

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. XX in der Beschwerdesache VN NN, Straße-Nr., PLZ Ort, über die Beschwerde vom 13.04.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart vom 22.03.2016, betreffend Rückforderung der für NN S1 und NN S2 jeweils für den Zeitraum Mai 2015 bis März 2016 gewährten Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### Verfahrensgang:

Laut Formular „Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe“ vom 21.12.2015, welches beim Finanzamt im Jänner 2016 eingelangt ist, erfolgten auf dem vorgedruckten Formular mit der Adresse der Kindesmutter in Ort und einer österreichischen Handynummer unter dem Punkt „Tagsüber erreichbar (Telefon)“ keine Angaben betreffend einen Auslandsaufenthalt.

VN NN, in der Folge mit Bf. bezeichnet, bezog im Zeitraum Mai 2015 bis März 2016 für ihre Kinder NN S1 und NN S2 die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag.

Im März 2016 wurden dem Finanzamt Unterlagen der BVA weitergeleitet, aus denen hervorging, dass der Mann der Bf. von seinem Dienstgeber zunächst für die Dauer vom 1. April 2015 bis 31. Jänner 2016 in die USA entsendet wurde, und dass die Entsendung später bis zum 31.7.2016 verlängert worden war. Laut E-Mail vom 16.4.2015 hatte die Bf. der BVA mitgeteilt, dass sich die Eltern mit ihren Kindern voraussichtlich vom 23.4.2015 bis Ende Jänner 2016 in den USA aufhalten werden.

Mit Bescheid vom 22.3.2016 forderte das Finanzamt die für NN S1 und NN S2 für den Zeitraum Mai 2015 bis März 2016 gewährte Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag zurück und führte begründend aus, laut Überprüfung sei die Bf. seit 23.4.2015 in den USA. Die Familienbeihilfe stehe daher ab Mai 2015 nicht zu.

Gegen diesen Bescheid er hob die Bf. Beschwerde und führte begründend aus, sie halte sich mit ihrer Familie zwar seit April 2015 im Ausland auf, eine Rückkehr sei jedoch offensichtlich. Der Grund für ihren Auslandsaufenthalt sei die zeitlich begrenzte berufliche Entsendung ihres Mannes. Des Weiteren bestehe ihr Hauptwohnsitz in Ort. Versicherungen, Konten und die Anmeldung ihres PKWs seien in Österreich die ganze Zeit aktiv geblieben, da Österreich ihr Lebensmittelpunkt sei. Ihr Mann erhalte sein Gehalt von einer österreichischen Firma, auf sein österreichisches Konto und bezahle Steuern sowie sonstige Abgaben ganz normal in Österreich , weshalb die Bf. die Rückforderung der Familienbeihilfe sowie des Kinderabsetzbetrages in keiner Weise verstehen könne. Sie seien sogar, nur um die notwendige regelmäßige Untersuchung zur Fortführung der erhöhten Kinderbeihilfe ihres älteren Sohnes im Dezember nach Österreich gereist. Dabei sei die normale Weiterführung der Familienbeihilfe festgestellt und die bis dahin ausständige Zahlungen nachgereicht worden. Wieso seien nicht bereits zu diesem Zeitpunkt zu Unrecht bezogene Beträge festgestellt bzw. gegen eine Fortführung der Familienbeihilfe entschieden worden?

Vorgelegt wurde eine Bestätigung des Dienstgebers des Mannes, wonach dieser vom 23. April 2015 bis 30. Juni 2016 in die USA entsendet worden sei.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 6.7.2016 wurde der Beschwerde antragsgemäß stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

Laut Versicherungsdatenauszug vom 20.10.2016 war der Mann der Bf. von 1.1.2015 bis laufend beim selben österreichischen Dienstgeber meldet.

Laut Versicherungsdatenauszug der Bf. vom selben Datum hat diese von 9.2.2014 bis 22.4.2015 Kinderbetreuungsgeld von der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter bezogen. Sie hat vom 1.1.2014 bis laufend eine vorläufige Ersatzzeit wegen Kindererziehung in der Pensionsversicherung erworben. Seit 5.9.2016 ist sie als Angestellte bei der Marktgemeinde Ort beschäftigt, bei welcher sie bereits vor der Geburt ihres zweiten Sohnes beschäftigt war.

Die Bf. ist mit ihrem Mann und NN S1 von 29.4.2009 bis laufend an derselben Adresse mit Hauptwohnsitz in Ort meldet. NN S2 ist von 28.11.2013 bis laufend an derselben Adresse mit Hauptwohnsitz meldet.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 25.10.2016 wurde die Beschwerde der Bf. als unbegründet abgewiesen. Begründend führte das Finanzamt § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG), § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) und ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH vom 20.6.2000 zu GZ. 98/15/0016) an und führte aus, sie hätten als gesamte Familie im Zeitraum vom 23.4.2015 bis 31.7.2016 in den USA gelebt. Nach Anführung des § 2 Abs. 8 FLAG führte das Finanzamt aus, die gesamte Familie seien österreichische Staatsbürger und habe bis zur Entsendung des Vaters in Österreich gelebt. Mit der Entsendung des Vaters in die USA habe auch die gesamte Familie den Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in die USA verlegt. Das ältere Kind habe dort die SCHULE-Kurzbez besucht. Die Mutter

habe sich mit dem jüngeren Kind in Karenz befunden. Das familiäre wie auch das gesellschaftliche Leben habe jedenfalls in den USA und nicht in Österreich stattgefunden. Für die Abgabenbehörde stehe sohin zweifelsfrei fest, dass im gegenständlichen Zeitraum der Mittelpunkt der Lebensinteressen die USA und nicht Österreich gewesen sei.

Gem. § 5 Abs. 3 FLAG bestehe auch kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei der ständige Aufenthalt im Sinne dieser Rechtsvorschrift unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen.

Die gelegentlichen Österreichbesuche für die Untersuchung des älteren Kindes änderten nichts an diesem Umstand. Die Frage des ständigen Aufenthaltes im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG sei nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (VwGH vom 26.01.2012 zu GZ 2012/16/0008).

Mit Bescheid vom 27.10.2016 hob das Finanzamt die Beschwerdevorentscheidung vom 6.7.2016 auf und verwies darauf, dass die inhaltliche Rechtswidrigkeit eine nicht bloß geringfügige Auswirkung habe. Auf die Begründung der neu ergangenen Beschwerdevorentscheidung werde verwiesen.

Dieser Bescheid ist in Rechtskraft erwachsen.

Die Bf. stellte einen Vorlageantrag hinsichtlich der Beschwerdevorentscheidung vom 25.10.2016.

In diesem führte sie begründend aus, sie sei mit ihrer Familie von 23. April 2015 bis 27. Juni 2016 in den USA gewesen. Während des gesamten Zeitraumes sei der Wohnsitz in Österreich beibehalten worden und nach ihrer Rückkehr seien sie wieder in der Straße-Nr in Ort eingezogen. Während ihrer Heimreisen nach Österreich hätten sie ebenfalls diesen Wohnsitz bewohnt. Der Dienstvertrag ihres Mannes mit FIRMA Österreich sei weiterhin aufrecht geblieben. Zusätzlich zum Vertrag habe er einen Entsendungsvertrag für den Zeitraum 23. April 2015 bis 31. Jänner 2016 erhalten. Dieser sei bis 31. Juli 2016 verlängert worden, da das Projekt in den USA verlängert worden sei. Dadurch seien eindeutig die engeren wirtschaftlichen Beziehungen zu Österreich gegeben. Weiters sei auch der Dienstvertrag der Bf. mit ihrem österreichischen Arbeitgeber aufrecht geblieben. Dieser sei lediglich für den Zeitraum der Entsendung karenziert worden. Nach ihrer Rückkehr habe die Bf. ihre Tätigkeit beim selben Arbeitgeber wieder aufnehmen können. Sie habe auch weiterhin ihr Auto in Österreich angemeldet gehabt. Ihr Sohn sei auch weiterhin im Sportverein in Ort2 verblieben, wo er seit ihrer Rückkehr wieder mitspiele. Sie seien weiterhin in Österreich sozialversichert und die Steuern sein ebenfalls in Österreich bezahlt worden. Die Steuererklärungen für Österreich und die USA seien von Stb erstellt worden. In der österreichischen Steuererklärung 2015 von Stb sei ihr Mann als ansässig gesehen und sein gesamtes Welteinkommen in Österreich besteuert worden. Wie bereits erwähnt habe die Bf. ihren Wohnsitz in Österreich beibehalten und aufgrund der

dargelegten Tatbestände sei ebenfalls ersichtlich, dass eine eindeutige Rückkehrabsicht nach Österreich bestanden habe. Obwohl die Bf. 14 Monate (mit wiederkehrenden Anwesenheitstagen in Österreich) mit ihrer Familie in den USA verbracht habe, sehe sie dennoch weiterhin ihren Lebensmittelpunkt für den genannten Zeitraum in Österreich, da hier ihre restliche Familie und ihre Freunde lebten und ihre Rückkehrabsicht nach Österreich jederzeit gegeben gewesen sei. Abschließend möchte sie festhalten, dass sie es sehr bedenklich finde, wenn das Finanzamt auf der einen Seite sage, dass die Bf. in Österreich ihren Lebensmittelpunkt habe um damit ihr gesamtes Welteinkommen zu versteuern, auf der anderen Seite jedoch meine, dass ihr Lebensmittelpunkt im Gastland sei und damit ihren Familienbeihilfeanspruch aberkenne. Hierbei würde ein und derselbe Begriff (Lebensmittelpunkt) von ein und derselben Behörde (Finanzamt) auf verschiedene Weisen ausgelegt.

Der Bf. wurde Folgendes vorgehalten:

*„Sie haben mit Ihrem Mann gemeinsam ein Haus in Ort, welches in Ihrer Abwesenheit nach Ihren Angaben nicht vermietet wurde, und sowohl Sie als auch Ihr Mann stehen in einem Dienstverhältnis zu einem österreichischen Dienstgeber. Im Hinblick darauf, dass die Entsendung befristet vereinbart und lediglich um ein paar Monate verlängert wurde, könnte man davon auszugehen, dass Sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich beibehalten haben (vgl. VwGH vom 25.7.2013, 2011/15/0193).“*

*Dies führt jedoch nicht dazu, dass deshalb im Zeitraum der Abwesenheit von Österreich ein Anspruch auf Familienleistungen für die Kinder besteht. Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. Die Frage des ständigen Aufenthaltes ist nicht nach subjektiven Gesuchtspunkten, sondern nach objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten. So wurde ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland als ständiger Aufenthalt im Ausland angesehen (vgl. VwGH vom 26.1.2012, 2012/16/0008). Eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland wurde gerade noch als vorübergehender Aufenthalt angesehen (vgl. VwGH vom 24.6.2010, 2009/16/0133).“*

*Bei der Beurteilung werden die besonderen Umstände des Einzelfalles zwar berücksichtigt, aufgrund der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist jedoch ein Anspruch auf Gewährung der Familienleistungen im Rückforderungszeitraum unwahrscheinlich.“*

*Der Sachverhalt ist aus den im Akt erliegenden Unterlagen nicht vollständig klar. So erliegt im vorgelegten Akt des Finanzamtes nur eine Seite (Seite 2) der Entsendungsvereinbarung Ihres Mannes. Die Verlängerung wurde vom Dienstgeber zwar per E-Mail bestätigt, doch die Verlängerungsvereinbarung liegt ebenfalls nicht vor. Es ist auch nicht klar, ob die Verlängerung aufgrund eines Wunsches des Dienstgebers oder auf Wunsch Ihres Mannes erfolgt ist. Bezüglich des Schulbesuches Ihres Sohnes in den USA liegen keine Unterlagen vor, vielleicht wurden diesbezügliche Angaben gegenüber*

*dem Finanzamt lediglich mündlich gemacht oder es wurden keine Kopien angefertigt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass hier ein Vertrag mit der Schule abgeschlossen wurde. Auch betreffend Ihre Aufenthalte im Inland liegen keine Unterlagen im Akt. Diese könnten sich, falls keine anderen Unterlagen dazu mehr existieren, allenfalls aus den Kontoauszügen rekonstruieren und nachweisen lassen.*

*Sollten Sie die Sache nicht selbst als aussichtslos einschätzen und die Beschwerde zurückziehen, sondern eine allfällige abweisende Entscheidung auch beim Verwaltungsgerichtshof oder Verfassungsgerichtshof bekämpfen wollen, so wird der genauen Feststellung des Sachverhaltes besondere Bedeutung zukommen.*

Aufgrund des Vorhaltes übermittelte die Bf. folgende Dokumente:

- Entsendevertrag ihres Mannes
- Verlängerung des Entsendevertrages
- Jahreszeugnis ihres Sohnes S1
- Schulzulassung in den USA
- Kontoauszüge zum Nachweis der Zeit in Österreich

Die Bf. führte ergänzend aus, die Verlängerung sei auf Wunsch des Dienstgebers erfolgt. Ihr Mann und sie seien in Österreich steuerlich ansässig gewesen und sei ihr gesamtes Welteinkommen in Österreich versteuert worden. Es seien auch weiterhin Beiträge zur österreichischen Sozialversicherung geleistet worden. Sie hätten in den USA keine Familienbeihilfe oder Vergleichbares erhalten, hätten weiterhin alle Beiträge in Österreich bezahlt und bekämen in Österreich keine Familienbeihilfe mehr ausbezahlt. Dies wirke für sie als Laien unfair.

Vorgelegt wurde die zwischen ihrem Mann und seinem Dienstgeber abgeschlossene Entsendungsvereinbarung. Diese sollte gemäß Punkt 2. von 1. April 2015 bis 31. Jänner 2016 dauern. Eine Verlängerung oder Verkürzung des Einsatzes sollte möglich sein. Gemäß Punkt 11. war eine dreimonatige Kündigungsfrist vereinbart, wobei eine jederzeitige Beendigung aus gutem Grund möglich war.

Im August 2015 wurde eine Verlängerung bis 31. Juli 2016 vereinbart.

Vorgelegt wurde weiters ein Schulbericht für NN S1 betreffend das Schuljahr 2014/2015 vom 19.6.2015, Seite 1 von 4, sowie ein Abgangszeugnis vom 17.6.2016, weiters ein Admission Agreement zur SCHULE (Kurz-B) – Ortsbez vom 25.3.2015, abgeschlossen von NN Ma für S1 NN.

Einer Umsatzliste des Kontos von NN Ma sind Buchungen für den Zeitraum von 21.12.2015 bis zum 31.12.2015 zu entnehmen, die auf eine Anwesenheit in Ort schließen lassen. Weitere Kontoauszüge wurden nicht vorgelegt. Abgesehen von den Buchungen wurden verschiedene Zahlen unkenntlich gemacht.

Vom Finanzamt wurde am 20.3.2017 Folgendes mitgeteilt:

*„Die Veranlagung 2015 des Herrn NN wurde antragsgemäß erledigt. Gem.*

*Art. 15 DBA-USA hat der Tätigkeitsstaat das Besteuerungsrecht für die Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit, wenn diese Tätigkeit an mehr als 183 Tagen in den USA ausgeübt wurde. Gem. § 23 DBA-USA hat der Ansässigkeitsstaat das Recht diese Einkünfte ebenfalls zu besteuern und die ausländische Steuer gegenzurechnen. Das führte zu einer Gutschrift von € 33.940,--. Es wurde von einem Mittelpunkt der Lebensinteressen des Herrn NN in Österreich ausgegangen. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen wurde nicht überprüft.*

*Für das KJ 2016 wurde noch keine Erklärung von Herrn NN abgegeben.“*

Der Bf. wurde dies wie folgt vorgehalten:

*„In o.a. Beschwerdesache habe ich nach Ihrer Vorhaltsbeantwortung (hier eingelangt am 24.2.2017) mit dem Finanzamt Kontakt aufgenommen. Laut Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist nämlich in Fällen, in denen keine Familienbeihilfe und kein Kinderabsetzbetrag ausbezahlt werden, die verfassungsgesetzlich gebotene einkommensteuerliche Entlastung im Besteuerungsverfahren herbeizuführen (siehe VwGH vom 27.4.2005, 2002/14/0050).*

*Das Finanzamt hat nunmehr mitgeteilt, dass die Veranlagung 2015 Ihres Mannes antragsgemäß erledigt wurde. Gem. Art. 15 DBA-USA hat der Tätigkeitsstaat das Besteuerungsrecht für die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit, wenn diese Tätigkeit an mehr als 183 Tagen in den USA ausgeübt wurde. Gem. § 23 DBA-USA hat der Ansässigkeitsstaat das Recht, diese Einkünfte ebenfalls zu besteuern und die ausländische Steuer gegenzurechnen. Das habe zu einer Gutschrift von 33.940,00 Euro geführt. Für das Kalenderjahr 2016 sei noch keine Erklärung Ihres Mannes abgegeben worden. D.h., das Welteinkommen wurde zwar in Österreich besteuert, doch wurden die in den USA erzielten Einkünfte nur im Rahmen des Progressionsvorbehaltes berücksichtigt, wodurch es zu einer höheren Steuerrückzahlung gekommen ist. In den USA werden die Unterhaltspflichten steuerlich berücksichtigt, es werden nicht wie in Österreich Transferzahlungen (hier: Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) ausbezahlt. Inwieweit tatsächlich eine Berücksichtigung in den USA erfolgt ist, kann nicht beurteilt werden, weil der dortige Steuerbescheid (noch) nicht vorgelegt wurde.“*

In der Folge legte die Bf. die Unterlagen betreffend die Besteuerung der Bezüge ihres Mannes in den USA für die Jahre 2015 und 2016 vor. Diesen ist zu entnehmen, dass der Bf. in den USA um Besteuerung als nichtansässig ersucht hat, wodurch es zu Rückvergütungen gekommen ist, welche vereinbarungsgemäß dem Dienstgeber auszufolgen waren. Einer Erklärung im Formular 8833 „Treaty-Based Return Position Disclosure“ zufolge, war der Mann der Bf. aufgrund der Regel des Art. 4 des Einkommensteuer-Doppelbesteuerungsabkommens Österreich-USA als in Österreich ansässig und in den USA nicht ansässig zu behandeln.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

**Sachverhalt:**

Die Bf. ist mit ihrem Mann und ihrem älteren Sohn S1 seit 29.4.2009 an einer gemeinsamen Adresse in Ort mit Hauptwohnsitz durchgehend gemeldet. Der jüngere Sohn S2 wurde am 11/13 geboren und ist seit 28.11.2013 durchgehend an derselben Adresse als Hauptwohnsitz gemeldet.

Die Bf. ist bei der Gemeinde Ort als Angestellte beschäftigt und bezog von 11/13 bis 22.4.2015 während des Karenzurlaubes Kinderbetreuungsgeld. Seit 5.9.2016 ist die Bf. wieder beim selben Dienstgeber beschäftigt.

Der Mann der Bf., Ma NN, wurde von seinem Dienstgeber zunächst für den Zeitraum von 1. April 2015 bis 31. Jänner 2016 an einen Dienstort in die USA entsendet. Ende Dezember 2015 bis Anfang Jänner 2016 hielt sich die Familie vorübergehend mehrere Tage in Österreich auf.

Am 31.8.2015 wurde die Entsendung auf einen Zeitraum bis zum 31. Juli 2016 verlängert.

Die Bf. und ihre Söhne hielten sich mit ihrem Mann bzw. Vater abgesehen von einem kurzen Aufenthalt von Ende Dezember 2015 bis Anfang Jänner 2016 im Zeitraum von 23. April 2015 bis 27. Juni 2016 in den USA auf.

Während der Zeit der Entsendung besuchte S1 NN die SCHULE, eine bilinguale Deutsche Auslandsschule. Der Vertrag mit der Schule wurde seitens des Mannes der Bf. am 25.3.2015 für die Zeit ab 5.4.2015 abgeschlossen.

Der Mann der Bf. gab in den USA Steuererklärungen als nicht ansässige Person ab und entrichtete von seinen nicht selbständigen Einkünften in den USA Einkommensteuer.

Aufgrund der Bestimmungen des Doppelbesteuerungsabkommens mit den USA hatte der Tätigkeitsstaat, d.h. die USA, das Besteuerungsrecht für die Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit. Der Ansässigkeitsstaat, d.h. Österreich, hatte das Recht, diese Einkünfte ebenfalls zu besteuern und die ausländische Steuer anzurechnen. Dies führte aufgrund der in den USA entrichteten Steuern im Jahr 2015 zu einer Gutschrift in Höhe von 33.940,00 Euro. Das Einkommensteuerfinanzamt ging dabei von einem Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich aus, ohne eine Überprüfung vorzunehmen.

### **Streitpunkte:**

Strittig ist, ob die Bf. während des gemeinsamen Aufenthaltes der Familie in den USA einen Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages hatte. Dies hat das Finanzamt verneint und begründend darauf verwiesen, dass die Bf. den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Zeitraum der Begleitung ihres Mannes während dessen Entsendung in die USA nicht in Österreich hatte und dass die Kinder sich in diesem Zeitraum ständig im Ausland aufgehalten haben.

Die Bf. bestritt die Verlegung des Mittelpunktes der Lebensinteressen in die USA mit der nur vorübergehenden Auslandsentsendung ihres Mannes, der weiterhin für seinen österreichischen Dienstgeber tätig geworden sei, der Beibehaltung des inländischen Wohnsitzes durch die Familie und der Wiederaufnahme der Beschäftigung beim selben inländischen Dienstgeber durch sie im September 2016 nach der endgültigen Rückkehr

nach Österreich im Juni 2016. Außerdem sei die Familie im Dezember 2015 nach Österreich gereist zur Fortführung der erhöhten Kinderbeihilfe ihres älteren Sohnes.

### **Rechtliche Würdigung:**

Gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 26 Abs. 2 FLAG können zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

§ 26 Abs. 1 FLAG normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Diese Verpflichtung zur Rückerstattung ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist somit lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes steht es der Rückforderung auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist (vgl. VwGH vom 28.10.2009, Zahl 2008/15/0329).

Ausschlaggebend dafür, ob eine Rückforderung der ausbezahnten Familienbeihilfe zu erfolgen hat, ist daher ausschließlich, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe im Zeitraum vom Mai 2015 bis März 2016 erfüllt waren oder nicht.

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

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen 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.

Zum Mittelpunkt der Lebensinteressen hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 25.7.2013, Zl. 2011/15/0193 Folgendes ausgeführt:

*„Begründet eine Person in einem Staat eine Wohnstätte, ohne ihre im anderen Staat schon bestehende Wohnstätte aufzugeben, so kann die Tatsache, dass sie die erste Wohnstätte beibehält, wo sie bisher gelebt und gearbeitet hat und wo sie ihre Familie und ihren Besitz hat, zusammen mit anderen Gesichtspunkten dafür sprechen, dass sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im ersten Staat beibehalten hat (vgl. Vogel/Lehner, aaO, Rn 193; Wassermeyer, aaO, Rn 59; Beiser, Doppelwohnsitz und Mittelpunkt der Lebensinteressen im zwischenstaatlichen Steuerrecht, ÖStZ 1989, 241, 243). Eine zeitlich begrenzte Auslandstätigkeit lässt den Mittelpunkt der Lebensinteressen auch dann im Inland bestehen, wenn die Familie an den Arbeitsort im Ausland mitzieht, die Wohnung im Inland aber beibehalten wird (vgl. Beiser, aaO, 244).“*

*Bei der Ermittlung des Mittelpunktes der Lebensinteressen ist regelmäßig nicht nur auf die Verhältnisse eines Jahres, sondern auf einen längeren Beobachtungszeitraum abzustellen (vgl. Philipp/Loukota/Jirousek, Internationales Steuerrecht, Z 4 Tz 11).“*

Gemessen an diesen Kriterien ist nicht davon auszugehen, dass die Bf. im Zeitraum von Mai 20015 bis März 2016 den Mittelpunkt der Lebensinteressen in den USA hatte. Dagegen sprechen sowohl die Befristung der Entsendung als auch die Beibehaltung des Hauptwohnsitzes der Familie im Inland, welcher auch für einen Aufenthalt Ende Dezember 2015 bis Anfang Jänner 2016 benutzt wurde. Die Bf. hat nach Beendigung ihres Karenzurlaubes ihren Dienst wieder beim selben Dienstgeber angetreten und ihr Mann war während seines Auslandsaufenthaltes von einem inländischen Dienstgeber entsendet. Außerdem besuchte der Sohn der Bf. eine bilinguale Deutsche Auslandsschule. Schließlich wurde der Mann der Bf. in den USA als nicht ansässige Person besteuert und erfolgte vom österreichischen Finanzamt eine Besteuerung unter Zugrundelegung eines Mittelpunktes der Lebensinteressen in Österreich. Aus dem Gesamtbild der Verhältnisse ergibt sich, dass die Bf. ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland behalten hat.

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

Zur Frage des ständigen Aufenthaltes hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 5.3.2012, 2012/16/0008, Folgendes ausgeführt:

*„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, ZI. 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, ZI. 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, ZI. 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).“*

In seinem Erkenntnis vom 15.11.2005, 2002/14/0103 hat der Verwaltungsgerichtshof ferner ausgeführt, dass das Verbringen der Ferien in Österreich den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht unterbricht und dass Personen, die sich während der Arbeitswoche ständig am Betriebsort aufhalten, nur dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Dies müsse grundsätzlich auch für Schüler gelten, die sich während der Schulwoche ständig am Schulort aufhalten, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte in Österreich glaubhaft gemacht werden könne.

Lediglich in einem Fall (VwGH vom 19.10.1993, 93/14/0118) hat der Verwaltungsgerichtshof aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles ausgeführt, dass auch bei einem sieben bis achtmonatigen Aufenthalt nicht schon allein aufgrund der Dauer von einem ständigen Aufenthalt gesprochen werden könne. In diesem Fall lebten die Enkelkinder der damaligen Beschwerdeführerin in deren Haushalt in Österreich und besuchten ihre in den USA studierende Mutter. Beide Kinder waren im damaligen Rückforderungszeitraum (1. September 1991 bis 31. März 1992) noch nicht schulpflichtige Kleinkinder (geboren 1988 und 1990) und hätten nach vom Finanzamt nicht bestrittenen Angaben der Beschwerdeführerin schon in den Weihnachtsferien 1991 mit ihrer Mutter zur Beschwerdeführerin zurückreisen sollen. Dies sei durch die angespannte finanzielle Lage der Beschwerdeführerin nicht möglich gewesen und habe sich daraus eine spätere Rückreise zu Ostern 1992 ergeben.

Im gegenständlichen Fall war bereits aufgrund der Entsendungsvereinbarung ein längerer Aufenthalt in den USA geplant. Die Entsendung sollte ursprünglich für 10 Monate erfolgen und die Familie sollte den Mann der Bf. begleiten. Tatsächlich hat die Bf. erklärt, sie sei mit den Kindern ab 23. April 2015 in den USA gewesen. Die Entsendung wurde bereits im August 2015 verlängert und besuchte der ältere Sohn der Bf. eine Schule in den USA. Der einzige für den Zeitraum der Entsendung nachgewiesene vorübergehende Aufenthalt in

Österreich war Ende Dezember 2015 bis Anfang 2016, während sich die gesamte Familie im Übrigen von Mai 2015 bis zur Rückkehr der Bf. am 27.6.2016 in den USA aufhielt.

Auch wenn die Entsendungsvereinbarung ursprünglich mit Jänner 2016 befristet war, ist aufgrund geplanten Aufenthaltes von rund neun Monaten (Mai 2015 bis Jänner 2016) aufgrund der Beschäftigung des Mannes der Bf. in den USA, der Begleitung durch die Familie und des Schulbesuchs von S1 ein ständiger Aufenthalt in den USA für diesen Zeitraum anzunehmen. Da der Verwaltungsgerichtshof eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt betrachtet hat, ist bei der vorliegenden deutlichen Überschreitung dieses Zeitrahmens von einem ständigen Aufenthalt auszugehen. Tatsächlich hat sich die Bf. mit ihrer Familie abgesehen von der nachgewiesenen Unterbrechung Ende Dezember 2015 bis Anfang 2016 für die Zeit vom 23.4.2015 bis 27.6.2016, also während eines Zeitraumes von 14 Monaten, in den USA aufgehalten.

Da sich die Kinder der Bf. mit dieser somit von Mai 2015 bis März 2016 ständig im Ausland aufgehalten haben, stand der Bf. die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag nicht zu und die Rückforderung ist zu Recht erfolgt.

Der Beschwerde konnte daher keine Folge gegeben werden.

### **Zulässigkeit 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 Erkenntnis stützt sich auf die in diesem angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Eine Revision dagegen ist daher nicht zulässig.

Wien, am 2. Juni 2017