

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Vorsitzenden Dr. Alexander Hajicek, die Richterin Mag. Regina Vogt sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Martin Saringer und Mag. Franz Josef Groß über die Beschwerde (vormals Berufung) der M**** A***, Adr***, vertreten durch Karl Grossek, 3130 Herzogenburg, Wiener Straße 28/Stiege 2, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum April 2007 bis Jänner 2012 für die Kinder E**** A***, geb. **.**.2000 und R**** A***, geb. **.**.1999, nach der am 16. März 2016 in 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 2b durchgeführten mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als die Familienbeihilfe für den Zeitraum Dezember 2011 bis Jänner 2012 gewährt wird.

Im Übrigen, somit für den Zeitraum April 2007 bis November 2011, wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt insoweit unverändert.

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art 133 Abs 4 B-VG ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Die Kinder der Beschwerdeführer haben besucht für mehrere Jahre ein Internat in Indien.

Mit Bescheid vom 11.7.2012 wies das Finanzamt einen Antrag der Beschwerdeführer in vom 26.3.2012 (Eingangsstempel des Finanzamtes vom 4.4.2012) auf Familienbeihilfe für den Zeitraum April 2007 bis Jänner 2012 (Streitzeitraum) für die Kinder E**** A*** (geb. **.**.2000) und R**** A*** (geb. **.**.1999) mit der Begründung ab, gemäß § 5 Abs 3 FLAG bestehe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Im Beschwerdeverfahren erging mit Datum vom 29.1.2013 eine abweisende Berufungsvorentscheidung.

Ein den Zeitraum Oktober 2006 bis März 2007 (Vorzeitraum) betreffendes Berufungsverfahren hatte mit Zurücknahme der Berufung geendet. In diesem Verfahren erstattete die Beschwerdeführerin eine Vorhaltsbeantwortung und wurde der Ehemann der Beschwerdeführerin als Zeuge befragt.

Im Beschwerdefall bzw in dem den Vorzeitraum betreffenden Verfahren brachte die Beschwerdeführer in im Wesentlichen vor, der VwGH interpretiere § 5 Abs 3 FLAG so, dass er im FLAG die Intention des Gesetzgebers gegeben sehe, jenen Familien eine Beihilfe gewähren zu wollen, bei denen gemäß dem Gesamtbild der Verhältnisse ein überwiegendes Naheverhältnis von Eltern und Kindern zum Staat Österreich gegeben sei. Demnach untergeordnete Naheverhältnisse zu anderen Staaten schadeten dem Familienbeihilfenbezug nicht (Hinweis VwGH 9.12.2004, 2004/14/0023).

Sinngemäß habe der UFS hinsichtlich § 2 Abs 8 FLAG argumentiert, was genauso für § 5 Abs 3 FLAG gelten könne (Hinweis Schwaiger, SWK 19/2007, S 568).

Die Kinder hielten sich ausschließlich zu Ausbildungszwecken ca neun Monate des Jahres in Indien in einem internationalen Internat auf. Durchschnittlich 95 % der Schüler dieser Ausbildungseinrichtung hätten nachweislich eine andere als die indische Staatsbürgerschaft. Während der gesamten restlichen Zeit des Jahres (Schulferien) hielten sich die Kinder in Österreich auf.

Die Eltern lebten nach wie vor in Österreich und würden dies auch künftig tun, die Kinder hätten bis zum Beginn ihrer Schulausbildung in Österreich gelebt. Allein aus der großen örtlichen Distanz zwischen Eltern und Kindern werde noch kein Naheverhältnis zu Indien begründet, welches im Gesamtbild stärker wäre als das Naheverhältnis der Kinder zu Österreich.

Aus der bestehenden Judikatur zur Auslegung des „ständigen Aufenthaltes“ sei zu entnehmen, dass oft nicht schematisch darauf abgestellt werde, wie lange jemand von Österreich abwesend sei. Der Verwaltungsgerichtshof stelle im Erkenntnis vom 9.12.2004, 2004/14/0023 darauf ab, ob die Bindungen zum anderen Staat die Bindungen zu Österreich überstiegen und zu welchem Staat nach dem Gesamtbild der Verhältnisse die stärkere Nahebeziehung bestünde. Nach der in diesem Erkenntnis getroffenen Auslegung liege der ständige Aufenthalt der Kinder in Österreich, der Schulbesuch in Indien stelle nur eine vorübergehende Abwesenheit dar, weil eine weit größere Verbundenheit der beiden Kinder und der Eltern zu Österreich bestehe.

Der Streitfall sei sehr ungewöhnlich, es gebe keine genau auf diesen Fall passende Literatur oder Rechtsprechung. In den in der Rechtsprechung entschiedenen Fällen, in welchen der Verlust der Familienbeihilfe bestätigt worden sei, hätten die Kinder oder deren Eltern vor Ort im Ausland irgend eine Nahebeziehung zu Verwandten oder Bekannten unterhalten und nur teilweise die Schulferien in Österreich verbracht. Im Streitfall würden hingegen die Schulferien zur Gänze in Österreich verbracht, weil es am Schulort keinerlei

Verwandte, Bekannte oder Einrichtungen gebe, wo Kinder nach Ende des Schuljahres bleiben könnten.

In einem vergleichbaren Fall habe das BMGFJ betreffend ein anderes Kind, welches ebenfalls dasselbe Internat in Indien besucht habe, ausgeführt: „Sollte Ihre Tochter jedoch nachweislich die Ferienzeiten in Ihrem Haushalt in Österreich verbringen und nach Abschluss der Volksschule in Indien wieder endgültig nach Österreich zurückkehren, und hier eine weiterführende Schule besuchen, so könnte davon ausgegangen werden, dass sie sich für eine begrenzte Zeitdauer ausschließlich zu Ausbildungszwecken im Ausland aufgehalten hat und hiedurch der ständige Aufenthalt in Österreich nicht dauerhaft unterbrochen war.“

In einer ihrem Ehemann erteilten Auskunft des BMWWF vom 19.4.2013 heiße es ua: „Zufolge der obigen Ausführungen kann das Finanzamt daher allenfalls in Einzelfällen im Rahmen der freien Beweiswürdigung nach eingehender Prüfung aller in Frage kommenden Sachverhaltskomponenten (wie Aufenthaltsdauer im Ausland, Alter des Kindes, Aufenthaltsdauer in Österreich, weiterer Verbleib des Kindes usw) zu dem Schluss kommen, dass ein Kind sich tatsächlich nur zum Zweck des Abschlusses einer bestimmten Ausbildung für eine begrenzte Zeit im Ausland aufgehalten hat, und hiedurch der Aufenthalt in Österreich nicht dauerhaft im Sinne von § 5 Abs 3 FLAG 1967 unterbrochen war.“

Der Lebensmittelpunkt ihrer Kinder sei die ganze Zeit über in Österreich gelegen. Daher hätten die Kinder auch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich gehabt.

Im Urteil des EuGH vom 2.4.2009, Rs C-523-07 werde ausgeführt, dass der Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ iSd von Art 8 Abs 1 der Verordnung Nr 2201/2003 dahin auszulegen ist, „dass darunter der Ort zu verstehen ist, der Ausdruck einer gewissen sozialen und familiären Integration des Kindes ist. Hierfür sind insbesondere die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthaltes in einem Mitgliedsstaat sowie die Gründe für diesen Aufenthalt und den Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes, Ort und Umstände der Einschulung, die Sprachkenntnisse sowie die familiäre und sozialen Bindungen des Kindes in dem betreffenden Staat zu berücksichtigen. Es ist Sache des nationalen Gerichtes, unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalls den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes festzustellen.“

Am 16. März 2016 fand eine mündliche Verhandlung statt.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Gemäß § 323 Abs 38 BAO sind die am 31.12.2013 beim Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden iSd Art 130 Abs 1 B-VG zu erledigen. Solche Verfahren betreffende Anbringen wirken mit 1.1.2014 auch gegenüber dem Bundesfinanzgericht.

Soweit in der Darstellung des Verfahrensganges von der Berufung die Rede war, ist diese als Beschwerde zu verstehen bzw wird diese in der Folge als solche bezeichnet.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt des Finanzamtes und die darin erliegenden Urkunden, insbesondere eine Bestätigung der indischen Schule vom 4.12.2004, ein Schreiben der Beschwerdeführerin vom 16.2.2006, eine Vorhaltsbeantwortung der Beschwerdeführerin vom 31.1.2007, eine Aufstellung über die Reisepassstempel in den Reisepässen der Kinder (AS 26), Schulbesuchsbestätigungen über den Schulbesuch in Österreich (AS 45 f und AS 64 f), die Zahlungsbestätigungen für die Flugtickets (AS 75 f), weiters durch Einsichtnahme in den den Vorzeitraum betreffenden Akt des Unabhängigen Finanzsenates, RV/0534-W/08 und die darin erliegenden Urkunden, insbesondere die Vorhaltsbeantwortung 31.3.2008, das Schreiben (e-mail) des steuerlichen Vertreters vom 9.6.2008, die Niederschrift über die Aussage des Ehemannes der Beschwerdeführerin sowie durch Bedachtnahme auf die Angaben in der mündlichen Verhandlung.

Danach steht folgender **Sachverhalt** fest:

Die Beschwerdeführerin selbst stammt aus Indien und ist indische Staatsangehörige. Die Kinder R**** A**** und E**** A**** sind, ebenso wie der Ehemann der Beschwerdeführerin und Vater der Kinder N**** A**** und das weitere Kind B**** A****, österreichische Staatsbürger.

Die Beschwerdeführerin, ihr Ehemann und das weitere Kind B**** A**** (geb. **.**.2008) leben in Österreich, die Kinder R**** und E**** (idF auch nur kurz: die Kinder) lebten bis zum Internatsbesuch ebenfalls in Österreich.

R**** A**** (geb. **.**.1999) besuchte seit Ende März 2005, E**** A**** (geb. **.**.2000) seit Ende März 2006 ein internationales Internat in Indien (Vorhaltsbeantwortung vom 31.3.2008).

Dieser Schulbesuch dauerte bis Ende 2011.

Am 30. Dezember 2011 kehrten die Kinder nach Österreich zurück und besuchen seit Februar 2012 in Österreich die Schule.

Es war von Anfang an beabsichtigt, die Kinder bis etwa 2010, somit insgesamt 5 bis 6 Jahre (Vorhaltsbeantwortung vom 31.3.2008), zumindest jedoch die Volksschulzeit über (Zeugenaussage des Ehemannes der Beschwerdeführerin am 10.6.2008) das Internat besuchen zu lassen.

Hätten die Kinder in den Ferien mitgeteilt, dass sie im jeweils folgenden Jahr das Internat nicht mehr weiter besuchen wollen, wäre der Schulbesuch in Indien im Folgejahr nicht fortgesetzt worden.

Tatsächlich dauerte der Schulbesuch der Kinder in Indien schließlich beinahe 7 Jahre (R****) bzw beinahe 6 Jahre (E****).

Bei diesem Internat (International Sahaj Public School (ISPS)) handelt es sich um 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 dauert ungefähr vom 25. März bis 15. Dezember, danach finden noch eine Woche lang Schulabschlussveranstaltungen statt (Schulaufführungen, Feste etc.). Während dieser letzten Woche waren auch die Eltern am Schulort in Indien anwesend. Vor Beginn des Schuljahrs waren die Eltern ebenfalls drei bis vier Tage am Schulort anwesend (Zeugenaussage des Ehemannes der Beschwerdeführerin am 10.6.2008).

Während des Schuljahrs waren die Kinder die ganze Zeit im Internat in Indien. Die Ferien (rund drei Monate) verbrachten die Kinder jedoch nahezu ausschließlich (idR durchlaufend) in Österreich; in dieser Zeit war die Schule jeweils geschlossen.

Die Kinder reisten idR Mitte bis Ende März in Indien ein und verließen Indien idR Mitte bis Ende Dezember (18.3.2007 Einreise, 29.12.2007 Ausreise; 2.4.2008 Einreise, 29.12.2008 Ausreise; 19.3.2009 Einreise, 13.12.2009 Ausreise; 24.3.2010 Einreise, 4.1.2011 Ausreise; 28.3.2011 Einreise, 15.12.2011 Ausreise nach Kuala Lumpur, 28.12.2011 Wiedereinreise Indien, 30.12.2011 endgültige Ausreise Indien) (Aufstellung Reisepassstempel AS 26).

Die Verwandten der Beschwerdeführerin in Indien wohnen über 1.200 Kilometer entfernt in Kalkutta. Bei den indischen Verkehrsverhältnissen ist es vom Internat dorthin fast immer eine Mehrtagesreise.

Diese Feststellungen gründen sich auf die angeführten Beweismittel sowie nachstehende **Beweiswürdigung:**

Die Feststellungen sind unstrittig.

Rechtlich folgt daraus:

Die Beschwerdeführerin bringt zusammengefasst vor, aus näher dargestellten Gründen habe das überwiegende Naheverhältnis der Kinder (und der Eltern) zu Österreich bestanden, die Nahebeziehung zu Indien sei hingegen untergeordnet gewesen. Damit wendet die Beschwerdeführerin im Wesentlichen ein, der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Kinder habe sich nicht in Indien, sondern in Österreich befunden.

Gemäß § 2 Abs 1 FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere in den folgenden Bestimmungen des FLAG genannte Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

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

Zwischen der Republik Österreich und der Republik Indien besteht kein Abkommen über soziale Sicherheit.

Nach der 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. Danach hat jemand den 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. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt 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 (für viele zB VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Ein nicht nur vorübergehende Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133).

Die Rechtsprechung hat im gegebenen Zusammenhang einen Aufenthalt von fünfeinhalb Monaten im Ausland als gerade noch vorübergehend (VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133), einen Aufenthalt von siebeneinhalb Monaten im Ausland hingegen als nicht mehr nur vorübergehend (VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195) beurteilt.

Ein auf (voraussichtlich) mehrere Jahre angelegter Schulbesuch im Ausland begründet einen ständigen Aufenthalt im Ausland iSd § 5 Abs 3 FLAG (zB VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221; 24.6.2010, 2009/16/0131; VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008 mwN betreffend einen einjährigen Auslandsaufenthalt zum Zweck eines einjährigen Schulbesuchs im Ausland).

Bei der Beurteilung, ob der Anspruch auf Familienbeihilfe für den Anspruchszeitraum gegeben ist, ist grundsätzlich eine ex-ante Prüfung vorzunehmen (VwGH 27.9.2012, 2010/16/0084 mwN).

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen „längeren Zeitraum“, so liegt „jedenfalls“ ein „nicht nur vorübergehendes Verweilen“ vor. Ein Aufenthalt ist demnach nicht schon dann „vorübergehend“, wenn er zeitlich begrenzt ist (VwGH 18.11.2009, 2008/13/0072).

Deshalb ist auch bei der im Zuge der vorzunehmenden ex-ante Betrachtung des Auslandsaufenthaltes eine auch nach objektiven Gesichtspunkten als annähernd gewiss anzunehmende Rückkehr nach Österreich (nach Ende der Schulausbildung im Ausland) nicht entscheidend (VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Das Verbringen der Ferien in einem anderen Land als jenem des Schulbesuches unterbricht als vorübergehende Abwesenheit den ständigen Aufenthalt am Schulort nicht (zB VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160; VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221).

Ob die Ferien einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten umfassen, ist dabei unter Berücksichtigung des Gesamtbildes (jeweils Rückkehr an den Schulort) nicht entscheidungswesentlich (VwGH 20.6.2000, 98/15/0016).

Der Internatsbesuch der Kinder in Indien dauerte beinahe sieben bzw beinahe sechs Jahre und war von vornherein auf voraussichtlich fünf bis sechs Jahre, zumindest aber auf die Volksschulzeit angelegt. Die Kinder haben sich jeweils rund neun Monate durchgehend im Internat in Indien aufgehalten. Die rund drei Monate dauernden Ferien verbrachten die Kinder jeweils in Österreich.

Damit hielten sich die Kinder jedoch nach dem oben Gesagten ständig im Ausland (Indien) auf. Dieser ständige Aufenthalt in Indien wurde durch das Verbringen der Ferien in Österreich nicht unterbrochen. Gemäß § 5 Abs 3 FLAG besteht daher für den Zeitraum dieses Auslandsaufenthaltes kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Daran vermag auch die Argumentation, in der Lebensphase der Berufsausbildung, der Vorstufe zur Erlangung der Selbsterhaltungsfähigkeit sei die persönliche und wirtschaftliche Bindung am Ort der Ausbildung nicht entsprechend gefestigt und es sei durchaus üblich, die Berufsausbildung an einem anderen Ort als seinem Familienwohnsitz, der im Normalfall den Mittelpunkt der Lebensinteressen darstelle, zu absolvieren, nichts zu ändern.

Denn es geht bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens des gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen sind. Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (VwGH 21.9.2009, 2009/16/0178).

Auch die Tatsache, dass sich die Eltern der Kinder in Österreich befanden und andere Verwandte über 1.200 km entfernt wohnten führt zu keiner anderen Beurteilung, da es um die körperliche Anwesenheit der Kinder geht und eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Die Kinder waren jedoch jeweils rund neun Monate im Jahr in Indien.

Im Übrigen hat sich auch bereits der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, mit den im dortigen Verfahren vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 5 Abs 4 (nunmehr: 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 Verfassungsgerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, welche 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.

Auch österreichische Staatsbürger sind von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs 3 FLAG (früher: Abs 4) erfasst. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes

aufhaltende Kinder. Daher liegt auch keine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit vor (VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

Das von der Beschwerdeführerin wiederholt angesprochene Erkenntnis des VwGH vom 9.12.2004, 2004/14/0023, ist für den Streitfall nicht einschlägig, da dieses die frühere Fassung des § 3 Abs 2 FLAG und nicht den streitgegenständlichen § 5 Abs 3 FLAG betrifft. Es trifft zwar zu, dass dieses Erkenntnis ebenso die Frage des ständigen Aufenthaltes behandelt. Im Streitfall geht es jedoch, anders als in diesem Erkenntnis, um die Frage, ob ein Schulbesuch im Ausland einen ständigen Aufenthalt im Ausland iSd § 5 Abs 3 FLAG begründet und ob dieser durch Ferienaufenthalte unterbrochen wird. Diese Frage wird jedoch vom Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung im oben dargestellten Sinn beantwortet. Das angeführte Erkenntnis hat hingegen mit einem Schulbesuch nichts zu tun.

Soweit die Beschwerdeführerin im Schreiben (e-mail) vom 9.6.2008 auf Schwaiger, SWK 19/2007, S 568, Haben Studierende aus Drittstaaten Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderbetreuungsgeld für ihre Kinder?, verweist, ist damit nichts für ihren Standpunkt zu gewinnen, da gemäß § 2 Abs 8 FLAG für Studierende aus Drittstaaten zusätzlich zum ständigen Aufenthalt (in diesem Fall im Inland) iSd § 5 Abs 3 FLAG der Mittelpunkt der Lebensinteressen (in Österreich) relevant ist. Der im angeführten Aufsatz angesprochene Mittelpunkt der Lebensinteressen ist jedoch für die Frage des ständigen Aufenthaltes nicht von Bedeutung (vgl nochmals VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Die Beschwerdeführerin beruft sich weiters auf das Urteil des EuGH vom 2.4.2009, Rs C-523/07 und die darin getroffene Auslegung des Begriffes „gewöhnlicher Aufenthalt“. Damit ist jedoch nichts für ihren Standpunkt zu gewinnen.

Denn im Streitfall liegt zum Einen kein unionsrechtlicher Bezug vor, da sich das Internat in Indien und nicht innerhalb eines anderen Mitgliedsstaates befindet.

Zudem betrifft dieses Urteil speziell die Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ in Art 8 Abs 1 der Verordnung 2201/2003/EG „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“.

Diese Verordnung regelt jedoch keine Familienbeihilfangelegenheiten, sondern Zivilsachen mit dem Gegenstand Ehescheidung, Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und Ungültigerklärung einer Ehe sowie Zuweisung, Ausübung, Übertragung und vollständige oder teilweise Entziehung der elterlichen Verantwortung, somit eine andere Materie als die im Streitfall vorliegende. Das genannte Urteil des EuGH ist daher auch aus diesem Grund für den Streitfall nicht einschlägig.

Die Beschwerdeführerin verweist weiters darauf, näher bezeichnete andere Eltern, deren Kinder dasselbe Internat besuchten, hätten sehr wohl die Familienbeihilfe erhalten.

Aus der (möglicherweise) rechtswidrigen Vorgangsweise der Behörde in anderen Fällen (bei anderen Abgabenpflichtigen) kann allerdings die Partei keine Rechte für sich ableiten. Vielmehr erfordert der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, Fehler bei der Steuerbemessung (bzw bei der Zuerkennung der Familienbeihilfe) mit allen vom Gesetz

vorgesehenen Mitteln zu vermeiden oder zu beseitigen (*Ritz*, BAO-Kommentar⁵, § 114 Tz 3f).

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG besteht daher für den Zeitraum April 2007 bis November 2011 kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Das Finanzamt hat damit den Antrag auf Familienbeihilfe insoweit zu Recht abgewiesen.

Allerdings sind die Kinder noch im Dezember 2011 nach Österreich zurückgekehrt und besuchen seit Februar 2012 in Österreich die Schule. Die Kinder haben daher seit Dezember 2011 ihren ständigen Aufenthalt in Österreich.

Gemäß § 10 Abs 1 FLAG wird Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt. Die Familienbeihilfe wird nach § 10 Abs 2 FLAG von Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden.

Die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruchs für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (VwGH 27.9.2012, 2010/16/0084).

Da die Kinder im Laufe des Monats Dezember 2011 ihren ständigen Aufenthalt in Österreich begründet haben, steht ab diesem Monat die Familienbeihilfe zu.

Die Beschwerde ist daher insoweit im Recht.

Zur Unzulässigkeit der Revision:

Gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG 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 Frage, ob bei einem mehrjährigen Schulbesuch im Ausland ein ständiger Aufenthalt im Ausland gegeben ist, wurde bereits wiederholt durch die Rechtsprechung in dem in diesem Erkenntnis vertretenen Sinn beantwortet (zB VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160; VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008). Es war damit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu lösen. Die ordentliche Revision war daher nicht zuzulassen.

Die Beschwerde erweist sich damit hinsichtlich des Zeitraums April 2007 bis November 2011 als unbegründet und war daher insoweit gemäß § 279 Abs 1 BAO abzuweisen.

Hinsichtlich des Zeitraumes Dezember 2011 bis Jänner 2012 erweist sich die Beschwerde als begründet, der angefochtene Bescheid war daher gemäß § 279 Abs 1 BAO insoweit abzuändern und die Familienbeihilfe zu gewähren.

Wien, am 31. März 2016