



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Dr. Bw., Adr.Bw., vom 25. März 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf vom 25. Februar 2011 betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2010 bis Juni 2011 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw) beantragte im Oktober 2010 die Gewährung der Familienbeihilfe für die Tochter I. (geboren 1993) und den Sohn F. (geboren 1991). Den Anlagen dieser Anträge ist zu entnehmen, dass die beiden Kinder im strittigen Zeitraum November bis Juni März 2009 das Gymnasium in S. in A. besuchten und mit Matura abgeschlossen haben.

Der Bw. legte zum Nachweis folgende Unterlagen vor:

- Einkommensnachweis der Ehegattin,
- Nachweis der überwiegenden Kostentragung und Zahlungsbelege über die Unterhaltszahlungen für F. und I.
- Mietvertrag für den Zeitraum August 2010 bis Juni 2011 inkl. Zahlungsbestätigungen
- Arbeitsbescheinigung bis Dezember 2010 und Anstellungsnachweis und Dienstzeitbestätigung des Bw. für den Zeitraum 1. August bis 31. Juli 2010 als Subventionslehrer

Zur Begründung des Antrages wurde ausgeführt, dass der Bw.

"in der Zeit von 01.08.2008 bis 31.07.2010 an der österreichischen Schule M. in S., A. als Vertragslehrer tätig war. In dieser Zeit haben die Kinder F. und I. und die Ehegattin H. mit mir in S gelebt. Meine Kinder F. und I. mussten ihre Schule in Wien abbrechen und am Gymnasium in S fortsetzen. Ich würde gerne jetzt meine Kinder mit nach Wien nehmen, aber sie werden hier leider nicht am Gymnasium aufgenommen, da sie nach der Bundeshandelsakademie (Tochter F.) und der HTL Xgasse (Sohn I.) in S die letzten zwei Schuljahre (10. und 11. Schulstufe) besucht haben. Da sie insgesamt drei Jahre vom Gymnasium (Unterstufe) weg sind, ist eine Wiederaufnahme am Gymnasium in Wien nicht möglich. Meine beiden Kinder werden ihre Ausbildung am Gymnasium in S fortsetzen und mit der Matura im Juni 2011 beenden.

Ich habe für meine Kinder F. und I. in der Zeit von Sep. 2000 -Sep. 2010 Familienbeihilfe bezogen. Nun wurde mir die Gewährung auf die Familienbeihilfe abgewiesen, mit der Begründung, dass meine Kinder im Ausland leben. Weiters möchte ich erwähnen, dass mein ehemaliger Arbeitgeber BMUKK (Bundesministerium für Unterricht, Kunst und Kultur) für die Wohnkosten und Ausbildungskosten meiner Kinder in S aufkommt."

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 25. Februar 2011 ab und erhob der Bw. fristgerecht das Rechtsmittel der Berufung. In der Begründung wurde wie folgt eingewendet:

"Gem. § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben.

Gem. § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, wogegen ich Einspruch erhebe.

Meine Tochter F. und mein Sohn I., geboren im K., sind am 14. Mai 1999 aufgrund des Verfolgungswahns in ihrer Heimat (K.-Krieg) nach Österreich übersiedelt. Die Volksschule wurde von meinen Kindern von der ersten Klasse an in Wien besucht und auch erfolgreich beendet. Das gleiche gilt auch fürs Unterstufen-Gymnasium, das sie auch in Wien erfolgreich abgeschlossen haben, jedoch nach der 8. Schulstufe zur Bundeshandelsakademie (BHAK Wien) bzw. Höhere Technische Lehranstalt (HTL) übertreten sind und aufgrund des Umzuges nur bis zum Jahr 2008 besuchen konnten.

Der Grund des Umzuges ins Ausland, sprich A., ist darin zu sehen, dass ich beim Bundesministerium für Bildung, Kunst und Kultur (BMUKK) als Vertragslehrer an der Österreichischen Schule M. nach S., A. dienstlich versetzt wurde. Meine Beschäftigung im Ausland als Vertragslehrer des Bundes hat am 31. Juli 2010 geendet und deswegen war meine Rückkehr nach Österreich erforderlich. Da meine Kinder im Ausland die Matura dieses

Schuljahres 2010/2011 machen müssen, konnte der Wunsch mit ihrem Vater damals nach Österreich zurückzukehren nicht berücksichtigt werden, und sie müssen nun bis Juli 2011 in einem Privathaus, das vom Bundesministerium finanziert wird, worauf die Verbindung zum BUKK gegeben ist, in S. leben und darauf warten bis sie hier in Wien ihr Studium anfangen und gemeinsam wie geplant mit beiden Elternteilen in Österreich zusammenleben können. Die anfallenden Schulkosten für die Privatschule C. in A. werden auch von BMUKK getragen, wobei wieder die Verbindung zum BMUKK deutlich ist.

Es wurde mehrmals tendiert seitens meiner Kinder im Gymnasium am Y die restlichen Schulstufen zu besuchen um dort die Matura zu machen, was jedoch vergeblich war. In Anbetracht des Schulgesetzes und der Tatsache, dass sie insgesamt drei Jahre vom Gymnasium (Unterstufe-Stoff) weg waren, ist eine Wiederaufnahme am Ygymnasium in Wien nicht möglich gewesen.

Weiters möchte ich darauf aufmerksam machen, dass meine Frau wieder seit November 2010 in Wien wohnhaft ist, weil sie gesundheitliche Probleme hat und meine Kinder dort ohne jegliche elterliche Aufsicht aufgrund der Matura leben müssen."

Hinzufügend ist zu sagen, dass meine Kinder gleich nach Abschluss der Matura, die erfolgreich dort (in S., A.) absolviert wurde, und sind hier in Wien wieder wohnhaft. Nach der Matura haben sie sich sofort an den Universitäten in Wien beworben und warten auf die Zusage.

Als Beilage finden Sie das Diploma und die Zeugnisse meiner Kinder F. und I., dass sie beide die Staatliche Matura erfolgreich abgeschlossen haben."

Die abweisende Berufungsvorentscheidung wurde wie folgend begründet:

Gem. § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind[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. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich It. Iit. b) das Kind für Zwecke der Berufsausbildung am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt. Gem. § 2 Abs. 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben.

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

In Ihrem Fall erfolgte ein Auslandsaufenthalt der ganzen Familie im Zusammenhang mit Ihrer Tätigkeit als Subventionslehrer ab August 2008 und endete diese Tätigkeit nach zwei Jahren mit Juli 2010.

Danach kehrten Sie wieder nach Österreich zurück, Ihre Gattin kehrte mehrere Monate später wegen gesundheitlicher Probleme (Ende 2010) nach Österreich zurück.

Die beiden genannten Kinder blieben aber weiterhin in A. , um dort die Schule zu besuchen und die Reifeprüfung abzulegen. Sie sind danach erst nach Ende des Schuljahres 2010/11, nach etwa drei Jahren, wieder ständig in Österreich aufhältig und haben hier ein Studium aufgenommen.

Zusammenfassend steht daher fest, dass die Kinder nicht vorrangig zu Ausbildungszwecken vorübergehend im Ausland aufhältig waren, sondern im Zuge Ihrer Auslandstätigkeit der Schulbesuch der Kinder im Ausland stattgefunden hat.

Erfolgt ein Auslandsaufenthalt - wie in Ihrem Fall- aus familiären Gründen und nicht ausschließlich zu Ausbildungszwecken der Kinder, treffen die Voraussetzungen im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 67 nicht mehr zu, weil bei einem Auslandsaufenthalt von über zwei Jahren von keinem ständigen Aufenthalt im Inland mehr gesprochen werden kann. Ihre Berufung muss daher abgewiesen werden.

Gegen die Berufsvorentscheidung vom 27. Juni 2012 wurde die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt und ergänzend eingewendet:

"Der Antrag auf Entscheidung über die Berufung richtet sich gegen folgenden Punkt der Berufsvorentscheidung:

"Zusammenfassend steht daher fest, dass die Kinder nicht vorrangig zu Ausbildungszwecken vorübergehend im Ausland aufhältig waren, sondern im Zuge Ihrer Auslandstätigkeit der Schulbesuch der Kinder im Ausland stattgefunden hat. Erfolgt ein Auslandsaufenthalt-wie in Ihrem Fall-aus familiären Gründen und nicht ausschließlich zu Ausbildungszwecken der Kinder, treffen die Voraussetzungen im Sinn des § 2 Abs. 5 lit. B FLAG 67 nicht mehr zu, weil bei einem Auslandsaufenthalt von über zwei Jahren von keinem ständigen Aufenthalt im Inland mehr gesprochen werden kann".

Dem wird wie folgt entgegengewirkt:

Während meiner Tätigkeit als Vertragslehrer an der Österreichischen Schule "M." in S., haben meine Kinder F. und I. das Oberstufengymnasium C besucht. Die Ausbildungskosten wurden vom BMUKK getragen. Nach meiner Vertragskündigung im Jahr 2010 mussten meine Kinder weiterhin in S. bleiben um das letzte Schuljahr und somit die Matura abzuschließen, während ich nach Wien zurückgekehrt bin. Hiermit ist der Verbleib meiner Kinder im Ausland ausschließlich zu Ausbildungszwecken gegeben. Ihre Begründung, dass meine Kinder nicht aus Ausbildungszwecken, sondern aus familiären Gründen in Albanien verblieben sind, ist keineswegs nachvollziehbar. Schon das Faktum, dass die Kinder ohne die Eltern noch ein Jahr in A. verblieben sind, zeigt dass der Verbleib meiner Kinder aus Ausbildungsgründen erfolgte und nicht aus familiären Gründen wie von ihnen behauptet. Hierzu möchte ich anmerken, dass ich im Zeitraum von September 2010 bis September 2011 an der Vienna International School teilzeitig beschäftigt war und meine Frau in diesem Zeitraum in ärztlicher Behandlung in Wien war. Weiteres möchte ich festhalten, dass ich nach meiner Vertragskündigung

sicherheitshalber beim Finanzamt nachgefragt habe, ob meine Kinder weiterhin Anspruch auf Familienbeihilfe haben, und ein Mitarbeiter hat mir bestätigt, dass ich die Familienbeihilfe weiterhin beziehen werde.

Berufend auf den Paragraph 2 Abs. 5 lit. b FLAG 67 bitte ich Sie die Entscheidung zu revidieren."

Über die Berufung wurde erwogen:

1) Sachverhalt

Die minderjährigen Kinder des Bw. haben mit Juni 2011 ihre Berufsausbildung ("Matura") am Gymnasium in S. abgeschlossen. Nach Beendigung des Gymnasiums in S. in A. sind beide im Juli 2011 nach Österreich zurückgekehrt, wohnen bei den Eltern im gemeinsamen Haushalt und haben ein Studium in Wien begonnen.

2) Rechtliche Würdigung

2.1 Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe

Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben unter anderem für minderjährige Kinder (§ 2 Abs.1 lit a 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 (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967).

Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, dass er die Wohnung beibehalten und benutzen wird (§ 26 Abs. 1 BAO). Eine Wohnung iSd § 26 Abs. 1 sind Räumlichkeiten, die nach der Verkehrsauffassung zum Wohnen geeignet sind, also ohne wesentliche Änderung jederzeit zum Wohnen benützt werden können und ihrem Inhaber nach Größe und Ausstattung ein dessen Verhältnissen entsprechendes Heim bieten (VwGH 26.11.1991, 91/14/0041). Die Wohnung muss nicht "standesgemäß" sein (VwGH 28.2.1973, 1356/72; Ritz, BAO³, § 26 Rz 1). Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn 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. Der gewöhnliche Aufenthalt verlangt grundsätzlich die körperliche Anwesenheit des Betreffenden. Man kann nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben (VwGH 9.11.2004, 99/ 15/0008). Nur vorübergehende

Abwesenheiten unterbrechen das Verweilen und damit den gewöhnlichen Aufenthalt nicht (VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050). Maßgebend ist hierbei, ob aus den Umständen des Einzelfalles (Umstände der Abwesenheit, ihrer Dauer, ihrer Wiederholung und der Entfernung) auf den Rückkehrwillen geschlossen werden kann (VwGH 9.12.2004, 2004/14/0023).

Die Kinder des Bw. sind im Jahr 1999 nach Österreich übersiedelt und liegt nach Ansicht des Referenten des Unabhängigen Finanzsenates auch der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in Österreich, wie den aufgenommen Beweisen und den Ausführungen in Beantwortung des Bedenkenvorhalts zu entnehmen ist und im Übrigen von der Abgabenbehörde erster Instanz auch nie bestritten wurde. Es besteht somit grundsätzlich ein Anspruch des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe für die im Jahre 2010 noch minderjährigen Sohn bzw. bereits volljährige Tochter, welche wie ihre Eltern im Jahre 1999 in Österreich einreisten und in der gemeinsamen Wohnung mit der Mutter bzw. Eltern in Wien bewohnten.

Das Familienlastenausgleichsgesetz sieht als allgemeine Kriterien für den Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind einerseits dessen Alter und andererseits das Kindschaftsverhältnis vor. Bezüglich des Alters des Kindes unterscheidet das Gesetz zwischen minderjährigen und volljährigen Kindern. Für Minderjährige ist ein Anspruch auf Familienbeihilfe dann gegeben, wenn der Anspruchsberechtigte die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe erfüllt. Aus dem ist zu schließen, dass bis zur Volljährigkeit eines Kindes grundsätzlich ein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht und diese bei Erfüllung der Voraussetzungen zu gewähren ist. Für volljährige Kinder hingegen müssen für den Bezug der Familienbeihilfe weitere Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein.

Da die im Zeitpunkt der Antragstellung noch minderjährige Sohn und bereits volljährige Tochter für zehn Monate in einen nicht der Europäischen Gemeinschaft angehörenden Staat (A.) die Schule besuchten und dort auch wohnten, ist zu prüfen, ob dieser Aufenthalt in Albanien ein "ständiger" im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ist und damit ein Ausschlussgrund für die Gewährung der Familienbeihilfe darstellt oder nicht.

3.2 Ständiger Aufenthalt im Ausland (Ausschlussgrund)

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten (§ 5 Abs. 3 FLAG 1967).

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht nur insoweit, als EU/EWR-Recht bzw. Ergänzungsabkommen hierzu einen solchen Anspruch vorsehen.

3.2.1 Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes

Zur Verfassungsmäßigkeit des § 5 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) - nunmehr § 5 Abs. 3 FLAG 1967 - hat der Verfassungsgerichtshof mehrfach Stellung genommen, zuletzt in seinem Erkenntnis vom 4. Dezember 2001, B 2366/00.

Gemäß § 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere, in den folgenden Bestimmungen des FLAG 1967 genannte Bedingungen erfüllen), für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder. Anspruchsberechtigt ist grundsätzlich die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

§ 5 Abs. 4 FLAG 1967, idF BGBl. 201/1996, hat folgenden Wortlaut:

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

Durch BGBl. I 142/2000 hat der Absatz 4 des § 5 mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 die Bezeichnung "Absatz 3" erhalten.

Die Vorschrift des § 5 Abs. 3 FLAG (idF BGBl. I 142/2000) bewirkt im Ergebnis, dass unbeschränkt steuerpflichtige Personen, die im Ausland lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, die auch in diesem Fall gebotene steuerliche Berücksichtigung der eingeschränkten Leistungsfähigkeit im Wege von Transferleistungen nicht erhalten, da ihnen die Transferleistungen auch in jenem Umfang verweigert werden, in dem sie zur Kompensation der aus der Nichtabzugsfähigkeit des Unterhaltes resultierenden steuerlichen Mehrbelastung erforderlich sind. Dem Gesetzgeber steht es frei, die steuerliche Berücksichtigung von Familienlasten bei verschiedenen Fallgruppen nach verschiedenen Methoden vorzunehmen, wenn hiefür sachliche Gründe ins Treffen geführt werden können. Dass derartige Gründe bei sich ständig im Ausland aufhaltenden Kindern im Hinblick auf die Unterschiede in den tatsächlichen Lebensverhältnissen, die Besonderheiten der Beweislage und die jeweils zu berücksichtigende Rechtslage (etwa auch hinsichtlich im Ausland gewährter familienbezogener Leistungen) vorliegen, scheint dem Verfassungsgerichtshof (siehe Erkenntnis vom 4. Dezember 2001, B 2366/00) nicht zweifelhaft zu sein.

Für die hier diskutierte Fallgruppe der sich ständig im Ausland aufhaltenden Kinder ist einerseits der Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen; andererseits lässt sich den Regelungen des EStG 1988 nicht entnehmen, dass damit die steuerliche Berücksichtigung der solchen (nicht volljährigen) Kindern gegenüber bestehenden Unterhaltsverpflichtung schlechthin ausgeschlossen wäre. Sie ist jedoch Sache des Einkommensteuerrechts. Ein verfassungsrechtlich begründeter Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe ist nicht anzunehmen (VfGH vom 4. Dezember 2001, B 2366/00).

3.2.2 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes

Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 - nunmehr § 5 Abs. 3 FLAG 1967 - besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, es sei denn, dass die Gegenseitigkeit durch Staatsverträge verbürgt ist.

Mit Albanien besteht kein die Gegenseitigkeit verbürgender Staatsvertrag (siehe www.bmeia.gv.at/aussenministerium/aussenpolitik/voelkerrecht/staatsvertraege/bilaterale-staatsvertraege.html).

Zu § 5 Abs. 4 FLAG 1967 - nunmehr § 5 Abs. 3 FLAG 1967 - hat der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 8. Juni 1982, 82/14/0047, ausgesprochen, dass zur Auslegung des Begriffes des "ständigen Aufenthaltes" auf § 26 Abs. 2 BAO zurückgegriffen werden kann. 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 Lande nicht nur vorübergehend verweilt. Diese Begriffsbestimmung lasse sich zwanglos auf das "sich ständig im Ausland aufhalten" des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 - nunmehr § 5 Abs. 3 FLAG 1967 - übertragen. Denn wer sich in einem Land unter erkennbaren Umständen aufhalte, dass er dort nicht nur vorübergehend verweile, von dem müsse bei objektiver Betrachtung angenommen werden, dass er sich in jenem Land ständig aufhalte (siehe VwGH 19. Oktober 1993, 93/14/0118). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 5 Abs. 4 FLAG 1967 - nunmehr § 5 Abs. 3 FLAG 1967 - ist daher der ständige Aufenthalt im Ausland im Sinn des unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 19. Oktober 1993, 93/14/0118, mwN, sowie VwGH 10. August 2005, 2004/13/0170 und 15. November 2005, 2002/14/0103). Das Tatbestandsmerkmal "gewöhnlicher Aufenthalt" verlangt eine körperliche Anwesenheit. Die Umstände (Absicht hat dabei keine Bedeutung) müssen ferner dafür sprechen, dass Anwesenheiten nicht nur vorübergehend sein sollen, dass also eine gewisse sachlich-räumliche Beziehung zum Aufenthaltsort bestehen soll; die Lebensverhältnisse, geschäftliche Betätigung am Aufenthaltsort usw. werden zu berücksichtigen sein (Stoll, Bundesabgabenordnung, Handbuch, Wien 1980, Seiten 72 und 73, und die darin zitierte Judikatur). Die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthaltes im Sinn der Abgabenvorschriften setzt somit nicht einmal einen mehr als sechs Monate dauernden Aufenthalt voraus. Vielmehr kann ein gewöhnlicher Aufenthalt auch bei einer kürzeren Aufenthaltsdauer vorliegen, sofern nur der Aufenthalt unter Umständen genommen wird, die erkennen lassen, dass es sich nicht nur um ein bloß vorübergehendes Verweilen handelt. Dies gilt auch dann, wenn letztlich aus ursprünglich nicht vorherzusehenden Gründen die tatsächliche Dauer des Auslandsaufenthaltes kürzer

ausgefallen ist (siehe VwGH vom 31. März 1992, 87/14/0096 VwGH unter Hinweis auf das Erkenntnis vom 11. Februar 1972, 735/70). Andererseits kann aber auch bei einem sieben bis achtmonatigen Aufenthalt nicht schon allein aufgrund der Dauer von einem ständigen Aufenthalt gesprochen werden. Es ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen (siehe VwGH 19. Oktober 1993, 93/14/0118). Ein Aufenthalt in dem genannten Sinn verlangt, wie bereits ausgeführt, grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann (vgl. beispielsweise das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 13. Dezember 1982, 17/1603/80, sowie Ritz, BAO², § 26, Tz 13). Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, 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. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 31. März 1992, 87/14/0096).

2.3 Ständig im Ausland aufgehalten

Im gegenständlichen Verfahren ist, vorrangig zu prüfen, ob der Aufenthalt des im Zeitpunkt der Antragstellung noch minderjährigen Sohnes und bereits volljährigen Tochter in S. ein ständiger war und damit ein Ausschließungsgrund für den Anspruch auf Familienbeihilfe vorliegt oder nicht.

Es ist unbestritten, dass sich die beiden Kinder von Oktober 2010 bis Juni 2011 und damit ca. neun Monate in einen nicht der Europäischen Union angehörenden Staat - A. - aufhielten, eine Mietwohnung bewohnten und dort das Gymnasium C. besuchten.

Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen, wobei es auf subjektive Momente nicht ankommt. In diesen Zeitraum haben sich die Kinder des Bw. ständig in A. aufgehalten.

Die Fiktion des § 2 Abs. 5 lit b FLAG 1967, das die Haushaltszugehörigkeit bei auswärtiger Berufsausübung weiterhin besteht und dies auch auf den Aufenthalt der Kinder in A. zutreffe, wie der Bw. die Ansicht vertritt, hat für die gegenständliche Prüfung eines ständigen Auslandsaufenthaltes im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG keine Bedeutung (vgl. VwGH 20.6.2000, 98/15/0016).

Die Berufung gegen die Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Tochter I. und Sohn F. im Zeitraum Oktober 2010 bis Juni 2011 war daher abzuweisen.

Wien, am 12. Oktober 2012