

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde der Bf., Adresse, vertreten durch Beck & Dörnhöfer & Partner RA, 7000 Eisenstadt, Colmarplatz 1, über die Beschwerde vom 25.11.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart vom 21.10.2015, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Kinder P. und N. für den Zeitraum Oktober 2013 bis Oktober 2015, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf) bezog für ihre Kinder P., geboren 2006, und N., geboren 2010, bis Oktober 2015 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen gelangte das Finanzamt (FA) zu folgenden Feststellungen:

Die Bf und ihre beiden Söhne leben schon längere Zeit in Südafrika. Die Kinder besuchen tatsächlich seit Ende September 2013 weder den Kindergarten noch die Volksschule in Bgld. Das Kind P. wurde in der Folge von der Schule abgemeldet.

Im Zentralen Melderegister besteht eine aufrechte behördliche Meldung. Die gewerbliche Tätigkeit in Österreich ist ebenfalls weiterhin aufrecht gemeldet. Das Heurigenrestaurant wird nicht von der Kindesmutter und Inhaberin, sondern vom Lebensgefährten und Kindesvater X. Y. geführt.

Auf Grund dieser Feststellungen forderte das FA mit Bescheid vom 21.10.2015 die für den Zeitraum Oktober 2013 bis Oktober 2015 bezogenen Beträge unter Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 2 Abs 1 und 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) zurück.

Die steuerlich vertretene Bf brachte gegen den Rückforderungsbescheid mit folgender Begründung Beschwerde ein:

### "... 3.0 Beschwerdeinteresse

*3.1 Die belangte Behörde hat die Beschwerdeführerin mit dem angefochtenen Bescheid verpflichtet, die für ihre mj. Kinder P. Y., geb. 2006, und N. Y., geb. 2010, im Zeitraum Oktober 2013 bis Oktober 2015 bezogene Familienbeihilfe sowie den Kinderabsetzbetrag in der Höhe von insgesamt EUR 9.231,80 zurückzubezahlen. In der knappen Begründung wurde lediglich auf § 2 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) sowie § 2 Abs 8 FLAG 1967 verwiesen.*

*3.2 Die Beschwerdeführerin wurde zu keinem Zeitpunkt aufgefordert, das Vorliegen der Voraussetzungen für den Bezug der Kinderbeihilfe im relevanten Zeitraum unter Beweis zu stellen. Sie wurde im bisherigen Verfahren nicht beteiligt und geht aus dem angefochtenen Bescheid in keiner Weise hervor, wie die Behörde zu ihrer Entscheidung gelangt ist. Das Ermittlungsverfahren erweist sich daher als mangelhaft und ungeeignet die Entscheidung zu begründen.*

*3.3 Die Beschwerdeführerin wurde durch den angefochtenen Bescheid in ihrem Recht auf den Bezug der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages im Zeitraum Oktober 2013 - Oktober 2015 für ihre beiden mj Kinder verletzt.*

### 4.0 Sachverhalt

*4.1 Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin des Grundstückes Nr. 1234 inneliegend EZ 9999 GB 123456 A-dorf, mit der Liegenschaftsadresse A-straße B und C, 0123 A-dorf. Das Haus Nr. B ist das Wohnhaus der Beschwerdeführerin, welches sie gemeinsam mit ihrem Lebensgefährten und Vater ihrer Kinder P. und N., X. Y., bewohnt. Im Haus Nr. C befindet sich der Heurige ABC, dessen Inhaberin die Beschwerdeführerin ist. Sie hat diesen vor ca. fünfzehn Jahren beginnend gemeinsam mit X. Y. zu einem renommierten Heurigenrestaurant mit Zimmern aufgebaut.*

*4.2 Die Beschwerdeführerin lukriert ihr Einkommen aus dem Betrieb des Heurigenrestaurants und war im gegenständlichen Zeitraum bzw. ist noch immer mit diesen Einkünften unbeschränkt in Österreich steuerpflichtig.*

*4.3 Im Jahr 2012 flog die Beschwerdeführerin gemeinsam mit X. Y. und ihren beiden Kindern nach Südafrika um dort zu urlaufen. Ihr gefiel das dortige Klima und die Kultur, sodass sie und X. Y. beschlossen, dass die Beschwerdeführerin mit den beiden Kindern einen Teil des Jahres in Kapstadt verbringen sollte. Diese „verlängerten Urlaube“ sollten einerseits der Erholung der Beschwerdeführerin dienen und andererseits den Kindern ermöglichen, ein internationales Umfeld kennenzulernen und die englische Sprache zu vertiefen bzw. zu erlernen.*

*4.4 Seit Oktober 2013 verbringt die Beschwerdeführerin einen Teil des Jahres mit den Kindern in Kapstadt. Sie ist dort nicht berufstätig, sondern nach wie vor Inhaberin des Heurigenrestaurants ABC und finanziert von diesen Einkünften auch ihre Aufenthalte in Südafrika. Auch während ihrer (physischen) Abwesenheit arbeitet die Beschwerdeführerin ständig im Betrieb mit, indem sie z.B. Emails beantwortet und*

Angebote für Veranstaltungen erstellt. Beide Kinder (N. Y. erst seit dem Herbst 2015) besuchen mittlerweile die Schule in Kapstadt. Parallel dazu werden auch regelmäßig unter der Anleitung der Beschwerdeführerin österreichische Hausaufgaben erledigt, damit der Anschluss zum österreichischen Schulsystem zu jeder Zeit gewahrt wird. P. Y. hat 2013 eine Feststellungsprüfung gemacht, damit er jederzeit wieder in Österreich die Schule besuchen kann. Für N. Y. ist ständig ein Kindergartenplatz in Österreich reserviert. Feiertage, Geburtstage, etc. werden in Österreich verbracht, wo sich neben X. Y. auch die Familie der Beschwerdeführerin und ihr gesamter Freundeskreis befinden. Ihre Eltern Dr. E. und F. Bf. leben ebenfalls in Bgld.

4.5 Im gegenständlichen Zeitraum von Oktober 2013 bis Oktober 2015 war die Beschwerdeführerin mit den beiden Kindern jeweils in folgenden Zeiträumen in Südafrika:

15.10.2013 bis 11.12.2013

06.01.2014 bis 19.03.2014

31.03.2014 bis 15.04.2014

22.04.2014 bis 15.06.2014

25.08.2014 bis 11.12.2014

30.12.2014 bis 29.03.2015

08.04.2015 bis 14.06.2015

seit 31.07.2015

4.6 Diese vorübergehenden Auslandsaufenthalte vermögen nichts daran zu ändern, dass sich der Lebensmittelpunkt der Beschwerdeführerin und der Kinder - wie oben geschildert - in Österreich befindet.

Beweis: Grundbuchsatzzug EZ 9999 GB 123456 A-dorf, Beilage ./A

Fotos des Reisepasses von N. Y., Beilage ./B

Fotos des Reisepasses von P. Y., Beilage ./C

Fotos des Reisepasses der Antragstellerin, Beilage ./D

Einkommenssteuerbescheid der Beschwerdeführerin 2013, Beilage ./E

Fotos zu den österreichischen Hausübungen, Beilage VF

Kindergartenplatzreservierung P. Y., Beilage ./G

vorzulegende Feststellungsprüfung P. Y.

PV der Beschwerdeführerin

Zeuge: X. Y., p.A. der Beschwerdeführerin

## 5.0 Unrichtige rechtliche Beurteilung

5.1 Die Beschwerdeführerin hat ihren Wohnsitz und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in A-dorf. Das Haus A-straße B steht in ihrem Eigentum, ist (wie vor ihren Aufenthalten) möbliert und befinden sich dort die persönlichen Sachen der Beschwerdeführerin und der Kinder.

Sie ist sohin jederzeit benützbar (Vgl VwGH in 2004/16/0001, Ritz, BAO<sup>5</sup>, § 26 Rz 5 bis 9.). Dass die belangte Behörde diese Voraussetzungen anders beurteilt überrascht umso

*mehr, als die Beschwerdeführerin nach wie vor unbeschränkt in Österreich steuerpflichtig ist - was einen Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt im Inland naturgemäß voraussetzt.*

*5.2 Der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person, die einen Anspruch auf Familienbeihilfe geltend macht, richtet sich gemäß § 2 Abs 8 FLAG 1967 danach, zu welchem Staat sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Für die Beantwortung dieser Frage sind sowohl der subjektive Gesichtspunkt der Absicht einer Person, den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in einem bestimmten Staat zu begründen, als auch die dafür sprechenden objektiven Umstände entscheidend. Dabei muss sich aber auch der subjektive Gesichtspunkt der Absicht einer Person, den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in einem bestimmten Staat zu begründen, anhand objektiver Umstände verifizieren lassen (Bundesfinanzgericht in RV/5100890/2014).*

*5.3 Dieser Mittelpunkt ist für die Beschwerdeführerin und die beiden Kinder in Österreich (Bgl). Die „verlängerten Urlaube“ der Beschwerdeführerin werden aus ihren Einkünften in Österreich als Inhaberin des Heurigenrestaurants ABC finanziert. In Südafrika hat sie weder ein Einkommen noch einen Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Beschwerdeführerin, die durch X. Y., ihre Familie und Freunde starke persönliche Beziehungen nach Österreich hat, hatte weder in der Vergangenheit noch in der Zukunft die Absicht, einen neuen Lebensmittelpunkt in Kapstadt zu begründen.*

*5.4 Auch die beiden Kinder P. und N. haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich, für den keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich ist (VwGH in 2004/14/0023). Die in concreto vorliegenden Umstände, insbesondere die regelmäßigen österreichischen Hausübungen, der ständig reservierte Kindergartenplatz für N. und die von P. absolvierte Feststellungsprüfung belegen, dass die Aufenthalte in Südafrika nur vorübergehend sind. Dass die Beschwerdeführerin 2013 beschlossen hat, sich selbst und auch den beiden Kindern verlängerte Erholungsaufenthalte in Südafrika zu gönnen, bei denen diese auch eine neue Kultur kennenlernen und ihre sprachlichen Englischkenntnisse aufbessern, ist sohin nicht geeignet, den Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich zu verwirken.*

*5.5 All dies verkennt das Finanzamt Bruck Eisenstadt und Oberwart, das den bekämpften Bescheid ohne jegliche Ermittlungen gefällt hat und ohne der Beschwerdeführerin überhaupt Gelegenheit zu geben, die Anspruchsvoraussetzungen gemäß FLAG 1967 nachzuweisen.*

## **6.0 Verletzung von Verfahrensvorschriften**

*6.1 Es wird ausdrücklich die Verletzung des Parteiengehörs moniert, da die Behörde der Beschwerdeführerin keine Möglichkeit gegeben hat, vorab Stellung zur Rechtmäßigkeit der bezogenen Familienbeihilfe zu nehmen, sodass sie gezwungen war, die gegenständliche Beschwerde einzubringen.*

## **7.0 Beschwerdeantrag**

7.1 Die Beschwerdeführerin stellt sohin den Antrag, den angefochtenen Bescheid nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sowie Verletzung von Verfahrensvorschriften ersatzlos zu beheben..."

Das Finanzamt ersuchte die Bf. mit Ergänzungersuchen vom 11. Jänner 2016 um Vorlage folgender Unterlagen bzw um Beantwortung folgender Fragen:

*"Vollmacht betreffend Beschwerde und Aussetzung der Einhebung bezüglich Rückforderung an Familienbeihilfe von Bf.*

*Visa der Kindesmutter und der Kinder von Südafrika*

*Schulbestätigung der Kinder in Südafrika*

*Nachweis über Kauf oder Miete von Wohnung oder Haus in Südafrika*

*Geht Frau Bf. in Südafrika einer Tätigkeit nach bzw bezieht sie Einkünfte in Südafrika?*

*Wovon deckt sie den Lebensunterhalt in Südafrika?"*

Die Bf legte in Beantwortung des Schreibens folgende Unterlagen vor bzw machte folgende Ausführungen:

- Vollmacht der Beschwerdeführerin, Beilage ./H
- Mietvertrag Objekt Kapstadt, Beilage ./I
- Schulbestätigung P. K. Y., Beilage ./J
- Schulbestätigung N. Q. Y., Beilage ./K

*„... 2. Visa / Lebensunterhalt in Südafrika*

*Hinsichtlich der Visa der Beschwerdeführerin und der beiden mj Kinder ist zunächst klarzustellen, dass N. und P. ein „Study-Visum“ besitzen, das ihnen einen Aufenthalt in Südafrika von 12.10.2014 bis 31.07.2018 ermöglicht (Beilage ./B, Seite 2 und Beilage ./C, Seite 5). Die Beschwerdeführerin hat ein „Retired-Visum“ für den gleichen Zeitraum (Beilage ./D, Seite 1). Davor reisten sie mit einem (schlichten) „Visitors-Permit ein.*

*Wie bereits in der Beschwerde vom 23.11.2015, Punkt 4.4, vorgebracht, geht die Beschwerdeführerin in Südafrika keiner beruflichen Tätigkeit nach und bezieht auch keinerlei Einkünfte – wozu sie im Rahmen ihres Visums im Übrigen auch gar nicht berechtigt wäre. Ihren Aufenthalt finanziert sie teilweise durch ihr – der Behörde bekanntes – Einkommen und großteils durch die finanzielle Unterstützung ihres Lebensgefährten und Vater der beiden mj. Kinder, X. Y..*

*Beweis: PV der Beschwerdeführerin*

*Zeuge: X. Y., p.A. der Beschwerdeführerin*

*im Klammerausdruck angeführte und bereits vorgelegte Beilagen*

*Eisenstadt, am 29.01.2016 Mag. (FH) O. Bf."*

Das Finanzamt (FA) wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 26.08.2016 mit folgender Begründung ab:

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

- minderjährige Kinder,*
- volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und für einen Beruf ausgebildet werden oder dauernd erwerbsunfähig aufgrund einer Krankheit sind unter bestimmten Voraussetzungen.*

*Gem. § 2 Abs. 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind 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.*

*Gem. § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten.*

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

*Nach der ständigen Rechtsprechung kann eine Person zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen haben. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens bestehen im Regelfall die stärksten persönlichen Beziehungen zu dem Ort, an dem man regelmäßig Tag für Tag mit seiner Familie lebt. Verfügt eine Person im Ausland über eine Wohnung, sei es als Eigentümer, Mieter oder auch bloß als Mitbewohner und benutzt sie diese Wohnung jahrelang und ständig gemeinsam mit den engsten Familienangehörigen, so kann nicht angenommen werden, dass sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich hat.*

*In rechtlicher Hinsicht folgt daraus, dass sich im Beschwerdefall weder die Kinder ständig im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG im Inland aufhalten/aufgehalten haben noch die Beschwerderin ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen im Sinne des § 2 Abs. 8 FLAG im Inland hat/gehabt hat.*

*Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kann zur Auslegung des Begriffes des „ständigen Aufenthaltes“ auf § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung zurückgegriffen werden (z.B. VwGH 8.6.1982, 82/14/0047).*

*Danach hat eine Person den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo sie sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass sie an diesem Ort oder in diesem Lande nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Begriffsbestimmung ist auch auf den § 5 Abs. 3 FLAG anzuwenden. Denn wer sich in einem Land unter erkennbaren Umständen aufhält, dass er dort nicht nur vorübergehend verweilt, von dem*

*muss bei objektiver Betrachtung angenommen werden, dass er sich in jenem Land ständig aufhält (vgl auch VwGH 22.4. 2009, 2008/15/0323; 18.11.2009, 2008/13/0072).*

*Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehend zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt im Ausland nicht unterbrochen wird (...).*

*Im Beschwerdefall hält sich die Kindesmutter mit den beiden Kindern nachweislich bereits seit Oktober 2013 ständig in Südafrika auf, weshalb von einem bloß vorübergehenden Aufenthalt keinesfalls mehr gesprochen werden kann. Ein Familienbeihilfenanspruch ist daher nicht gegeben..."*

Die Bf stellte fristgerecht einen Vorlageantrag an das Bundesfinanzgericht.

Zur Begründung wurde auf die Beschwerdeausführungen verwiesen und weiters ergänzend vorgebracht, die erstinstanzliche Behörde habe sich in ihrer Beschwerdevorentscheidung mit wesentlichen, von der Bf in ihrer Beschwerde relevierten Argumenten gar nicht auseinandergesetzt. Sie habe sich vielmehr darauf beschränkt, standardisiert die üblichen Formeln für ähnlich gelagerte Fälle heranzuziehen. Die inhaltliche Auseinandersetzung mit dem konkreten Sachverhalt beschränke sich auf einen „Dreizeiler“, wonach sich die Kindesmutter mit den mj Kindern nachweislich seit Oktober 2013 ständig in Südafrika aufhalten würde.

Tatsächlich hätten die Kindesmutter und die mj Kinder alleine im Zeitraum von Oktober 2013 bis Oktober 2014 insgesamt mehr als vier Monate in Österreich verbracht; ein bloßer Ferienaufenthalt liegt sohin nicht vor. Hinzu komme, dass nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzgerichtes maßgebend sei, ob aus den Umständen des Einzelfalls auf die Rückkehr geschlossen werden könne (BFG in RV/5100890/2014). Der Lebensgefährte der Bf. und Vater der mj Kinder lebe – ebenso wie die übrigen Verwandten und Freunde – in Bgld, dort stehe das Familienwohnhaus und befindet sich das Heurigenrestaurant ABC, von dem die Bf. auch ihr Einkommen lukriere. Die Kinder würden auch österreichische Hausübungen erledigen bzw. werde durch das Absolvieren der Feststellungsprüfung der Anschluss zum österreichischen Schulsystem gewahrt.

Aufgrund all dieser Tatsachen – die von der Behörde gänzlich unberücksichtigt geblieben seien – sei evident, dass sowohl ein gewöhnlicher Aufenthalt in Österreich bestehet und darüber hinaus auch hier der Mittelpunkt der Lebensinteressen liege, sodass die notwendigen Anspruchsvoraussetzungen gemäß FLAG 1967 erfüllt seien.

Beweis: bereits vorgelegter Grundbuchsatzug EZ 9999 GB 123456 A-dorf, Beilage ./A

bereits vorgelegte Fotos des Reisepasses von N. Y., Beilage ./B

bereits vorgelegte Fotos des Reisepasses von P. Y., Beilage ./C

bereits vorgelegte Fotos des Reisepasses der Antragstellerin, Beilage ./D

bereits vorgelegter Einkommenssteuerbescheid der Beschwerdeführerin 2013,

Beilage ./E

bereits vorgelegte Fotos zu den österreichischen Hausübungen, Beilage ./F

bereits vorgelegte Kindergartenplatzreservierung P. Y., Beilage ./G

PV der Beschwerdeführerin

Zeuge: X. Y., p.A. der Beschwerdeführerin

Die Bf wiederhole sohin den bereits in ihrer Beschwerde vom 23.11.2015 gestellten Antrag, das Bundesfinanzgericht möge den angefochtenen Bescheid nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes sowie Verletzung von Verfahrensvorschriften ersatzlos beheben.

In der mündlichen Verhandlung vor dem BFG am 26.04.2017 brachte die steuerliche Vertreterin der Bf (RA) iW vor, am 01.06. 2014 sei ein neuer Mietvertrag bis 30.06.2016 abgeschlossen worden. Dieser Vertrag sei gekündigt und am 01.06.2016 sei wiederum ein neuer Mietvertrag bis 31.05.2017 abgeschlossen worden. Es handle sich um die Miete eines Hauses.

Die RA legte die Mietverträge vor.

Die Bf brachte vor, beide Kinder besuchten zur Zeit die Schule in Kapstadt. N. sei 2014/15 für den Kindergarten und die Hortbetreuung in Bgld angemeldet gewesen, um den Platz nicht zu verlieren. Er sei auch, wenn die Familie in Österreich war, dort im Kindergarten gewesen, wenn der Kindergarten offen war.

Die aktenkundigen Aufenthalte in Südafrika würden den Tatsachen entsprechen. Am 31.07.2015 sei die Bf mit den Kindern wieder nach Südafrika gefahren, da im August dort die Schule beginne und die Kinder seien dann dort in die Schule gegangen.

Der Aufenthalt in Südafrika sei nicht auf Dauer angelegt. Er sei immer nur für ein halbes Jahr geplant und dann würde die Familie überlegen, wie es weitergeht. Es sei auch nie die Idee gewesen, auszuwandern und in Südafrika zu bleiben.

Die Bf arbeite in Südafrika für das in Österreich befindliche Heurigenrestaurant ABC per Internet und Computersystemen. Sie erstelle Speisekarten, beantworte E-Mails etc. Wenn sie in Südafrika sei, bleibe ihr Lebensgefährte meist in Österreich.

Der Hauptgrund des Aufenthalts in Südafrika sei, dass die Kinder gut Englisch lernen.

Die Bf unterrichte die Kinder täglich auf Deutsch, Montag bis Freitag, von 5h50 – 7h15 am Morgen. Sie sei auch mit der Schule in Österreich laufend in Kontakt, auch mit dem Direktor der Volksschule. Sie habe alle österreichischen Schulbücher in Südafrika, die sie auf ihre Kosten erworben habe und unterrichte die Kinder nach dem aktuellen Lehrplan. Sie halte es für extrem wichtig, dass ihre Kinder auf Deutsch Lesen und Schreiben könnten, weil sie ja nicht wisse, wann sie wieder zurückkehrten.

P. habe in Österreich eine Feststellungsprüfung in der ersten Klasse Volksschule gemacht, allerdings sei der Bf das Zeugnis nicht ausgehändigt worden. In den weiteren Jahren seien Feststellungsprüfungen in Österreich nicht erforderlich gewesen, weil das Kind Zeugnisse von Südafrika bekam.

RA legte verschiedene Unterlagen zB E-Mail Verkehr mit dem Leiter der Volksschule Bgld etc als Beweismittel vor, und bringt diesbezüglich vor, man sehe aus diesen Unterlagen, dass der Aufenthalt eben nicht auf Dauer geplant war.

Die Bf brachte vor, N. besuchte momentan die erste Klasse Volksschule, mache jedoch schon Übungen für die zweite Klasse.

RA führte ergänzend aus, sie verweise darauf, dass wegen der Leitung des Heurigenrestaurants die Urlaube von Jänner bis März zu nehmen seien und auch vor den Aufenthalten in Südafrika sei einmal so ein Urlaub genommen worden, und zwar in Amerika. Das sei auch für Kapstadt so geplant gewesen, und zwar von Jänner bis März 2014. Es habe sich aber bezüglich Kapstadt kurzfristig ergeben, dass die Schule schon von Oktober 2013 an einen freien Platz gehabt habe und auch das Haus schon ab Oktober 2013 frei gewesen sei. Es sei daher geplant gewesen, dass man den Urlaub von Oktober 2013 bis März 2014 verlängere und dass dann aber der Aufenthalt wieder ende. Sie weise darauf hin, dass auch der erste Mietvertrag kurzfristig kündbar gewesen sei. Erst im März 2014 sei der Entschluss gefasst worden – auch weil die Kinder das gewollt hätten – noch dieses Jahr, das heißt bis Juni 2014, fertigzumachen. Bis dahin sei die Familie auch nur mit einem visitors permit in Südafrika gewesen, danach habe die Schule gesagt, P. benötige ein study permit, welches obligatorisch vorgeschrieben sei, wenn ein ausländisches Kind in Südafrika die Schule besuche.

Die Bf ergänzte, sie habe um ein retirement, dh Pensionistenvisum angesucht, weil ihr die Botschaft gesagt habe, dies sei der einfachste und unkomplizierteste Weg. Mit diesem Visum sei es nicht erlaubt, zu arbeiten. Die Bf betonte, sie habe nur bis Juni 2016 um dieses Visum angesucht; die Botschaft habe es ihr aber bis 2018 ausgestellt.

Das jüngere Kind sei bei der Mutter im Reisepass eingetragen worden und habe vorerst kein Visum benötigt. Mit der Einschulung habe auch N. ein study permit benötigt. Die study permits seien bis Juli 2018 gültig.

Die Familie habe sich voriges Jahr zwei Schulen in Österreich angeschaut; es handle sich dabei um englische Schulen – dies im Hinblick auf ein Zurückkehren. Die Anmeldeunterlagen für die erste Schule seien zwar ausgefüllt, aber nicht abgegeben worden, weil die Schulplätze für beide Kinder EUR 30.000 gekostet hätten.

Die zweite Schule in Wien, sei zwar wesentlich günstiger, es gebe dort aber nur Platz für ein Kind, nämlich P., während für das zweite Kind kein freier Schulplatz vorhanden sei.

Die Bf führte über Befragen der RA aus, wenn sie für beide Kinder Schulplätze in Österreich bekomme, wolle sie mit den Kindern nach Österreich zurückkehren. Ihre ganze Familie lebe in Österreich. Ihr Vater ist seit dem Tod der Mutter nun allein. Alle Freunde und der Betrieb seien in Österreich. Das Haus in Bgld sei vollständig möbliert und habe zB zwei eingerichtete Kinderzimmer und einen Garten. Sie könnte mit den Kindern jederzeit zurückkehren.

Die Vertreterin der Amtspartei (FaV) führte iW aus, dass ein Wohnsitz im Inland iSd § 2 Abs 1 FLAG 1967 gegeben sei, sei unbestritten. Das FA sehe hier aber keine ständige Benutzung dieses Wohnsitzes. Der gewöhnliche Aufenthalt sei laut Liste der Aufenthalte in Südafrika zu sehen. Im ggstdl Zeitraum sei die Bf 532 Tage, das sind 70%, in Südafrika gewesen.

Es gehe auch um die Finanzierung der Lebenshaltungskosten. In der Bs sei vorgebracht worden, dass die Bf ihre Aufenthalte in Südafrika durch ihre Einnahmen aus dem Heurigenrestaurant finanziere. In der Eingabe vom 01.02.2016 sei dann angegeben worden, dass großteils der Lebensgefährte der Bf den Aufenthalt finanziere. Laut vorgelegtem Mietvertrag betrage die Miete für das Haus in Südafrika ca EUR 2.000. Es sei nach den finanziellen Verhältnissen der Bf und ihres Lebensgefährten nicht möglich, den Haushalt in Österreich und einen Haushalt in Südafrika zu finanzieren.

2013 habe das Einkommen der Bf ca EUR 23.000 betragen, im Jahr 2014 sei ein Verlust von EUR 41.000 und 2015 ein Einkommen von Null wegen Verlustvortrag erzielt worden. Der Lebensgefährte der Bf habe Einkünfte aus nsA als im Betrieb der Bf Beschäftigter. 2013 hätte er ein Einkommen von ca EUR 11.300, im Jahr 2014 ca EUR 28.000 und 2015 ca EUR 30.000, wobei 2015 noch keine Arbeitnehmerveranlagung eingebracht worden sei.

Das Finanzamt könne nicht überprüfen, ob die Bf einer Tätigkeit in Südafrika nachgehe.

Die vorgelegten Bestätigungen der Schule Bgld stimmten nicht mit den Auskünften überein, die das FA von der Schule bekommen habe. Am 21.10.2015 sei dem FA von der Volksschule die Auskunft gegeben worden, dass P. im September 2013 noch zwei Wochen die Schule besucht habe und dann nicht mehr.

Nach telefonischer Rücksprache vom 21.10.2015 mit dem Kindergarten habe N. seit zwei Jahren nicht mehr den Kindergarten besucht.

Das FA sehe den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Südafrika, weil die persönlichen Vorrang vor den wirtschaftlichen Beziehungen hätten. Auch die Geburtstage der Kinder seien überwiegend in Südafrika verbracht worden.

FaV verwies auch auf § 5 Abs 3 FLAG 1967, wonach sich die Kinder nicht ständig im Ausland aufhalten dürfen, auch wenn der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland gesehen würde.

Die Bf brachte über Befragen RA zur Finanzierung der Auslandsaufenthalte vor, sie sei von ihren Eltern und von der Tante ihres Lebensgefährten unterstützt worden, denn ansonsten wäre das finanziell gar nicht machbar. Die Vienna International School in Wien zB sei für sie nicht finanziert.

Sie sei zwar meist bei den Geburtstagen in Österreich gewesen, könne aber nicht beschwören, dass dies bei allen der Fall gewesen sei.

Sie wies nochmals darauf hin, dass es für sie nie im Vordergrund gestanden sei, in Südafrika zu bleiben und stehe dies auch heute nicht im Vordergrund. In diesem Land möchte man mit Kindern auch nicht länger leben.

RA führte aus, es liege nicht nur ein Wohnsitz, sondern auch ein gewöhnlicher Aufenthalt im Inland vor. Beim gewöhnlichen Aufenthalt werde auch aus den Umständen des Einzelfalles darauf abgestellt, ob auf einen Rückkehrwillen geschlossen werden könne. Dieser Rückkehrwille sei durch die vorgelegten Beweismittel und die Einvernahme der Bf hinlänglich dokumentiert.

Auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen liege jedenfalls im Inland, schon durch die Mitarbeit und Leitung im Betrieb ABC sowie die sozialen Bindungen an das Inland, die ständige schulische Ausbildung der Kinder durch die Bf im Anschluss an das österreichische Schulsystem und sei auch dadurch, dass die Bf hier laufend einen Kindergartenplatz bezahlt und reserviert habe, dokumentiert. Es existiere auch eine private Krankenversicherung für die Bf und die Kinder im Inland, die immer aufrecht gewesen sei.

Es liege auch kein ständiger Aufenthalt der Kinder in Südafrika nach § 5 Abs 3 FLAG 1967 vor; hier sei eine ex ante Betrachtung anzustellen, wobei ursprünglich nur ein drei- bzw sechsmonatiger Aufenthalt im Ausland geplant gewesen sei, der dann immer wieder kurzfristig verlängert worden sei, weil es der Bf noch nicht gelungen sei, einen Schulplatz für beide Kinder in Österreich zu bekommen.

Auch der Lebensgefährte der Bf und Kindesvater könnte diese Angaben belegen.

Bf führte ergänzend aus, sie habe alle Bücher zur Verhandlung mitgenommen, die belegen, dass es ihr wichtig sei, dass die Kinder Deutsch schreiben und lesen lernen. Sie wolle, dass die Kinder eine bestmögliche Ausbildung bekämen. Ursprünglich sei das nur als Urlaub auf 3 bzw 6 Monate geplant gewesen. Es habe sich herausgestellt, dass Englisch lernen sehr wertvoll sei und dass die Bf die Kinder in Deutsch gut unterrichten könne. Sie kaufe auch die Bücher selbst und entlaste dadurch das österreichische Schulsystem. Sie finde das auch moralisch nicht in Ordnung, dass ihr die Familienbeihilfe jetzt weggenommen werde, speziell da sie in Österreich steuerpflichtig sei und hier arbeite.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen**

#### **Folgender Sachverhalt steht fest:**

Die Bf und ihre beiden mj Kinder sind österreichische Staatsbürger.

Die Bf und ihre Kinder waren im Streitzeitraum (Oktober 2013 bis Oktober 2015) mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.

Die Bf hielt sich im Streitzeitraum mit ihren Kindern zu folgenden Zeiten in Kapstadt/ Südafrika auf:

15.10.2013 bis 11.12.2013

06.01.2014 bis 19.03.2014

31.03.2014 bis 15.04.2014

22.04.2014 bis 15.06.2014

25.08.2014 bis 11.12.2014

30.12.2014 bis 29.03.2015

08.04.2015 bis 14.06.2015

31.07.2015 bis jedenfalls 31.10.2015

Die Kinder gehen jedenfalls bis Sommer 2017 in Südafrika zur Schule.

P. erhielt im Juni 2013 das Abschlusszeugnis der ersten Klasse der Volksschule Bgld. Seit Oktober 2013 besucht er die Schule und erhält dort die entsprechenden Jahreszeugnisse. P. wurde vom regulären Schulbesuch der Schule in Bgld abgemeldet. Er besuchte im Jahr 2014 sporadisch während der Anwesenheiten in Österreich als Gastschüler die Schule, die Nachmittagsbetreuung und Ferienbetreuung der Volksschule Bgld, wofür ein Hortbeitrag iHv EUR 165,60 sowie ein Ferienbetreuungsbeitrag iHv EUR 60 anfielen.

N. besuchte ab August 2015 den Kindergarten in Kapstadt und hat diesen im Juni 2016 beendet (Bestätigung der Schule vom 26. Jänner 2016). Seit August 2016 besucht er die erste Klasse dieser Schule in Kapstadt.

N. war im Jahr 2014 und 2015 im Kindergarten Bgld angemeldet, wofür Kindergartenbeiträge iHv EUR 826,98 bzw EUR 364,17 anfielen.

Die Bf besitzt in Österreich ein Haus. Weiters ist sie Inhaberin eines Heurigenrestaurants in Österreich. Die gewerbliche Tätigkeit in Österreich ist aufrecht gemeldet. Die Bf ist in Österreich unbeschränkt steuerpflichtig. Sie arbeitet von Kapstadt aus für das Heurigenrestaurant per Computer und Internet. Sie erstellt Speisekarten, beantwortet E-Mails etc. Wenn sie sich in Südafrika aufhält, bleibt ihr Lebensgefährte (Angestellter des Heurigenrestaurants) meist in Österreich.

Der erste Mietvertrag für ein Haus in Kapstadt wurde von der Bf und ihrem Lebensgefährten am 14.09.2013 für die Dauer von zwei Jahren abgeschlossen (Oktober 2013 bis Oktober 2015).

Dieser Vertrag wurde von der Bf und ihrem Lebensgefährten vorzeitig gekündigt und ein Mietvertrag für ein (anderes) Haus in Kapstadt am 01.06.2014 für die Dauer von 25 Monaten bis 30.06.2016 abgeschlossen. Der Mieter ist berechtigt, den Mietvertrag ohne Grund mit einer Kündigungsfrist von 20 Arbeitstagen aufzukündigen und der Vermieter ist berechtigt, in diesem Fall 2 Monatsmieten zu verlangen, wenn nicht vor der Frist von 2 Monaten ein neuer Mieter gefunden wird.

Nach Kündigung wurde ein Mietvertrag für ein (anderes) Haus in Kapstadt vom 01.06.2016 bis 31.05.2017 abgeschlossen. Der Mietvertrag ist kurzfristig kündbar.

Die Höhe der monatlichen Miete bewegt sich zwischen EUR 1.800 und EUR 2.500.

Ursprünglich war geplant, den Aufenthalt in Kapstadt mit Jänner 2014 zu beginnen, da das Heurigenrestaurant ABC in der Zeit von Jänner bis März geschlossen hat. Es ergab sich kurzfristig, dass die Schule in Kapstadt schon von Oktober 2013 an einen freien Platz hatte und auch das angemietete Haus schon ab Oktober 2013 frei war.

Die Bf und ihr Sohn P. waren ursprünglich mit einem visitors permit (Touristenvizum) in Südafrika eingereist. N. benötigte kein Visum und war bei der Bf eingetragen. Auf Grund des Schulbesuchs in Südafrika benötigte P. ein Study-visum, welches obligatorisch vorgeschrieben ist, wenn ein ausländisches Kind in Südafrika die Schule besucht. Die Bf

erhielt ein Retired-Visum (Pensionistenvisum) und der Sohn N. benötigte ab Schuleintritt ebenfalls ein Study-Visum. Die Visa sind vom 12.10.2014 bis 31.07.2018 gültig.

Die Bf lernt mit den Kindern in Kapstadt Deutsch schreiben, lesen etc. Sie verwendet dazu österreichische Schulbücher und ist mit der Schule in Bgld in Verbindung.

Die Familie schaute 2016 zwei englische Schulen in Wien im Hinblick auf ein Zurückkehren nach Österreich an. Eine Schule war jedoch zu teuer und an der anderen Schule war ein Schulplatz nur für ein Kind frei, sodass die Familie beschloss, weiter in Südafrika zu bleiben, wo die Kinder nach wie vor die Schule besuchen.

### **Beweiswürdigung:**

Die Feststellungen sind unbestritten und durch das Vorbringen der Bf, die vorgelegten Unterlagen und die im Verwaltungsakt befindlichen Nachweise dokumentiert.

### **Rechtliche Beurteilung:**

Die entsprechenden Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes idgF (FLAG 1967) lauten:

§ 2 Abs 1 lit a FLAG 1967:

*„Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.“*

§ 2 Abs 8 FLAG 1967:

*„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:

*„Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.“*

Die Einschränkung des § 5 Abs 3 FLAG 1967 gilt nur bei einem Aufenthalt außerhalb von EU und EWR (§ 53 FLAG in Verbindung mit der Verordnung (EU) 883/2004) bzw soweit es keine anderslautenden staatsvertraglichen Regelungen gibt. Mit Südafrika existiert kein Staatsvertrag, der die Gewährung von Familienleistungen regelt.

§ 10 Abs 2 FLAG 1967:

*„Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.“*

§ 25 FLAG 1967:

*„Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person ausgezahlt (§ 12) wird, sind verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift*

*ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, bei dem nach § 13 zuständigen Finanzamt zu erfolgen."*

§ 26 Abs 1 FLAG 1967:

*"Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen."*

§ 33 Abs 3 EStG 1988:

*"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 (ab 01.01.2013: ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz) aufzuhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden."*

Nach der Rechtsprechung des VwGH zu § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist der ständige Aufenthalt unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 BAO zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO nach objektiven Kriterien zu erfolgen. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber – so der Gerichtshof – 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 02.06.2004, 2001/13/0160, VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen "längerem Zeitraum", so liegt nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes "jedenfalls" ein "nicht nur vorübergehendes Verweilen" vor (vgl VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008).

Im Erkenntnis VwGH 20.10.1993, 91/13/0175, hat das Höchstgericht einen über zwei Jahre erstreckenden Auslandsaufenthalt von Kindern als ständig iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 beurteilt.

Im Erkenntnis vom 20.06.2000, 98/15/0016, war es ein annähernd dreijähriger Auslandsaufenthalt eines Sohnes, den das Höchstgericht als ständig iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 eingestuft hat.

Verbringt das Kind die Ferien in einem anderen Land als jenem des Schulbesuches, so unterbricht dies den ständigen Aufenthalt nicht (VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221, VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, VwGH 20.06.2009, 98/15/0016).

Im ggstdl Fall hielten sich die Kinder (und die Bf) im Streitzeitraum vom 15.10.2013 bis 11.12.2013, 06.01.2014 bis 19.03.2014, 31.03.2014 bis 15.04.2014, 22.04.2014 bis 15.06.2014, 25.08.2014 bis 11.12.2014, 30.12.2014 bis 29.03.2015, 08.04.2015 bis 14.06.2015 und 31.07.2015 bis 31.10.2015 in Südafrika auf.

Wie sich aus dem Sachverhalt ergibt, befinden sich die Kinder der Bf ab Oktober 2013 sowie in den Jahren 2014, 2015 und 2016 bis jedenfalls Sommer 2017 – sieht man von kurzen Unterbrechungen ab – dauerhaft in Südafrika.

Im Streitzeitraum von Oktober 2013 bis Oktober 2015 hielten sich die Kinder der Bf weitaus überwiegend, nämlich zu mehr als 70%, in Südafrika auf. Die Ferien verbrachten sie meist in Österreich im Haus der Familie in Bgld.

Es handelt sich daher um einen dauerhaft angelegten Aufenthalt der Kinder der Bf in Südafrika von mittlerweile mehr als 3½ Jahren und nicht um ein vorübergehendes Verweilen. Die Ferienaufenthalte in Österreich unterbrechen den ständigen Aufenthalt in Südafrika nicht.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist nach VwGH 28.11.2007, 2007/15/0155, nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beurteilen.

Der Aufenthalt von mehr als 3½ Jahren erstreckt sich iSd Judikatur des VwGH über einen längeren Zeitraum und ist nicht als nur vorübergehendes Verweilen zu beurteilen.

VwGH 21.09.2009, 2009/16/0178, stellt unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung unmissverständlich klar, dass es „*bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG ... um objektive Kriterien geht, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen sind* (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 22. April 2009, ZI. 2008/15/0323, vom 28. November 2007, 2007/15/0055, und vom 15. November 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*“.

Nach diesem Kriterium liegt der ständige Aufenthalt der Kinder der Bf seit Oktober 2013 in Südafrika.

Auch das Erkenntnis VwGH 24.06.2010, 2009/16/0133, auf das sich die Bf offenbar bezieht, wenn sie ausführt, es sei eine ex ante Betrachtung anzustellen, spricht nicht gegen die vorgenommene rechtliche Beurteilung.

In diesem vom VwGH beurteilten Fall war ursprünglich im Anschluss nach einem fünfmonatigen Aufenthalt der Familie in Kap Verde die Rückkehr der gesamten Familie fix geplant, was durch bereits gebuchte Rückflüge und seitens der inländischen Schule bestätigten Absicht der Fortsetzung des Schulbesuchs des

anspruchsbegründenden Adoptivsohnes nach der Rückkehr durch objektive Tatsachen bestätigt wurde. Die Familie kehrte dann wie geplant nach Österreich zurück, nur der Adoptivsohn, der aus Kap Verde stammte, blieb unerwartet in Kap Verde bei Verwandten, da er sich weigerte, mit der Familie nach Österreich zurückzukehren. Der VwGH wies auch in diesem Fall auf seine ständige Rechtsprechung hin, wonach die Frage des ständigen Aufenthalts nicht nach den subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grs körperlichen Anwesenheit zu beurteilen sei. Demnach liege ein nicht nur vorübergehendes Verweilen vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstrecke. Im Zeitraum des geplanten fünfmonatigen Aufenthalts der gesamten Familie habe sich der Adoptivsohn im Familienverband wie bei einer längeren Urlaubsreise aufgehalten. Die äußeren Umstände des Verweilens der gesamten Familie für Zwecke der zeitlich begrenzten Tätigkeiten im Zusammenhang mit einem Entwicklungshilfeprojekt, des für alle Familienmitglieder gebuchten Rückflugs und des „Beurlaubens“ oder „vorübergehenden Abmeldens“ von der Volksschule in Österreich ließen es zu, eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als einen vorübergehenden Aufenthalt anzusehen. Die Ansicht der belangten Behörde, dass nach der Rückkehr der Familie nach Österreich und dem Verbleiben des Adoptivsohns in Kap Verde nunmehr von einem ständigen Aufenthalt des Adoptivsohns in Kap Verde auszugehen sei, wurde vom VwGH bestätigt.

Demnach spricht auch eine vorzunehmende *ex ante* Betrachtung im vorliegenden Fall nicht gegen die dargelegte rechtliche Beurteilung. (Vgl UFS 30.05.2012, RV/1260-W/12, wonach ein Aufenthalt nicht schon dann vorübergehend sei, wenn er zeitlich begrenzt ist, weshalb auch die nach objektiven Gesichtspunkten als annähernd gewiss anzunehmende Rückkehr nach Österreich nach ca einem Jahr nicht entscheidend sei. Eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland werde gerade noch als vorübergehender Aufenthalt angesehen).

Im ggstdl Fall wurde der Sohn der Bf von der Schule in Österreich abgemeldet, im Oktober 2013 ein Mietvertrag für zwei Jahre abgeschlossen und das Kind ab Oktober 2013 in Südafrika zur Schule geschickt. Die konkrete Absicht, nach einem „verlängerten Urlaub“ zurückzukehren, ist weder durch Rückflugtickets noch durch sonstige objektive Tatsachen belegbar. Ganz im Gegenteil sprechen die Miete eines Hauses für zwei Jahre und die Einschulung des Sohnes in Südafrika im Oktober 2013 doch für einen von vornherein geplanten längeren Aufenthalt.

Beim Vorbringen der Bf, es sei ursprünglich nur ein drei- bzw sechsmonatiger Aufenthalt im Ausland geplant gewesen, der dann immer wieder kurzfristig verlängert worden sei, handelt es sich um Behauptungen, die auf rein subjektiven Gedanken beruhen, die sich der Überprüfung durch das erkennende Gericht entziehen und die durch objektive Gesichtspunkte nicht erhärtet werden konnten.

Im Übrigen ist auch auf die Ausführungen in der Beschwerde zu verweisen, wonach „*die Beschwerdeführerin 2013 beschlossen hat, sich selbst und auch den beiden Kindern verlängerte Erholungsaufenthalte in Südafrika zu gönnen*“; diese Formulierung (arg:

Erholungsaufenthalte) spricht gegen das nunmehrige Vorbringen, dass nur ein einmaliger Aufenthalt geplant gewesen sei, welcher immer wieder verlängert wurde.

Es ist der Bf durchaus zuzugestehen, dass sie mit den Kindern nicht „für immer“ in Südafrika bleiben wollte und will, was auch durch die im Jahr 2016 erfolgten und nachgewiesenen Versuche, eine englischsprachige Schule in Österreich zu suchen, erwiesen ist. Dies ist jedoch nicht entscheidend, da der nunmehr bereits mehr als 3 ½ jährige Aufenthalt in Südafrika iSd Judikatur des VwGH jedenfalls „ständig“ ist und auch die vorzunehmende ex ante Betrachtung keinen Anlass dafür gibt, ab einem gewissen Zeitpunkt geänderte Verhältnisse oder etwa – wie es der Bf offenbar vorschwebt – jeweils 3 - 6 Monate währende Auslandsaufenthalte, die jeweils keinen ständigen Aufenthalt der Kinder im Ausland begründen würden, anzunehmen.

Auch die Einreise mit einem „visitors permit“ ändert nichts an der vorgenommenen Beurteilung, ist es doch naheliegend, vorerst mit einem Touristenvisum einzureisen und sich vor Ort dann um längerfristige Aufenthaltstitel zu kümmern, zumal es sich nach dem Vorbringen der Bf „kurzfristig“ ergeben habe, dass die Miete des Hauses und der Schulplatz in Kapstadt bereits ab Oktober 2013 verfügbar waren.

Die Beurteilung des ständigen Aufenthalts iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, wie etwa auf persönliche und wirtschaftliche Bindungen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit. (VwGH 21.09.2009, 2009/16/0178).

Bei der Beurteilung des Mittelpunkts der Lebensinteressen iSd § 2 Abs 8 FLAG 1967 würden die von der Bf vorgebrachten und nachgewiesenen persönlichen und wirtschaftlichen Bindungen zu Österreich in die Gesamtbetrachtung einfließen. Diese Beurteilung erweist sich im vorliegenden Fall aber als entbehrlich, da die Voraussetzungen des § 2 Abs 8 und des § 5 Abs 3 FLAG 1967 kumulativ vorliegen müssen. Fehlt es an einer Voraussetzung, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Resümierend ist auszuführen, dass die Kinder den ständigen Aufenthalt seit Oktober 2013 in Südafrika haben und auch die durchzuführende ex ante Betrachtung zu keinem anderen Ergebnis führt. Die Kinder befinden sich seit Oktober 2013 dauerhaft (siehe Aufenthalte) in Kapstadt, gehen dort zur Schule bzw in den Kindergarten und leben dort mit ihrer Mutter. Der bereits mehr als 3 ½ Jahre dauernde Aufenthalt zeigt klar, dass es sich nicht um ein vorübergehendes Verweilen handelt. Im Hinblick auf die zit Judikatur des VwGH, wonach ein fünfeinhalb Monate dauernder Aufenthalt gerade noch als vorübergehend, während zwei- bzw dreijährige Auslandsaufenthalte jedenfalls als ständiger Aufenthalt angesehen werden und das zit Judikat, wonach der ständige Aufenthalt nicht unterbrochen wird, wenn das Kind die Ferien in einem anderen Land als jenem des Schulbesuches verbringt, bewegt sich die Beurteilung des BFG im Einklang mit der höchstgerichtlichen Judikatur.

Es besteht daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Daher hat das FA zu Recht die für den Streitzeitraum bezogenen Beträge zurückgefördert.

*Zulässigkeit einer Revision:*

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Im vorliegenden Fall ist die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängig, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, da das BFG der einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgt (VwGH 20.10.1993, 91/13/0175; 20.06.2000, 98/15/0016; 02.06.2004, 2001/13/0160; 15.11.2005, 2002/14/0103; 28.11.2007, 2007/15/0155; 20.06.2009, 98/15/0016; 21.09.2009, 2009/16/0178; 17.12.2009, 2009/16/0221; 24.06.2010, 2009/16/0133; 26.01.2012, 2012/16/0008). Die ordentliche Revision ist daher nicht zulässig.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 22. Mai 2017