

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin IBV in der Beschwerdesache Bf, abc, vertreten durch Rechtsanwalt A, xyz, über die Beschwerde vom 21.11.2016 gegen den Bescheid des Finanzamtes vom 18.10.2016 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für das Kind K für die Monate Oktober 2014 bis April 2016 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

### **Entscheidungsgründe**

Am 2.8.2016 übermittelte die Beschwerdeführerin (Bf) dem Finanzamt das Formular „Beih 1“ über die Zuerkennung/Änderung/Wegfall der Familienbeihilfe, in dem sie bekannt gab, dass sich ihr Sohn B, geboren am fgh, nigerianischer Staatsbürger, seit Oktober 2014 in Nigeria aufhalte dort die 7. Klasse einer Schule in Lagos besuche.

Das Finanzamt versendete daraufhin einen Vorhalt an die Bf und forderte sie dabei auf, ein Dokument über den letzten Schulbesuch ihres Sohns B sowie einen Nachweis, seit wann er nicht mehr in Österreich sei, vorzulegen.

In Beantwortung dieses Vorhaltes legte die Bf eine Schulbesuchsbestätigung ihres Sohnes von der Lehranstalt für den Zeitraum 02.09.2013 bis 29.06.2014 vor. Auf dieser Bestätigung befindet sich ein Aktenvermerk des Finanzamtes, dass B laut Auskunft seines Vaters, Herrn C, seit November 2014 ein Gymnasium in Nigeria besuche.

Im Akt liegen außerdem noch folgende für das Beschwerdeverfahren relevante Unterlagen: Ausdrücke aus dem Zentralen Melderegister; jeweils eine Kopie der nigerianischen Reisepässe der Bf und ihres Sohnes; sowie je eine Kopie der gültigen Aufenthaltstitel der Bf und ihres Sohnes für Österreich.

In der Folge erließ das Finanzamt am 18.10.2016 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe (FB) und Kinderabsetzbetrag (KG) im Zeitraum von Oktober 2014 bis April 2016 für den Sohn B mit der Begründung, dass

gemäß § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten, bestehe.

Dagegen brachte die Bf am 21.11.2016 Beschwerde ein und führte zur Begründung aus, dass es nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes für die Beurteilung der Frage des ständigen Aufenthaltes nicht auf subjektive Gesichtspunkte ankomme, sondern auf objektive Kriterien. Grundsätzlich werde zwar körperliche Anwesenheit in Österreich gefordert. Allerdings würden sich Auslandsaufenthalte nach der Judikatur dann nicht ungünstig für den Anspruch auf Familienbeihilfe auswirken, solange Unterhaltspflichten bestünden. Außerdem halte sich das Kind der Bf zwar im Ausland auf, es sei jedoch zu berücksichtigen, dass das Kind bloß im Rahmen seiner Ausbildung im Ausland verweilt sei und immer wieder nach Österreich zurückgekommen sei. Es liege hier ein Einzelfall vor, der im Hinblick auf dessen konkreten Umstände dahingehend zu würdigen sei, dass ein Anspruch auf Bezug der gegenständlichen Leistungen für die Beschwerdeführerin bestanden habe. Aus diesem Grund sei die Rückforderung der erhaltenen Beträge zu Unrecht erfolgt und der Bescheid sei aufzuheben.

Weiters stelle die Bf im Falle der Nichtstattgabe der Beschwerde in eventu den Antrag auf Nachsicht der Abgabenschuldigkeit, da gemäß Bundesabgabenordnung fällige Abgabenschuldigkeiten auf Antrag des Abgabepflichtigen durch Abschreibung nachgesehen werden könnten, wenn ihre Einhebung nach Lage des Falles unbillig wäre. Die Unbilligkeit der Einhebung könne persönlicher oder sachlicher Natur sein. Persönliche Unbilligkeit liege insbesondere vor, wenn die Einhebung die Existenz der Abgabepflichtigen oder ihrer ihr gegenüber unterhaltsberechtigten Angehörigen gefährden würde bzw. mit außergewöhnlichen wirtschaftlichen Auswirkungen verbunden wäre. Im Sinne ihrer Mitwirkungspflicht weise die Bf ausdrücklich darauf hin, dass diese Umstände vorlägen. Die Rückforderung sei exorbitant hoch. Die Pflicht, die Beträge zurückbezahlen zu müssen, würde die Existenz der Bf gefährden, sogar vernichten.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 11.01.2017 (laut Rückschein übernommen am 27.01.2017) wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab und führte begründend aus, dass nach § 5 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder bestehe, die sich ständig im Ausland aufhielten. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei der ständige Aufenthalt im Sinne dieser Gesetzesbestimmung unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen (VwGH vom 28.11.2007, 2007/15/0055). 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. Ein Aufenthalt im genannten Sinn verlange grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, sei aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen seien, würden den Zustand des Verweilens und auch des gewöhnlichen Aufenthaltes nicht unterbrechen. Ein „auf voraussichtlich mehrere

Jahre“ angelegter Schulbesuch sei nicht mehr als bloß vorübergehender Aufenthalt zu beurteilen. Der VwGH habe eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen (VwGH 24.06.2010, 2009/16/0133). Das bloße Verbringen der Ferien in Österreich bzw fallweise kurze Besuche während des Schuljahres seien als vorübergehende Abwesenheiten zu beurteilen, wodurch ein ständiger Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen werde (BFG 11.12.2015, RV/7105408/2015). Unter Zugrundelegung dieser Ausführungen habe der VwGH den Familienbeihilfenanspruch bei Kindern, die im Ausland leben, verneint. Im Übrigen müsse auf § 26 Abs 1 FLAG 1967 hingewiesen werden, wonach zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe zurückzuzahlen sei.

In der Folge beantrage die Bf fristgerecht mittels Vorlageantrag vom 23.02.2017, dass die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorgelegt werde. Diesen Antrag begründete sie ergänzend zu ihrem bisherigen Vorbringen damit, dass ihr Sohn lediglich zu Ausbildungszwecken im Ausland gewesen und regelmäßig nach Österreich zurückgekehrt sei. Es liege daher ein Einzelfall vor, der entsprechend der höchstgerichtlichen Judikatur zu beurteilen sei. Außerdem werde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Das Finanzamt legte am 05.04.2017 die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und wies in seiner Stellungnahme nach Rechtsausführungen darauf hin, dass sich B zumindest eineinhalb Jahre lang in einem Drittstaat aufgehalten habe und daher laut ständiger Rechtsprechung zu § 5 Abs. 3 FLAG nicht von einem ständigen Inlandsaufenthalt gesprochen werden könne.

Am 29.5.2019 erging an die Bf ein Ergänzungsersuchen des Bundesfinanzgerichtes in dem folgenden Fragen gestellt wurden:

1. „*Welche Schule besucht Ihr Sohn B seit Oktober 2014 in Nigeria (genau Bezeichnung der Schule mit Adresse)? Wo wohnt er in Nigeria während der Schulzeit?*
2. *Nach wie vielen Jahren ist bei dieser Schule ein Schulabschluss vorgesehen? Hat Ihr Sohn die Schulausbildung in Nigeria bereits abgeschlossen?*
3. *Welche Ferienzeiten gibt es in Nigeria?“*

In ihrem Antwortschreiben führte die Bf zu den einzelnen Punkten aus:

1. B besuche die Schule College, mno, Nigeria. Während dieser Zeit habe er in dem bei dieser Schule angeschlossenen Internat gewohnt.
2. Er habe die Schulausbildung im Juli 2018 abgeschlossen.
3. Die Ferienzeiten in Nigeria sei - mit geringen Abweichungen bei Beginn und Ende - mit jener in Österreich vergleichbar.

Die Bf legte außerdem eine Bestätigung der Schule in Nigeria über den Schulbesuch von September 2014 - Juli 2018, sowie Zeugnisse bezüglich des Abschlusses vor.

Mit Fax vom 12.07.2019 zog die Bf den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurück.

## **DAZU WIRD ERWOGEN:**

### **1 Gesetzliche Grundlagen**

Nach § 2 Abs. 1 lit. a 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 im Abs. 1 genanntes Kind hat gemäß § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsührung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nach lit. a nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört (letzter Satz).

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

Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften hat gemäß § 26 Abs. 2 erster Satz BAO jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, das er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 steht 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.

### **2 Sachverhalt**

Die Bf ist nigerianische Staatsbürgerin und mit dem nigerianischen Staatsbürger C verheiratet. Die gemeinsamen Kinder D, E und B, geboren am fgh, sind ebenfalls nigerianische Staatsbürger. Alle hatten im beschwerdegegenständlichen Zeitraum ihren melderechtlichen Hauptwohnsitz in uvw.

Sowohl die Bf als auch ihr Sohn B verfügen über einen gültigen Aufenthaltstitel in Österreich.

Der Sohn der Bf besuchte bis 29.06.2014 die Lehranstalt. Von September 2014 bis Juli 2018 ging er in Lagos, Nigeria, in die Schule Collegeund erzielte dort einen Schulabschluss. Während dieser Zeit wohnte er in dem der Schule angeschlossenen

Internat in Nigeria. Die Schulferien, die mit jenen in Österreich vergleichbar sind, verbrachte er in Österreich bei seiner Familie.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Angaben der Bf und den von ihr vorgelegten Unterlagen sowie den im Akt befindlichen Schriftstücken und sind insoweit unbedenklich.

### **3 Rechtliche Würdigung**

Strittig ist im gegenständlichen Fall ausschließlich die Frage, ob der Aufenthalt des Sohnes B in Nigeria ein vorübergehender im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 oder ein ständiger im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ist.

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG sind nach der Rechtsprechung des VwGH ausschließlich objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen sind, maßgebend (vgl. ua. VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; Nowotny in Caszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 9 zu § 5 Abs 3). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (Nowotny in Caszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 9 zu § 5 Abs 3). Auf eine allfällige Rückkehrabsicht kommt es nicht an (VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008).

Der VwGH hat in seiner Judikatur im Einzelnen ausgeführt, dass 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 ist. Danach hat jemand einen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; Nowotny in Caszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 9 zu § 5 Abs 3). Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt jedenfalls vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. Stoll, BAO, S. 337; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 20.10.1993, 91/13/0175, VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055). Der gewöhnliche Aufenthalt erfordert nicht, dass der Aufenthalt freiwillig vorgenommen wird (vgl. Nowotny in Caszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 9 zu § 5 Abs 3; Ritz, BAO, Rz 14 zu § 26).

Der VwGH sieht beispielsweise einen Auslandsaufenthalt von 2 Jahren oder von annähernd 3 Jahren bzw. eineinhalb Jahren und einem Jahr und sogar von etwa siebeneinhalb Monaten als nicht bloß vorübergehend an (VwGH 29.04.2013,

2011/16/0195, VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016, VwGH 20.10.1993, 91/13/0175). Im Erkenntnis vom 24.06.2010, 2009/16/0133, hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen.

Laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unterbricht das Verbringen von Ferien in Österreich diesen ständigen Aufenthalt in dem Land des Schulbesuches (Studiums)nicht (Vgl. VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221, VwGH 20.06.2000, 98/15/0016, VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079, VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, VwGH 27.04.2005, 2002/14/0050).

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht nur insoweit, als EU-/EWR-Recht einen solchen Anspruch vorsieht (Nowotny in Caszar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 9 zu § 5 Abs 3).

Im Beschwerdefall steht außer Streit, dass der Sohn der Bf von September 2014 bis Juli 2018 in Nigeria (Drittland) zur Schule ging und diese Schule im Juli 2018 erfolgreich abschloss. Es ist nach allgemeiner Lebenserfahrung davon auszugehen, dass er in diese Schule eintrat, um einen Abschluss zu erlangen. Das Verbringen der Ferien in Österreich ist ebenfalls unstrittig.

Es liegt hier also ein Zeitraum von fast 4 Jahren vor, welcher, wie oben angeführt, von der höchstgerichtlichen Judikatur als nicht nur vorübergehend angesehen wird. Es kann daher im vorliegenden Fall nur von einem ständigen Aufenthalt im Ausland gesprochen werden.

Der Umstand, dass der Sohn in den Schulferien seine Familie in Österreich besucht, ändert an der Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland nichts, zumal das Verbringen der schulfreien Zeit im Heimatland nach der Rsp des VwGH, als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen ist, wodurch der ständige Aufenthalt nicht unterbrochen wird. Der von der Bf vorgebrachte „besondere Einzelfall“ ist somit nicht gegeben.

Dem aufrechten melderechtlichen Hauptwohnsitz des Sohnes in Wien kommt ebenfalls keine Bedeutung zu, da es bei der Beurteilung des ständigen Aufenthaltes grundsätzlich auf die körperliche Anwesenheit ankommt.

In ihrer Beschwerde führt die Bf außerdem an, dass die Unterhaltspflicht gegenüber ihrem Sohn trotz des Auslandsaufenthaltes weiterhin bestünde. Der VfGH hat jedoch im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, judiziert, dass gegen eine Vorschrift, die bewirkt, dass Personen, die im Ausland lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, keine Familienbeihilfe gewährt wird, keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. 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 schließt 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 (vgl auch Nowotny in Cezsar/Lenneis/Wanke, FLAG, Rz 9 zu § 5 Abs 3).

Das Bundesfinanzgericht kommt zusammenfassend zu dem Ergebnis, dass der Besuch des College in Nigeria durch den Sohn B im beschwerdegegenständlichen Zeitraum einen ständigen Aufenthalt im Ausland im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 bewirkte und daher ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinder nicht gegeben war. Somit ist die diesbezüglich zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe samt dem Kinderabsetzbetrag im Sinne der Gesetzeslage zurückzufordern. Die Beschwerde war demnach abzuweisen.

Der Vollständigkeit halber wird die Bf. darauf hingewiesen, dass dem in der Beschwerde formulierten Antrag auf Nachsicht der Rückforderung seitens des Bundesfinanzgerichtes nicht nähergetreten werden konnte, da das Verwaltungsgericht einzig und allein über die Rechtmäßigkeit bzw. Nichtrechtmäßigkeit der Rückforderung abzusprechen hat. Eine Entscheidung über die Gewährung der Nachsicht gemäß § 236 BAO obliegt dem Finanzamt. (Vgl. BFG 17.05.2019, RV/1100091/2019).

#### **4 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 (Art. 133 Abs. 4 B-VG).

Im gegenständlichen Fall ist die Revision im Hinblick auf die zitierte einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, von welcher nicht abgewichen wurde, nicht zulässig.

Salzburg-Aigen, am 15. Juli 2019