

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf. vertreten durch Karl Grossek, Steuerberater, Wiener Straße 28/Stiege 2, 3130 Herzogenburg, über die Beschwerden vom 1.9.2013 und 16.1.2014 gegen die Bescheide der belangten Behörde Finanzamt Wien 2/20/21/22

- 1) vom 6.6.2013, betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner bis März 2013;
  - 2) vom 18.12.2013 betreffend Abweisung des Antrag vom 1.9.2013 auf Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum April bis Juli 2013
- zu Recht erkannt:

Die Beschwerden werden gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

## **Entscheidungsgründe**

### **I. Verfahrensgang**

Festgehalten wird zunächst, dass der Geschäftsverteilungsausschuss des Bundesfinanzgerichtes mit Verfügung vom 3.5.2017 die gegenständliche Rechtssache dem bisher zuständig gewesen Richter gemäß § 9 Abs. 6 BFGG abgenommen hat. In weiterer Folge wurde der Fall dem oben ausgewiesenen Richter zugeteilt.

Aus Vermerken in der elektronischen Datenbank des Finanzamtes ist folgender Sachverhalt zu entnehmen: Die Tochter der Beschwerdeführerin (Bf.), geb. 1998, hat ab 2011 die "International Sahaja Publik School" in Indien, also in einem Drittland, besucht. Sie ist im August 2013 nach Österreich zurückgekehrt und hat ab September 2013 in Österreich ihren Schulbesuch fortgesetzt. Das Finanzamt erließ die beiden angefochtenen Bescheide, die es gleichlautend damit begründete, dass gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder bestünde, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Die gegen beide Bescheide gerichteten Beschwerden waren im Wesentlichen ebenso gleichlautend wie folgt begründet:

*"Sachverhalt beschrieben aus der Sicht der Mutter L. P.:*

*G. hat im og. Zeitraum die International Sahaj Public School (ISPS), Talnoo, Dharamshala Cantt. 176216 Himachal Pradesh, Indien besucht. Sie ist am 8.8.2013 endgültig nach Österreich zurückgekehrt.*

*Zur in Indien besuchten Schule ISPS wird mitgeteilt, dass diese als Vollinternat geführt wird und ein besonderes Bildungsangebot hat, das in Österreich nicht verfügbar ist. Das Schuljahr dauert von Ende März bis Mitte Dezember. Während der Winterferien wird die Schule geschlossen, und G. kehrte stets für diese 3 Monate nach Österreich zurück. G. hat sich ausschliesslich zum Zwecke des Schulbesuchs in Indien aufgehalten.*

*Bei G. war - wie bei fast allen Schülern der ISPS - der Besuch dieser Schule von vorneherein zeitlich begrenzt geplant, weil der Abschluss dieser Schule mit einem maturaähnlichen Zeugnis nur in Ausnahmefällen möglich ist.*

*G. und ich selbst hatten während ihrem ganzen Aufenthalt in Indien fast ausschliesslich unsere persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu Österreich und nur marginal zum vorübergehenden Ausbildungsland Indien, so wie auch typische, in Österreich lebende Eltern üblicherweise nur marginale Verbindungen zu Ort und Personal der Schule der Kinder haben, wenn die Schule nicht in unmittelbarer Nähe zum Wohnort liegt.*

*Weiters wird mitgeteilt, dass G. in Österreich geboren wurde, die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt und sich seit ihrer Geburt bis zum Beginn des Schulbesuches in Indien ununterbrochen in Österreich aufgehalten hat.*

*Rechtliche Würdigung durch Stb Karl Grossek:*

*Der vorliegende Fall ist wahrscheinlich so aussergewöhnlich, dass es in der österr. Rechtsprechung und Schrifttum vermutlich keinen einzigen auch nur ähnlichen Fall erläutert geben wird. Daher kann man m.E. nur versuchen, aus Rechtsprechung und Schrifttum die Grundsätze für eine gesetzeskonforme Entscheidung abzuleiten und auf vorliegenden Fall anwenden. Das versuche ich hiermit wie folgt:*

*Der VwGH interpretiert den hier relevanten § 5 (3) FLAG (...Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten...) meines Erachtens so: Der VwGH sieht im FLAG die Intention des Gesetzgebers, jenen Familien die Beihilfe gewähren zu wollen, bei denen gemäss dem Gesamtbild der Verhältnisse ein überwiegendes Naheverhältnis von Eltern und Kindern zum Staate Österreich gegeben ist. Demnach untergeordnete Naheverhältnisse derselben Personen zu anderen Staaten schaden dem Familienbeihilfenbezug nicht.*

*In dem aktenkundige Schreiben des dem Finanzamt in Angelegenheiten der Familienbeihilfe übergeordneten BMGFJ vom 11.12.2008 an Familie P. (Geschäftszahl BMGFJ-510401/0303-II/1/2008) stellt das auch das BMGFJ in obigem Sinne fest, dass der ständige Aufenthalt in Österreich nicht unterbrochen wird, wenn G. nachweislich die Ferienzeiten im Haushalt der Eltern verbringt, nach Abschluss der Schule in Indien endgültig nach Österreich zurückkehrt, und in Österreich eine weiterführende Schule besucht. Alle diese Voraussetzungen liegen bei G. vor und wurden nachgewiesen.*

*Ich beantrage daher die ... Gewährung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ... für die Tochter G., da sie ausschliesslich zur Ausbildungszwecken in Indien war und der ständige Aufenthalt in Österreich im Sinne des § 5 (3) FLAG hiebei nicht unterbrochen wurde."*

Die zu Punkt 2 erlassene Beschwerdeentscheidung sowie der Vorlageantrag beinhalten keine neuen Aspekte.

## **II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **1. Sachverhaltsfeststellungen**

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

### **2. Beweiswürdigung**

Dies ergibt sich aus den unbedenklichen Vermerken in der elektronischen Datenbank, unter anderem aus einem Telefonat mit dem Stadtschulrat Wien, demzufolge die Tochter in Österreich eine Schule bis Juni 2011 besucht und sich danach in Indien aufgehalten hat.

### **3. Rechtliche Beurteilung**

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.

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenvorgangs nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO iVm § 2a BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Rechtlich folgt daraus:

Von Bedeutung ist allein, ob sich die Tochter der Bf. im Streitzeitraum ständig im Ausland aufgehalten 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 Tochter der Bf. iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ständig, nämlich sogar weit mehr als ein Jahr, im Ausland aufgehalten hat. Auf das mögliche Missverständnisse nicht ausschließende Schreiben des BMGFJ vom 11.12.2008 braucht daher nicht näher eingegangen werden.

## **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 Auslandsaufenthalts im Sinn des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 durch die oben wiedergegebene Judikatur des VwGH klargestellt ist. Gegen dieses Erkenntnis ist daher keine (ordentliche) Revision zulässig.

Wien, am 3. Juli 2017