

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende Mag. Renate Schohaj, die beisitzende Richterin Elisabeth Wanke, den fachkundigen Laienrichter Ing. Hans Eisenkölbl und den fachkundigen Laienrichter Gregor Ableidinger, im Beisein der Schriftführerin Fachoberinspektorin Andrea Newrkla, über die Beschwerde des A B C, Adresse\_Ö, nunmehr Adresse\_CZ, Tschechische Republik, vertreten durch Karl Grossek, Steuerberater, 3130 Herzogenburg, Wiener Straße 28/2 vom 2.11.2016, gegen den Bescheid des Finanzamts Gänserndorf Mistelbach, 2230 Gänserndorf, Rathausplatz 9, vom 20.10.2016, mit welchen zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die im Mai 1998 geborene D C für den Zeitraum Februar 2012 und März 2012 (Familienbeihilfe: € 331,80, Kinderabsetzbetrag: € 117,80, Gesamtbetrag € 449,60), gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefordert werden, Sozialversicherungsnummer X, nach am 15.7.2019 durchgeführter mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

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

## Entscheidungsgründe

### Rückforderungsbescheid

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 20.10.2016 vom Beschwerdeführer (Bf) A B C zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die im Mai 1998 geborene D C für den Zeitraum Februar 2012 und März 2012 (Familienbeihilfe: € 331,80, Kinderabsetzbetrag: € 117,80, Gesamtbetrag € 449,60), gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurück.

Der Bescheid wurde wie folgt begründet:

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

*Während des Ferienaufenthaltes in Österreich besuchte D vom 13.2.2012 bis 20.3.2012 als a.o. Schülerin die G H Schule in 1220 Wien.*

Aus einem Anhang im elektronischen Akt des Finanzamts geht hervor, dass sich das Finanzamt auf das Erkenntnis BFG 3.7.2017, RV/7100406/2014, stützt, mit welchem das Bundesfinanzgericht eine Beschwerde der Mutter F E C gegen einen Rückforderungsbescheid vom 6.6.2013 für den Zeitraum Jänner bis März 2013 sowie gegen einen Abweisungsbescheid vom 18.12.2013 für den Zeitraum April bis Juli 2013 als unbegründet abgewiesen hat.

Das Bundesfinanzgericht stellte in diesem Erkenntnis fest, dass es unbestritten sei, "dass sich die Tochter der Bf. von Jänner bis Juli 2013 in Indien eine Schule besucht hat. Darüber hinaus ist es als erwiesen anzunehmen, dass dies schon ab dem Wintersemester 2011 der Fall war." Rechtlich beurteilte das Bundesfinanzgericht diesen Sachverhalt dahingehend, dass sich die Tochter ständig im Ausland aufgehalten habe und deswegen gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 keine Familienbeihilfe zustehe.

## **Beschwerde**

Mit Eingabe in FinanzOnline (Erstellungsdatum 1.11.2016, Einlangen 2.11.2016) legte der steuerliche Vertreter Beschwerde gegen den Bescheid vom 20.10.2016 ein und führte dazu aus:

*Betreff: Beschwerde gem. § 243 BAO*

*Bescheidbezeichnung; Rückforderung FB u KG für Feb u Mrz 2012 zu meiner SV-Nr X*

*Text:*

*Das Finanzamt gibt in der Begründung als Grund der Rückforderung ua. an, dass D während der Ferien in Österreich vom 13.2.-20.3.2012 die G H Schule in 1220 Wien besuchte.*

Es folgte eine weitere Eingabe vom 1./2.11.2016:

*Betreff: Beschwerde gem. § 243 BAO*

*Bescheidbezeichnung; Rückforderung FB u KG für Feb u Mrz 2012 zu meiner SV-Nr X*

*Text:*

*Vor wenigen Minuten wurde diese Beschwerde unvollständig über Finanzonline eingereicht, hier nun mit vollständigem Beschwerdetext:*

*Das Finanzamt gibt in der Begründung als Grund der Rückforderung ua. an, dass D während der Ferien in Österreich vom 13.2.-20.3.2012 die G H Schule in 1220 Wien besuchte.*

*Dazu teile ich zum besseren Verständnis in die Vergangenheit ausholend mit:*

*Mitte Juli 2011 flog D nach Indien, mit dem Taxi weiter zur Schule, Sie besuchte die Schule und schlief im dortigen Schulheim. Schulschluss war in der ersten Dezemberwoche 2011. In der zweiten Dezemberwoche 2011 kam sie in Wien an und wir feierten Weihnachten 2011 in Wien. Ich, der Vater, möchte dass D nun in Wien die G H Schule besucht und nach den Semesterferien im Februar 2012 besuchte sie diese auch.*

*Mit Startschwierigkeiten in dieser Schule und einem Gespräch mit der Lehrerin empfahl die Lehrerin, dass es für D besser sei, wieder zurück in die vorherige Schule (ISPS) zu gehen. Als besorgte Eltern wollen wir das Beste für unser Kind und wir ermöglichten ihr, weiter in ihre Lieblingsschule ISPS zu gehen. Mit Mitte März 2012 flog D somit wieder nach Indien. Ich hatte im Dez 2011 nicht die Absicht, dass D künftig jemals wieder die ISPS-Schule besuchen solle. Ich mußte sie aber zwangsläufig weiter die indische Schule besuchen lassen, um den Lernerfolg nicht zu verzögern.*

*Da D also gemäß meiner als dauernd geplanten Absicht von Dez 2011 bis März 2012 in Österreich war, bin ich der Ansicht, dass mir Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den bescheidgegenständlichen Zeitraum Feb 2012 und März 2012 wohl zu Recht zustehen, da diesbezüglich von einem ständigen Aufenthalt im Ausland nicht ausgegangen werden kann und ausserdem der ständige Aufenthalt laut Aufenthaltsgesetz und Meldegesetz in Österreich niemals aufgehoben wurde.*

*Ich beantrage daher die Aufhebung des Rückforderungsbescheides.*

## **Beschwerdevorentscheidung**

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 11.11.2016 als unbegründet ab:

*Das Kind C D, SVNR ..., besuchte im Zeitraum Juli 2011 bis August 2013 bedingt durch den Wechsel des Anspruchsberechtigten ab 01/2013 auf die Kindesmutter E C F die International Sahaja Public School in Indien.*

*Das Schuljahr umfasst ca. 9 Monate (ungefähr 2.Hälfte des Monats März bis ca. Mitte Dezember).*

*Während des Schuljahres war das Kind die ganze Zeit im Internat (Schulheim) in Indien.*

*Schulschluss war in der ersten Dezemberwoche 2011. In der zweiten Dezemberwoche kam D nach Wien.*

*Als Kindesvater hätten Sie nicht die Absicht gehabt, dass das Kind D künftig jemals wieder die ISPS-Schule besuchen hätte sollen. D sollte in Wien nach den Semesterferien im Februar 2012 die G H Schule besuchen.*

*D war im Zeitraum 13.02.2012 bis 20.03.2012 dann Schülerin der G H Schulen ..., sie wurde als außerordentliche Schülerin geführt.*

*Da das Kind gemäß ihrer als dauernd geplanter Absicht von Dezember 2011 bis März 2012 in Österreich war, sind Sie der Meinung, dass der Bezug von Familienbeihilfe im Zeitraum Februar und März 2012 zu Recht zusteht.*

*Dazu wird ausgeführt:*

*Rechtsgrundlagen*

*§ 2 Abs. 5 FLAG 1967 lautet:*

*(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn*

*a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.*

*...*

*(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).*

*Der Umstand, dass das Kind während des Verbringes seiner Ferien in Österreich die Schule kurzfristig, d.h. in der Zeit vom 13.02.2012 bis 20.03.2012, besuchte, wobei der 20.03.2012 lt. Abwesenheitsliste als Abwesenheitstag von 8:50 bis 13:20 geführt wurde, andererseits dem Wunsch der Tochter, ihre Lieblingsschule in Indien weiter zu besuchen, entsprochen wurde, sowie der rechtzeitige Rückflug Mitte März 2012 (.. The School's begins on March 23rd and ends in December; Registration of students is held from March 23 to 26..) lassen darauf schließen, dass der Schulbesuch nur als ein Schulversuch, offengehalten die Option eines rechtzeitigen Rückfluges nach Indien, zu sehen war.*

*Es ist der Ferienaufenthalt in Österreich als eine vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wurde.*

*Es war spruchgemäß zu entscheiden.*

*Die Beschwerdevorentscheidung wurde am 7.12.2016 dem steuerlichen Vertreter zugestellt.*

## **Vorlageantrag**

*Mit Eingabe in FinanzOnline vom 2.1.2017 stellte der steuerliche Vertreter Vorlageantrag:*

*Bescheiddatum: 20102016*

Zeitraum: 2012

Betreff: Vorlageantrag gem. § 264 (1) BAO

Beschreibungsbezeichnung: Rückforderung FB und KG für Feb und Mrz 2012 über 449,60

Berufung vom: 01112016

Text:

*Dieser Vorlageantrag betrifft die Beschwerde vorentscheidend vom 11.11.2016, mit welcher das Finanzamt die og. Beschwerde zu meiner SV-Nummer X abgewiesen hat. Für das weitere Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht beantrage ich die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung, die Entscheidung durch den gesamten Senat und ersuche das BFG um Stattgabe der Beschwerde.*

*Begründung: Das Finanzamt führt in der og. BVE begründend aus, dass ... der Schulbesuch im Feb und Mrz in Österreich nur als Schulversuch ... zu sehen sei. Dazu möchte ich klarstellend meine Ausführungen in der Beschwerde wiederholen und präzisieren wie folgt: Es war für mich und für D zum Zeitpunkt ihrer Rückkehr nach Österreich im Dez 2011 (nach Ende des indischen Schuljahres) klar, dass nun ab sofort die Einschulung in Österreich für alle Zukunft begonnen wird. Mir blieb aber auf Grund der Erfahrungen in der österr. Schule im Feb und Mrz 2012 und der Empfehlung der dortigen Lehrerin zwangsläufig nichts anderes übrig, als D ab Ende März 2012 weiter die indische Schule besuchen zu lassen, um ihren Lernerfolg nicht zu verzögern. Insofern war der Schulbesuch in Österreich im Feb und Mrz 2012 kein Versuch, es war der endgültig und fix geplante Schuleinstieg in Österreich, der sich dann aber aus den genannten Gründen vorübergehend zerschlug. Im übrigen verweise ich begründend auf meine Ausführungen im ebenso beim BFG unter GZ FA 18/B/2016/Y aktuell anhängigen Verfahren zu meiner Familienbeihilfe für Juli 2011-Jan 2012 sowie April 2012 bis Dez 2012.*

## **Schulbesuchsbestätigungen**

Im elektronisch vorgelegten Akt des Finanzamts ist eine E-Mail der G H Schulen vom 2.6.2016 an das Finanzamt enthalten. So sei D C ab 13.2.2012 Schülerin, und zwar außerordentliche Schülerin, gewesen:

*Unsere Bestätigung vom 21.01.2014 ist korrekt.*

*D C war nicht ab Schulbeginn, sondern erst ab 13.02.2012 unsere Schülerin.*

*Sie wurde jedoch als außerordentliche Schülerin geführt.*

*Beiliegend übermittle ich Ihnen die Abwesenheitsliste für den erforderlichen Zeitraum.*

Die Anwesenheitsliste zeigt folgende Abwesenheiten auf:

16.2. 10:45 - 16.2. 13:20

17.2.10:45 - 17.2.12:30

20.2. 08:50 - 20.2. 18:50

21.2.08:50 - 21.2.12:30

13.3.11:40 - 13.3.12:30

20.3. 08:50 - 20.3. 13:20.

In einer vorangegangenen E-Mail vom 2.6.2016 führte die Schule aus:

*Nachstehend die Daten der Schülerin aus unserem Schülergrunddatenverzeichnis aus dem ersichtlich ist, dass D C vom 05.09.2011 - 20.03.2012 Schülerin unserer Schule war.*

*Warum die Bestätigung vom 21.01.2014 einen kürzeren Zeitraum aufweist, ist nicht mehr feststellbar, da Frau ... nicht mehr an unserer Schule ist.*

Die beigeschlossenen Grunddaten bestätigen die Schülereigenschaft von 5.9.2011 bis 20.3.2012.

Die angesprochene Schulbesuchsbestätigung der Schule vom 21.1.2014 lautet:

*Die gefertigte Direktion bestätigt, dass Fr. D C, geb. am ... 05. 1998, ab 13.02.12 bis 20.3.2012 den 1. Jahrgang der 5jährigen HLT unserer Schule besucht hat.*

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 3.7.2018 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

*Sachverhalt:*

*Unbestritten hat die Tochter im Zeitraum 07/2011 bis letztlich 07/2013 in Indien die International Sahaj School, Talnoo, Dharamshala Cantt, Himachal Pradesh, India -17621+6 besucht.*

*Bezug genommen wird auf das anhängige Verfahren, GZ RV/7105128/2016 betreffend den Zeitraum 07/2011-01/2012 und 04/2012 bis 12/2012.*

*Verfahrensgegenständlich ist der Zeitraum 02/2012 bis 03/2012 , in dem das Kind während des Ferienaufenthaltes (Schulschluss an der indischen Schule war im Dezember 2011) in Österreich während dem 13.02.2012 und dem 20.03.2012, wobei der 20.03.2012 ein Fehltag war, als außerordentliche Schülerin die ... besuchte.*

*Beweismittel:*

*begeifügte Aktenteile*

*sowie anhängiges Verfahren unter GZ RV/7105128/2016*

*Stellungnahme:*

*Nach der Rechtsprechung des VwGH ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs.3 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs.2 BAO zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt iSd*

*Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Lt. VwGH (2009/16/0133) ist eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehender Aufenthalt zu sehen. Der VwGH (98/15/0016) geht bei einem Aufenthalt zum Zwecke d.Schulbesuches v.Herbst 1991 bis Jän.1993 von einem ständigen Auslandsaufenthalt aus.*

*In casu war die Tochter insgesamt weit mehr als 1 Jahr im Ausland aufhältig-vgl. RV/7100406/2014.*

### **Beschluss vom 22.10.2018**

Mit durch die Berichterstatterin gefasstem Beschluss vom 22.10.2018 ersuchte das Gericht das Finanzamt Gänserndorf Mistelbach gemäß § 269 Abs. 2 BAO, folgende ergänzende Ermittlungen durchzuführen:

*Zur Frage, ob der Aufenthalt von D C in Indien im Jahr 2011 ursprünglich nur für den Zeitraum Mitte Juli bis Mitte Dezember 2011 geplant war, oder ob D C bereits im Juli 2011 beabsichtigte, nach ihrem Österreichaufenthalt von Dezember 2011 bis März 2012 weiter die Sahaj Public School (ISPS) in Indien ab März 2012 zu besuchen, sind D C und F E C gemäß §§ 169 ff. BAO als Zeugen persönlich zu vernehmen und entsprechende Beweismittel für deren Angaben gemäß § 172 Abs. 1 BAO in Kopie zum Akt zu nehmen.*

*Ergänzend ist die Klassenlehrerin von D C an der G H Schule im Februar und März 2012 auszuforschen und ebenfalls als Zeugin darüber zu vernehmen, ob der Schulbesuch im Februar und März 2012 auf längere Zeit angelegt war und warum dieser im März 2012 beendet wurde.*

Begründend führte das Gericht unter anderem aus:

*Für den Zeitraum Juli 2011 bis Jänner 2012 kommt es darauf an, ob der Aufenthalt von D C in Indien im Jahr 2011 ursprünglich nur für den Zeitraum Mitte Juli bis Mitte Dezember 2011 geplant war, oder ob D C bereits im Juli 2011 beabsichtigte, nach ihrem Österreichaufenthalt von Dezember 2011 bis März 2012 weiter die Sahaj Public School (ISPS) in Indien ab März 2012 zu besuchen.*

*Es kommt dabei nicht auf den Wunsch des Vaters an, dass D ab Dezember 2011 dauerhaft in Österreich bleiben und hier eine Schule besuchen sollte, sondern ob auch das Kind und die Mutter von Anfang an davon ausgingen, dass D nur das Wintersemester 2011 an der ISPS verbringen sollte.*

*Das Finanzamt Gänserndorf Mistelbach ist gemäß § 269 Abs. 2 BAO zu ersuchen, zu dieser Frage D C und F E C gemäß §§ 169 ff. BAO als Zeugen persönlich zu vernehmen und entsprechende Beweismittel für deren Angaben gemäß § 172 Abs. 1 BAO in Kopie zum Akt zu nehmen.*

*Als Beweismittel, deren Vorlage von den Zeugen angefordert werden möge, kommen zum Beispiel in Betracht:*

- *Anmeldung zur G H Schule in Österreich (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)*
- *Anmeldung zur ISPS für das Sommersemester 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)*
- *Buchung des Fluges nach Indien im März 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen).*

*Ergänzend ist die Klassenlehrerin von D C an der G H Schule im Februar und März 2012 auszuforschen und ebenfalls als Zeugin darüber zu vernehmen, ob der Schulbesuch im Februar und März 2012 auf längere Zeit angelegt war und warum dieser im März 2012 beendet wurde.*

### **Bericht vom 26.2.2019**

Das Finanzamt übermittelte dem Gericht am 26.2.2019 Folgendes:

- *1. Niederschrift v. 14.02.2019 über die Vernehmung der Zeugin Frau F E-C,*
- *2. Niederschrift v. 14.02.2019 über die Vernehmung der Zeugin Frau D C und*
- *3. Schriftliche Stellungnahme v. 22.02.2019 der Zeugin Frau Mag. K L, M.A. (Klassenvorständin 1.HTB Jg. 2011/12).*

Dazu merkte das Finanzamt an:

*Unter Punkt 13 beider Niederschriften v. 14.02.2019 wurden Frau E-C und Frau D C iSd § 172 BAO ersucht innerhalb von 2 Wochen (Frist bis 28.02.2019) entsprechende Beweismittel für die gemachten Angaben (in der Niederschrift v. 14.02.2019) in Kopie zu übermitteln. Sollten entsprechende Unterlagen (Beweismittel etc.) nachträglich eingebracht werden, werden diese zeitnah an das BFG (Sitz Wien) übermittelt!*

### **Niederschrift F E-C vom 14.2.2019**

F E-C gab am 14.2.2019 vom Finanzamt als Zeugin vernommen unter anderem an:

*1) Wissen Sie wieso bzw. in welchem Zusammenhang Sie heute als Zeugin geladen wurden?*

*Ja, es geht um die Familienbeihilfe.*

*2) In welchem Verhältnis (Verwandt-/Freund-/Bekanntschaft etc.) stehen Sie zu Herrn A C?*

*Herr C ist der Vater meines Kindes D, wir sind seit 2011 oder 2012 geschieden.*



3) Wie oft treffen/sehen Sie Herrn A C/ihre Familie? Wann haben Sie Herrn A C/ihre Familie zuletzt gesehen?

Wir hören uns öfters am Telefon (1x wöchentlich). Wir treffen bzw. sehen einander etwa alle 3 Wochen.

4) Bis wann besuchte Ihre Tochter D die Schule in Österreich (Name der Schulen, Zeiträume)?

D besuchte mit ca. 6 oder 7 Jahren die VS in Indien. Sie ist in Österreich geboren. D ist meine leibliche Tochter. Wir waren urlaubsbedingt des Öfteren in Indien. Wir haben Gefallen an der indischen Kultur gefunden, auch D hat sich sehr wohl dort gefühlt.

D hat eine Internatsschule/VS in Indien besucht. In den Feiertagen bzw. in den längeren Ferien verbrachte sie Zeit in Österreich bei uns (Eltern) in Wien.

Sie besuchte sowohl die VS als auch die Hauptschule in Indien. Sie kehrte zwar zwischenzeitlich ein paar Mal zurück (bilinguale VS in Wien, Meißnergasse im 22. Bezirk besuchte sie ca. 1 Jahr [2. oder 3.Klasse]; HS Simonsgasse besuchte sie im Großen und Ganzen die ganze 2.Klasse), jedoch absolvierte sie grundsätzlich die VS und HS in Indien.

5) Ab wann wurde die Schule in Indien besucht? Auf wessen Wunsch/Grund des Schulbesuches in Indien? (Name und Schulmodel, Unterrichtssprache, Internatschule mit Schulheim?)

Siehe Fragebeantwortung unter 4)

D äußerte immer den Wunsch, nach Indien zurückzukommen. D ist mehrsprachig aufgewachsen. Ich als geborene Italienerin habe mit ihr zuhause italienisch gesprochen, der Kindesvater (stammend aus Vorarlberg) hatte starken Dialekt, daher hatte D auch gewisse Probleme mit der deutschen Sprache.

Die Schule in Indien heißt International Sahaja Public School (=ISPI). Das ist eine internationale Internatsschule mit Schulheim. Dort wurde in Englisch unterrichtet, später sind dann noch Hindi und Deutsch als Fremdsprachen hinzugekommen.

6) Wann kam D das erste Mal nach Ö (nach ihrer Abreise im Sommer nach Indien)? Wann waren die Ferien?

Ich kann mich nicht mehr zur Gänze daran erinnern. Wenn ich gefragt werde bzgl. der Aussage von Herrn A C, dass D Juli 2011 bis Dezember 2011 in Indien war, gebe ich an, ja, das kann stimmen.

Juli 2011 ist D nach Indien gegangen um die ISPS zu besuchen. Das Schuljahr war immer von März bis Dezember eines Kalenderjahres.

7) Wo waren Sie im relevanten Zeitraum - Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 und Feber 2012 bis März 2012- und wo war der Kindesvater im relevanten Zeitraum -Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 und Feber 2012 bis März 2012 ?

*Von Juli 2011 bis Dezember 2011 sowie ab März 2012 bis Dezember 2012 war D in Indien. Die G H Schule besuchte sie ca. einen Monat lang (Mitte Februar bis Mitte März in etwa). Die Bestätigung des Schulbesuchs von 13.02.2012 bis 20.03.2012 stimmt.*

*8) Haben Sie oder Ihre Familienmitglieder davor/danach je in Indien gelebt? Leben oder lebten sonstige Verwandte in Indien?*

*Mein ehemaliger Gatte A C und ich waren durchgehend in Österreich, haben sie aber abwechselnd öfters (maximal 2 mal im Jahr) in Indien besucht.*

*9) Wie war die Planung bzgl. D Schulbesuch in Indien? Wurden mit ihr Vereinbarungen getroffen? Wie wurde es an D kommuniziert? (Dauer des Schulbesuches ab Juli 2011 bis wann: 1, 2, 3 etc Semester? Wieso außerordentliche Schülerin in Ö?)*

*Siehe obige Ausführungen. Es war größtenteils der Wunsch von D selbst, die Schule in Indien zu besuchen. Von Anfang an war ein darüberhinausgehender (über Dezember 2011 hinaus) Schulbesuch in Indien angedacht.*

*Mein Gatte und ich haben mit D eine mehrsemestrige Ausbildung in Indien vereinbart, weil es D Wunsch war.*

*10) War Ihnen D Absicht bekannt? War es ein Wunsch von D in Indien die Schule zu besuchen? Gingen Sie von Anfang an davon aus, dass D ab Dezember 2011 dauerhaft in Ö bleiben und in Ö die Schule besuchen sollte bzw. dass D nur das Wintersemester 2011 an der ISPS verbringen sollte?*

*Siehe obige Ausführungen. D wollte nach einer gewissen Zeit nach Österreich zurückkehren, um hier in Österreich Fuß zu fassen.*

*D war anschließend mit März bis Dezember 2012 an der ISPS sowie bis Mitte 2013 in Indien und hat dann die Aufnahmeprüfung bei den I für die Oberstufe geschafft und die 2. Klasse dort besucht. Wenn ich gefragt werde, wann das etwa war, gebe ich an, das war ca. 2013.*

*11) Beabsichtigte D bereits im Juli 2011, nach ihrem Österreichaufenthalt von Dezember 2011 bis März 2012 weiter die International Sahaja Publiic School ab März 2012 zu besuchen?*

*Sie wollte in Österreich bleiben, fühlte sich aber in der ausgesuchten Schule unwohl bzw. unsicher.*

*12) Wie interpretieren Sie das Zitat des Kindesvaters Hr. A C (siehe S. 6/26 des BFG-Beschlusses v. 22.10.2018): "Meine Tochter besuchte die Mittelschule in Wien und nach ihrem eigenen Wunsch möchte sie in die ISPS. Die Erziehungsberechtigten [Anm. Eltern] erfüllten Ihr diesen Wunsch?"*

*Diese Aussage ist zutreffend.*

*13) Diesbezüglich werden Sie ersucht innerhalb von 2 Wochen (ab heutigem Datum) entsprechende Beweismittel für die oben ausgeführten Angaben gem. § 172 Abs 1 BAO (in Kopie) zu übermitteln? Wie insbesondere:*

- Anmeldung zur G H Schule (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

Danach gefragt gebe ich, dass die Anmeldung etwa Februar 2012 war. Die Anmeldung habe ich vorgenommen.

- Anmeldung zur ISPS für das Sommersemester 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

Die Anmeldung erfolgte unmittelbar vor Juli 2011 und die Anmeldung für das Sommersemester 2012 erfolgte wahrscheinlich Anfang März 2012. Wir haben sie zwar informell per E-Mail abgemeldet (Ende November bzw. Anfang November 2011) und im März 2012 per E-Mail aber wieder kontaktiert und angemeldet. Entsprechende Beweise (E-Mail-Korrespondenzen) werde ich versuchen zu finden und zu übermitteln. Die Ab- bzw. Anmeldungen habe eigentlich immer ich gemacht, nicht mein ehemaliger Gatte.

- Buchung des Fluges nach Indien im März 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

Auch das habe ich gemacht, da ich damals bei der AUA beschäftigt war. Das wurde kurzfristig von mir organisiert, da sie als Tochter immer "Stand-By" fliegen konnte.

14) Wer war die Klassenlehrerin/der Klassenlehrer von D an der G H Schule im Februar und März 2012 (Vor-/Nachname, Kontaktdaten)?

Ich weiß, dass die Klassenlehrerin Deutsch unterrichtet hat. Mehr weiß ich leider nicht. Auch mein Gatte hat diesbezüglich keine Kenntnis. Die Schule müsste es aber wissen.

15) Ergänzende Angaben:

Mein ehemaliger Gatte und ich hatten mit der Klassenlehrerin im Februar eine einmalige Unterhaltung betreffend D und ihrer Schwierigkeiten mit der deutschen Sprache und dass ein erfolgreicher Abschluss schwierig geworden wäre.

Wenn ich gefragt werde, warum D außerordentliche Schülerin der G H-Schule war, gebe ich an, dass D als Quereinsteigerin inmitten des Schuljahres eingetreten ist und eine Wiederholung unabdingbar gewesen wäre und da dieser Status ohne Benotung war. Sie war sozusagen "Hörerin" um langsam wieder Fuß zu fassen im österreichischen Schulsystem.

## **Niederschrift D C vom 14.2.2019**

D C gab am 14.2.2019 vom Finanzamt als Zeugin vernommen unter anderem an:

1) Wissen Sie wieso bzw. in welchem Zusammenhang Sie heute als Zeugin geladen wurden?

Ja, das weiß ich, es geht um die Familienbeihilfe bzgl. meiner Person.

2) In welchem Verhältnis (Verwandt-/Freund-/Bekanntschaft etc.) stehen Sie zu Herrn A C?

*Er ist mein leiblicher Vater.*

*3) Wie oft treffen/sehen Sie Herrn A C/ihre Familie? Wann haben Sie Herrn A C/ihre Familie zuletzt gesehen?*

*Mein Vater wohnt zurzeit in Tschechien (Breclav). Ich sehe ihn etwa alle zwei Wochen. Wir telefonieren mehrmals wöchentlich. Meine beiden Brüder wohnen bei meiner Mutter.*

*4) Bis wann besuchten Sie die Schule in Österreich (Name der Schulen, Zeiträume)?*

*Ich bin eigentlich in Deutschland geboren. Ich habe mit meinen Eltern in Vorarlberg gewohnt und das nächstgelegene Krankenhaus war in Deutschland.*

*Die zweite bzw. dritte Schulstufe (nicht vollständig, etwa acht Monate klassenübergreifend) besuchte ich in Wien (VS Meißnergasse), zuvor besuchte ich die VS in Indien (ISPS). März 2004 bis Mitte 2005 war ich in Indien, danach wie gesagt in der Meißnergasse. Die VS Meißnergasse absolvierte ich von ca. September 2005 bis März 2006. Danach war ich wieder in Indien.*

*5) Ab wann wurde die Schule in Indien besucht? Auf wessen Wunsch/Grund des Schulbesuches in Indien? (Name und Schulmodel, Unterrichtssprache, Internatschule mit Schulheim?)*

*Auf meinen Wunsch habe ich die International Sahaja Public School (=ISPI) in Indien wieder besucht. Das war etwa Juli 2011 oder sogar etwas früher. Ich kann nicht mehr genau erinnern.*

*Das ist eine Internatsschule mit Schulheim (Unterkunft).*

*Der Anreiz für mich war, dass ich dort meine ganzen Freunde als Zweitfamilie betrachtet habe. Ich habe in Österreich zwei Brüder (einer ist 5 Jahre jünger [Jg. 2003], der andere 2 Jahre älter [Jg. 1996]), beide hatten die Schule in Indien aber nur kurzzeitig besucht. Mit meinem kleinen Bruder war ich sogar zwischenzeitlich zeitgleich in der Schule in Indien. 2011 war er in der zweiten Schulstufe dort, 2012 war ich aber alleine dort.*

*6) Wann kamen Sie das erste Mal wieder nach Ö (nach Ihrer Abreise im Sommer 2011 nach Indien)? Wann waren die Ferien?*

*Ich war Anfang 2012 an der G H Schule (=HFS).*

*Ich war Anfang bzw. Mitte Dezember 2011 bei meinen Eltern in Wien.*

*Die Bestätigung des Schulbesuchs als außerordentliche Schülerin vom 13.02.2012 bis 20.03.2012 stimmt inhaltlich. Dezember bis Februar sind Ferien in Indien.*

*7) Wo waren Sie im relevanten Zeitraum Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012, und Feber 2012 bis März 2012 und wo war der Kindesvater im relevanten Zeitraum Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 und Feber 2012 bis März 2012? Wo war die Mutter/Familie?*

*Von Juli 2011 bis Dezember 2011 war ich in Indien. Dezember 2011 bis Anfang März 2012 in etwa war ich durchgehend in Wien. Ab März 2012 bis Dezember 2012 war ich in Indien.*

*Dezember 2012 bis Februar/März 2013 war ich wieder in Österreich und dann ab März 2013 bis Juli 2013 in Indien.*

*Ab September 2013 habe ich dann die Schule bei den I besucht.*

*Meine Eltern waren in den obengenannten Zeiträumen durchgehend in Österreich, jedoch besuchten mich beide gemeinsam etwa einmal im Jahr in Indien.*

*8) Haben Sie oder Ihre Familienmitglieder davor/danach je in Indien gelebt? Leben oder lebten sonstige Verwandte in Indien?*

*Familienurlaube in Indien waren früher nie länger als zwei Wochen. Meine Mutter war mit meinem kleinen Bruder ca. 3 Monate in Indien.*

*9) Wie war die Planung bzgl. Ihres Schulbesuch in Indien? Vereinbarung mit Ihren Eltern? Wie wurde es von Ihren Eltern kommuniziert? (Dauer des Schulbesuches ab Juli 2011 bis wann: 1, 2, 3 etc Semester? Wieso außerordentliche Schülerin in Ö?)*

*Meine Eltern wollten nicht, dass ich in Indien die Schule besuche. Das war zum größten Teil sicher mein Wunsch. Mir hat die Schule in Österreich einfach nicht gefallen bzw. habe ich mich hier nicht wohl gefühlt.*

*Ich habe mit dem Wiedereintritt Juli 2011 in die ISPS die Schule nur für 1 Semester besuchen wollen. Mit Rückkehr nach Wien (Winterferien 2011/2012) habe ich die Entscheidung getroffen, die Schule in Indien fortzusetzen, da ich mich an der HFS (Februar bis März 2012) nicht wohl gefühlt habe.*

*Ich war außerordentliche Schülerin, da ich viele Fächer nicht gekannt habe bzw. Schwierigkeiten mit der deutschen Sprache hatte und viele Fächer gefehlt haben. Zu diesem Zeitpunkt (Februar/März 2012) fiel die Entscheidung, die Schule in Indien bis ca. September 2013 zu besuchen, um in Österreich nicht als Quereinsteigerin beginnen zu müssen, sondern als ordentliche Schülerin mit klassischem Schulbeginn mit September 2013 zu starten.*

*10) Wollten Sie ursprünglich nur bis Wintersemester 2011 an der ISPS inskribiert sein? War es ein Wunsch von Ihnen in Indien die Schule zu besuchen? Wollten Sie - nach der Ankunft in Wien - von Anfang an ab Dezember 2011 dauerhaft in Ö bleiben und in Ö die Schule besuchen? War von Anfang an mit Ihren Eltern vereinbart, dass Sie nur das Wintersemester 2011 an der ISPS verbringen sollte? War Ihren Eltern bekannt, was Sie beabsichtigten?*

*Siehe Ausführungen oben. Ich weiß nicht, ob meine Absichten meinen Eltern bekannt waren. Daran kann ich mich leider nicht mehr ganz erinnern.*

*11) Beabsichtigten Sie bereits im Juli 2011, nach ihrem Österreichaufenthalt von Dezember 2011 bis März 2012 weiter die International Sahaja Public School ab März 2012 zu besuchen?*

*In den Winterferien (ca. März 2012) fiel die Entscheidung, die ISPS wieder zu besuchen (siehe auch die obige Fragebeantwortung).*

12) Wie interpretieren Sie das Zitat Ihres Vaters des Hr. A C (siehe S. 6/26 des BFG-Beschlusses v. 22.10.2018): "Meine Tochter besuchte die Mittelschule in Wien und nach ihrem eigenen Wunsch möchte sie in die ISPS. Die Erziehungsberechtigten [anm. Eltern] erfüllten Ihr diesen Wunsch?

*Dieses Zitat meines Vaters stimmt. Mein Wunsch wurde umgesetzt. Eine zeitliche Vereinbarung bzgl. der Schuldauer in Indien zwischen uns ist mir nicht in Erinnerung.*

13) Diesbezüglich werden Sie ersucht innerhalb von 2 Wochen (ab heutigem Datum) entsprechende Beweismittel für die oa. Angaben gem. § 172 Abs 1 BAO (in Kopie) zu übermitteln? Wie insbesondere:

- Anmeldung zur G H Schule (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?
- Anmeldung zur ISPS für das Sommersemester 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?
- Buchung des Fluges nach Indien im März 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

*Siehe Fragebeantwortung 13) der Kindesmutter Fr. F E-C.*

14) Wer war Ihre Klassenlehrerin/der Klassenlehrer an der G H Schule im Feber und März 2012 (Vor-/Nachame, Kontaktdaten)?

*Ich habe leider keine Ahnung mehr. Ich weiß auch nicht mehr, welche Fächer sie unterrichtet hat. Aber die Klassenlehrerin war glaube ich eine Dame.*

15) Ergänzende Angaben:

*Ich habe nichts zu ergänzen.*

### **Schreiben von Mag. K L, M.A. vom 22.2.2019**

Mag. K L, M.A. teilte dem Finanzamt mit Schreiben vom 22.2.2019 mit:

*Es ist mir nicht möglich, nach 7 Jahren über D C, die nur 2 Monate in meiner Klasse gemeldet war, mehr Auskunft zu geben als es die Administration der Schule, die sich um Aufnahme und Abmeldungen kümmert, getan hat!*

*Auch die Frage, ob die Eltern vorhatten ihre Tochter D bis zum Schulabschluss bei uns zu lassen, kann ich nicht beantworten. Im Regelfall trifft das zu.*

### **Keine weiteren Unterlagen**

Weitere Unterlagen wurden vom Finanzamt nicht vorgelegt.

## **Beschluss vom 18.3.2019**

Mit Beschluss vom 18.3.2019 wurden den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Ermittlungsergebnisse vom 26.2.2019 mit dem Ersuchen, sich dazu innerhalb von einem Monat nach Zustellung dieses Beschlusses zu äußern, zur Kenntnis gebracht.

Keine der Parteien äußerte sich innerhalb der gesetzten Frist.

## **Stellungnahme des Finanzamts vom 2.5.2019**

Nach Fristablauf äußerte sich das Finanzamt mit E-Mail vom 2.5.2019 wie folgt:

*Aus den Niederschriften mit der Kindesmutter und D C geht eindeutig hervor, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen bereits vor dem verfahrensgegenständlichen Zeitraum schon Jahre zuvor ins Ausland /Drittland verlagert wurde:*

*(zit.) „... zuvor besuchte ich die VS (Volksschule) in Indien (ISPS). März 2004 bis Mitte 2005 war ich in Indien, danach ... in der Meißnergasse. Die VS Meißnergasse absolvierte ich von Sep. 2005 bis März 2006. Danach war ich wieder in Indien“ (S. 3, Pkt. 4 der Niederschrift v. 14.02.2019 mit D C). Siehe auch beide Niederschriften ausführlicher.*

*Insbesondere hinzuweisen ist auch auf das rechtskräftige Erkenntnis des BFG vom 03.07.2017 in casu Beschwerdeverfahren der Kindesmutter (RV/7100406/2014), in diesem hat das BFG folgende Sachverhaltsfeststellungen getroffen:*

*(zit.) „Unbestritten ist, dass sich die Tochter (gemeint D) der Bf. von Jänner bis Juli 2013 in Indien eine Schule besucht hat. Darüber hinaus ist es als erwiesen anzunehmen, dass dies schon ab dem Wintersemester 2011 der Fall war.*

*Dies ergibt sich aus den unbedenklichen Vermerken in der elektronischen Datenbank, unter anderem aus einem Telefonat mit dem Stadtschulrat Wien, demzufolge die Tochter (gemeint D) in Österreich eine Schule bis Juni 2011 besucht und sich danach in Indien aufgehalten hat“ (siehe BFG-Erkenntnis v. 03.07.2017 zur GZ RV/7100406/2014).*

*Nach der Rechtsprechung des VwGH ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs.2 BAO zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt iSd Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Lt. VwGH (2009/16/0133) ist eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehender Aufenthalt zu sehen.*

*In casu war D sogar weit mehr als 1 Jahr im Ausland aufhältig. Daher besteht im verfahrensgegenständlichem Zeitraumes kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da ab Juli 2011 bis Juli 2013 der ständige Aufenthalt im Ausland war.*

*Demnach ist das Finanzamt der Ansicht, dass wenn sogar der Kindesmutter kein Anspruch auf Familienbeihilfe für D zusteht - im Zuge Ihres Beihilfeverfahrens wurde auch vom BFG festgestellt, dass nicht alle Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, respektive insb. es am ständigen Inlandsaufenthalt mangelt - kein Anspruch auf Familienbeihilfe für D zusteht, dies müsse auch aus gleichen Gründen im Verfahren des Herrn C A gelten, da es leider insb. an der Voraussetzung des ständigen Inlandsaufenthaltes mangelt und daher der Anspruch auf Familienbeihilfe aus gleichen Gründen zu verneinen ist (siehe auch RV/7100406/2014).*

Mit E-Mail vom 3.5.2019 gab das Finanzamt folgende Aufstellung an ausbezahlten Familienleistungen für D C bekannt:

*FBH 07/2011 - 08/2011: je € 165,90*

*FBH 09/2011 - 09/2011: € 265,90 (inkl. Schulstartgeld)*

*FBH 10/2011 - 08/2012: je € 165,90*

*FBH 09/2012 - 09/2012: € 265,90 (inkl. Schulstartgeld)*

*FBH 10/2012 - 12/2012: je € 165,90*

*KG 07/2011 - 12/2012: je € 58,40*

*Summe: € 4.237,40.*

## **Mündliche Verhandlung**

Das darüber aufgenommene Protokoll gibt den Verlauf der mündlichen Verhandlung wie folgt wieder:

*Beginn der Verhandlung: 11:00 Uhr*

*Die Verhandlung findet über Antrag der Partei statt.*

**Die Berichtsteratterin** trägt die Sache vor.

**Die Berichtsteratterin** ersucht den Bf. den Inhalt des Schreibens vom 30.7.2017 vorzutragen.

**Beschwerdeführer** trägt den Inhalt des Schreibens vom 30.7.2017 vor.

**Die Berichtsteratterin** stellt den streitgegenständlichen Sachverhalt fest.

*Es wird der Finanzamtsvertreterin das Wort erteilt.*

**Finanzamtsvertreterin** : Die Tochter des Bf. hatte bereits vor Juli 2011 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich, das steht außer Streit.



**Beschwerdeführer** : Im Jahr 2011 habe ich mit meiner Tochter vereinbart, dass sie wieder in Österreich in die Schule gehen wird. Erst im März fiel kurzfristig die Entscheidung, auf Grund der Wiedereinstiegsschwierigkeiten in der österr. Schule, dass die Tochter weiterhin die Schule in Indien besuchen wird.

**Die Berichterstatterin** trägt ihre Beweiswürdigung vor.

Es gibt keine Einwendungen weder seitens des Finanzamtes noch seitens des Beschwerdeführers.

**Die Berichterstatterin** beginnt ihre rechtliche Würdigung vorzutragen.

**Der Beschwerdeführer** legt das Erkenntnis des VwGH 27.1.2010, 2009/16/0124 vor und beruft sich darauf.

**Steuerlicher Vertreter** bringt vor, dass er sich zu den Rechtsansichten des Bf. nicht äußern möchte.

**Der Beschwerdeführer** bringt vor, dass er die Ansicht der Berichterstatterin, wonach das in der Beschwerde angeführte Urteil des EuGH in keinem Zusammenhang mit dem gegenständlichen Fall steht, teilt.

**Der Beschwerdeführer** teilt die rechtlichen Ausführungen der Berichterstatterin.

**Die Vorsitzende** erteilt dem Bf. bzw. der steuerlichen Vertretung des Bf. das Wort.

**Der Beschwerdeführer und der steuerliche Vertreter** schließen sich der Ansicht an, dass sich der Auslandsaufenthalt der Tochter des Bf. in die seitens der Berichterstatterin vorgetragenen zwei Zeiträume einteilen lässt.

Auf Anträge wird seitens des Beschwerdeführers und seitens der Finanzamtsvertreterin verzichtet.

Der Senat zieht sich um 13.00 Uhr zur Beratung und Abstimmung zurück.

Nach dem Wiedererscheinen des Senates um 13:15 Uhr verkündet

**Die Vorsitzende** verkündet das Erkenntnis samt den wesentlichen Entscheidungsgründen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Ende der Verhandlung: 13:20 Uhr.

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Die im Mai 1998 geborene D C ging teilweise in Österreich und teilweise in Indien in die Volksschule und danach in die Hauptschule bzw. eine vergleichbare Schule.

Die zweite Klasse Hauptschule besuchte D C in Österreich und beendete diese im Juni 2011. D C hatte bereits vor Juli 2011 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich.

Sie besuchte dann ab Mitte Juli 2011 die International Sahaj Public School (ISPS) in Indien, wo sie im Internat der Schule wohnte. Die ISPS ist eine internationale allgemeinbildende Schule. Es gibt fast keine einheimischen Schüler, die Schüler stammen aus 16 Nationen, die Unterrichtssprache ist Englisch. Normalerweise bleiben ca 99% der Schüler nach Abschluss der Schule nicht in Indien. Die meisten Kinder verlassen die Schule im Alter von zehn bis vierzehn Jahren und werden dann dem Regelschulwesen im Heimatland zugewiesen. Das Schuljahr an der ISPS dauert ungefähr von Mitte März bis Mitte Dezember.

D flog Mitte Juli 2011 nach Indien und blieb bis Schulschluss Mitte Dezember 2011 in Indien. D hatte im Juli 2011 die Absicht, im Dezember 2011 wieder dauerhaft nach Österreich zurückzukehren und dort zur Schule zu gehen. Sie kehrte im Dezember 2011 nach Österreich zurück, wo sie ab Februar 2012 die G H Schule in der Absicht, die Berufsausbildung dort fortzusetzen, besuchte.

Über Empfehlung der österreichischen Schule brach D aber infolge Startschwierigkeiten an der Schule die Ausbildung in Österreich ab und flog Mitte März 2012 wieder nach Indien in der Absicht, das ganze Schuljahr an der ISPS zu verbringen.

Während des Schuljahres 2012 war D C die ganze Zeit im Internat in Indien.

Im Dezember 2012 kehrte D wieder nach Österreich zurück.

Während eines Teils des Jahres 2013 (ab Mitte März 2013, dem Beginn des Unterrichtsjahres an der ISPS) setzte D die Ausbildung an der ISPS in Indien fort und kehrte vor September 2013 wieder nach Österreich zurück.

Im September 2013 begann D das Schuljahr 2013/14 in Österreich am Gymnasium der I und legte im Juni 2016 die Reifeprüfung in Österreich erfolgreich ab.

## **Beweiswürdigung**

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus dem eigenen Vorbringen des Vaters im Vorlageantrag und den Ermittlungsergebnissen des Finanzamts im Auftrag des BFG, insbesondere den Aussagen von Mutter und Tochter.

Dass die Tochter bereits vor Juli 2011 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte, wurde vom Finanzamt in der mündlichen Verhandlung außer Streit gestellt.

Hinsichtlich der Unterrichtsmodalitäten an der ISPS wird auch den mit dem Parteivorbringen im gegenständlichen Verfahren in Einklang stehenden Feststellungen im Verfahren BFG 31.3.2016, RV/7102769/2013 gefolgt.

Die Feststellungen weichen, was den nicht durchgehenden Aufenthalt in Indien anlangt, von den Feststellungen des Bundesfinanzgerichts im Verfahren BFG 3.7.2017,

RV/7100406/2014 ab. Das BFG hat sich im Verfahren BFG 3.7.2017, RV/7100406/2014 auf Vermerke in der elektronischen Datenbank des Finanzamtes sowie eine telefonische Auskunft des Stadtschulrats für Wien gestützt. Der Bf war nicht Partei dieses Verfahrens. Dagegen hat der Bf im gegenständlichen Verfahren Details zum Indienaufenthalt der Tochter bekannt gegeben, die dem BFG im Verfahren BFG 3.7.2017, RV/7100406/2014 nicht zur Verfügung standen. Außerdem haben im Auftrag des BFG die Tochter und die Mutter im Februar 2019 als Zeugen vernommen konkrete und glaubhafte Angaben gemacht, die das Vorbringen des Bf stützen.

Gegen die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen wurde in der mündlichen Verhandlung kein Einwand erhoben.

## Rechtsgrundlagen

§ 2 FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 111/2010:

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

*a) für minderjährige Kinder,*

*b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die*

*Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,*

*c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,*

*d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,*

*e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,*

*f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)*

*g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*

*h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,*

*i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger*

*sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*

*j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie*

*aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und*

*bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und*

*cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,*

*k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer.*

*(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.*

*(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person*

*a) deren Nachkommen,*

*b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,*

*c) deren Stiefkinder,*

*d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).*

*(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsbildung.*

*(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn*

*a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,*

*b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,*

*c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).*

*Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.*

*(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs. 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 2 und 4) entspricht.*

*(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.*

*(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.*

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 111/2010:

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

§ 26 FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 103/2007:

*§ 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 i.d.F. BGBl. I Nr. 111/2010:

*(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 im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.*

§ 26 BAO lautet:

*§ 26. (1) Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, daß er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.*

*(2) Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand 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. Das Bundesministerium für Finanzen ist ermächtigt, von der Anwendung dieser Bestimmung bei Personen abzusehen, deren Aufenthalt im Inland nicht mehr als ein Jahr beträgt, wenn diese im Inland weder ein Gewerbe betreiben noch einen anderen Beruf ausüben.*

*(3) In einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), werden wie Personen behandelt, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Ort der die Dienstbezüge anweisenden Stelle haben. Das gleiche gilt für deren Ehegatten, sofern die Eheleute in dauernder Haushaltsgemeinschaft leben, und für deren minderjährige Kinder, die zu ihrem Haushalt gehören.*

## **Ständiger Auslandsaufenthalt**

Vom Finanzamt wurde nicht bestritten, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) des Bf im Streitzeitraum in Österreich gelegen ist. Auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen des Kindes kommt es, sofern dieses nicht für sich selbst Familienbeihilfe gemäß § 6 FLAG 1967 beantragt, grundsätzlich nicht an (vgl. BFG 2.1.2017, RV/7103136/2015). Die diesbezüglichen Ausführungen sowohl des Bf als auch des Finanzamts gehen daher ins Leere.

Allerdings steht gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ein ständiger Auslandsaufenthalt des Kindes einem Anspruch auf Familienbeihilfe entgegen. Die Bestimmung ist verfassungskonform (vgl. VfGH 15.6.2002, G 112/99; VfGH 14.12.2001, B 2366/00).

Der Ausschuss für Familie und Jugend hat in Zusammenhang mit der Beratung der Indexierung der Familienbeihilfe folgende Feststellung getroffen (AB 290 BlgNR 26. GP):

*Der Ausschuss für Familie und Jugend geht davon aus, dass Familien bzw. Eltern, die ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich haben und deren haushaltszugehörige Kinder nur vorübergehend für Ausbildungszwecke im Ausland studieren, weiterhin Anspruch auf die volle Familienbeihilfe für diese Kinder haben. In diesem Zusammenhang gilt die Haushaltszugehörigkeit – unabhängig von der Dauer des Studiums – nicht als aufgehoben.*

*Das Studium im Ausland ist als Berufsausbildung wie ein Studium im Inland anzusehen und ist analog zu den für die Absolvierung von Studien in Österreich geltenden Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 – insbesondere in Bezug auf die Studiendauer und den Studienerfolg – zu prüfen und zu beurteilen.*

Bei dieser Ausschussfeststellung, die sich im Übrigen auf Studien und nicht auf den Besuch von Pflichtschulen bezieht, handelt es sich um keine die Vollziehung und Rechtsprechung bindende authentische Interpretation (vgl. etwa zu einer solchen BGBl. I Nr. 12/2014). Mit authentischer Interpretation wird ein spezielles Rechtsinstitut bezeichnet, das in § 8 ABGB umschrieben ist. Danach steht dem Gesetzgeber (und nur ihm) die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Soll nun diese Erklärung des Gesetzgebers das bewirken, was im § 8 ABGB angeführt ist, nämlich allgemein verbindlich sein, so muss der Gesetzgeber auch die Form gebrauchen, die für Erklärungen allgemein verbindlicher Art vorgesehen ist; er muss also formell ein Gesetz erlassen. Eine bloße Ausschussfeststellung bewirkt diesen Effekt nicht (vgl. das Vorbringen der Wiener Landesregierung im Verfahren VfGH 10.10.1988, G 121/88).

Unbeachtlich ist, ob diese Ausschussfeststellung hinsichtlich von Kindern, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums oder in der Schweiz, studieren, zutreffend ist. Keinesfalls war mit dieser Ausschussfeststellung gedacht, Kindern, die in Drittstaaten ausgebildet werden und sich dort ständig aufhalten, abweichend von der ständigen Rechtsprechung österreichische Familienbeihilfe zuzuerkennen.

Ein vorübergehender Auslandsaufenthalt steht dem Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht entgegen, ein ständiger schon (§ 5 Abs. 3 FLAG 1967).

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen befand sich D von Mitte Juli 2011 bis Mitte Dezember 2011, also rund fünf Monate, sowie von Mitte März 2012 bis Mitte Dezember 2012, also rund neun Monate, jeweils durchgehend in Indien. Zuvor besuchte D bis Juni 2011 in Österreich die zweite Klasse Hauptschule, hielt sich also mehr als sechs Monate durchgehend in Österreich auf.

Wie das Finanzamt bereits in der Beschwerdevorentscheidung und im Vorlagebericht genau ausgeführt hat, geht es bei der Frage des ständigen Aufenthaltes i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 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, 2007/15/0055).

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. fallweise kurze Besuche in Österreich während des Schuljahres sind jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch ein ständiger Aufenthalt des Kindes 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).

Auch wenn der Auslandsaufenthalt zu Ausbildungszwecken erfolgte, ändert dies nichts daran, dass sich das Kind während der Auslandsausbildung ständig i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im Ausland, also einem Drittland, aufhält (vgl. BFG 11.12.2015, RV/7105408/2015; BFG 4.1.2016, RV/7101957/2015; BFG 14.10.2016, RV/7101355/2016; BFG 3.11.2016, RV/7100224/2016; BFG 2.1.2017, RV/7103136/2015).

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).

Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Auslandsaufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, also wenn der Auslandsaufenthalt von Anfang an auf längere Zeit angelegt war, ab Beginn des Auslandsaufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (vgl. VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Die vorstehenden Ausführungen geben die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesfinanzgerichts zu Auslandsaufenthalten von Kindern, für die Familienbeihilfe beansprucht wird, wieder.

Wenn der Bf vorbringt, dass er im Beschwerdezeitraum in Österreich einen Wohnsitz gehabt hat, ist dazu festzustellen, dass das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzung des Einleitungssatzes des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 (Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt des Antragstellers im Bundesgebiet) nicht strittig ist. Strittig ist auch nicht der Lebensmittelpunkt des Antragstellers im Beschwerdezeitraum (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967).

Es geht um die Regelung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967, die sich auf den Aufenthalt des anspruchsvermittelnden Kindes bezieht. So kommt es auf den tatsächlichen, und nicht einen fiktiven, Aufenthalt an. Ob das Kind, was die Regel sein wird, während des

Auslandsaufenthalts seinen Wohnsitz in Österreich beibehält, ist für die Frage, wo sich das Kind tatsächlich aufgehalten hat, nicht von Bedeutung.

Das vom Bf im Vorlageantrag zitierte Urteil EuGH 2.4.2009, C-523/07, A, ECLI:EU:C:2009:225 erging zur Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (ABl. L 338, S. 1, im Folgenden: Verordnung). Diese Verordnung regelt die justizielle Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten und steht in keinen Zusammenhang mit den Voraussetzungen, die die nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen enthalten.

Das Erkenntnis VwGH 27.1.2010, 2009/16/0124, auf das sich der Bf in der mündlichen Verhandlung berufen hat, betraf die Frage, ob sich Drittstaatsangehörige gemäß NAG zu Recht in Österreich aufhalten und ob diese den Mittelpunkt ihrer Interessen in Österreich haben. Daraus ist für die Frage, ob sich die Tochter des Bf ständig im Ausland aufgehalten hat, nichts gewonnen.

In einem umfangreichen Schreiben vom 20.7.2017 hat der Bf Rechtsvorschriften aus unterschiedlichen Rechtsgebieten auszugsweise zusammengestellt und leitet aus Bestimmungen der Bundesabgabenordnung, des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, des Meldegesetzes 1991, des Einkommensteuergesetzes 1988, des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes ab: "Laut Kalender hat D sich einmal 5 und einmal 9 Monate in Indien zur Ausbildung befunden, aber laut österreichischen Gesetz maximal 3 Tage!"

Verfassungsgemäße Aufgabe des Bundesfinanzgerichts ist, Recht zu sprechen und nicht Recht zu erklären. Dem Bundesfinanzgericht fehlen die Ressourcen, sich mit den vielen Überlegungen, die der Bf, der durch einen Steuerberater vertreten ist, selbst zur Deutung des geltenden Rechts angestellt hat, auseinanderzusetzen.

Beispielsweise ist Berufsausbildung keine Berufsausübung i.S.d. § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 oder steht für Zeit eines (über sechs Monate hinausgehenden) Studiums in einem Drittstaat keine Familienbeihilfe zu (die in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 genannte Regelung betreffend eines Auslandsstudiums führt nur zu einer Verlängerung der höchstzulässigen Dauer eines durch ein Auslandsstudium unterbrochenen Studiums im Inland und nicht dazu, dass während des Drittstaatsaufenthalts Familienbeihilfe zustehe).

Für die Frage des in Bezug auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 maßgeblichen ständigen Auslandsaufenthalts kommt es einzig und allein darauf an, wo sich das Kind körperlich tatsächlich befunden hat. Ob Hauptwohnsitz und Mittelpunkt der Lebensinteressen des Kindes während des Auslandsaufenthalts weiterhin in Österreich gewesen sind, ist nicht entscheidend, und auch nicht, ob die Schule in Indien praktisch nur von Kindern aus anderen Ländern besucht wurde, das Kind nur über eine befristete Aufenthaltsbewilligung verfügt hat, das Kind, wäre es in Österreich, nach dem Meldegesetz 1991 nicht anzumelden gewesen wäre, die Schule nicht bis zum Ende der Gesamtausbildung

besucht wurde, das Kind keine Angehörige in Indien hatte und das Kind später in Österreich die Reifeprüfung abgelegt hat.

### **Beschwerdezeitraum**

Beschwerdezeitraum des gegenständlichen Verfahrens ist der Zeitraum Februar und März 2012.

Hinsichtlich der Zeiträume Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 wird auf die Entscheidung des BFG vom heutigen Tag zu RV/7105128/2016 verwiesen.

Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichts liegt im gegenständlichen Fall kein durchgehender Auslandsaufenthalt von D C während des Zeitraum Juli 2011 bis Dezember 2012 vor.

### **Zeitraum Juli 2011 bis Dezember 2011**

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen absolvierte D C bis Juni 2011 in Österreich die zweite Klasse Hauptschule, flog Mitte Juli 2011 nach Indien und blieb bis Schulschluss Mitte Dezember 2011 in Indien. Dann kehrte D nach Österreich in der Absicht zurück, ab Beginn des zweiten Semesters (Februar 2012) in Österreich zur Schule zu gehen, was sie auch tatsächlich tat.

Der Aufenthalt in Indien dauerte damit rund fünf Monate (Mitte Juli 2011 bis Mitte Dezember 2011). Der Aufenthalt war auf keine längere Zeit angelegt, da D (schon anlässlich ihrer Reise nach Indien) danach die Ausbildung in Österreich fortsetzen wollte (und fortgesetzt hat).

Dass sich D ab März 2012 wiederum umorientierte und neuerlich nach Indien ging, wirkt nicht auf die Absicht im Jahr 2011, sich nur vorübergehend in Indien aufzuhalten, zurück.

Der fünfmonatige und mit Dezember 2011 abgeschlossene Auslandsaufenthalt ist nicht als ständiger Aufenthalt des Kindes im Ausland i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 anzusehen.

Vor diesem Auslandsaufenthalt befand sich D mehr als sechs Monate in Österreich, um die zweite Klasse Hauptschule zu besuchen. Der Aufenthalt in Indien von Mitte Juli 2011 bis Mitte Dezember 2011 schloß nicht an einen vorangehenden, etwa nur durch einen Urlaub unterbrochenen Auslandsaufenthalt an, sondern an einen ständigen Aufenthalt in Österreich. Dass D vor der zweiten Klasse Hauptschule teils in Indien, teils in Österreich zur Schule ging, führt nicht dazu, dass der Indienaufenthalt im Jahr 2011 gemeinsam mit länger zurück liegenden Indienaufenthalten einen Einheit bildet.

## **Jänner 2012**

Im Jänner 2012 hielt sich D unstrittig in Österreich auf. Da D minderjährig war, stand dem Bf für sie Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu.

Nach den Ausführungen zum Zeitraum Juli 2011 bis Dezember 2011 sollte der Aufenthalt in Indien mit Dezember 2011 beendet und die Ausbildung ab Februar 2012 in Österreich fortgesetzt werden. Es wurde daher kein mehrjähriger Auslandsaufenthalt lediglich durch die Ferien unterbrochen, sondern es sollte sich D im Jänner 2012 dauerhaft wieder in Österreich aufhalten.

## **Februar und März 2012**

Wie zum Zeitraum Jänner 2012 ausgeführt, hielt sich D im Februar und März 2012 unstrittig in Österreich auf und stand daher Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 zu.

## **Zeitraum April 2012 bis Dezember 2012**

Es steht außer Streit, dass D, nachdem sich im Februar 2012 herausgestellt hatte, dass eine Intergration in das österreichische Bildungswesen zu diesem Zeitpunkt schwierig und eine Fortsetzung der Ausbildung in Indien im Kindeswohl gelegen ist, sich von Mitte März 2012 bis Mitte Dezember 2012 durchgehend in Indien von Beginn an mit der Absicht aufgehalten hat, das gesamte Ausbildungs(dreiviertel)jahr an der ISPS zuzubringen.

Dieser zweite Auslandsaufenthalt dauerte rund neun Monate. Damit geht er deutlich über die vom VwGH als "gerade noch" vorübergehend angesehene Auslandsaufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten hinaus (vgl. BFG 20.6.2015, RV/7104568/2014 zu siebenmonatigem Auslandsaufenthalt) hinaus. Es kann nicht mehr von einem bloß vorübergehenden Auslandsaufenthalt gesprochen werden, unabhängig davon, ob D im Jahr 2013 ihre Ausbildung zunächst in Indien fortgesetzt hat oder nicht.

## **Stattgabe der Beschwerde**

Da die Beschwerde zeigt hinsichtlich des Zeitraums Februar und März 2012 eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) auf. Für diesen Zeitraum wurde Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht zu Unrecht bezogen. Der angefochtene Bescheid ist gemäß § 279 BAO ersatzlos aufzuheben.

## **Revisionsnichtzulassung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht 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. Sie folgt vielmehr der dargestellten Rechtsprechung.

Wien, am 16. Juli 2019