

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache \*\*\*\*, über die Beschwerde vom 21. November 2013 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt FA vom 23. Oktober 2013, VNR0, über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) für die Kinder K1, VNR1, K2, VNR2, und K3, VNR3, im Zeitraum Juli 2012 bis März 2013

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

Das Finanzamt forderte von der Beschwerdeführerin (Bf.) mit Bescheid vom 23. Oktober 2013 die für den Zeitraum Juli 2012 bis März 2013 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge im Ausmaß von insgesamt 5.184,20 Euro mit folgender Begründung zurück:

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

Da die Familie von Juli 2012 bis August 2013 nicht im Inland wohnhaft war, steht für Juli 2012 bis März 2013 (ab April 2013 wurde Familienbeihilfe nicht ausbezahlt) die Familienbeihilfe nicht zu.“

Die Bf. erhob gegen den Rückforderungsbescheid mit nachstehender Begründung Beschwerde:

„Ein Aufenthaltstitel liegt vor. Zum Zweck des Besuchs meiner Familie bin ich gemeinsam mit meinem Mann und den Kindern in den Libanon gereist (Stadt Tripoli). Es war nur eine vorübergehende Abwesenheit geplant. Aufgrund des Bürgerkrieges und des Diebstahls von Dokumenten steckte ich im Libanon fest. Erst 2013 konnte ich wieder nach Österreich.“

Die Bf. legte eine Bestätigung der Libanesischen Botschaft in Wien vom 12. November 2013 vor, in der diese auf Wunsch des Ehegatten der Bf. bestätigte, dass es im Nordlibanon (Stadt und Kreis Tripoli, Bezirk Baddawi und Umgebung) im Zeitraum vom 20.06.2012 bis 15.05.2013 immer wieder zu gewalttätigen Auseinandersetzungen gekommen sei.

Das Finanzamt wies in der Folge die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 31. Jänner 2014 als unbegründet ab. Zur Begründung führte es aus:

„Laut Aktenlage - und von Ihnen unwidersprochen - befanden Sie sich mit Ihrem Gatten und Ihren 3 Kindern \*\*\*\*\* von Juli 2012 bis August 2013 nicht in Österreich sondern hielten sich in Libanon auf.

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

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

Durch den ständigen Aufenthalt - wenn auch nicht in diesem Zeitumfang beabsichtigt bzw. durch unvorhergesehene Ereignisse (Dokumentenverlust, allgemeine Unruhen, Bürgerkrieg) - im Libanon in der Zeit von Juli 2012 bis August 2013 ist für den Zeitraum von Juli 2012 bis März 2013 ein Anspruch auf Familienbeihilfe nicht gegeben.“

Dagegen richtete sich der fristgerecht eingebrachte Vorlageantrag vom 13. Februar 2014. Die Bf. brachte darin Folgendes vor:

*„Ohne näher zu begründen, wie es zu dieser Ansicht gelangte, führte das Finanzamt aus, dass ich mich mit meiner Familie im Zeitraum Juli 2012 bis August 2013 ständig im Ausland aufgehalten hätte. Zumal ich seit dem Jahr 2002, somit seit 12 Jahren, in Österreich aufhältig bin - mein Mann sogar seit 1999, somit seit 15 Jahren - kann man meines Erachtens nicht davon sprechen, dass der wenige Monate dauernde Aufenthalt im Libanon einen ständigen Aufenthalt bewirkt hätte, welcher den Familienbeihilfenbezug ausschließt.*

*Insbesondere berücksichtigt das Finanzamt nicht, dass unser Aufenthalt im Libanon nur deswegen mehrere Monate betrug, da es uns aufgrund der im besagten Zeitraum bestehenden Bürgerkriegssituation nicht möglich war, den Libanon zu verlassen (s. Bestätigung der Botschaft).*

*Wir traten im Juli 2012 den Urlaub in den Libanon mit der Absicht an, Ende August 2012 wieder in Österreich zu sein, hatten wir zu diesem Zeitpunkt doch schon zwei schulpflichtige Kinder, die im September 2012 den Unterricht in der österreichischen Schule wieder aufnehmen sollten. Dass wir nicht wie ursprünglich geplant Ende August 2012 wieder nach Österreich zurückkehren konnten, lag - wie bereits erwähnt - daran, dass die Ausreise aus dem Libanon zu diesem Zeitpunkt nicht möglich war. Mein Mann und ich haben bei den Unruhen im Libanon im besagten Zeitraum nahe Angehörige verloren, sodass auch aus diesem Grund eine Rückkehr zu diesem Zeitpunkt nicht möglich und zumutbar war.*

*Auch der Umstand, dass wir in besagtem Zeitraum keinen Wohnsitz in Österreich gemeldet gehabt hatten, ist kein Indiz für einen ständigen Aufenthalt im Ausland. Schließlich haben wir unseren Wohnsitz in Österreich nicht freiwillig aufgegeben, sondern waren wir aufgrund der vom Vermieter angestrengten Räumungsklage gezwungen, den Wohnsitz mit Ende Juni 2012 zu verlassen. Dass wir nicht bereits ab Juli 2012 einen neuen Wohnsitz in Österreich angemeldet haben, ist nachvollziehbar, da wir ohnehin bis Ende August 2012 im Libanon aufhältig sein wollten. Es wäre daher nicht sinnvoll gewesen, bereits für Juli und August 2012 Miete zu zahlen, obwohl wir in diesem Zeitraum ohnehin nicht in der Wohnung anwesend gewesen wären. Ab September 2012 hatten wir bereits die Zusage, unsere aktuelle Wohnung beziehen zu können. Unter Berücksichtigung des oben Angeführten hätte das Finanzamt daher keinen ständigen Aufenthalt im Ausland annehmen dürfen. Die Familienbeihilfe für den besagten Zeitraum steht uns daher zu. Die Gegenrechnung gegen den aktuellen Familienbeihilfen-Anspruch erfolgt daher zu Unrecht."*

**Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

Die Bf. bestreitet nicht, dass sie sich mit ihren Kindern von Juli 2012 bis August 2013 ununterbrochen in der Libanesischen Republik aufgehalten hat.

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

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

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat derjenige, der 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, 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.

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 VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221; VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072; VwGH 21.9.2009, 2009/16/0178; VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055).

Nach § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht

nur vorübergehend verweilt. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ist somit nicht nach den subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl. etwa das erwähnte hg. Erkenntnis vom 21. September 2009). Auf eine allfällige Absicht der beschwerdeführenden Partei, bereits Ende August 2012 nach dem Aufenthalt in der Libanesischen Republik wieder nach Österreich zurückzukehren, kommt es demnach nicht an.

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. das erwähnte hg. Erkenntnis vom 28. November 2007). Die Tatsache, dass die Kinder noch minderjährig sind, ist nicht von ausschlaggebender Bedeutung (vgl. VwGH 27. 4. 2005, 2002/14/0050).

Ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Aus der Rechtsprechung des VwGH geht sohin hervor, dass ein Auslandsaufenthalt wie im Beschwerdefall von mehr als einem Jahr einen ständigen Aufenthalt im Ausland begründet und damit der Gewährung von Familienbeihilfe entgegensteht.

So hat der Gerichtshof im Erkenntnis VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133, auch ausgesprochen, dass bei Vorliegen äußerer Umstände, die klar auf eine zeitlich begrenzte Aufenthaltsdauer hinweisen, eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland es „gerade noch“ möglich macht, von einem vorübergehenden Aufenthalt auszugehen.

Auch der Verfassungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis VfGH 4.12.2001, B 2366/00, mit den im dortigen Verfahren vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 5 Abs. 4 (neu: Abs. 3) auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, dass ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen ist. In diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binde und hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Es kann daher im vorliegenden Beschwerdefall bei einem mehr als ein Jahr andauernden Aufenthalt in der Libanesischen Republik nicht mehr von einem nur vorübergehenden Auslandsaufenthalt gesprochen werden.

Das Beschwerdevorbringen, dass aufgrund gewaltsamer Auseinandersetzungen (laut vorgelegter Bestätigung der libanesischen Botschaft in Wien im Zeitraum 20. Juni 2012 bis 15. Mai 2013) und aufgrund des Verlustes von Dokumenten eine Ausreise aus dem Libanon und eine Rückkehr nach Österreich nicht möglich gewesen sei, vermag

der Beschwerde nicht zum Erfolg zu verhelfen, da der ständigen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 nicht erfordert, dass der Aufenthalt freiwillig genommen wird (vgl. Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 26 Tz 14).

Aus den dargestellten Erwägungen hat das Finanzamt die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge von Juli 2012 bis März 2013 zu Recht zurückgefordert. Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

#### 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.

Die gegenständlichen Entscheidung hat keine über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung und hält sich an die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, weshalb eine ordentliche Revision nicht zulässig ist.

Linz, am 4. Jänner 2018