

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Susanne Zankl in der Beschwerdesache J.T., vertreten durch die Rechtsanwälte Kafka Erich/Palkovits Manfred, Rudolfsplatz 12, 1010 Wien, über die Beschwerde vom 19.12.2014 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 2/20/21/22 vom 19.11.2014, betreffend Rückforderung Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum September 2011 bis September 2014 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**

### **I. Verfahrensgang**

Die Beschwerdeführerin (Bf) ist österreichische Staatsbürgerin.

Mit Antrag vom 11.10.2011 beantragte die Bf die Zuerkennung von Familienbeihilfe (Kinderabsetzbetrag, KG) für ihren Sohn M.. Der Sohn ist amerikanischer und österreichische Staatsbürger. Die Bf ist seit Juli (Zuzug aus den Vereinigten Staaten), ihr Sohn seit September 2011 in Österreich/Wien mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Dem Antrag beigelegt waren Bestätigungen darüber, dass der Sohn der Bf mit September 2011 ein theologisches Studium (Talmud Hochschule) in den USA aufgenommen hat. Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe (FB) im Oktober 2012 wurde seitens der Bf bekanntgegeben, dass M. mit Oktober 2012 in eine Talmud Hochschule nach Israel wechselte und dort im Internat untergebracht wäre. Die Dauer des Studiums betrüge 5 Jahre, das M. als Rabbiner abschließen würde. Der Aufforderung der Behörde, den Einkommensnachweis der Familie vorzulegen und die überwiegende Kostentragung mittels Vorlage der entsprechenden Einzahlungsbelege nachzuweisen, kam die Bf nicht nach.

In Beantwortung der Überprüfungsschreiben betreffend den Anspruch auf Familienbeihilfe vom 31.8.2013 bzw. 31.10.2013 gab die Bf dem Finanzamt bekannt, dass M. mit Oktober 2013 sein Studium nach New York verlegt hat, wo er wiederum im Internat leben würde. Beigelegt wurde ein Schreiben des Institutes „for Rabbinical Jurisprudence“, mit dem eine Studiumbeschreibung erfolgte und der Studienerfolg von M. bestätigt werden sollte.

In Beantwortung des Überprüfungsschreibens vom Jänner 2014 erklärte die Bf im März 2014, dass an das Institut Mechon Lhoyroa in Monsey New York eine Summe in Höhe von \$ 4.800,00 in bar für das Studium von M. bezahlt worden wäre. Die Kosten würden die Bf und ihr Mann als Eltern des Kindes tragen. Die Bf legte die Bestätigung des Institutes bei, wonach die Schulkosten bezahlt worden wären. Der wiederholten Aufforderung der Behörde, den Nachweis der überwiegenden Kostentragung zu erbringen, die entsprechenden Überweisungsbelege vorzulegen, kam die Bf nicht nach. Gleichzeitig legte die Bf Flugtickets für einen Hin -bzw. Rückflug USA-Wien im April 2014 vor und erklärte dazu, dass M. in den Ferien stets nach Österreich käme (Flug USA-Wien vom 10.4.2014, Rückflug am 23.4.2014).

Mit dem Überprüfungsschreiben vom August 2014 wurde die Bf nochmals aufgefordert, den Nachweis dafür zu erbringen, dass sie die Kosten für Studium bzw. Internat überwiegend trägt (Vorlage der Zahlungsbelege). Dieser Aufforderung kam die Bf nicht nach. Der Aufforderung der Behörde, die Flugtickets auch für den Zeitraum vor April 2014 vorzulegen, kam die Bf insofern nach, als sie Flugtickets für den Flug USA-Wien, Wien-USA vom 24.9.2014, Rückflug am 19.10.2014 beilegte.

Mit Bescheid vom 19.11.2014 forderte die Finanzbehörde die von September 2011 bis September 2014 für M. gewährte FB sowie KG in Höhe von € 9.482,10 mit der Begründung zurück, dass für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten würden, kein Anspruch auf FB bestünde.

Am 19.12.2014 wurde Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid eingelegt und dazu ausgeführt, dass die Bf immer alles offengelegt, sich am Sachverhalt nichts geändert hätte und kein Sachverhalt vorläge, der eine Rückforderung nach § 26 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) rechtfertigen würde. Das Kind hätte im Ausland studiert und wäre in den Ferien nach Österreich gekommen. Außerdem hätte die Bf die gewährte FB bzw. KG in der Zwischenzeit gutgläubig verbraucht, ein Teil davon wäre auch verjährt.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 12.11.2015 wies die Behörde die Beschwerde als unbegründet ab. Zur Begründung führte sie aus, dass sich M. nicht nur vorübergehend im Ausland aufhielte und ein ständiger Aufenthalt eines Kindes im Bundesgebiet dessen tatsächliche (körperliche) Anwesenheit voraussetzen würde. Die in Österreich verbrachten Ferien wären vorübergehende Abwesenheiten, wodurch der ständige Aufenthalt M. im Ausland nicht unterbrochen worden wäre.

Am 28.12.2015 stellte die Bf durch ihren ausgewiesenen Vertreter den Antrag, die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen.

## **II.entscheidungsrelevanter Sachverhalt**

Die Beschwerdeführerin (Bf) ist österreichische Staatsbürgerin und seit Juli 2011 in Österreich mit Hauptwohnsitz gemeldet (Zuzug von den Vereinigten Staaten). Ihr Sohn M., USA, ist seit September 2011 in Österreich mit Hauptwohnsitz gemeldet. Im Streitzeitraum war der Sohn der Bf Staatsangehöriger der Vereinigten Staaten und auch österreichischer Staatsbürger (Staatsbürgerschaftsnachweis, Meldezettel).

Im September 2011 begann M. das Talmud Hochschulstudium in den USA, wechselte im Oktober 2012 an eine Talmud Hochschule nach Israel. In den USA und in Israel war er im Internat untergebracht. Das monatliche Studiengeld betrug € 415,00 (Bestätigungen der Schule).

Der Aufforderung der Finanzbehörde, die überwiegende Kostentragung durch Vorlage der Einzahlungsbelege nachzuweisen, kam die Bf nicht nach (Überprüfungsschreiben vom 31.10.2012).

Mit Oktober 2013 wechselte der Sohn der Bf nach New York, wo er sein Studium vollzeitig fortsetzte. In den USA war der Sohn in einem Internat untergebracht.

Die Ausbildungskosten für das Studium in New York betrugen \$ 4.800,00 im Jahr und wurden an das Institut bezahlt (Schulbestätigung des Institutes "for Rabbinical Jurisprudence").

Der Aufforderung der Finanzbehörde, die überwiegende Kostentragung durch Vorlage der Einzahlungsbelege nachzuweisen, kam die Bf nicht nach (Überprüfungsschreiben vom März 2014).

Der Finanzbehörde vorgelegt wurden nachstehende Flugtickets, ausgestellt auf M.: Flug USA-Wien vom 10.4.2014, Rückflug am 23.4.2014, Tyrolean Airlines bzw. Flug USA-Wien vom 24.9.2014, Rückflug am 19.10.2014, Tyrolean Airlines). Weitere Flugtickets wurden der Behörde nicht vorgelegt.

Mit Bescheid vom 19.11.2014 forderte die Finanzbehörde die der Bf von September 2011 bis September 2014 für M. gewährte FB bzw. KG in Höhe von € 9.482,10 zurück (Rückforderungsbescheid).

## **III.Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf die Angaben der Bf, auf die dem Gericht vorgelegten Unterlagen des Finanzamtes bzw. der Bf sowie auf die Ergebnisse der vom Gericht durchgeführten Ermittlungen.

## **IV.Rechtsausführungen und rechtliche Beurteilung**

Gemäß § 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG ) haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere, in den folgenden Bestimmungen des FLAG 1967 genannte Bedingungen erfüllen), für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder. Anspruchsberechtigt ist grundsätzlich die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, es sei denn, dass die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist.

§ 5 Abs. 3 FLAG verlangt damit zusätzlich zum Erfordernis des Vorliegens einer Berufsausbildung als weitere Voraussetzung den ständigen Aufenthalt im Inland. Wenn eine Berufsausbildung im Ausland so lange dauert, dass sie nicht mehr als nur vorübergehend gelten kann, verliert sie die anspruchsbegründende Wirkung für den Bezug der Familienbeihilfe (vgl. VwGH vom 14. 09. 1981, 17/3471/80). Für die Prüfung eines ständigen Auslandsaufenthaltes ist die Fiktion für die Haushaltszugehörigkeit in § 2 Abs. 5 lit. b FLAG ohne Bedeutung. Diese Bestimmung ist davon unabhängig und kann nicht mit der Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthaltes im Inland in Verbindung gebracht werden (vgl. VwGH 20. 6. 2000, 98/15/0016).

Die Einschränkung im Hinblick auf den Aufenthalt im Ausland gilt nur dann, wenn sich das Kind außerhalb von EU und EWR aufhält (§ 53 FLAG in Verbindung mit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971) bzw. soweit nicht bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten (§ 50g Abs. 2 FLAG). Mit den USA existiert kein solcher Staatsvertrag, weshalb die Einschränkung zu beachten ist (siehe auch Abkommen über soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und Israel - Wohnlandprinzip, ständiger Aufenthalt des Kindes).

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) die Ausschlussbestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 entgegensteht.

Die Abgabenbehörde hat im angefochtenen Bescheid die Zuerkennung von Familienbeihilfe unter Hinweis auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 verneint mit der näheren Begründung, ein ständiger Inlandsaufenthalt des Kindes läge nicht vor, Ferienzeiten der Kinder würden deren Auslandsaufenthalt nicht unterbrechen.

Dagegen wendete sich die Beschwerdeführerin mit der von ihr eingebrachten Beschwerde, in der sie vorbringt, von einem ständigen Auslandsaufenthalt des Kindes könne nicht gesprochen werden.

Damit vermag die Beschwerdeführerin aber die Versagung des Familienbeihilfenanspruches nicht erfolgreich zu bekämpfen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung wiederholt darauf hingewiesen, dass bei der Beurteilung des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 (vormals § 5 Abs. 4 FLAG 1967) ausschließlich o b j e k t i v e Kriterien maßgebend sind und subjektiven Momenten keine Bedeutung zukommt.

So hat der Gerichtshof in seiner Judikatur (vgl. z.B. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, VwGH 27.04.2005, 2002/14/0050, VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, VwGH 22.04.2009, 2008/15/0323) im Einzelnen ausgeführt, der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG (nunmehr § 5 Abs. 3) sei unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Danach habe jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhalte, die erkennen ließen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweile. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung sei nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlange grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folge auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben könne.

Auch im Erkenntnis vom 26.01.2012, 2012/16/0008, hat das Höchstgericht darauf hingewiesen, dass die Frage des ständigen Aufenthaltes nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit und nicht nach subjektiven Gesichtspunkten zu beantworten sei. Dass es auf subjektive Momente nicht ankommt, hat der Gerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 20.06.2000, 98/15/0016, klar und deutlich zum Ausdruck gebracht.

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 26 Abs. 2 BAO aufrechtzuerhalten, ist laut Verwaltungsgerichtshof 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, VwGH 27.04.2005, 2002/14/0050, VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, VwGH 22.04.2009, 2008/15/0323, VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen "längeren Zeitraum", so liegt nach Auffassung des Gerichtshofes "jedenfalls" ein "nicht nur vorübergehendes Verweilen" vor (vgl. VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008). Im Erkenntnis vom 20.10.1993, 91/13/0175, wurde vom Höchstgericht ein über zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt von Kindern als ständig iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 beurteilt. Im Erkenntnis vom 20.06.2000, 98/15/0016, war es ein annähernd dreijähriger Auslandsaufenthalt eines Sohnes, den das Höchstgericht als ständig iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 eingestuft hat. Verbringt das Kind die Ferien in einem anderen Land als jenem des Schulbesuches, so unterbricht dies den ständigen Aufenthalt nicht (vgl. VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221, VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes:

Im Beschwerdefall steht außer Streit, dass der Sohn der Beschwerdeführerin seit September 2011 an einer theologischen Hochschule (Talmud Hochschulen) in den USA, ab Oktober 2012 in Israel und ab Oktober 2013 in den USA (New York) vollzeitig sein Studium betrieb, wo er zum Rabbiner ausgebildet werden sollte. Außer Streit steht auch, dass der Sohn seit Beginn des Studiums 2011 sowohl in Israel auch in den USA im Internat wohnte.

Ob der Sohn zum Haushalt der Beschwerdeführerin gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 als zugehörig zu betrachten ist oder nicht, ist für das gegenständliche Verfahren ohne Belang, kommt doch der im § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 aufgestellten Fiktion der Haushaltszugehörigkeit bei auswärtiger Berufsausübung/Schulausbildung bei Prüfung eines ständigen Auslandsaufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 keine Bedeutung zu (vgl. VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Faktum ist, dass sich der Sohn der Beschwerdeführerin seit September 2011 in Israel bzw. USA aufhielt. Angesichts des Umstandes, dass dieser Aufenthalt allein schon bis September 2014 einen Zeitraum von 3 Jahren umfasst, kann kein Zweifel bestehen, dass von einem ständigen Aufenthalt des Sohnes im Ausland (Drittstaaten) auszugehen ist. An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Sohn - wie von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführt –die studienfreie Zeit und die Semesterferien bei ihr in Wien/Österreich verbracht haben soll. Das Verbringen dieser schulfreien Zeiten in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Sohnes in den USA nicht unterbrochen wird.

Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes hat sich der Sohn der Bf daher objektiv betrachtet über 36 Monate ständig in Drittstaaten (Israel, USA) aufgehalten; die Umstände sprechen dafür, dass die Anwesenheit nicht nur vorübergehend war, und er sich unter Umständen in den USA (Israel) aufgehalten hatte, die erkennen lassen, dass er in diesem Land (USA) nicht nur vorübergehend verweilte, weil er

- auf Grund der Erfüllung des Vollzeitstudiums eine gewisse sachlich-räumliche Beziehung zu seinem Aufenthaltsort in den USA/Israel bestanden hat, und
- er in diesen über 36 Monate dauernden Aufenthalt in den USA (vorerst Israel) und daher seinen gewöhnlichen Aufenthalt damit in den USA (Israel) hatte, und
- subjektiven Absichten keine Bedeutung beizumessen ist.

Die Abgabenbehörde ist demnach im Recht, wenn sie unter Bedachtnahme auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 die Zuerkennung von Familienbeihilfe (Kinderabsetzbetrag) versagt hat.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 FLAG die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. § 26 leg. cit. gilt gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag.

Wenn die Bf in der Beschwerde darauf hinweist, dass der Zuspruch der mit dem angefochtenen Bescheid rückgeforderten Beträge aufgrund der vom Finanzamt verlangten Unterlagen erfolgt wäre und diese Beträge von der Bf "im guten Glauben auf den Spruch" des Finanzamtes verbraucht worden wären, so ist dem entgegenzuhalten: Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH schützt der Grundsatz von Treu und Glauben nicht ganz allgemein das Vertrauen des Abgabepflichtigen auf die Rechtsbeständigkeit einer allenfalls auch unrichtigen abgabenrechtlichen Beurteilung für die Vergangenheit. Die Behörde ist vielmehr verpflichtet, von einer als gesetzwidrig erkannten Verwaltungsübung abzugehen. Der Grundsatz von Treu und Glauben zeitigt nur insoweit Auswirkungen, als das Gesetz der Vollziehung einen Vollzugsspielraum einräumt (VwGH 16.11.2006, 2002/14/0007).

Die Rückzahlungspflicht nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 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. Auch wie die Bezieherin die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (u.a. VwGH 23.9.2005, 2005/15/0080). Somit bleibt bei Anwendung des § 26 Abs. 1 FLAG 1967 kein Spielraum für eine Ermessensübung.

Was das Vorbringen der Bf in Bezug auf die Verjährbarkeit der FB betrifft, so ist auf § 207 Abs. 4 FLAG zu verweisen.

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

#### **V.Zulässigkeit einer Revision:**

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes 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.

Im vorliegenden Fall ist die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängig, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Soweit Rechtsfragen zu beurteilen waren, folgt das Gericht einer existierenden, einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, Tatfragen sind einer Revision nicht zugänglich.

Salzburg-Aigen, am 2. August 2017

