgefordert werden, Sozialversicherungsnummer X, Gesamtbetrag der Rückforderung Euro 18.636,00, nach am 3.3.2015 durchgeführter mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

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

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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

## **Entscheidungsgründe**

### **Familienbeihilfenbezug**

Der Berufungswerber (Bw) und spätere Beschwerdeführer (Bf) Dr. A B bezog für seine Kinder C, geboren im Juni 2005, D, geboren im April 2007 und E, geboren im September 2008, B für den Zeitraum Oktober 2010 bis Juni 2013 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag im Gesamtbetrag von Euro 18.636,00.

## **Rückforderungsbescheid**

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 16.7.2013 forderte das Finanzamt Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für C, D, und E B für den Zeitraum Oktober 2010 bis Juni 2013 zurück und begründete dies wie folgt:

*Zu B C:*

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

*Zu B D:*

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

*Zu B E:*

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

## **Berufung**

Innerhalb verlängerter Frist wurde am 31.8.2013 von der steuerlichen Vertretung über FinanzOnline Berufung gegen den "Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge der Familienbeihilfe (FB) sowie Kinderabsetzbetrag (KG) für den Zeitraum 10/2010 bis 06/2013" vom 16.7.2013 erhoben:

*... Im Namen unseres Mandanten Dr. A B legen wir gegen den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge der Familienbeihilfe (FB) sowie Kinderabsetzbetrag (KG) für den Zeitraum 10/2010 bis 06/2013 (betreffend die Kinder C B, D B und E B) nach Verlängerung der Berufungsfrist bis 31.08.2013 (eingebracht am 23.08.2013) das Rechtsmittel der Berufung ein.*

*Diese Berufung wird wie folgt begründet: Herrn Dr. A B wurde im Zuge der Scheidung von Frau Mag. F B das Sorgerecht für die drei gemeinsamen Kinder C, D und E zugesprochen. Die Kinder leben seither beim Vater.*

*Seit 01.10.2010 (bis 31.03.2014) ist Herr Dr. A B von seinem Arbeitgeber (G) für einen Forschungsaufenthalt am H, I in Boston, USA, karenziert. Herr Dr. A B unterhält mit seinen Kindern in Österreich jedoch weiterhin einen Wohnsitz. Die Kinder besuchen zwar keine Schule in Österreich, halten sich aber gemeinsam mit dem Vater regelmäßig in Österreich auf. Der in der Bescheidbegründung angeführte Verweis auf § 5 Abs. 3 FLAG (Kinder halten sich ständig im Ausland auf) ist daher nicht zutreffend. Zudem haben Herr Dr. A B bzw. seine Kinder keinen Anspruch auf gleichartige Beihilfen in den USA.*

## **Berufungsvorentscheidung**

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 25.10.2013 als unbegründet ab:

*... Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.*

*Einen Wohnsitz im Sinne der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.*

*Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Der Aufenthalt gilt nicht als nur vorübergehend, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert.*

*Im vorliegenden Fall leben Sie und Ihre Kinder seit 1. Oktober 2010 für einen Forschungsaufenthalt in den USA, welcher weit länger als sechs Monate dauert, und die Aufenthalte in Österreich sind als nur vorübergehend zu betrachten.*

*Im Sinne der obigen Ausführungen besteht für einen nur vorübergehenden Aufenthalt im Inland kein Anspruch auf Familienbeihilfe.*

*Die Rückforderung der zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe für die Monate Oktober 2010 bis Juni 2013 bestand daher zu Recht.*

*Ihrem Berufsbegehren konnte somit nicht entsprochen werden.*

## **Vorlageantrag**

Innerhalb verlängerter Frist wurde von der steuerlichen Vertretung mit Telefax vom 20.12.2013 Vorlageantrag gestellt:

*Vorlageantrag zur Berufung gegen den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe sowie Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 10/2010 bis 06/2013:*

*Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Berufsverhandlung und Antrag auf Entscheidung durch den gesamten Senat.*

*Im Auftrag unseres angeführten Mandanten stellen wir zur der am 25.10.2013 ausgestellten und am 08.11.2013 zugestellten Berufungsvorentscheidung betreffend die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe sowie Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 10/2010 bis 06/2013 nach Verlängerung der Berufsfrist bis 20.12.2013 den*

*Antrag auf Entscheidung unserer Berufung vom 31.08.2013 durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.*

*Zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen wir zunächst auf die Begründung in der Berufung vom 31.08.2013.*

*Ergänzend wird angeführt, dass unser Mandant während des gesamten Zeitraumes seines Ausbildungs- und Forschungsaufenthaltes in den USA über einen Wohnsitz an der Adresse Adresse+ verfügte und diesen auch weiter beibehalten wird. Die Beendigung des Forschungsaufenthaltes ist mit 31.03.2014 angesetzt (siehe Beilage 1). Ab diesem Zeitpunkt wird der Wohnsitz in Wien wieder ganzjährig genutzt werden.*

*Der Aufenthalt der Familie in den USA ist mit der Dauer der Forschungstätigkeit unseres Mandanten befristet und daher als vorübergehend zu betrachten. Eine vergleichbare Ausbildung in dem speziellen Forschungsbereich [Forschungsinhalt] steht in Österreich nicht zur Verfügung, weshalb zur Vertiefung der Fertigkeiten in dieser Disziplin nur der Weg an eine international führende Universität offenstand. Die Anwendung des bei dem Forschungsaufenthalt erworbenen Wissens ist jedoch für die weitere ärztliche und wissenschaftliche Tätigkeit (sowie der Einnahmenerzielung) in Österreich vorgesehen.*

*Der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Familie liegt weiterhin in Österreich, nachdem mit Ausnahme des Vaters alle Angehörigen der Kinder in Österreich leben und die forschungsfreie Zeit unseres Mandanten fast ausschließlich in Österreich verbracht wird. Es ist die Absicht unseres Mandanten, dass seine Kinder, die demnächst das schulfähige Alter erreichen, in Wien die Schule besuchen und somit weiterhin in der österreichischen Gesellschaft integriert sind.*

*In der Antwort auf ein Auskunftersuchen unseres Mandanten beim Finanzamt vom 22.09.2011 (siehe Beilage 2) wurde der Anspruch auf Familienbeihilfe positiv beurteilt und die Stellung eines Antrages empfohlen, welcher in weiterer Folge auch bewilligt wurde. Dem Finanzamt lagen die Umstände des in diesem Schreiben dargestellten Sachverhaltes bereits bei der Entscheidung über diesen Antrag vor. Eine spätere Änderung der Umstände ist nur insofern eingetreten, als der Forschungsaufenthalt in den USA verlängert wurde, um das begonnene Forschungsprojekt fertigstellen zu können.*

*Die Zurücknahme der Entscheidung auf Gewährung des Antrages auf Familienbeihilfe durch den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 16.07.2013 kam daher für unseren Mandanten überraschend und inhaltlich nicht nachvollziehbar.*

*Im Falle einer positiven Erledigung unserer Eingabe sind wir auch mit der Ausfertigung einer zweiten Berufungsvorentscheidung einverstanden.*

*Wenn nicht, stehen wir im UFS-Verfahren für einen Erörterungstermin selbstverständlich gerne zur Verfügung.*

*Weiters stellen wir den Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung und den Antrag auf Entscheidung durch den gesamten Berufungssenat.*

## Karenzierung

Aus dem als Beilage 1 beigefügten Schreiben des österreichischen Arbeitgebers des Bf vom 23.8.2013 ergibt sich, dass der Bf für den Forschungsaufenthalt unter Entfall eines Arbeitsentgelts karenziert wurde. Das Arbeitsentgelt wurde mit Beginn der Karenzierung per 30.9.2010 eingestellt, auf Grund des Antrags des Bf vom 13.8.2013 wurde zwecks Fortsetzung der wissenschaftlichen Tätigkeit in den USA ein (weiterer) Karenzurlaub vom 1.10.2013 bis 31.3.2014 gewährt.

## E-Mails mit dem Finanzamt

Beilage 2 gibt folgenden E-Mail-Verkehr wieder:

*Betreff: Wtrlt: Antw: Herr B wurde von der ... auf eine Weiterbildung für 2 Jahre nach New York ohne Gehalt entsendet. Bezieht in Österreich Forschungsstipendium, Kinder leben mit dem KV in New York.*

*Datum: 22.09.2011 01:47*

*Von: "J K" ...*

*An: A.B@...*

*Sehr geehrter Herr B,*

*Laut Frau M (Fachabteilung Familienbeihilfe) haben Sie Anspruch, wenn der Aufenthalt nicht länger als 2 Jahre dauert. Bitte Antrag stellen!*

*Mit freundlichen Grüßen*

*J K*

*AV04*

*L M 22.09.2011 07:33*

*1. Liegt laut Unterlagen eine Entsendung von nur 1 Jahr vor.*

*2. Kann laut VwGH erst ab einem 2jährigen Aufenthalt in einem Staat dort ein Mittelpunkt der Lebensinteressen angenommen werden. 3. Verneint das BMWFJ auch bei einem mehrjährigen Aufenthalt von ausländischen Studenten in Österreich den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich 4. Daher muss dasselbe auch umgekehrt gelten, Mittelpunkt der Lebensinteressen unseres Österreichers für einen vorübergehenden Forschungsaufenthalt in Österreich bleibt weiter in Österreich; er ist ja hier auch weiter versichert.*

*Lg...*

*J K 21.09.2011 08:40 >:>;>*

*Herr B wurde von der ... auf eine Weiterbildung für 2 Jahre nach New York entsendet ohne Gehalt, Bezieht in Österreich Forschungsstipendium, Kinder leben mit dem KV In New York.*

*Besteht Anspruch auf FB???*

Aktenkundig ist ferner ein E-Mail der steuerlichen Vertretung vom 8.5.2014 an das Finanzamt (L M):

*Bezugnehmend auf unser gestriges Telefonat betreffend die Familienbeihilfe (sowie Kinderabsetzbetrag) unseres Mandanten Dr. A B können wir Ihnen folgende Informationen weiterleiten:*

*Unser Mandant hat aufgrund der Aufenthaltsbestimmungen in den USA vorübergehend seinen Hauptwohnsitz in Österreich (Adresse+) aufgegeben. Er wird diesen jedoch spätestens im August 2014 wieder aufnehmen, weil der Forschungsaufenthalt in den USA dann beendet sein wird und sich unser Mandant mit seinen drei Kindern wieder durchgehend in Österreich aufhalten wird.*

*Zur Dokumentation dieser festen Absicht übermitteln wir Ihnen im Attachment das Schreiben der Danube International School Vienna über die Aufnahme der drei Kinder C, D und E ab August 2014. Die Einschreibgebühren an der Schule (Enrollment Fee) wurden bereits (vom Großvater der Kinder) überwiesen. Der entsprechende Bankbeleg befindet sich auf der letzten Seite im Attachment.*

Beigefügt waren entsprechende "Student acceptance letter" vom 15.4.2014 der Danube International School Vienna betreffend Schulbeginn jeweils am 25. bzw. 26.8.2014 sowie eine Auftragsbestätigung vom 28.4.2014 über Euro 4.155,50 an die German International School Boston sowie über Euro 11.400,00 an die Danube International School Vienna jeweils betreffend C, D und E B.

## **Abweisungsbescheid**

Aus dem vom Finanzamt vorgelegten Akt ergibt sich weiters, dass das Finanzamt mit Bescheid vom 23.11.2011 einen Antrag des Bf vom 6.10.2011 auf Familienbeihilfe "ab September 2010" abgewiesen hat, "Da Sie trotz keine der abverlangten Unterlagen vorgelegt haben, konnte über Ihren Antrag nur anhand der vorhandenen Aktenlage entschieden werden. In der Folge war Ihr Antrag abzuweisen."

Dieser Abweisungsbescheid wurde mit Bescheid vom 25.11.2011 gemäß § 299 BAO aufgehoben:

*Gemäß § 299 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde einen Bescheid aufheben, wenn der Spruch des Bescheides sich als nicht richtig erweist. Da die inhaltliche Rechtswidrigkeit eine nicht bloß geringfügige Auswirkung hat, war die Aufhebung des im Spruch bezeichneten Bescheides von Amts wegen zu verfügen.*

Handschriftlich vermerkt ist auf der Zweitschrift, die keine darüber hinausgehende Begründung enthält, dass ab September 2010 Familienbeihilfe ausbezahlt werde.

### **Arbeitgeberbestätigung**

In dem Akt befindet sich auch ein Schreiben des Arbeitgebers des Bf vom 3.9.2010 betreffend Gewährung eines Karenzurlaubs in der Zeit vom 1.10.2010 bis 30.9.2011, ferner ein Schreiben einer Foundation aus den USA vom 21.1.2010 betreffend Gewährung eines Forschungsstipendiums für "1 Jahr (12 Monate einschl. 4 Wochen Urlaub)" über insgesamt US-Dollar 64,400.00.

### **Beschluss des Bezirksgerichts Donaustadt**

Laut Beschluss des Bezirksgerichts Donaustadt vom 3.8.2011 wurde dem Bf die alleinige Obsorge für seine drei Kinder übertragen, wobei unter anderem ausgeführt wird:

*... Der KV wird die KM am Freitag den 20.8. um 17 Uhr von der Autovermietung abholen und nach Hause bringen. Er wird von Sonntag den 15.8 auf Montag 16.8 auswärts schlafen und Montags um 9 Uhr die Familie abholen. Danach seine Sachen tagsüber zusammenpacken und bis zu seinem Abflug auswärts schlafen. Ab 23.8. steht es ihm frei, mit den Kindern in die USA auszureisen, bzw. übernimmt er an diesem Tag die Versorgung der Kinder. Die KM wird auswärts schlafen. Die Kindesmutter stimmt zu, dass der Kindesvater die Kinder Ende August nach Boston mitnimmt, dort "einschult" und sich dort um alle notwendigen Angelegenheiten der Kinder kümmert.*

*Die Kindeseltern vereinbaren, dass die beiden Söhne dort die German International School besuchen werden. E soll von einer Tagesmutter, jedenfalls mit einigen anderen Kindern gemeinsam oder in einer Kleingruppe betreut werden.*

*Die Kindesmutter wird im Oktober für 2 Wochen nach ihrer Wahl nach Boston kommen, in diesem Zeitraum im Haus des Vaters wohnen, der ausziehen und ihr den PKW zur Verfügung stellen wird, sie wird den genauen Zeitpunkt bis 30.9. dem Vater bekannt geben. Das Besuchsrecht wird von der Mutter alleine ausgeübt werden.*

*Ein allfälliger Partner darf jedenfalls nicht im Haus nächtigen.*

*Ab 10.12. wird die KM für etwa 10-12 Tage (abhängig davon ob er nach Österreich fliegen will) in Boston im Haus wohnen und wieder den PKW nutzen.*

*Sollte der Vater mit den Kindern zu Weihnachten 2010 nach Österreich kommen, wird er die Kinder für 2 Tage der KM zur Betreuung übergeben.*

*Die Kindesmutter wird von 5.2. bis 16. oder 17.2. in Boston im Haus wohnen, der Vater wird ausziehen und der KM das Auto überlassen. Danach wird der Vater mit den Kindern in den Staaten Ski fahren gehen.*

*Die KM wird von 2.4. an in Boston im Haus wohnen und allenfalls bis 17.4. betreuen, sie ist berechtigt, die Kinder auf Urlaub mitzunehmen.*

*Die KM wird von 18.6. bis 3.7. die Kinder besuchen und allenfalls auf Urlaub mitnehmen. Die KV verpflichtet sich, mit den Kindern bis längstens 1.8. nach Österreich zu kommen, und kann dann noch 2 Wochen mit ihnen den Urlaub in Österreich verbringen.*

*Am 15.8. werden die Kinder der KM übergeben.*

*Im Interesse und nach den Fähigkeiten der Kinder und nach dem Schulweg wird die Mutter geeignete Schulen vorschlagen und sich dann mit dem Vater ins Einvernehmen setzen. Für den Fall der Einigung auf eine Privatschule übernimmt der Vater die Schulkosten zusätzlich zum Kindesunterhalt.*

*Für die Besuche der Mutter in Boston bezahlt der Vater je Aufenthalt € 1.000,00 pauschal an Reisekostenbeitrag. Er stellt Haus und PKW der Mutter zur Verfügung und wird sie in die Infrastruktur einweisen.*

*Der Vater wird die Kinder von 21.10.11 bis 4.11.11 in Wien besuchen und allenfalls mit ihnen auch auf Urlaub fahren.*

*Am 27.12.2011 übernimmt der KV die Kinder in Österreich von der KM und wird diese am 6.1.2012 der KM in Wien übergeben.*

*Im Laufe des Februars 2012 außerhalb der Ferien wird der Vater die Kinder 2 Wochen in Wien betreuen.*

*Der KV wird die Kinder eine Woche in den Osterferien 2012 in Österreich betreuen.*

*Darüberhinaus steht dem Vater ein Betreuungszeitraum im Mai und Juni, nach seiner Wahl, jedoch nicht zu Pfingsten, für insgesamt 2 Wochen zu.*

*Für den Fall, dass der KV im Sommer 2012 noch in Boston leben sollte, steht ihm ein Betreuungsrecht im Juli 2012 zu, der Mutter ein Betreuungsrecht ab August.*

*Die Eltern werden sich bemühen, die Elternschaft gemeinsam auszuüben und Rechte und Pflichten fair zu teilen.*

*Der Kindesvater verpflichtet sich einen Kindesunterhalt von jeweils € 350,00 für jeden der 3 Minderjährigen jeweils am 1. eines Monats im Vorhinein zu bezahlen.*

*Vergleichsgrundlage ist das derzeitige Monatsnettoeinkommen des Vater von € 2.500,00.*

*Die Mutter hält den Kindesvater hinsichtlich des Kinderunterhalts ab 1.9.2010 bis 15.8.2011 (Übergabe der Kinder in Wien) schad- und klaglos.*

*Der jeweils betreuende Elternteil verpflichtet sich, für einen täglichen Kontakt zwischen den Kindern und dem gerade nicht betreuenden Elternteil zu sorgen (Skype oder Telefon). Darüber hinaus wird ein ausführliches Mail wöchentlich an den gerade nicht betreuenden Elternteil gesendet werden, wenn möglich samt Photos und gescannten Zeichnungen.*

*Pflegschaftsgerichtliche Genehmigung:*

*Einer solchen bedarf es zu seiner Wirksamkeit zusätzlich der oben stehende Punkte des Vergleiches."*

*Beide Eltern streben nun mehr die alleinige Obsorge an. Zunächst brachte die Kindesmutter am 2.11.2010 einen Antrag auf Übertragung der Obsorge für alle 3 Kinder an sie alleine ein (ON 24).*

*Am 30.12.2010 beantragte der Vater seinerseits, den Antrag der Kindesmutter auf Übertragung der alleinigen Obsorge an sie abzuweisen und vielmehr Obsorge für alle 3 Kinder an ihn alleine zu übertragen (ON 24a).*

*Aufgrund der Erhebungen steht fest:*

*Seit Herbst 2010 lebt der Kindesvater mit den 3 mj. Kindern in Boston, USA, wo er auch einen Arbeitsplatz für die Studienjahre 2010/11 und 2011/12 bei der ... angenommen hat.*

*C und D werden dort an der German International School Boston betreut.*

*E wird tagsüber in einer Pflegefamilie (bei der Tagesmutter Mrs. N) beaufsichtigt.*

*Neben seiner beruflichen Beschäftigung betreut der Kindesvater die Kinder intensiv, sorgt dafür, dass sie täglich mit ihrer Mutter Kontakt haben (Skype oder Telefon), und verbringt die Urlaube und Wochenenden altersadäquat mit den Kindern (vergleiche die zahllosen im Akt erliegenden Beilagen und Fotos).*

*Bei der Kinderbetreuung wird er auch von seinen Eltern unterstützt. Er bemüht sich um Einhaltung sämtlicher Vereinbarungen hinsichtlich der Kinder mit der Kindesmutter.*

*Der Kindesvater stellt den Kontakt der Kinder zur gesamten Familie sicher, also sowohl zur Kindesmutter wie auch zur Familie der Kindesmutter wie auch zu seiner eigenen Ursprungsfamilie.*

*Die Kindesmutter hat entgegen der Vereinbarung im Scheidungsvergleich die mj. Kinder nur ein einziges Mal im Herbst 2010 in Boston besucht und betreut.*

*Uneinig sind sich die Kindeseltern unter anderem darüber, wie die Kinder optimal gefördert werden können, ob viele Spielsachen für die Kinder förderlich oder schädigend seien, mit wem die Kinder Kontakt haben sollen, ob die Kinder noch ein Jahr in Boston, USA verbringen sollen und vieles mehr.*

*Während der Begutachtung wurde ein liebevoller und feinfühligere Umgang des Kindesvater mit allen mj. Kindern festgestellt. Auch die mj. E ist sicher an den Kindesvater gebunden.*

*Der Kindesvater verfügt über eine breite familiäre Unterstützung welche bei der Betreuung der mj. Kinder herangezogen werden kann.*

*Die Kindesmutter kann sich sichtlich schlecht in den Wunsch der mj. Kinder einfühlen, viel Kontakt zu ihr zu halten, weil sie die Besuchskontakte in der Folge nach dem ersten Termin nicht mehr wahrgenommen hat.*

*Die Kindesmutter hat durch ihr Gesamtverhalten, insbesondere durch das Nichtwahrnehmen der Besuchskontakte, durch den Versuch, den Kontakt zur restlichen Familie zu verhindern, sowie durch eine mangelnde Paktfähigkeit gezeigt, dass sie es nicht vermag, ihre Interessen, ja selbst ihre Stimmungslage den Interessen der Kinder an kontinuierlicher Betreuung und Zuwendung unterzuordnen.*

*Der Kindesvater ist den Problemen weitaus konstruktiver und mit den Kindeswohl übereinstimmender begegnet, wenn es - was hier unvermeidlich ist - nur einen Elternteil gibt, der mit der Obsorge betraut bleibt so muss es nach allen Kindeswohlkriterien der Kindesvater sein.*

*Zur Sicherung der ungehinderten Ausreise der Kinder für das nächste Schuljahr war der Entscheidung sofortige Vollstreckbarkeit zuzuordnen.*

Der in der Obsorgeübertragung zitierte Scheidungsfolgenvergleich ist ebenfalls Teil des Finanzamtsaktes.

### **Weiteres Stipendium**

Am 21.8.2011 wurde dem Bf ein weiteres Stipendium für sechs Monate über US-Dollar 26.700,00 gewährt.

### **Versicherungsdaten**

Der Bf war laut Versicherungsdatenauszug jedenfalls in der Zeit von 1.10.2010 bis 25.10.2013 (Datum des Auszugs) in der Krankenversicherung in Österreich pflichtversichert. Von 1.7.2013 bis 30.9.2013 war er auch als Angestellter bei Dr. O B versichert. Laut Versicherungsdatenauszug vom 7.5.2014 ist der Bf seit 1.4.2014 wieder bei seinem österreichischen Arbeitgeber beschäftigt.

### **Melddaten**

Laut Auszug aus dem Zentralen Melderegister war der Bf an seiner Wiener Adresse im Zeitraum 26.8.1998 - 27.2.2014 mit Hauptwohnsitz gemeldet, jeweils seit ihrer Geburt bis 27.2.2014 auch seine Kinder.

### **Vorlage**

Mit Bericht vom 16.5.2014 legte das Finanzamt die als Beschwerde weiterwirkende Berufung vom 31.8.2013 dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

## *Bezug habende Normen*

*§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 und § 5 Abs. 3 FLAG 1967*

## *Sachverhalt und Anträge*

### *Sachverhalt:*

*Der Beschwerdeführer (BF), geschieden, beantragte am 12.12.2011 die Familienbeihilfe für seine im gemeinsamen Haushalt lebenden drei minderjährigen Kinder. In einer Anfrage an das Finanzamt wurde bekanntgegeben, dass sich der BF zu Forschungszwecken für einen Zeitraum von zwei Jahren ab Oktober 2010 in den USA aufhalten wird. Da ein zweijähriger Aufenthalt in einem anderen Staat der Beibehaltung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Inland grundsätzlich nicht entgegensteht, wurde die FB gewährt.*

*Tatsächlich hält sich der BF mit seinen Kindern derzeit (Mai 2014) immer noch in den USA auf und wird laut Schreiben der Vertretung spätestens im August 2014 nach Österreich zurückkehren.*

*Die Familienbeihilfe wurde von Oktober 2010 bis Juni 2013, dem Monat der letztmaligen Auszahlung, rückgefordert.*

### *Beweismittel:*

*Siehe Aktenverzeichnis.*

### *Stellungnahme:*

*Zur ständigen Rechtsprechung zum Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland und dem ständigen Inlandsaufenthalt der Kinder werden folgende VwGH Erkenntnisse beispielhaft angeführt: VwGH 2009/16/0178 vom 21.09.2009, VwGH 2008/13/0072 und 2008/13/0103 vom 18.11.2009, VwGH 2008/15/0325, VwGH 2009/16/0221 vom 17.12.2009 oder VwGH 89/14/0054 vom 30.01.1990.*

*In Umkehrung der Anwendung der in den VwGH Erkenntnissen zugrunde gelegenen österreichischen Sachverhalten auf den gegenständlichen Beschwerdefall, wird davon ausgegangen, dass der Auslandsaufenthalt des BF über einen, wenn auch begrenzten Zeitraum von nicht ganz vier Jahren ein nicht nur vorübergehender war und sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen in dieser Zeit in den USA befunden hat.*

*Ein auf mehrere Jahre angelegter Schulbesuch in einem Drittstaat ist nicht mehr als bloß vorübergehender Aufenthalt zu beurteilen, weshalb auch die Voraussetzungen des § 5 Abs. 3 FLAG nicht erfüllt wurden.*

## **Mündliche Verhandlung**

In der am 3.3.2015 abgehaltenen mündlichen Verhandlung gab der steuerliche Vertreter bekannt, dass der Bf im Streitzeitraum die Facharztprüfung in den USA absolviert habe. Die Diplomprüfung sei im September 2013 erfolgt.

Der Bf erläuterte unter Vorlage seines Facharzt diploms, er sei im ersten Halbjahr 2013 alle sechs Wochen für eine Woche in Österreich gewesen. Im April 2012 sei das Habil Kolloquium erfolgt.

Der Bf brachte vor, dass der Forschungsaufenthalt nicht aus freien Stücken gewählt worden sei, sondern aus dem Grund, dass eine vergleichbare Ausbildung in Österreich nicht möglich gewesen sei. Die Eltern des Bf leiteten ein Spezialambulatorium. Ziel des Bf sei gewesen, einen hohen Level an Ausbildung beizubehalten.

Der Vertreter des Finanzamtes erwiderte, dass die Kinder durchgehend in den USA die Schule besuchten, und für den Fall eines zweijährigen Auslandsaufenthaltes kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe. Zum Zeitpunkt der Antragstellung sei bereits vorhersehbar gewesen, dass der Auslandsaufenthalt zumindest zwei Jahre dauern würde.

Im Hinblick auf die Verlängerung auf vier Jahre Auslandsaufenthalt brachte der Bf vor, dass es Ziel gewesen sei, die Ausbildung in den USA abzuschließen. Da dies erfolgreich gelungen sei, könne der Bf in Österreich seinen Posten aufgrund der abgeschlossenen Auslandsausbildung aufnehmen.

Der Vertreter des Finanzamtes beantragte die Abweisung der Beschwerde, der Bf deren Stattgabe. Die Entscheidung blieb der schriftlichen Ausfertigung vorbehalten.

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Fest steht, dass der Bf in Österreich bei einem Arbeitgeber beschäftigt ist, seinen Hauptwohnsitz jedenfalls bis Februar 2014 in Österreich hatte, von 1.10.2010 bis 31.3.2014 karenziert und in dieser Zeit vorübergehend zu Forschungszwecken in den USA tätig war. Während seines Auslandsaufenthaltes habe der Bf die Facharztprüfung absolviert, wobei die Diplomprüfung im September 2013 erfolgt sei. Der Bf sei im ersten Halbjahr 2013 alle sechs Wochen für eine Woche in Österreich gewesen. Eine vergleichbare Ausbildung war Österreich nicht möglich.

Dem Bf kommt die Obsorge für seine drei minderjährigen Kinder C, D und E zu. Der Bf und seine Kinder sind österreichische Staatsbürger. Während seines Auslandsaufenthaltes wurde der Bf von seinen Kindern begleitet, die in den USA auch zur Schule gingen bzw. von einer Tagesmutter betreut wurden. Dem Bf stand während seines Auslandsaufenthaltes jeweils ein Urlaub von jährlich vier Wochen zu. Die forschungsfreie Zeit verbrachte der Bf mit seinen Kindern weitgehend in Österreich.

Es kann nicht festgestellt werden, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bf während der Zeit seines Auslandsaufenthaltes von Österreich weg verlagert hat.

Es kann darüberhinaus auch nicht festgestellt werden, dass sich die Kinder des Bf während dessen Auslandsaufenthaltes ständig in Österreich aufgehalten haben.

## **Beweiswürdigung**

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Aktenlage und sind unstrittig.

Der Bf ist österreichischer Staatsbürger und bei einem österreichischen Arbeitgeber beschäftigt. Er verfügt über einen Wohnsitz in Österreich, seine familiären Kontakte befinden sich in Österreich.

Ein vorübergehender beruflicher Aufenthalt von rund 3 1/2 Jahren muss nicht zu einer Verlagerung des Mittelpunkts der Lebensinteressen führen.

Der Bf bestreitet, dass sich der Mittelpunkt seiner Lebensinteressen in den USA befunden hat.

Das Finanzamt nennt im Vorlagebericht, in dem es erstmals diese Frage aufwirft, abgesehen von der Aufenthaltsdauer keine Beweismittel für eine Verlagerung des Lebensmittelpunkts.

Abgesehen von Österreichurlaube mit dem Bf bzw. den jeweils einwöchigen Aufenthalten im ersten Halbjahr 2013 haben sich seine Kinder während des Forschungsaufenthalts in den Vereinigten Staaten von Amerika und nicht in Österreich aufgehalten.

Ein ständiger Aufenthalt in Österreich während dieser Zeit konnte somit nicht festgestellt werden.

## **Rechtliche Würdigung**

### **Mittelpunkt der Lebensinteressen des Bf**

§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 lautet:

*(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.*

Warum der Bf nicht die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu Österreich haben soll, legt das Finanzamt nicht dar.

§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 stellt somit keine Grundlage für eine Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag dar.

## **Ständiger Auslandsaufenthalt der Kinder**

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 lautet:

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

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 geht es um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. etwa VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (vgl. 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. die jeweils einwöchigen Aufenthalte in Österreich im ersten Halbjahr 2013 sind jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch ein ständiger Aufenthalt der Kinder 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).

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 bereits der erste Auslandsaufenthalt auf eine Dauer von einem Jahr angelegt (siehe die Stipendiumszusage vom 3.9.2010 sowie die Gewährung eines Karenzurlaubs in der Zeit vom 1.10.2010 bis 30.9.2011).

Auch die Kinder sollten in den USA in dieser Zeit "eingeschult" werden bzw. in der Obhut einer Tagesmutter sein. Ein möglicher Aufenthalt in Österreich wurde für Weihnachten 2010 ins Auge gefasst, ansonsten zweiwöchige Ferien im Sommer 2011 in Österreich (siehe den Beschluss des Bezirksgerichts Donaustadt vom 3.8.2011).

Ein Schulbesuch und dauernder Aufenthalt in Österreich sollte ab Herbst 2011 erfolgen, da ursprünglich der Auslandsaufenthalt auf ein Jahr angelegt war.

Es ergibt sich daher ein geplanter Aufenthalt auch der Kinder zunächst für ein Jahr, welcher dann jeweils wiederum - letztlich auf insgesamt rund 3 1/2 Jahre - verlängert wurde.

Ein einjähriger Auslandsaufenthalt auch nur zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008 unter Hinweis auf Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", in UFS Journal 2011/10, 371).

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

Im Beschwerdezeitraum Oktober 2010 bis Juni 2013 stand daher der ständige Auslandsaufenthalt der Kinder der Gewährung von Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags entgegen.

## **Keine ausländische Beihilfe**

§ 4 FLAG 1967 lautet:

*§ 4. (1) Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.*

*(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.*

*(3) Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.*

*(4) Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.*

*(5) Die in ausländischer Währung gezahlten gleichartigen ausländischen Beihilfen sind nach den vom Bundesministerium für Finanzen auf Grund des § 4 Abs. 8 des Umsatzsteuergesetzes 1972, BGBl. Nr. 223/1972, in der „Wiener Zeitung“ kundgemachten jeweiligen Durchschnittskursen in inländische Währung umzurechnen.*

*(6) Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.*

*(7) Der Anspruch auf die Ausgleichszahlung geht auf die Kinder, für die sie zu gewähren ist, über, wenn der Anspruchsberechtigte vor rechtzeitiger Geltendmachung des Anspruches gestorben ist. Sind mehrere anspruchsberechtigte Kinder vorhanden, ist die Ausgleichszahlung durch die Anzahl der anspruchsberechtigten Kinder zu teilen.*

Ob der Bf eine vergleichbare ausländische Beihilfe erhält, ist nach § 4 FLAG 1967 nur dann von Bedeutung, wenn grundsätzlich ein Beihilfenanspruch nach dem FLAG 1967 besteht. Dieser wird durch eine vergleichbare ausländische Beihilfe entweder ganz oder teilweise (Ausgleichszahlung) aufgehoben.

Hätte der Bf Anspruch auf Familienbeihilfe, stünde ihm diese ungekürzt zu, wenn er in den USA keine vergleichbare Beihilfe erhalten hat.

Da dem Bf aber Familienbeihilfe nicht zusteht, kommt dem Nichterhalt einer ausländischen Beihilfe keine Bedeutung zu.

## **Rückforderung**

§ 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.*

Mit Bescheid vom 25.11.2011 wurde zwar der Abweisungsbescheid vom 23.11.2011 betreffend "ab Sep. 2010" gemäß § 299 BAO aufgehoben, es wurde jedoch

Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht bescheidmäßig zuerkannt, sondern formlos ausgezahlt.

Es steht dem angefochtenen Bescheid daher nicht das Verfahrenshindernis der entschiedenen Sache entgegen.

Das Finanzamt hat nach der Aktenlage dem Bf mitgeteilt, er habe Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag, "wenn der Aufenthalt nicht länger als 2 Jahre dauert. Bitte Antrag stellen!"

„Treu und Glauben“ ist eine allgemeine, ungeschriebene Rechtsmaxime, die grundsätzlich auch im öffentlichen Recht zu beachten ist. Gemeint ist damit, dass jeder, der am Rechtsleben teilnimmt, zu seinem Wort und seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben.

Allerdings ist das in Art. 18 Abs. 1 B-VG normierte Legalitätsgebot stärker als der Grundsatz von „Treu und Glauben“. Hat das Finanzamt die Unrichtigkeit einer Auskunft erkannt, ist es verfassungsrechtlich verpflichtet, sich rechtskonform zu verhalten.

Der Grundsatz von „Treu und Glauben“ kann sich aber in jenem Bereich auswirken, in welchem es auf Fragen der Billigkeit ankommt (VwGH 14. 7. 1994, 91/17/0170), also Ermessen zu üben ist.

Die Rückforderung gemäß § 26 FLAG 1967 ist jedoch keine Ermessensentscheidung. Die Rückforderung ist vorzunehmen, wenn objektiv der Rückforderungstatbestand verwirklicht ist (vgl. Hebenstreit in Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 26 Rz 3).

Billigkeitsüberlegungen sind im Rückforderungsverfahren vom Bundesfinanzgericht nicht anzustellen.

Es bleibt dem Bf unbenommen, sich an das zuständige Bundesministerium (Bundesministerium für Familien und Jugend, 1010 Wien, Franz-Josefs-Kai 51) zu wenden, um eine gänzliche oder teilweise Abstandnahme von der Rückforderung im Billigkeitsweg anzuregen.

### **Keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides**

Das Finanzamt hat zu Recht Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zurückgefordert, der angefochtene Bescheid ist somit nicht rechtswidrig (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG).

Die als Beschwerde weiterwirkende Berufung ist daher gemäß § 279 BAO als unbegründet abzuweisen.

### **Nichtzulassung der Revision**

Da es sich um keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, diese vielmehr durch die dargestellte Rechtsprechung geklärt ist, war die Revision nicht zuzulassen.

Wien, am 11. März 2015