

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. über die Beschwerden der Bf., vertreten durch Laurer & Arlamovsky GmbH, Rechtsanwälte, Wollzeile 6-8/47, 1010 Wien, gegen die Bescheide des Finanzamtes Baden Mödling, betreffend

- 1) die Abweisung der Gewährung der Familienbeihilfe für die im Juni 2012 geborene Tochter C. S. ab Juni 2012 und
- 2) die Rückforderung betreffend Tochter J. M, geb. am 2009, für den Zeitraum Jänner 2011 bis August 2012.

zu Recht erkannt:

Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.), eine österreichische Staatsbürgerin, ist verheiratet. Sie beantragte im Juli 2012 für ihre Tochter C., geb. am 2012, die Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen ab Geburt.

Am 18. Juli 2012 langte beim Finanzamt ein Antrag auf Weitergewährung der Familienbeihilfe ab September 2012 für Tochter M, geb. 2009, ein.

Der Ehegatte der Bf. arbeitete nach Beendigung seines Studiums am DU, Kalifornien, USA. Das Forschungsvorhaben des Bf. wurde vom Kuratorium des Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (FWF) im Rahmen der Erwin Schrödinger Auslandsstipendien für insgesamt 36 Monate gefördert.

Der Bf. hielt sich ab September 2010 in Kalifornien auf. Beginn der Forschungsarbeiten war der 1. Jänner 2011.

Die ganze Familie wohnte im Streitzeitraum in den Vereinigten Staaten. Tochter C. wurde dort geboren.

Das Finanzamt wies den Antrag nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit Bescheid vom 10. Juli 2012 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 mit der Begründung ab, dass für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

Die Bf. er hob gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes vom 10. Juli 2012 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juni 2012 für die Tochter C. mit Schreiben vom 17. Juli 2012 mit folgender Begründung Berufung:

*"...Meine Tochter wurde ... Juni 2012 in den USA geboren, da mein Mann..., wie in den Schreiben vom 10.12.2010 und 4.7.2012 dargelegt, noch bis Ende 2012 das österreichische Erwin-Schrödinger-Auslandsstipendium in Kalifornien bezieht. C. kam zwar in Kalifornien auf die Welt, reiste aber mit meiner älteren Tochter J. und mir bereits drei Wochen später, am 22.012, aus den USA aus, um nach Österreich zu fliegen, wo sie am 26. Juni ankam. Geplant ist, dass wir nach fast vier Wochen in KB am 20. Juli gemeinsam mit meinem Mann, der aus beruflichen Gründen erst am 10. Juli in Wien ankam, wieder nach San Francisco fliegen, damit mein Mann sein Projekt an der Stanford Universität beenden kann, bevor er – wie vom Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung vorgesehen – an die Medizinische Universität Wien zur Arbeitsgruppe von Prof. Z. X. zurückkehren wird. Trotz der örtlichen Distanz besteht weiterhin eine sehr enge Zusammenarbeit zwischen meinem Mann und seinem Mentor, Prof. Z. X., die unter anderem zu drei wissenschaftlichen Publikationen im Jahr 2011 geführt hat... Die Zeit in Österreich wird mein Mann unter anderem dafür nutzen, sein weiteres Forschungsvorhaben in Wien vorzubereiten. Abgesehen davon planen wir, wenn es unsere finanziellen Gegebenheiten zulassen, einen weiteren längeren Aufenthalt in Österreich im September.*

*Unsere Beziehungen zu Österreich sind aber nicht nur aus beruflichen Gründen sehr intensiv; auch unsere familiären Bande wurden durch die Ankunft unserer zweiten Tochter noch stärker. Beide Großelternpaare freuten sich natürlich sehr über die Geburt ihrer zweiten Enkeltochter und konnten es gar nicht erwarten, sie endlich in die Arme zu schließen...*

*Für J. wurde uns ein Kindergartenplatz im NÖ Landeskindergarten IV in KB ab Jänner 2013 zugesichert, für C. sind wir noch auf der Suche nach einem Krippenplatz...*

*Ich hoffe, dass ich Ihnen unsere Verbundenheit zu Österreich darlegen und aufzeigen konnte, dass der Lebensmittelpunkt von C. und ihrer Familie eindeutig in Österreich liegt..."*

Das Finanzamt wies die Berufung der Bf. vom 17. Juli 2012 gegen den Abweisungsbescheid vom 10. Juli 2012 mit Berufungsvorentscheidung vom 19. September 2012 mit folgender Begründung ab:

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

*Gemäß § 26 der Bundesabgabenordnung hat einen Wohnsitz jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.*

*Das tatsächliche Innehaben einer Wohnung und äußerlich erkennbare Umstände, aus denen darauf geschlossen werden kann, dass die Wohnung behalten und benutzt werden wird. Als Wohnung sind geeignete Räume zu verstehen, die nach der Verkehrsauffassung zum Wohnen geeignet sind.*

*Gemäß § 26 der Bundesabgabenordnung hat einen gewöhnlichen Aufenthalt jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.*

*Die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthaltes setzt ein "Aufhalten" bzw. "Verweilen", also "körperlich Anwesen sein", voraus. Es ist zwar nicht erforderlich, dass die körperliche Abwesenheit ununterbrochen andauert, jedoch müssen objektiv erkennbare Umstände vorliegen, aus denen geschlossen werden kann, dass der Aufenthalt im Inland nicht nur ein vorübergehender ist. Für denselben Zeitraum kann jemand nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben.*

*Gemäß § 5 Absatz 3 Familienlastenausgleichsgesetz besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Auch hier sind die Bestimmungen über den gewöhnlichen Aufenthalt maßgeblich.*

*Laut hieramtigen Unterlagen bzw. Zentralmelderegister bestanden im betreffenden Zeitraum ein Hauptwohnsitz bei ihren Eltern und ein Nebenwohnsitz bei den Eltern Ihres Gatten. Aufgrund der örtlichen Gegebenheiten liegt kein Wohnsitz im Sinne des § 26 der Bundesabgabenordnung vor.*

*Gelegentliche Aufenthalte in Österreich bei den Eltern begründen keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 26 der Bundesabgabenordnung.*

*Da für Sie im betreffenden Zeitraum in Österreich weder ein Wohnsitz noch ein gewöhnlicher Aufenthalt bestand, haben Sie keinen Anspruch auf Familienbeihilfe."*

Weiters erließ das Finanzamt am 19. September 2012 betreffend Tochter J. M einen Rückforderungsbescheid für den Zeitraum Jänner 2011 bis August 2012. Die Begründung im Rückforderungsbescheid ist im Wesentlichen ident mit jener des Abweisungsbescheides betreffend die Tochter C..

Die nunmehr steuerlich vertretene Bf. stellte mit Schreiben vom 27. November 2012 betreffend den Abweisungsbescheid (Tochter C.) einen Vorlageantrag.

Mit Schriftsatz desselben Datums er hob sie gegen den Rückforderungsbescheid betreffend Tochter J. Berufung.

Die Berufung gegen den Rückforderungsbescheid vom 19. September 2012 und der Vorlageantrag betreffend die Berufungsvorentscheidung vom 19. September 2012

(Abweisung des Antrags auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für Tochter C. ab Juni 2012) sind in weiten Teilen ident.

Die Begründung der Berufung sowie des Vorlageantrages lautet wie folgt:

*"Gemäß § 2 Abs 1 lit a FLAG haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder, wenn sie "im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben".*

*Im vorliegenden Fall ist hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen der Bf. einzig strittig, ob sie im Bundesgebiet ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat.*

*Der Begriff des "Wohnsitzes" wird in § 26 Abs 1 BAO, derjenige des "gewöhnlichen Aufenthalts" in § 26 Abs 2 BAO definiert.*

*Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass sich die Berufungswerberin in den Jahren 2011 und 2012 jeweils überwiegend mit ihrem Ehemann, Dr. O. H., und den Kindern in M., Kalifornien, USA, aufgehalten hat. Ein "gewöhnlicher Aufenthalt" im Bundesgebiet iSd § 26 Abs 2 BAO liegt somit nicht vor.*

*Nun normiert jedoch § 26 Abs 3 BAO, dass in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), [...] wie Personen behandelt [werden], 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. Diese Bestimmung ist auf die Berufungswerberin anwendbar. Der Ehegatte der Berufungswerberin, mit dem sie (samt den Kindern) in dauernder Haushaltsgemeinschaft lebt (und der ebenfalls österreichischer Staatsbürger ist), bezieht ein Stipendium eines Fonds des öffentlichen Rechts, nämlich ein Erwin-Schrödinger-Stipendium des "Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung" (auch: "Wissenschaftsfonds") gemäß § 2 Forschungs- und Technologieförderungsgesetz idF BGBI. I Nr. 52/2009. Inhalt des Stipendiums ist ein 24-monatiger Auslandsaufenthalt sowie eine anschließende 12-monatige Forschungstätigkeit in Österreich. Das Stipendium wird analog zu Dienstbezügen aus Österreich angewiesen. Das Stipendiatsverhältnis zu einem Fonds des öffentlichen Rechts ist einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechts gleichzuhalten, sodass die Berufungswerberin so zu behandeln ist, als hätte sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet.*

*Selbst wenn die Behörde diese Rechtsansicht nicht teilt, so hat die Berufungswerberin jedenfalls einen Wohnsitz iSd § 26 Abs 1 BAO im Bundesgebiet. Darunter versteht der Gesetzgeber die Innehabung einer Wohnung "unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass [der Steuerpflichtige] die Wohnung beibehalten und benutzen wird".*

*Zum Begriffsinhalt der "Wohnung" hat der VwGH über Jahrzehnte eine ständige Rechtsprechung entwickelt (vgl Stoll, BAO-Kommentar, Z 2 lit a zu § 26). Darunter zu verstehen sind "eingerichtete Räume, die der Inhaber ohne wesentliche Änderung*

*jederzeit benutzen kann und die ihm nach Größe und Ausstattung ein seinen Lebensverhältnissen entsprechendes Heim bieten können" (VwGH 23.5.1990, 89/13/0015).*

*Die Berufungswerberin und ihre Familie haben eine derartige Wohnung im Haus ihrer Eltern (wo sie auch ihren Hauptwohnsitz angemeldet haben). Sowohl im Sommer 2011 als auch im Sommer 2012 (25. 6. -20.7.) haben die Berufungswerberin und ihre Familie jeweils vier Wochen in eben dieser Wohnung verbracht, was einen weiteren Nachweis dafür darstellt, dass die gegenständlichen Räumlichkeiten als "Wohnung" iSd § 26 Abs 1 zu qualifizieren sind. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Behörde im angefochtenen Bescheid die Wohnungseigenschaft lediglich mit der unbegründeten Phrase verneint, "aufgrund der örtlichen Gegebenheiten" liege im Haus der Eltern kein Wohnsitz vor, was eine rechtliche Beurteilung darstellt, die jedoch auf keiner einzigen Sachverhaltsfeststellung aufbaut. Insofern liegt diesbezüglich sowohl ein materieller Rechtsmangel als auch ein grober Verfahrensmangel vor.*

*Beweis: Ortsaugenschein, PV, Zeugin Mag. A. P., ...*

*Das abschließende gesetzliche Kriterium sind die äußeren Umstände, ob die Wohnung auch in Zukunft beibehalten und benutzt werden wird. Damit sind die Ausstattung und weitere Rahmenbedingungen gemeint. Der Zeitumfang der tatsächlichen Nutzung in der Gegenwart ist in diesem Zusammenhang irrelevant (Stoll, BAO-Kommentar, Z 2 lit c zu § 26, mwN).*

*Im konkreten Fall sprechen die äußeren Umstände dafür, dass die Berufungswerberin und ihre Familie die gegenständliche Wohnung beibehalten und benutzen werden.*

*Die Räumlichkeiten sind voll eingerichtet, nicht in Bestand gegeben, jederzeit wiederbezugsbereit und werden nach Beendigung des Auslandsaufenthaltes im Dezember 2012 auch konkret wieder benutzt werden.*

*Beweis: wie bisher*

*Aus Gründen anwaltlicher Vorsicht wird in weiterer Folge auch auf das Kriterium des "Mittelpunkts der Lebensinteressen im Bundesgebiet" (§ 2 Abs 8 FLAG) eingegangen, obwohl es im angefochtenen Bescheid nicht releviert wird.*

*Nach der gesetzlichen Definition hat "eine Person [...] den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat". Im konkreten Fall hat die Berufungswerberin die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu Österreich (und nicht zu den USA).*

*Gemäß Rz 7596 EStR 2000 ist "bei kurzfristigen Auslandsaufenthalten (im Ausmaß von weniger als zwei Jahren) [...] idR davon auszugehen [...], dass keine Verlagerung des Mittelpunktes der Lebensinteressen in das Ausland erfolgt". Ein solcher Regelfall liegt hier vor. Dies wird auch dadurch deutlich, dass dem Ehemann der Berufungswerberin uno actu ein Stipendium für einen 24-monatigen Auslandsaufenthalt sowie eine unmittelbar anschließende 12-monatige Forschungstätigkeit in Österreich zuerkannt wurde. Die*

*Behörde hat keine Feststellungen getroffen, dass ein vom Regelfall abweichender Sachverhalt vorläge.*

*Beweis: Stipendiatsgenehmigung 6.7.2010*

*Somit wird beantragt, in Stattgebung der Berufung den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 19.9.2012 betreffend die Tochter der Berufungswerberin J., geb. ...2009) ersatzlos zu beheben.*

...

*Die Berufungswerberin hat der Behörde stets fristgerecht alle relevanten Informationen erteilt (einschließlich des Dienstortes im Ausland), sodass sie von einem rechtskonformen Bezug der Familienbeihilfe (und des Kinderabsetzbetrages) ausgehen durfte. Die Berufungswerberin hat die gewährten Leistungen gutgläubig verbraucht, sodass die Einhebung des Rückforderungsbetrages nach der Lage des Falles unbillig wäre."*

Bezüglich der im Juni 2012 geborenen Tochter Christiana brachte die Bf. in ihrem Vorlageantrag vor, diese habe sich im Jahr 2012 unter Berücksichtigung von Urlaubszeiten und ihrer Rückkehr vor Weihnachten weniger als sechs Monate im Ausland aufgehalten.

Hingewiesen wird darauf, dass die am 31. Dezember 2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängigen Berufungen gemäß § 323 Abs. 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

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

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

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen 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.

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

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 26 Abs. 1 BAO hat jemand einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften dort, wo er eine Wohnung innehält unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

Gemäß § 26 Abs. 2 BAO hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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. 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.

Gemäß § 26 Abs. 3 BAO werden in einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), 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.

**Sachverhaltsmäßig** ist als erwiesen anzunehmen, dass sich die Bf., ihr Ehegatte und ihre Kinder über einen Zeitraum von zwei Jahren bis Ende 2012 in den USA, also nicht im Gemeinschaftsgebiet aufgehalten haben. Die jüngere Tochter wurde im Juni 2012 geboren.

Unbestritten ist, dass der Ehegatte der Bf. für diesen Zeitraum ein Stipendium eines Fonds des öffentlichen Rechts, nämlich ein "Erwin-Schrödinger-Stipendium" bezogen hat.

**Rechtlich folgt daraus:**

Das Bestehen eines Wohnsitzes ist an die objektive Voraussetzung der Innehabung einer Wohnung geknüpft. Innehaben bedeutet, über eine Wohnung tatsächlich oder rechtlich verfügen zu können, sie also jederzeit für den eigenen Wohnbedarf benutzen zu können. Als Rechtsgründe kommen vor allem Eigentum, aber auch Miete in Betracht. Maßgeblich ist die tatsächliche Gestaltung der Dinge. Um einen Wohnsitz im Sinne der Abgabenvorschriften zu begründen, bedarf es der tatsächlichen Verfügungsgewalt über bestimmte Räumlichkeiten, die nach der Verkehrsauffassung zum Wohnen geeignet sind, also ohne wesentliche Änderung jederzeit zum Wohnen benutzt werden können und ihrem Inhaber nach Größe und Ausstattung ein den persönlichen Verhältnissen entsprechendes Heim bieten (vgl. VwGH 9.11.2004, 99/15/0008; 23.2.2010, 2007/15/0292).

Unter diesem Gesichtspunkt ist der Bf. Recht zu geben, wenn sie davon ausgeht, im Streitzeitraum über einen inländischen Wohnsitz verfügt zu haben. Damit waren die diesbezüglichen Beweisanträge der Bf. nach § 183 Abs. 3 BAO abzulehnen, da die zu beweisenden Tatsachen als richtig anerkannt wurden.

Ein inländischer Wohnsitz der Bf. ist aber im Beschwerdefall ebenso wenig entscheidungsrelevant wie die Frage, ob sich ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen im Streitzeitraum im Inland befunden hat; von Bedeutung ist allein, ob sich die Kinder der Bf. ständig im Ausland aufhalten haben.

Hierzu ist Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9, Folgendes zu entnehmen:

*"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 im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass*

*er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).*

*Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt jedenfalls vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl Stoll, BAO-Kommentar, 337, und VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 20.10.1993, 91/13/0175). Der gewöhnliche Aufenthalt erfordert nicht, dass der Aufenthalt freiwillig genommen wird (vgl Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 26 Rz 14).*

...

*Das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen wurde (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)."*

Zu verweisen ist schließlich auf VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008, in dem der Gerichtshof zur Dauer des Aufenthalts ausführt:

*"Im erwähnten Erkenntnis vom 24. Juni 2010 (Anm.: VwGH 2009/16/0133) hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Bei einem Aufenthalt zum Zwecke des Schulbesuches vom Herbst 1991 bis zum Jänner 1993 ging der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 20. Juni 2000, Zl. 98/15/0016, von einem ständigen Aufenthalt im Ausland aus. Ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. auch Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", in UFS Journal 2011/10, 371)."*

Somit kann auch im Beschwerdefall davon ausgegangen werden, dass sich die Kinder der Bf. iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ständig im Ausland aufgehalten haben. Auch der Aufenthalt der Tochter C. hat unter gebotener Ausblendung der Urlaubszeiten mehr als sechs Monate betragen.

Die Bf. vertritt aber auch die Ansicht, ihr Ehegatte sei als Auslandsbeamter iSd § 26 Abs. 3 BAO anzusehen, weshalb für ihn selbst, die Bf. und ihre Kinder die Fiktion des inländischen gewöhnlichen Aufenthaltes gelte.

Dem ist entgegenzuhalten, dass Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Bestimmung das Vorliegen eines Dienstverhältnisses zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes ist.

Der Bezug eines (steuerfreien) Stipendiums erfüllt diese Voraussetzungen jedoch nicht. Dies ergibt sich auch aus den "Antragsrichtlinien für das ERWIN-SCHRÖDINGER-AUSLANDSSTIPENDIUM" (mit Rückkehrphase), bei denen unter Punkt 7 Folgendes ausgeführt wird:

## **"7 Rechtliche Stellung**

### **7.1 Auslandsstipendium**

*Während des Auslandsaufenthaltes führen die StipendiatInnen ihre Tätigkeit in eigener Verantwortung durch. Durch die Zuerkennung des Schrödinger-Stipendiums wird weder ein Arbeitsverhältnis noch ein Werkvertrag begründet. Für eine Kranken- und Unfallversicherung sowie für eine etwaige Pensionsversicherung ... haben die StipendiatInnen selbst Sorge zu tragen.*

*Das Schrödinger-Stipendium wird für eine Forschungstätigkeit vergeben, die im Ausland zu erfolgen hat, und ist gemäss § 3 Abs 1 Z3 lit d) EStG in Österreich steuerfrei."*

Darauf hingewiesen sei, dass gemäß Anhang II der Antragsrichtlinien auch Reisekosten für mitreisende Kinder übernommen werden und eine Kinderpauschale pro für mindestens sechs Monate mitreisendem Kind ausbezahlt wird.

Über den Eventualantrag auf Nachsicht des Abgabenbetrages wegen gutgläubigen Verbrauchs kann das Bundesfianzgericht im Rahmen dieses Erkenntnisses nicht absprechen.

### **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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da die Bedingungen für das Vorliegen eines ständigen Auslandaufenthalts im Sinn des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 durch die oben wiedergegebene Judikatur des VwGH klargestellt ist. Bei der Frage des Vorliegens eines Dienstverhältnisses handelt es sich im Beschwerdefall um keine Rechts-, sondern eine Sachverhaltsfrage.

Gegen dieses Erkenntnis ist daher keine (ordentliche) Revision zulässig.

Wien, am 21. November 2014