

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 30.01.2012, soweit dieser die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen bezüglich das Kind S. U. für die Zeiträume Jänner bis November 2006 und Mai 2007 bis August 2008 betrifft, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich der verbleibenden Streitzeiträume aufgehoben.

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

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.) gab dem Finanzamt mit Schreiben vom 22. August 2010 zunächst bekannt, dass seine Stieftochter ST, geb. 1995, am 31. Juli 2010 Österreich verlassen habe, um in Zukunft bei ihrer Mutter, seiner geschiedenen Frau, zu leben und dort auch zur Schule zu gehen.

Das Finanzamt ersuchte daraufhin den Bf. mit Ergänzungsauftrag um Vorlage des Scheidungsbeschlusses. Der Bf. kam dem Ersuchen nach und gab - zusammengefasst - folgende Stellungnahme ab:

Seine Ex-Frau habe, nachdem die Familie 2001 von Vietnam nach Wien (zurück-)gezogen sei, jahrelang schwere Depressionen gehabt, sodass er sie ab 2003 immer wieder und für immer längere Zeiträume zu ihren Freunden und ihrer Familie nach Vietnam zurück fliegen ließ, weil es ihr dort gut gegangen sei. In Wien sei sie aufgrund ihrer psychischen Situation eine schwere Belastung für die ganze Familie gewesen. Mit der Zeit seien ihre Flüge nach Wien nur noch ein Besuch ihrer Kinder und ihr Leben in Vietnam ihr reales Leben gewesen. Sie habe dann dort auch einen neuen Lebenspartner gefunden, mit dem sie auch einige Jahre zusammen in dessen Haus gelebt habe.

Er habe die beiden großen Kinder bei sich gehabt. Stieftochter ST und seine leibliche Tochter T1 seien in Wien auf eine gute Schule gegangen, was in Vietnam nicht möglich

gewesen sei. Der im Jahr 2003 geborene Sohn S. sei bei seiner Mutter gewesen und mit ihr ca. alle 3 Monate nach Wien geflogen, um ihm und die Geschwister zu besuchen.

Beim Umzug im Herbst 2004 seien er und seine Frau de facto schon getrennt gewesen.

Im Sommer 2008 habe seine Ex-Frau dann den gemeinsamen Sohn S. nach Wien gebracht, da sie sich geeinigt hatten, dass dieser vor Schulbeginn noch ein Jahr Kindergarten in Wien absolvieren solle, um die deutsche Sprache zu erlernen, bevor er in Wien in die Schule komme.

Im Herbst 2009 hätte ihn dann seine Frau aus Vietnam kontaktiert und um die Scheidung gebeten. Diese sei im November 2009 offiziell ausgesprochen worden.

Seine Stieftochter sei mit Ende des Sommer-Semesters 2009 ihrer Schule verwiesen worden und ihre Mutter hätte darauf bestanden, dass diese in Vietnam auf eine internationale Schule gehe.

Nach jahrelangem Drängen seinerseits habe sich seine Ex-Frau erst im Sommer 2010 tatsächlich polizeilich in Österreich abgemeldet.

Das Finanzamt forderte vom Bf. mit Bescheid vom 30. Jänner 2012 die für Sohn S. bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Jänner 2006 bis August 2008 und für Stieftochter ST für den Zeitraum Juli 2009 bis August 2010 unter Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) zurück.

Der Bf. brachte gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht Berufung.

Zur Begründung führte er aus, dass der Rückforderungsbescheid auf seinem Schreiben vom 8.10.2011 basiere, in welchem er ausführlich erklärt habe, dass seine Ex-Frau und er geschieden seien und dass er darüber hinaus den Haushalt und die Kindererziehung schon einige Zeit länger alleine inne habe.

Er habe in diesem Schreiben auch Aussagen bezüglich seiner beiden Kinder S. und ST gemacht und erst jetzt, nach Erhalt des Bescheides, feststellen müssen, dass eine seiner Informationen bezüglich ST effektiv falsch sei und einige Informationen zu S. offensichtlich zumindest missverständlich.

Es sei falsch, dass ST mit Ende des Sommer-Semesters 2009 ihrer Schule verwiesen wurde. Korrekt sei 2010.

Zum Beweis legte der Bf. die Schulnachricht und das Jahreszeugnis für ST für das SJ 2009/10 sowie weiters ein Schreiben der Schulstiftung der Erzdiözese XY und eine Kopie der Leistungsübersicht der SVA bezüglich KV-Leistungen im Jahr 2010, ausweisend die Vergütung von 7 Belegen im Zeitraum 1. Oktober 2009 bis 2. Juni 2010 vor.

Betreffend Sohn S. führte der Bf. zusammengefasst aus, dass er fälschlicherweise den Eindruck vermittelt habe, dass sein Sohn S. nicht mehr seinem Haushalt in Wien zugehörig gewesen sei. Seine Frau sei seit 2004 immer wieder mit S., der damals ein Jahr gewesen sei, nach Vietnam gereist. Die Aufenthalte in Vietnam seien immer länger

geworden. Zuerst seien es nur zwei Wochen, später dann meist vier bis acht Wochen gewesen. Es sei aber klar abgesprochen gewesen, dass S. so bald wie möglich in Wien in den Kindergarten gehen sollte.

Er habe vergessen in seinem Brief vom 8. Oktober 2011 zu schreiben, dass S. im gegenständlichen Zeitraum (Jänner 2006 bis August 2008) hier in Wien schon im Kindergarten gewesen sei, und zwar von Dezember 2006 bis April 2007. Danach sei S. mit seiner (Ex-)Frau wieder nach Vietnam gereist und seien die beiden wieder gependelt. Schon im November 2007 habe er dann erneut mit dem Kindergarten einen Aufnahmevertrag für den eintritt per September 2008 geschlossen. S. sei im gesamten gegenständlichen Zeitraum bei der Sozialversicherung und auch bei der privaten Krankenzusatzversicherung angemeldet gewesen.

Weiters verwies der Bf. auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und auf die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967, Teil 1.

Zum Begriff "Wohngemeinschaft" führte er aus, dass er leider nicht mehr beweisen könne, dass sein Sohn die gesamten Jahre über immer sein eigenes Bett und seine eigene Spieletecke in der Wiener Wohnung gehabt habe. Er sei in die Gemeinschaft seiner anderen beiden Geschwister integriert gewesen und sollte bzw. ist mit ihnen in die gemeinsame Schule (bzw. Kindergarten) gegangen. Seine Abwesenheitszeiten in Vietnam seien eine "Unterbrechung" vom Familienleben in Wien gewesen.

Zum Begriff "Wirtschaftsgemeinschaft" führte der Bf. aus, dass er als Alleinverdiener der Familie alle Kosten für alle Familienmitglieder getragen habe; selbstverständlich auch für seinen Sohn S.. S. habe seit seiner Geburt durchgehend eine private Krankenzusatzversicherung, sein eigenes Sparbuch und seine Kosten seien alle von ihm getragen worden. Seine (Ex-)Frau habe kein eigenes Einkommen bezogen bzw. beziehe kein eigenes Einkommen.

Betreffend "*vorübergehender Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung*" vertritt der Bf. die Meinung, dass die Beibehaltung einer teuren privaten Zusatzkrankenversicherung, häufige und lang andauernde Aufenthalte in Wien (und somit in der gemeinsamen Wohnung), Jahreszusammenstellungen der KV-Leistungen, Kindergartenbesuch in der genauen Mitte des gegenständlichen Zeitraumes, zweite Kindergarten-Anmeldung Indizien für einen nur "vorübergehenden Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung" seien.

Das stärkste Argument habe sich ja heute, lange nach dem gegenständlichen Zeitraum, bewiesen, nämlich dass S. ab August 2008 wieder dauerhaft in die gemeinsame Wohnung zurückgekommen sei.

Das Finanzamt erließ am 11.2.2013 eine Berufungsvorentscheidung mit folgender Begründung:

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

*Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat nach § 2 Abs. 2 die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.*

*Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn*

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält oder
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

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

*Nach § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) 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 ständiger 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 (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 24.6.2010, 2009/16/0133 sowie Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, 55 Rz 9).*

*Dem Wortlaut des § 26 Abs. 2 erster Satz BAO ist zunächst zu entnehmen, dass ein nicht nur vorübergehendes Verweilen in einem Land keinen eigenen Begriff darstellt, sondern als ständiger Aufenthalt zu sehen ist.*

*Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten. Auf eine allfällige Absicht des Kindes des Antragstellers, nach dem Auslandsaufenthalt nach Österreich zurückzukehren, kommt es demnach nicht an.*

*Im erwähnten Erkenntnis vom 24.6.2010 hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünf bis zu sechs Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Ein Auslandsaufenthalt von mehr als sechs Monaten ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. VwGH vom 26.1.2012, 2012/16/0008).*

*Fakt ist, dass Ihre Tochter ST laut den vorgelegten Zeugnissen für das Schuljahr 2009/10 in Österreich aufhältig war und mit 17.8.2010 aus dem gemeinsamen Haushalt abgemeldet wurde.*

*Daher wird Ihnen die Familienbeihilfe für Ihre Tochter für den Zeitraum 7/2009 bis 8/2010 zuerkannt.*

*Für Ihren Sohn S. haben Sie eine Kindergartenbesuchsbestätigung vom 17.9.2012 vorgelegt, worin ersichtlich ist, dass S. im Zeitraum vom 15.12.2006 bis 30.4.2007 und vom 1.9.2008 bis 5.7.2009 das Kindertagesheim XY besucht hat. Im Zeitraum vor bzw. zwischen den Kindergartenbesuchen hielt sich Ihr Sohn laut eigenen Angaben überwiegend bei der Kindesmutter in Vietnam auf und war nur tageweise bei Ihnen in Wien aufhältig.*

*Daher wird Ihnen die Familienbeihilfe für Sohn S. für den Zeitraum 12/2006 bis 4/2007 zuerkannt."*

Der Bf. stellte einen Vorlageantrag. Die sehr ausführliche Begründung wird in der Folge zusammengefasst wiedergegeben:

Der Bf. sei im Sommer 2001 mit seiner (damals noch) vietnamesischen Frau ..., ihrer Tochter ST und der gemeinsamen Tochter T1 von Vietnam nach Wien übersiedelt, wo sich nach wenigen Monaten gezeigt habe, dass seine Frau, weil sie ihr Heimatland, Familie etc. vermisste, sehr depressiv geworden war. Sie habe den Haushalt vernachlässigt, Wutausbrüche etc. gehabt, was das Zusammenleben fast unerträglich gemacht habe. Da er damals eine neue Firma in Wien gegründet habe, sei es ihm finanziell unmöglich gewesen, diese aufzugeben und praktisch ohne Geld und neue Geschäfte nach Vietnam zurück zu übersiedeln. Die Probleme seien immer größer geworden. Trotzdem habe seine Frau gegen seinen ausdrücklichen Wunsch noch ein Kind bekommen. Sohn S. sei im Mai 2003 geboren worden. Seine Frau habe sich nun zwar um das Baby gekümmert, jedoch hätten sich Depression und Wutanfälle fortgesetzt. Auf Anraten der Ärzte sei seine Frau dann für einige Zeit mit S. zu ihrer Familie nach Vietnam gereist, um sich dort (psychisch) zu erholen. Wenn sie nach einigen Wochen von Vietnam nach Wien zurückgekommen sei, sei sie gut gelaunt und erholt gewesen, jedoch sei die Situation nach wenigen Wochen wieder die gleiche gewesen: missmutig, depressiv, streitsüchtig ... So sei seine Frau regelmäßig mit S. nach Vietnam gefahren und dort einige Wochen bis Monate geblieben um dann wieder für einige Wochen (mind. zwei Wochen) nach Wien zurückzukehren. Zu einer Scheidung sei es, weil keiner auf die Kinder verzichten wollte und er die Kinder auf einem anderen Kontinent besuchen hätte müssen, nicht gekommen. Zudem habe alles für eine weitere schulische Bildung in Wien gesprochen. S. sei dann ab Dezember 2006 in Wien in den Kindergarten gegangen und seine Frau sei nun alleine nach Vietnam gereist, hätte dort aber die Kinder vermisst. Wenn seine Frau dann nach Wien gekommen sei, sei sie wieder in ihre alten psychischen Probleme zurückverfallen. Sie habe daher im April 2007 gebeten, ob sie den Kindergarten für S. nicht unterbrechen und noch weiter verschieben könnten, damit sie diesen auf ihren Vietnamausflügen vorerst weiterhin mitnehmen könne. Er habe dem zugestimmt, weil er auch viel Verständnis für die Situation und die Gefühle seiner Frau aufgebracht hätte. S. sei daher wieder vom Kindergarten abgemeldet worden, sei aber in den folgenden Monaten weiterhin nach Vietnam gependelt. Seine Frau und er hätten dann beschlossen, dass S. mindestens ein Jahr vor Schulanfang in Wien im Kindergarten sein solle und er habe ihn deswegen schon fast ein Jahr vorher, am 26.11.2007, vertraglich angemeldet. Danach - also im

September 2009 - sollte S. in die Volksschule ... kommen, was auch alles wie geplant geschehen sei. Von der Firma Miles & More seien ihm die Flugdaten seines Sohnes leider nur telefonisch mitgeteilt worden. Im Zeitraum Jänner 2006 bis August 2008 hätte die Dauer der Österreich-Aufenthalte seines Sohnes zwischen zwei und viereinhalb Wochen betragen und die Vietnam-Aufenthalte zwischen ein und etwas über vier Monaten. Die besonders langen Vietnam-Aufenthalte im Sommer seien deswegen zustande gekommen, weil sich die ganze Familie im Juli oder August meist für drei bis fünf Wochen auf Urlaub in Vietnam aufgehalten habe. Diese Familienurlaube müssten daher wohl von der Gesamtzeit dieser Österreich-Absenzen abgezogen werden.

Er verweise nochmals auf die von ihm in seiner Berufung vorgelegte Monatsliste mit zeitlichen Eintragungen der nachweislichen (da von der SVA bestätigten) medizinischen Leistungen für S. in Wien.

Zu den "rechtlichen Aspekten" machte der Bf. folgende Ausführungen:

*"Wie in der Berufungsvorentscheidung auch festgehalten, ist nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 24.6.2010, 2009/16/0133 sowie Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9).*

*§ 26 Abs. 2 BAO sagt, dass jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort hat, 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 Abgabenpflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, trifft diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert.*

*Das Erkenntnis des VwGH vom 24.6.2010, 2009/16/0133 besagt sodann, dass die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG somit nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten ist. Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt.*

*Die Berufungsvorentscheidung beruft sich ebenfalls auf dieses Erkenntnis wenn es dort heißt: „Im erwähnten Erkenntnis vom 24.6.2010 hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Ein Auslandsaufenthalt von mehr als sechs Monaten ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. VwGH vom 26.1.2012, 2012/16/0008).“*

*Es stellt sich nun die Frage wie eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb - bzw. max. sechs - Monaten im Ausland gemeint ist, denn es gibt mehrere Interpretationsmöglichkeiten.*

*1. Im Erkenntnis des VwGH vom 24.6.2010, 2009/16/0133 wird der ununterbrochene Auslandsaufenthalt von ca. 5,5 Monaten gerade noch als vorübergehender Aufenthalt bezeichnet.*

*In diesem konkreten Fall ging es um einen ununterbrochenen Aufenthalt von ca. 5,5 Monaten eines Kindes in Kap Verde, sogar inklusive eines Schulbesuches, der vorerst nur vorübergehend geplant war, später jedoch dauerhaft wurde.*

*In unserem Fall hat der längste ununterbrochene Aufenthalt etwas über 4 Monate gedauert (gemeinsamer Familienurlaub in dieser Zeit in Vietnam noch nicht abgezogen). Die meisten Aufenthalte waren jedoch deutlich kürzer. Kein einzelner Aufenthalt in Vietnam hat daher auch nur annähernd die maximal zulässigen 6 Monate erreicht!*

*2. Im Erkenntnis des VwGH vom 26.1.2012, 2012/16/0008 besucht ein 16-jähriges Mädchen im Rahmen eines schulischen Austauschprogrammes für ein Jahr die USA. Der VwGH erkennt hierzu, dass „ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen ist (vgl. auch Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem „Drittland“, in UFS Journal 2011/10,371).“ Weiters: „Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, allenfalls ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor“.*

*In der Berufungsentscheidung des unabhängigen Finanzsenats UFSG, GZ RV/0454-G/12 vom 25.10.2012 wurde ebenso entschieden im Falle eines 13-jährigen Mädchens, welche eine theologische Schule inklusive Internat in Bosnien für 4 Jahre (bis zur Matura) besuchte. Das Mädchen kam alle 14 Tage für 2 Tage zu Besuch nach Österreich. In ihrem Fall wurde ebenfalls entschieden, dass das Mädchen seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich nicht mehr hat, 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, 2008115/0323, VwGH 18.1 1.2009, 2008/13/0072).“*

*Im Falle eines Aufenthaltes im Ausland zum Zwecke der (auch zeitlich begrenzten) Schulausbildung wird also unabhängig von Besuchen und Anwesenheitszeiten in Österreich von einem ständigen Aufenthalt im Ausland ausgegangen. Auch andere „objektive Gesichtspunkte“, die darauf hinweisen, dass ein Auslands-Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, können diese Einschätzung begründen.*

*In unserem Fall hat es weder einen Schulbesuch noch einen anderen „objektiven“ Grund für die Vermutung gegeben, dass S. sich für einen zeitlich fixierten Zeitraum im Ausland aufhalten musste. Der Grund lag nur in seinem (jungen) Alter, welches eine Begleitung seiner Mutter zu einem Erholungsurlaub im Ausland notwendig machte. Ein Verbleiben in Österreich bei seinem Vater, der schon 2 Kinder in Abwesenheit seiner Frau zu versorgen hatte, wäre für diesen zeitlich einfach unmöglich gewesen (neben Beruf und Haushalt).*

*3. Im Erkenntnis des VwGH vom 22.4.2009, 2008115/0323, wird festgestellt, dass die langfristige Abwesenheit der Ehefrau und Mutter zweier Kinder in der russischen Föderation, mit nur kurzen Österreich-Besuchen überwiegend in den Ferienmonaten, keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich begründet haben kann. Dies auch zumal die 15-jährige Stieftochter zum gegenständlichen Zeitpunkt in der russischen Föderation die*

Schule besucht und einen Schulabschluss absolviert hat. Der jüngere Bruder begleitete seine Mutter immer nur bei ihren kurzen Aufenthalten in Österreich.

Wieder ist der ausländische Schulbesuch ein objektives Kriterium, welches den ständigen Auslandsaufenthalt der großen Schwester begründet. Bzgl. des kleinen Bruders ging der unabhängige Finanzsenat in freier Beweiswürdigung davon aus, dass dieser sich in 2006 nur wenig länger als 1,5 Monate und in 2007 wenig mehr als 3,5 Monate in Österreich aufhielt und zusammen mit seiner Mutter und großen Schwester überwiegend in den „üblichen Urlaubsmonaten“ nach Österreich kam. Außerdem betragen die jährlichen Aufenthaltszeiten in der russischen Föderation jeweils weit mehr als 6 Monate.

In unserem Fall gab es - wie schon erwähnt - keinen Schulaufenthalt und die Aufenthalte in Österreich fielen in keiner Weise mit speziellen Urlaubsmonaten zusammen. Außerdem betragen die einzelnen Aufenthaltszeiten in Vietnam nicht mehr als 4 Monate und die jährlichen Aufenthaltszeiten in Österreich betragen - zumindest in den Jahren 2007 und 2008 nachweisbar - jeweils mehr als 6 Monate (siehe Liste der nachweisbaren Anwesenheitszeiten von S. in Österreich).

Durch obige beispielhafte Aufzählung wird klar, dass 1. die 6-Monats-Regel nicht ausschließlich für die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts in Österreich entscheidend ist, sondern auch andere Gesichtspunkte entscheidend sein können, wie z.B. zeitlich fixierte Auslands-Schulaufenthalte und andere „objektive Gesichtspunkte“ die erkennen lassen, „dass ein Auslandsaufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird.“ Außerdem wird 2. klar, dass nicht eindeutig definiert ist, ob die 6-Monats-Regel ("nur ein Zeitraum kürzer als 6 Monate im Ausland ist noch mit einem gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich vereinbar") für einen einmaligen Auslandsaufenthalt gilt oder für die Gesamtzeit während eines Jahres d.h. mehrmalige Auslandsaufenthalte. Wie wäre also ein Auslandsaufenthalt von 5 Monaten, ein Monat Anwesenheit in Österreich und dann wieder ein 5-Monats-Aufenthalt im Ausland während eines Jahres zu beurteilen? Keiner der Auslandsaufenthalte beträgt mehr als 6 Monate, die Gesamtzeit im Ausland betrüge aber 10 Monate im Jahr - also weit mehr als diese 6 Monate.

Und 3. entnehme ich der Argumentation des Finanzamtes, dass auch die Annahme eines längeren Zeitraumes als eines Jahres für die Anwesenheitsbeurteilung in Österreich herangezogen wird. In unserem Fall geht es um 32 Monate, während welcher mein Sohn häufig mit seiner Mutter auf Auslandsurlaub war, bis zum Beginn seines Kindergartens im September 2008. Bei einer jährlichen Betrachtung müssten auch die 4 Kindergarten-Monate des Jahres 2008 miteinbezogen werden. Offensichtlich wurde jedoch nur diese 32-Monate-Periode in ihrer Gesamtheit herangezogen, für welche beurteilt wurde ob mein Sohn überwiegend in Vietnam oder Österreich war. Und als sich herausstellte (d.h. ich nachweisen konnte), dass mein Sohn in der Mitte dieser 32 Monate auch noch min. 4,5 Monate in Wien war (nachweislicher Kindergartenbesuch), wurden diese herausgenommen und nun - als ob diese nie passiert wären - nur noch 27,5 Monate isoliert betrachtet. Diese 4,5 Monate sind jedoch wichtig, sei es, dass man diese Reiseperiode (32 Monate) nun in ihrer Gesamtheit oder aberjährlich betrachtet!

*Es ist also nicht klar nachvollziehbar wie die Regel der max. 6 Monate Auslandsaufenthalt hier angewendet wurde. Klar ist nur, dass kein einziger Aufenthalt in Vietnam auch nur annähernd so lange gedauert hat und dass auch in den einzelnen Jahren 2007 und 2008 nachweislich der Aufenthalt in Vietnam jeweils geringer war als 6 Monate (pro Jahr). Auch sind keine „objektiven“ Gesichtspunkte auszumachen, welche zu der Annahme berechtigen, dass es sich um einen gewöhnlichen Aufenthalt in Vietnam handelt: keine Schulzeit, keine Verträge, fix vereinbarte Perioden oder sonstige Verpflichtungen.*

*Ich möchte dbzgl. noch auf einen anderen Punkt hinweisen: Meine Berufungsvorentscheidung führt aus, „Nach ständiger 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“.*

*§ 26 Abs. 2 BAO besagt „Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, daß er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert.“*

*Der Entscheidungstext des OHG vom 11.12.2003, 12Os109/03 bezieht sich darauf und führt aus (Rechtssatz): „Das Tatbestandsmerkmal „gewöhnlicher Aufenthalt“ verlangt körperliche Anwesenheit.*

*Weiteres müssen die Umstände (Absicht hat dabei keine Bedeutung) dafür sprechen, dass Anwesenheiten nicht nur vorübergehend sein sollen, dass also eine gewisse sachlich-räumliche Beziehung zum Aufenthaltsort bestehen soll, wobei die Lebensverhältnisse, die geschäftliche Betätigung am Aufenthaltsort usw zu berücksichtigen sind. Ein mehr als sechs Monate dauernder Aufenthalt, der allerdings stets unbeschränkte Abgabepflicht zur Folge hat (§ 26 Abs 2 BAO), ist nicht erforderlich. Vielmehr kann gewöhnlicher Aufenthalt auch bei einer kürzeren Aufenthaltsdauer vorliegen, sofern nur Umstände gegeben sind, die erkennen lassen, dass es sich nicht nur um ein bloß vorübergehendes Verweilen handelt. Überdies ist keineswegs ununterbrochene Anwesenheit erforderlich, um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher nicht den gewöhnlichen Aufenthalt.“*

*Es ist also klar, dass immer bei einem Inlandsaufenthalt von mehr als 6 Monaten (d.h. weniger als 6 Monate im Ausland) ein gewöhnlicher Aufenthalt in Österreich besteht. Jedoch ist dies kein Ausschließlichkeits-Kriterium! Auch bei einem Aufenthalt von weniger als 6 Monaten im Inland (d.h. länger als 6 Monate im Ausland) kann ein gewöhnlicher Aufenthalt im Inland vorliegen, „sofern nur Umstände gegeben sind, die erkennen lassen, dass es sich nicht nur um ein bloß vorübergehendes Verweilen handelt.“ Und „Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher nicht den gewöhnlichen Aufenthalt.“ Das heißt in unserem Fall:*

1. Gibt es Umstände, die erkennen lassen, dass es sich nicht nur um ein bloß vorübergehendes Verweilen in Österreich handelt? Und gibt es eine gewisse sachlich-räumliche Beziehung zum Aufenthaltsort in Österreich, wobei die Lebensverhältnisse, die geschäftliche Betätigung am Aufenthaltsort usw. zu berücksichtigen sind?

2. Handelt es sich um Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind?

ad 1.: Zuerst einmal das Offensichtlichste: S. wurde in Österreich geboren und verbrachte die ersten 2 Lebensjahre in Österreich. Dann reiste er einige Zeit immer wieder nach Vietnam und seit September 2008 ging er in Wien in den Kindergarten und danach in die Volksschule; ab September 2013 geht er sogar schon ins Gymnasium (XY). Allein eine ex-post Betrachtung zeigt, dass kein dauernder Auslandsaufenthalt beabsichtigt/gegeben war, bzw. es Anlass gegeben hätte dieses zu vermuten.

Dann war S. im gegenständlichen Zeitraum (01/2006 bis 8/2008) nachweislich 4,5 Monate hier im Kindergarten! Das was eigentlich eines der wichtigsten Indizien dafür ist, dass S. in Wien seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat - ein längerer Kindergartenaufenthalt - wurde in der Berufungsentscheidung einfach nur insofern berücksichtigt, dass (nur) für diesen Zeitraum der gewöhnliche Aufenthalt anerkannt wurde. Ist nicht vielmehr gerade dieser Kindergartenaufenthalt im gesamten gegenständlichen Zeitraum der beste Beweis dafür, dass S. hier tatsächlich sein Zuhause hatte? Und dann wurde auch nicht berücksichtigt, dass ich S. ja schon wieder mit Vertragsunterzeichnung am 16.11.2007 für den neuerlichen Kindergartenbesuch ab September 2008 angemeldet hatte!

Dann sollte wohl erwähnt werden, dass der größere Teil der Familie (ich: ..., Tochter: T1 ..., Stieftochter: ST), also Vater und die Mehrzahl der Geschwister in Wien verblieben. Sogar meine Stieftochter blieb in Wien, was wohl nicht darauf schließen lässt, dass ihre Mutter vor hatte, dauerhaft im Ausland zu bleiben (und damit unser begleitender S.). Darüber hinaus war S. weiterhin in Wien gemeldet, in Österreich sozialversichert, privat bei der Uniqa krankenversichert und hatte ein eigenes Sparbuch (auf welches die Verwandtschaft zeitweise geschenkmäßig etwas Geld einzahlte). Er hatte in unserer Wohnung sein eigenes Bett, sein Spielzeug und seine Kleidung (was ich natürlich heute nicht mehr beweisen kann; allenfalls durch Aussagen meiner Kinder oder Ex-Frau). Außerdem hat S. nie vietnamesisch gelernt! Unsere Familiensprache war Englisch und S. lernte auch während seiner häufigen Aufenthalte in Vietnam nie die vietnamesische (Mutter-)Sprache!

ad 2.: Es war schon deshalb selbstverständlich, dass S. immer nur vorübergehend nach Vietnam reiste, da eine Schulausbildung in Vietnam für Ausländer absolut (qualitativ) inakzeptabel gewesen wäre! Als Ausländer kann man in Vietnam nur auf eine International School gehen, die extrem teuer sind und für mich unleistbar gewesen wären. Es ist aus allen Umständen offensichtlich, dass es auch für S. immer geplant war, dass auch er zuerst den Kindergarten, dann die Volksschule und anschließend das Gymnasium XY ... besuchen sollte, so wie seine Geschwister. Es gibt keine denkmögliche Begründung dafür warum S. nach Vietnam - als gewöhnlichem Wohnsitz - hätte gehen sollen! Der

*einige Grund dafür war, dass seine Mutter große psychisches Probleme hatte und es für sie (überlebens-)wichtig war, zur geistigen Erholung nach Vietnam zu reisen. Meine (Ex-)Frau hat weder in Vietnam gearbeitet, noch dort eine Ausbildung absolviert, noch war sie aus anderen medizinischen Gründen dort. Es gab auch keine anderen notwendigen oder zwingenden Gründe für ihren Aufenthalt in Vietnam, außer dem, dass sie wieder ihre psychische Stabilität wiederfinden sollte. Sie hat sich also einfach nur dort erholt - nichts Anderes! Sie hat teilweise bei ihrer Verwandtschaft gewohnt und teilweise bei Freunden. Meine (Ex-) Frau hatte also keine eigene Wohnung, kein eigenes gemietetes Zimmer und somit keinen eigenen Hausstand. Sie lebte in Vietnam von meinem Geld und auch die Flüge wurden von mir bezahlt. Ihr Aufenthalt war in jeder Beziehung vorübergehend und nur in späteren Jahren wurde ihre Anwesenheit in Vietnam zunehmend zu einem Daueraufenthalt (nachdem wir uns langsam auseinander gelebt und meine Frau einen neuen Freund in Saigon gefunden hatte). So lange jedenfalls S. mit seiner Mutter nach Vietnam pendelte, war immer geplant, dass sie mit diesem bald wieder zurückkehren sollte.*

*Es wäre einfach nicht möglich gewesen, dass meine (Ex-)Frau - nur wegen ihrer eigenen psychischen Probleme - nach Vietnam fliegt ohne S.. Es gab für mich einfach nicht die Option auch noch auf ein drittes Kind - noch dazu im Alter zw. 2 und 3 Jahren - aufzupassen bzw. dieses ausreichend zu betreuen! Als (zeitweiliger) Alleinerzieher von 2 Kindern war es mir inklusive Haushalt und meiner Tätigkeit als geschäftsführender Gesellschafter einer GesmbH einfach unmöglich auch noch unseren kleinen S. im Alter von 2 oder 3 Jahren zu übernehmen - so gern ich das auch gemacht hätte. Auf der anderen Seite wäre meine (Ex-)Frau auch nicht ohne ihr "Baby" nach Vietnam geflogen! Die Belastung, von 2 ihrer Kinder einige Zeit getrennt zu sein, war schon groß genug. Die Begleitung durch unseren S. war sicherlich eine Voraussetzung dafür, dass meine Frau überhaupt nach Vietnam gereist ist!*

*Ich hoffe ich konnte klar machen, dass - aufgrund der schwierigen Gegebenheiten — dieses Pendeln meiner (Ex-)Frau nach Vietnam unumgänglich und ein Verbleiben von S. bei uns in Wien nicht möglich war. Und dass diese Abwesenheiten keineswegs bedeuteten, dass unsere Familiengemeinschaft (in Wien) aufgehoben war..."*

Mit Schreiben vom 18. April 2013 teilte der Bf. dem Finanzamt mit, dass er zu seiner Überraschung von Miles & More eine Aufstellung der Flugdaten seines Sohnes für den gegenständlichen Zeitraum erhalten habe. Diesen lege er, schon von ihm weiter bearbeitet, in Kopie vor.

Wie man daraus ersehen könne, habe er links der Tabelle die Aufenthaltszeiträume in Wien berechnet und rechts der Tabelle die Zeiträume im Ausland (vor dem Doppelpunkt die Monate, dahinter die Tage; z.B. 1 : 17 heißt also 1 Monat + 17 Tage). Mit \*) habe er die Familien-Sommer-Urlaube in Vietnam markiert (jeweils im Sommer 2006, 2007, 2008). Er denke, diese jeweils 3 - 5 Wochen (also jeweils rund 1 Monat) sollten wohl von den jeweiligen Auslandsaufenthaltszeiten seines Sohnes abgezogen werden. Wenn man dies tue, so ergebe sich zusammengefasst und gerundet folgendes Bild:

Im gegenständlichen Zeitraum Jänner 2006 bis August 2008 habe es insgesamt 5 Aufenthalte von S. im Ausland mit einer ca.-Dauer von jeweils 3 Monaten gegeben. Im gleichen Zeitraum habe es 6 Aufenthalte in Österreich gegeben mit einer Zeitdauer von 14 Tagen bis 8 Monaten.

Strittig ist somit nur mehr die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen betreffend den Sohn S. für die Zeiträume Jänner bis November 2006 und Mai 2007 bis August 2008.

Aufgrund der vorgelegten Aufstellung der Flugdaten sind im (verbleibenden) Streitzeitraum folgende Inlands- und Auslandsaufenthalte des Sohnes ersichtlich:

29.12.2005 bis 1.4.2006: Ausland (ca. 3 Monate);  
1.4. bis 24.4.2006: Inland (ca. 3 Wochen);  
25.4. bis 24.8.2006: Ausland (ca. 4 Monate);  
24.8.2006 bis 24.4.2007: Inland (ca. 8 Monate);  
25.4. bis 1.9.2007: Ausland (ca. 4 Monate);  
1.9. bis 16.9.2007: Inland (ca. 2 Wochen);  
17.9. bis 20.12.2007: Ausland (ca. 3 Monate);  
20.12.2007 bis 9.4.2008: Inland (ca. 3 1/2 Monate);  
10.4. bis 9.7.2008: Ausland (ca. 3 Monate);  
9.7. bis 24.7.2008: Inland (ca. 2 Wochen);  
26.7. bis 31.8.2008: Ausland (ca. 1 Monat).

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:**

### **Folgender Sachverhalt ist aktenkundig und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:**

Der Bf., Sohn S. und die geschiedene Gattin des Bf. sind österreichische Staatsbürger.

Die Ehe des Bf. wurde am 11. Dezember 2009 rechtskräftig geschieden. Laut Vergleich des Bezirksgerichtes Leopoldstadt vom 2. Dezember 2009 erhielt der Bf. für die gemeinsamen Kinder, Tochter T1 und Sohn S., die alleinige Obsorge.

Die geschiedene Gattin war bis 14. Juli 2010 mit einem Hauptwohnsitz an der damaligen Adresse des Bf. gemeldet.

Der Aufnahmevertrag mit dem privaten Kindergartens XY Wien für das Kindergartenjahr 2006/2007 wurde am 8.11.2006 unterfertigt und jener für das Kindergartenjahr 2008/2009 am 26.11.2007.

Laut Beitragsbestätigung der Schulstiftung der Erzdiözese Wien vom 14. September 2012 wurde für den Zeitraum von Jänner 2007 bis April 2007 ein Beitrag von € 1.168,-- und für den Zeitraum September 2008 bis Dezember 2008 ein Beitrag von € 1.248,-- entrichtet.

S. besuchte im Streitzeitraum den Kindergarten XY nachweislich vom 15. Dezember 2006 bis 30. April 2007 und vom 1. September 2008 bis 5. Juli 2009.

Die Auslandsaufenthalte des Sohnes haben im Streitzeitraum nie länger als knapp mehr als vier Monate betragen und waren durch teilweise länger dauernde Inlandsaufenthalte unterbrochen. Glaubwürdig ist auch, dass der Bf. (auch) mit seinem Sohn 2006 bis 2008 jeweils rund ein Monat in Vietnam verbracht hat.

### **Gesetzliche Bestimmungen und rechtliche Würdigung:**

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird bezüglich der gesetzlichen Bestimmungen auf die Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes vom 11.2.2013 verwiesen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen (vgl VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008, mwN, sowie Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9 zweiter Absatz).

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 FLAG 1967 ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl das zitierte Erkenntnis des VwGH vom 26.01.2012 und Nowotny, aaO, § 5 Rz 9 erster Absatz).

Ein Aufenthalt ist nicht schon dann nur vorübergehend im Sinne der Rechtsprechung zu § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 und § 5 Abs 3 FLAG 1967, wenn er zeitlich begrenzt ist. Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, allenfalls ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (vgl ebenso das zitierte Erkenntnis vom 26.1.2012 mwN)

Im Erkenntnis VwGH 24.6.2010, 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.

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt.

Ein Aufenthalt zu Urlaubszwecken, Kurzwecken und Erholungszwecken wäre typischerweise nicht geeignet, als ständig beurteilt zu werden (vgl. VwGH 31.3.1992, 87/14/0096, oder auch sinngemäß VwGH 26.1.1981, 1119/80). Der Aufenthalt muss nicht an einem einzigen Ort vollzogen werden, vielmehr genügt der Aufenthalt in einem bestimmten Gebiet (Stoll, BAO Kommentar, 336f).

Ab welcher Dauer ein Aufenthalt konkret als ständig zu beurteilen ist, ist den gesetzlichen Bestimmungen nicht eindeutig zu entnehmen. Es wird zwar nicht ausgeschlossen, die im § 26 Abs. 2 BAO für Zwecke der Beurteilung der unbeschränkten Abgabepflicht genannte Grenze von sechs Monaten zu Hilfe zu nehmen, es muss dabei aber beachtet werden, dass es dabei um etwas anderes geht. Die Grenze von sechs Monaten darf jedenfalls nicht so verstanden werden, dass eine geringere Aufenthaltsdauer einen gewöhnlichen Aufenthalt ausschließt.

Das Finanzamt stützt in der Berufungsvorentscheidung seine Ansicht auf die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, wonach 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 sei und verweist diesbezüglich auf das Erkenntnis vom 24.6.2010, 2009/16/0133.

Zur Dauer des Auslandsaufenthaltes verweist es auf das Erkenntnis vom 26.1.2012, 2012/16/0008, wonach ein Auslandsaufenthalt von mehr als sechs Monaten als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen sei.

Gemäß § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Der Bf. hat mit der Vorlage der Flugdaten seines Sohnes von Miles & More seine jeweiligen Aufenthalte in Österreich und in Vietnam nachgewiesen, dies allerdings erst nach Erlassung der Berufungsvorentscheidung, weshalb das Finanzamt den neuen Sachverhalt bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigen konnte.

Der Bf. hat nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes in seinen diversen Schriftsätze und übermittelten Unterlagen auch deutlich aufgezeigt, dass die gemeinsamen Aufenthalte von Sohn S. mit der Mutter in Vietnam wohl fast ausschließlich zum Zweck von deren (psychischen) Erholung erfolgt sind und daher als nur vorübergehende Auslandsaufenthalte gedacht waren. Dass die (Ex-)Gattin des Bf. psychische Probleme hatte, geht aus diversen im Akt aufliegenden Unterlagen hervor.

Es sind daher diese Aufenthalte nicht als ständige Auslandsaufenthalte zu beurteilen, kehrten Mutter und Kind doch nachweislich regelmäßig von Vietnam nach Wien zurück und haben die Aufenthalte in Vietnam auch nie länger als etwas mehr als vier Monate gedauert.

Dass die gesamte Familie in den Sommermonaten gemeinsame Urlaube in Vietnam verbracht hat, ist ebenfalls glaubhaft.

Nach der Sachverhaltslage steht also fest, dass der Sohn des Bf. in den Streitzeiträumen Jänner 2006 bis November 2006 und Mai 2007 bis August 2008 nie mehr als sechs Monate mit der Mutter in Vietnam verbracht hat.

Damit kann aber nicht von einem ständigen Auslandsaufenthalt, sondern nur von einem vorübergehenden Aufenthalt von S. iSd § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 gesprochen werden.

Der angefochtene Bescheid war daher auch hinsichtlich der noch strittigen Zeiträume aufzuheben.

### **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 sich der Umstand, dass Aufenthalte im Ausland, die kürzer als ein halbes Jahr sind, noch keinen ständigen Aufenthalt im Ausland begründen, auf die zitierte Judikatur des VwGH stützen kann.

Wien, am 12. April 2016