

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende Mag. Renate Schohaj, die beisitzende Richterin Elisabeth Wanke, den fachkundigen Laienrichter Ing. Hans Eisenkölbl und den fachkundigen Laienrichter Gregor Ableidinger, im Beisein der Schriftführerin Fachoberinspektorin Andrea Newrkla, über die Beschwerde des A B C, Adresse_Ö, nunmehr Adresse_CZ, Tschechische Republik, vertreten durch Karl Grossek, Steuerberater, 3130 Herzogenburg, Wiener Straße 28/2 vom 19.3.2014, gegen den Bescheid des Finanzamts Gänserndorf Mistelbach, 2230 Gänserndorf, Rathausplatz 9, vom 30.1.2014, mit welchen zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die im Mai 1998 geborene D C für den Zeitraum Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 (Familienbeihilfe: € 2.854,40, Kinderabsetzbetrag: € 934,40, Gesamtbetrag € 3.788,80), gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefordert werden, Sozialversicherungsnummer X, nach am 15.7.2019 durchgeführter mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben.

1. Der angefochtene Bescheid wird, soweit er Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2011 bis Jänner 2012 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückfordert, ersatzlos aufgehoben.

2. Im Übrigen, hinsichtlich des Zeitraums April 2012 bis Dezember 2012, wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Es werden zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 1.593,10) und Kinderabsetzbetrag (€ 525,60), Gesamtrückforderungsbetrag € 2.118,70, für die im Mai 1998 geborene D C für den Zeitraum April 2012 bis Dezember 2012 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefordert.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Rückforderungsbescheid

Die belangte Behörde forderte mit Bescheid vom 30.1.2014 vom Beschwerdeführer (Bf) A B C zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die im Mai 1998 geborene D C für den Zeitraum Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 (Familienbeihilfe: € 2.854,40, Kinderabsetzbetrag: € 934,40, Gesamtbetrag € 3.788,80), gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurück. Als Begründung wurde ausgeführt:

Gemäß § 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.

Lt. ho. Unterlagen (Schulbestätigung v. 21.1.2014) wurde für ihre Tochter D nur ein Inlandsaufenthalt vom 13.2.2012 bis 20.3.2012 nachgewiesen. Die Familienbeihilfe wurde laufend bis Dezember 2012 gewährt.

In den Akten befindet sich eine Schulbesuchsbestätigung einer Schule in Wien 22. So hat D C von 13.2.2012 bis 20.3.2012 den ersten Jahrgang der Schule besucht.

Mit Telefax vom 28.2.2014 wurde durch den steuerlichen Vertreter dessen Bevollmächtigung, die aber keine Zustellvollmacht umfasse, bekannt gegeben und um Erstreckung der Beschwerdefrist bis 31.3.2014 ersucht.

Beschwerde

Mit Schreiben vom 19.3.2014, eingelangt beim Finanzamt am 20.3.2014, legte der Bf Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid ein:

... In den Rückforderungszeiten, welche im Bescheid angegeben sind, war die minderjährige Österreicherin C D in einer Privatschule mit Internat.

Da die ISPS (Privatschule mit Internat) keine Unterhaltskosten übernahm und das Kind auch nicht in der ISPS Wohnsitz gemeldet war, sowie der Vater auf alle Unterhaltskosten aufkam und das Kind im gemeinsamen Wohnsitz gemeldet war, ist der § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zutreffend und anzuwenden.

Ich bitte um eine mündliche Verhandlung inklusive meiner Person ...

Ergänzender Schriftsatz vom 24.3.2014

Mit Schreiben vom 24.3.2014, beim Finanzamt eingelangt am 27.3.2014, ergänzte der Bf seine Beschwerde:

Laut des Bundesministerium für Unterricht Kunst und Kultur: Ist der Aufenthalt im Ausland Zweck einer Auslandsausbildung, dann ist der § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 zutreffend.

Da der Auslandsaufenthalt ausschließlich zur Schulung war, ist die Familienbeihilfe zu Recht ausbezahlt wurden.

Sollte zur Beweisbringung noch was fehlen, bitte ich Sie mir dies mitzuteilen.

E-Mail vom 30.4.2014

Mit E-Mail vom 30.4.2014 übermittelte der Bf dem Finanzamt ein Schreiben des damaligen Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend vom 11.12.2008 (handschriftlich mit "C" überschrieben, elektronisch für den Bundesminister gefertigt):

«Titel» «Vorname» «Nachname»

z.H. «zH»

«Straße» «ON»

«Postleitzahl» «Ort»

Betreff: Familienbeihilfe

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezugnehmend auf Ihr Schreiben an den Bundesminister für Finanzen wird Ihnen seitens des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend folgendes mitgeteilt:

Aufgrund des § 5 Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wobei auch ein - nur vorübergehender - Aufenthalt des Kindes in Österreich, wie z.B. für Ferialzeiten, grundsätzlich nicht gegen die Annahme eines ständigen Aufenthaltes im Ausland spricht.

Demnach besteht für Ihre Tochter D derzeit kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Sollte Ihre Tochter jedoch nachweislich die Ferialzeiten in Ihrem Haushalt in Österreich verbringen und nach Abschluss der Volksschule in Indien wieder endgültig nach Österreich zurückkehren, und hier eine weiterführende Schule besuchen, so könnte davon ausgegangen werden, dass sie sich für eine begrenzte Zeitdauer ausschließlich zu Ausbildungszwecken im Ausland aufgehalten hat und hiedurch der ständige Aufenthalt in Österreich nicht dauerhaft unterbrochen war.

In diesem Fall könnte die Familienbeihilfe für die Dauer des Schulaufenthaltes in Indien rückwirkend beim zuständigen Finanzamt beantragt werden.

Beigefügt waren eine Schulbesuchsbestätigung einer internationalen Schule in Indien, wonach D C die 8., 9. und 10. Klasse der Schule im Zeitraum Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 besucht habe und Jahreszeugnisse dieser Schule.

Aussetzung der Entscheidung

Mit Bescheid vom 21.5.2014 setzte das Finanzamt die Entscheidung über die gegenständliche Beschwerde bis zur Erledigung der beim Bundesfinanzgericht zur Zahl RV/7100406/2014 anhängigen Beschwerde aus.

Das gegenständliche Beschwerdeverfahren wurde jedoch vom Finanzamt im März 2016 fortgesetzt, ohne auf die im Jahr 2017 erfolgte Erledigung des Verfahrens RV/7100406/2014 zu warten, da das BFG im einem ähnlichen Fall ("Fall J") bereits entschieden habe.

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerde vorentscheidung vom 31.5.2016 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab:

Das Kind C D, SVN R ..., besuchte im Streitzeitraum (letztlich bis 08/2013; bedingt durch den Wechsel des Anspruchsberechtigten ab 01/2013 auf die Kindesmutter E C F) die International Sahaja Public School in Indien (siehe der BVE angefügte Bestätigung).

Das Schuljahr umfasst ca. 9 Monate (ungefähr die 2. Hälfte des Monats März bis ca. Ende Dezember); die rund drei Monate dauernden Ferien hat das Kind in Österreich verbracht.

Strittig ist ein Anspruch auf Familienbeihilfe.

(Das Beschwerdeverfahren war ausgesetzt und wird nach Beendigung eines zu gleicher Rechtsfrage beim BFG anhängig gewesenen Verfahrens (RV/7102769/2013 vom 31.03.2016 [BFG 31.3.2016, RV/7102769/2013]) fortgesetzt).

Dazu wird ausgeführt:

Gemäß § 2 Abs 1 FLAG 1967 igF haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere in den folgenden Bestimmungen des FLAG genannte Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

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

Zwischen der Republik Österreich und der Republik Indien besteht kein Abkommen über soziale Sicherheit.

Nach der 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. 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. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt 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 (für viele zB VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 2.6.2004, 2001/ 13/0160).

Ein nicht nur vorübergehende Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133).

Die Rechtsprechung hat im gegebenen Zusammenhang einen Aufenthalt von fünfeinhalb Monaten im Ausland als gerade noch vorübergehend (VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133), einen Aufenthalt von siebeneinhalb Monaten im Ausland hingegen als nicht mehr nur vorübergehend (VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195) beurteilt.

Ein auf (voraussichtlich) mehrere Jahre angelegter Schulbesuch im Ausland begründet einen ständigen Aufenthalt im Ausland iSd § 5 Abs 3 FLAG (zB VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221; VwGH 24.6.2010, 2009/16/0131; VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008 mwN betreffend einen einjährigen Auslandsaufenthalt zum Zweck eines einjährigen Schulbesuchs im Ausland).

Bei der Beurteilung, ob der Anspruch auf Familienbeihilfe für den Anspruchszeitraum gegeben ist, ist grundsätzlich eine ex-ante Prüfung vorzunehmen (VwGH 27.9.2012, 2010/16/0084 mwN).

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen „längeren Zeitraum“, so liegt „jedenfalls“ ein „nicht nur vorübergehendes Verweilen“ vor. Ein Aufenthalt ist demnach nicht schon dann „vorübergehend“, wenn er zeitlich begrenzt ist (VwGH 18.11.2009, 2008/ 13/0072).

Deshalb ist auch bei der im Zuge der vorzunehmenden ex-ante Betrachtung des Auslandsaufenthaltes eine auch nach objektiven Gesichtspunkten als annähernd gewiss anzunehmende Rückkehr nach Österreich (nach Ende der Schulausbildung im Ausland) nicht entscheidend (VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Das Verbringen der Ferien in einem anderen Land als jenem des Schulbesuches unterbricht als vorübergehende Abwesenheit den ständigen Aufenthalt am Schulort nicht

(zB VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160; VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221).

Auch ob die Ferien einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten umfassen, ist dabei unter Berücksichtigung des Gesamtbildes (jeweils Rückkehr an den Schulort) nicht entscheidungswesentlich (VwGH 20.6.2000, 98/15/0016).

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht daher für den Streitzeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gem. § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden (§ 33 Abs. 3 EStG 1988 iGF).

Es war spruchgemäß zu verfügen.

Vorlageantrag

Nach Fristverlängerungsansuchen wurde mit Datum 4.8.2016, eingebracht mit Telefax am selben Tag, Vorlageantrag gestellt:

Gem. § 264 BAO beantrage ich, meine Beschwerde vom 20.3.2014 gegen den Rückforderungsbescheid vom 30.1.2014 betreffend FB und KB für Juli 2011 - Jan 2012 sowie für Apr 2012 bis Dez 2012 über insgesamt 3.788,80 dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen, beantrage dazu weiters die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung sowie die Entscheidung durch den gesamten Senat und möchte dazu ausführen:

Sachverhalt:

Meine Tochter D C besuchte die Mittelschule in Wien und nach ihrem eigenen Wunsch möchte sie in die ISPS. Die Erziehungsberechtigten erfüllten ihr diesen Wunsch. Die ISPS ist eine Internatschule mit Schulheim in einem Drittstaat.

Detaillierte Aufenthalte von D in der ISPS:

Mitte Juli 2011 flog D nach Indien, mit dem Taxi weiter zur Schule. Sie besuchte die Schule und schlief im dortigen Schulheim bis zum Schulschluss 2011, welcher in der ersten Dezemberwoche stattfand. In der 2. Dezemberwoche kam sie in Wien an und wir feierten Weihnachten 2011 in Wien. Ich, der Vater, möchte, dass D in Wien die G H Schule besucht und nach den Semesterferien im Februar 2012 besuchte sie auch diese (Nachweise sind aktenkundig)

Mit Startschwierigkeiten in dieser Schule und einem Gespräch mit der Lehrerin empfahl die Lehrerin, dass es für D besser sei, wieder zurück in die vorherige Schule (ISPS) zu gehen. Als besorgte Eltern wollen wir das Beste für unser Kind und wir ermöglichten ihr ein ganzes weiteres Schuljahr in ihre Lieblingsschule ISPS zu gehen. Mit Mitte

März 2012 flog D somit wieder nach Indien und absolvierte diesmal dort ein komplettes Schuljahr von März bis Dezember 2012. Im Dez. 12 kam D wieder nach Wien und wir alle bereiteten uns vor, dass sie das nächste Schuljahr in Österreich beginne. Ab dem Schuljahr 2013/14 besuchte sie das Gymnasium der I. Sie hat im Juni 2016 die erste Zentralmatura Österreichs erfolgreich abgeschlossen.

Meine rechtliche Beurteilung:

Im o.g. Bescheid zur Rückforderung der Familienbeihilfe wird die Rückforderung wie folgt begründet: Laut ständiger Rechtsprechung des VwGH bestehe gem. § 5 (3) FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig (im Sinne des gewöhnlichen Aufenthaltes gem. § 26 BAO) im Ausland aufhalten.

I. Teil: Klarstellung der Zeiten:

Zu der ersten Rückforderungsperiode Juli 2011 - Jänner 2012:

Da die ISPS ab Dezember wegen den für Indien harten Winter mit Schnee und Eis geschlossen wird, kann es unmöglich sein, dass D laut oben bis Jänner 2012 dort geblieben sei.

Sie hat - wie oben ausgeführt - ja auch Weihnachten 2011 in Wien verbracht.

Dadurch waren dies praktisch 5 Monate (Juli - Nov 2011) und damit maximal ein vorübergehender und kein ständiger Aufenthalt und somit bin ich der Ansicht, dass ich zu Recht Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für diesen Zeitraum erhalten habe. Ich hatte im Dez 2011 nicht die Absicht, dass D künftig jemals wieder die ISPS besuchen solle.

Ich beantrage daher die Stattgabe meiner Beschwerde zumindest für diesen Zeitraum

2. Teil: Zum Begriff des „ständigen Aufenthaltes“:

Zu der zweiten Rückforderungsperiode April 2012- Dezember 2012:

Im Dezember 2012 war D schon wieder zurück in Österreich und somit bin ich der Ansicht, dass ich zu Recht Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für diesen Zeitraum erhalten habe wie folgt:

Ein Schulaufenthalt ist kein ständiger Aufenthalt bzw. finde ich, dass dieser nicht als solcher gemäß § 5 (3) F LAG gewertet werden soll, wenn der § 2 (1) FLAG weiterhin zutrifft.

§ 2 (1) FLAG: Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, a) für minderjährige Kinder...

Mit dem Wort „Wohnsitz“ wird m.E. auf das Meldegesetz 1991 verwiesen.

Begriffserklärung Wohnsitz: Meldegesetz 1991 § 1(6): Ein Wohnsitz eines Menschen ist an einer Unterkunft begründet, an der er sich in der erweislichen oder aus den Umständen hervorgehenden Absicht niedergelassen hat, dort bis auf weiteres einen Anknüpfungspunkt von Lebensbeziehungen zu haben.

Weiteres wird im Meldegesetz § 2 (3) lit 3 klar gemacht, dass, wenn ein Minderjähriger in einem Schulheim (globale Unbegrenztheit) aufhältig ist, weiterhin zu Hause bei den Familienangehörigen der Wohnsitz ist.

In unserem Fall sind m.E. die Begriffe Wohnsitz, ständiger Aufenthalt, Lebensmittelpunkt, Niederlassung und Meldepflicht laut Meldegesetz analog als gleichwertig und gleichbedeutend anzusehen.

Dass ein Schulaufenthalt kein Aufenthalt im Sinne des ständigen Aufenthaltes ist, wird im Meldegesetz geregelt (auf §2, Abs. 3, lit 3).

Sofern sie nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes (Meldegesetz 1991) schon anderswo gemeldet (Wohnsitz hat) sind, sind Menschen nicht zu melden (kein weiterer Wohnsitz), die als Minderjährige in Schülerheimen untergebracht sind.

Schon gemeldet nach den Bestimmungen des Meldegesetz 1991: D C war bei der Familie in der ... [Straße] ... in 1220 Wien gemeldet.

Auch den Lebensmittelpunkt hatte sie ständig bei uns in Wien. Laut Meldegesetz §1 Abs 8 sind für den Mittelpunkt der Lebensbeziehungen eines Menschen insbesondere folgende Kriterien maßgeblich:

a) Wohnsitz der übrigen, insbesondere der minderjährigen Familienangehörigen und der Ort, an dem sie (die Familienangehörigen) ihrer Erwerbstätigkeit nachgehen, ausgebildet werden oder die Schule oder den Kindergarten besuchen.

b) Mutter und Vater waren erwerbstätig, der große Bruder in der Schule und der kleine Bruder im Kindergarten und alle wohnten wir in der Familienwohnung in Wien.

Ich kenne keinen Fall - auch keinen Präzedenzfall in Österreich - bei dem die Familienbeihilfe zurückgefordert wurde, nur weil das minderjährige Kind ein Auslandsschuljahr in einem Drittstaat machte und dabei weiterhin der §2 (1) FLAG zutraf.

Zuletzt möchte ich noch auf das Urteil des EuGH vom 2.4.2009, C-523/07 hinweisen, in dem der Gerichtshof den hier relevanten und wortidenten ! Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ anders auslegt als der VwGH, nämlich wörtlich wie folgt:

"Der Begriff gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Verordnung Nr. 2201/2003 ist dahin auszulegen, dass darunter der Ort zu verstehen ist, der Ausdruck einer gewissen sozialen und familiären Integration des Kindes ist. Hierfür sind insbesondere die Dauer, die Regelmäßigkeit und die Umstände des Aufenthalts in einem Mitgliedstaat sowie die Gründe für diesen Aufenthalt und den Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit des Kindes, Ort und Umstände der Einschulung, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Bindungen des Kindes in dem betreffenden Staat zu berücksichtigen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände des Einzelfalls den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes festzustellen."

In meinem Falle liegen diese vom EuGH genannten Voraussetzungen wie aktenkundig vor und diese bewirken, dass der gewöhnliche Aufenthalt von D stets in Österreich lag. Ich ersuche das Gericht daher höflich um Prüfung, ob nach den Umständen meines Einzelfalles der gewöhnliche Aufenthalt von D gemäß der Sicht des EuGH auch für die Auslegung des § 5 (3) FLAG als in Österreich gelegen angesehen werden kann.

Meine Rechtsansicht nochmals auf den Punkt gebracht: D C hat sich eine begrenzte Zeitdauer ausschließlich zu Ausbildungszwecken im Ausland in einem Schulheim aufgehalten und hierdurch wurde ihr ständiger Aufenthalt im Sinne des FLAG in Österreich nicht dauerhaft unterbrochen.

Ich beantrage daher die vollinhaltliche Stattgabe meiner Beschwerde.

Vollmacht

Mit Telefax vom 6.2.2015 teilte der steuerliche Vertreter mit, dass seine am 28.2.2014 bekanntgegebene Vollmacht nunmehr auch den Empfang von Schriftstücken umfasse.

Aktenvermerk

Über Aufforderung des Finanzamts sprach der Bf am 19.5.2014 am Finanzamt in der Beschwerdeangelegenheit vor. Es folgte ein Telefonat am 21.5.2014.

Eine Niederschrift (§ 87 BAO) ist in dem elektronisch vorgelegten Finanzamtsakt nicht ersichtlich, lediglich diese handschriftlichen Notizen ("AV"):

Grüße Sie, sehr geehrte Frau [REDACTED]

Wie telefonisch vereinbart, bestätige ich hiermit den Termin im Finanzamt Mistelbach, am 19. Mai 2014 um 10 Uhr.

Mit freundlichen Grüßen

Handwritten: Hauptstelle ^{EP}
Mistelbach (4. Klasse Doppelkurs)

Handwritten: (CASS 8: (WM: 7/11 - 1/12 Fern Fernkassen
9: (WM: 4/12 - 1/12 Fern in Wien Hilf
Teien

Handwritten: (CASS 10: (WM: 3/13 - 8/13

Handwritten: et 8/13 - Jun. 6. Klasse

Handwritten: Schuljahr: Ende 3 - Anfang 12. Schulj.

Handwritten: (PV: Verspottung des Mann [REDACTED] am 19.5.108:

1) Dispositionstypie aufgeführt

2) Verkaufsart: 7/11 - 1/12

Feiern

4/12 - 1/12

Feiern

3/13 - 8/13

Handwritten: (Hilfweise 12.3.13

Handwritten: (Hilfweise 7.8.13)

Handwritten: et JJ 13/14 - in Österreich: 6. Kl. des Realgym. u. Städtischen Realgym.
des Hl. Josefstr. 100 Wien

Handwritten: 19.5.108:

Handwritten: (Teilbringen zur Febr. 1013)
verschieden alter Pers; jedoch Ausst. 103 1012
→ meiste typische des Bf.!

BFG 3.7.2017, RV/7100406/2014

Mit Erkenntnis BFG 3.7.2017, RV/7100406/2014 wies das Bundesfinanzgericht Berufungen der Mutter vom 1.9.2013 und 16.1.2014 gegen Bescheide des Finanzamts Wien 2/20/21/22 vom 6.6.2013 betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner bis März 2013 und vom 18.12.2013 betreffend Abweisung des Antrags vom 1.9.2013 auf Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum April bis Juli 2013 gemäß § 279 BAO in Bezug auf die 1998 geborene Tochter als unbegründet ab.

Das BFG stellte fest, dass die Tochter von Jänner bis Juli 2013 in Indien die ISPS besucht hat. Darüber hinaus sei es als erwiesen anzunehmen, "dass dies schon ab dem Wintersemester 2011 der Fall war".

Das BFG folgerte hieraus, dass sich die Tochter der Bf iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ständig, nämlich sogar weit mehr als ein Jahr, im Ausland aufgehalten habe.

Vorlage

Mit Bericht vom 17.10.2016 legte das Finanzamt die Berufung dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

Sachverhalt:

Das Kind C D, ..., besuchte im Streitzeitraum (letztlich bis 08/2013; bedingt durch den Wechsel des Anspruchsberechtigten ab 01/2013 auf die Kindesmutter E C F (Verfahren anhängig unter GZ RV/7100406/2014)) die International Sahaja Public School in Indien. Das Schuljahr umfasst ca. 9 Monate (ungefähr 2. Hälfte des Monats März bis ca. Mitte/Ende Dezember). Während des Schuljahres war das Kind die ganze Zeit im Internat in Indien. Die rund drei Monate dauernden Ferien verbrachte das Kind in Österreich. Während der Ferien 2011/2012 war D im Zeitraum 13.02.2012 bis 20.03.2012 Schülerin der G H Schulen für Wirtschaft und Verwaltung in 1220 Wien, F.... Sie wurde jedoch als außerordentliche Schülerin geführt. Bezüglich des Zeitraums Februar bis März 2012 (Rückforderungsbescheid vom 08.06.2016) ist ein Beschwerdeverfahren, Beschwerde eingebracht am 18.09.2016, anhängig.

Beweismittel:

vorgelegte Aktenteile

Stellungnahme:

Der ständige Inlandsaufenthalt i.S.d. §5 Abs. 3 FLAG ist laut VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221 nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 BAO zu beurteilen. Da sich das Kind im Streitzeitraum überwiegend in

Indien aufgehalten hat, besteht nach Ansicht des Finanzamtes kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Vollmachtsbekanntgabe

Mit Telefax vom 9.12.2016 gab der steuerliche Vertreter gegenüber dem BFG seine Bevollmächtigung bekannt, die auch eine Zustellvollmacht umfasse.

Schreiben vom 30.7.2017

Mit Schreiben vom 30.7.2017 ergänzte der Bf persönlich sein bisheriges Vorbringen (mit "BAG" ist nicht das Berufsausbildungsgesetz, sondern die Bundesabgabenordnung, BAO, gemeint):

Sachverhalt: D ging nach Indien zu den aktenskundigen Zeiten studieren. Die ISPS ist eine Internatschule und somit schlief sie im Studentenheim. Dabei war der rechtmäßige Wohnsitz in Österreich, die Niederlassung war in Österreich, der Lebensmittelpunkt war in Österreich und die unbeschränkte Steuerpflicht war in Österreich.

Das Finanzamt behauptet, dass D zu den uns bekannten Zeiten in Indien, einen ständigen Aufenthalt im Ausland laut §5(3) FLAG hatte und ich die Familienbeihilfe somit für diese Zeiten zu Unrecht bezogen hatte.

Es gibt in keinem österreichischen Gesetzbuch eine Definition für den "ständigen Aufenthalt", so kam es beim Verwaltungsgerichtshof bei einem Fall bei dem eine Mutter Familienbeihilfe beantragte und nur eine Aufenthaltsgenehmigung von 6 Monaten hatte und sie sich auch zusammen mit ihrer Tochter nur knapp 6 Monate im Bundesgebiet aufgehalten hat. So entschied der VwGH durch Judikatur, dass der "ständige Aufenthalt" laut §5(3)FLAG dem gewöhnlichen Aufenthalt im §26(2) BundesAbgabenGesetzes entspreche und diese Person somit keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

BAG Abschnitt 6. Wohnsitz, Aufenthalt, Sitz.

§ 26. (1) Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, daß er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

(2) 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.// 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. Das Bundesministerium für Finanzen ist ermächtigt, von der Anwendung dieser Bestimmung*

bei Personen abzusehen, deren Aufenthalt im Inland nicht mehr als ein Jahr beträgt, wenn diese im Inland weder ein Gewerbe betreiben noch einen anderen Beruf ausüben.

(3) In einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), werden 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.

**/Die Umstände lassen erkennen und nicht die Zeit ob man vorübergehend verweilt. D hatte nur ein Studentenvisum und durfte somit ja gar nicht arbeiten, wnen bzw. sich niederlassen und war somit auch nicht abgabepflichtig in Indien, sondern in Österreich. Mit einem Studentenvisum ist man nur zum Studieren (Ausbilden) für eine gewisse Zeit, welche durchaus länger als 6 Monate dauern kann, welche zu erkennen ist, dass es sich hier nur um ein vorübergehendes Verweilen handelt.*

Juristische Beweise dazu: FLAG §2(5) und Meldegesetz §2(3), lit. 3

FLAG §2(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind (hat Familienbeihilfeanspruch) dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit (Familienbeihilfeanspruch) gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung (Schule ist fuer Kinder die Berufsausuebung) notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,

§2, Abs. 3, lit 3 Meldegesetz: Sofern sie nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes (Meldegesetz 1991) schon anderswo gemeldet (Wohnsitz hat) sind, sind Menschen nicht zu melden (kein weiterer Wohnsitz), die als Minderjährige in Schülerheimen untergebracht sind.

***//Da man nur dann an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpft (knüpfen darf), wenn nicht schon anderseits die unbeschränkte Abgabepflicht in Österreich besteht.*

Laut Abs 1 bestehen bereits eine andere Abgabepflicht für D (Wohnsitz), somit darf man hier gar nicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen. Sowie ja schon die Umstände gezeigt haben, dass es nur ein vorübergehendes Verweilen war.

Juristische Beweise dazu: EStG §1(2)

EStG §1(2) Unbeschränkt steuerpflichtig sind jene natürlichen Personen, die im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Die unbeschränkte Steuerpflicht erstreckt sich auf alle in und ausländische Einkünfte.

****//Der §26 Absatz 2 "Gewöhnlicher Aufenthalt" steht erst nach dem man sich in Österreich länger als sechs Monate aufhält.*

Hier ist der Knackpunkt. Da der ganze 6. Abschnitt, der aus nur einem § besteht, welcher den Inhalt von drei Gesetzbüchern komprimiert innehat, ist die Lesbarkeit sehr kompliziert.

****//Nach sechs monatigem Aufenthalt in Österreich kommt es *//aufdie Umstände darauf an, ob es sich um einen gewöhnlichen oder vorübergehenden Aufenthalt handelt. **// Bei einem rechtmäßigen Wohnsitz in Österreich darf nicht an den §26(2) "gewöhnlichen Aufenthalt" geknüpft werden.*

Meiner Meinung nach benutzt das Finanzamt die falsch.

Die Judikatur, zu §26(2) BAG sagt nur aus, bezugnehmend auf den Aufenthalt ob man in Österreich Steuern bezahlen muss.

Da D bezugnehmend auf den Aufenthalt in Österreich steuerpflichtig war, in der Zeit als sie in Indien in die Schule ging, war der ständige Aufenthalt in Österreich. Die "mehr als 6 Monate im Bundesgebiet" ist nur der "gewöhnliche Aufenthalt" und die Finanz knüpft nur dann an diesen, wenn es keinen Wohnsitz in Österreich gibt, bzw. wenn es einen weiteren Wohnsitz im Ausland gibt. In allen Judikaturen waren entweder Wohnsitze im Ausland oder der Wohnsitz in Österreich nicht rechtmäßig.

Die Judikatur verstehe ich so, wenn man nicht abgabenpflichtig im Sinne des §26BAG ist, hat man auch kein Recht auf Familienbeihilfe.

Da D die ganze Zeit als sie in Indien studierte in Österreich abgabenpflichtig im Sinne des §26 war, war sie auch berechtigt für die Familienbeihilfe.

Hier könnte ich schon aufhören, aber um das Ganze noch zu untermauern, erlaube ich mir weitere Ausführungen.

Da das BAG nur für die Abgaben zuständig ist und nicht im Speziellen für Wohnsitz und Aufenthalt, ist dieser Abschnitt nicht ausreichend für "Nichtabgabenpflichtige" wie Schüler. Diese wären vermutlich ansonsten im Abs. 3 enthalten. Dieser 6. Abschnitt im BAG ist vom Meldegesetz und vom Niederlassungs und Aufenthaltsgesetz übernommen und für die Abgabepflicht angepasst worden und dort (Meldegesetz, Aufenthaltsgesetz) sind auch die Schüler und sonstigen Personen gesetzlich verankert.

Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz

§2(2)

Niederlassung ist der tatsächliche oder zukünftig beabsichtigte Aufenthalt zum Zweck

- 1. der Begründung eines Wohnsitzes, der länger als sechs Monate im Jahr tatsächlich besteht;*
- 2. der Begründung eines Mittelpunktes der Lebensinteressen oder*
- 3. der Aufnahme einer nicht bloß vorübergehenden Erwerbstätigkeit.*

Vereinfachung: Niederlassung ist der tatsächliche Aufenthalt zum Zweck eines Wohnsitzes oder des Mittelpunktes der Lebensinteressen.

Umstellung des Satzes für den tatsächlichen Aufenthalt.

Der tatsächliche Aufenthalt ist, wo sich D niedergelassen hat und der Wohnsitz oder dessen Mittelpunkt der Lebensinteressen von ihr ist.

Hier gibt es eine bundesgesetzliche Definition, was als Aufenthalt zu verstehen ist und somit könnte die Judikatur in diesem Fall hinfällig sein, aber sie sagt ja nur das Gleiche in anderen Worten aus bzw. in anderen Gesetzbücher und dies bedeutet, dass der ständige Aufenthalt von D, als sie in Indien die Schule besuchte, in Österreich war.

Begriffserklärung Wohnsitz: Meldegesetz 1991 §1(6) Ein Wohnsitz eines Menschen ist an einer Unterkunft begründet, an der er sich in der erweislichen oder aus den Umständen hervorgehenden Absicht niedergelassen hat, dort bis auf weiteres einen Anknüpfungspunkt von Lebensbeziehungen zu haben.

§ 2. (1) Wer in einer Wohnung oder in einem Beherbergungsbetrieb Unterkunft nimmt oder eine solche Unterkunft aufgibt, ist zu melden.

(2) Nicht zu melden sind

- 1. Menschen, denen in einer Wohnung nicht länger als drei Tage Unterkunft gewährt wird;*
- 2. ausländische Staatsoberhäupter, Regierungsmitglieder und diesen vergleichbare Persönlichkeiten sowie deren Begleitpersonen;*

(3) Sofern sie nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes schon anderswo gemeldet sind, sind Menschen nicht zu melden, die als Minderjährige in Kinder-, Schüler-, Studenten-, Jugend- oder Sportheimen untergebracht sind;

In diesem §2 sieht man, dass Auslandsbeamte und Schüler welche in Schülerheimen untergebracht sind, gleichgestellt sind. Mit dem Unterschied, dass die Schüler in Österreich weiterhin den Wohnsitz haben müssen.

Wie ich es verstehe: so lange D in einem Schülerheim (Internat) war, hat sie sich dort nicht aufgehalten im Sinne eines tatsächlichen Aufenthaltes, sondern am Wohnsitz.

Auch den Lebensmittelpunkt hatte sie ständig bei uns in Wien laut Meldegesetz §1, Abs 8.

Für den Mittelpunkt der Lebensinteressen eines Menschen sind insbesondere folgende Kriterien maßgeblich:

Wohnsitz der übrigen, insbesondere der minderjährigen Familienangehörigen und der Ort, an dem sie (die Familienangehörigen) ihrer Erwerbstätigkeit nachgehen, ausgebildet werden oder die Schule oder den Kindergarten besuchen.

Mutter und Vater waren erwerbstätig, der große Bruder in der Schule und der kleine Bruder im Kindergarten und alle wohnten wir in der familiären Wohnung in Wien.

So wie ich das verstehe ist: Der Lebensmittelpunkt, Wohnsitz und die Niederlassung waren ständig in Österreich und somit auch der ständige Aufenthalt.

Die ganze Zeit, als D in Indien im Internat (Schulheim) zur Ausbildung war hat sie sich in Österreich tatsächlich aufgehalten. Denn der tatsächliche Aufenthalt laut österreichischem

Gesetz war in Österreich, somit kann der ständige Aufenthalt nicht im Ausland gewesen sein.

§ 2. (1) Meldegesetz: Wer in einer Wohnung oder in einem Beherbergungsbetrieb Unterkunft nimmt oder eine solche Unterkunft aufgibt, ist zu melden.

(2) Nicht zu melden sind

Menschen, denen in einer Wohnung nicht länger als drei Tage Unterkunft gewährt wird;

§2, Abs. 3, lit 3

Sofern sie nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes schon anderswo gemeldet sind, sind Menschen nicht zu melden, die als Minderjährige in Schülerheimen untergebracht sind.

Ein Aufenthalt in einem Schülerheim (sowie der Aufenthalt der Auslandsbeamten) ist stets ein vorübergehendes Verweilen, deswegen muss man sich nicht melden laut Meldegesetz, bzw. hat solch ein Verweilen eine Gewichtung von maximal drei Tage bezüglich den "länger als sechs Monate" im §26(2) 2. Satz BAG.

Laut Kalender hat D sich einmal 5 und einmal 9 Monate in Indien zur Ausbildung befunden, aber laut österreichischen Gesetz maximal 3 Tage!

Der Aufenthalt ist gesetzlich hier geregelt und so war sie nur maximal 3 Tage in Indien.

Flag: Abschnitt I Familienbeihilfe

§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a)

für minderjährige Kinder,

b)

für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der

Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz. ..

Hier sind volljährige Kinder und somit eingeschränkt, trotzdem wird explizit Auslandsaufenthalt für Schüler, Auszubildende und Studenten genehmigt fuer die Familienbeihilfe "Auslandsstudium".

§2 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder, immer ohne Ausnahme

b) für volljährige Kinder mit Voraussetzung des Studienförderungsgesetzes auch noch mit Bedingungen. Für Auslandsstudium je 3 Monate ein Semester dazu, also bei 2 Jahren Auslandsstudium in einem Drittstaat 4 Jahre zusätzlich in Österreich Familienbeihilfe.

Bei a) gibt es keine Einschränkungen und dürften somit Schulzeiten bzw. Ausbildungen im Ausland (Drittstaaten) machen. So lange minderjährige Kinder in Österreich wohnen und gemeldet sind ohne zeitliche oder sonstige Einschränkung.

FLAG §2(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt (dann hat man die Berechtigung zur Familienbeihilfe).

Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nahe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,

Dies sagt aus, dass eine Zweitunterkunft für eine Ausbildung gleichwertig eines vorübergehenden Aufenthaltes ist.

Es gibt Judikaturen des VwGH, in denen die Nahebeziehung der Kinder zum jeweiligen Land als relevant für die Familienbeihilfe angesehen wird. Dazu teile ich mit, dass

- In der ISPS praktisch nur Ausländer zur Schule gehen, dh Kinder aus Europa, Amerika, Australien...

- Sich D nur mit Österreich identifiziert und gar nicht mit Indien, Indien war für eine Zeitlang nur ihr Ausbildungsland.

- D spricht keine indische Sprache

- D macht in der ISPS keinen Schulabschluss. Den Schulabschluss machte D bei den I mit erfolgreicher Zentralmatura 2016 (nur 4% schafften dies in Wien in diesem Jahr)

- Wir Eltern und auch sonst keine Verwandten haben je in Indien gelebt.

D hat so auch ausschließlich nur eine Nahebeziehung zu Österreich und nicht zu Indien.

Zum Schluss die Zusammenfassung

- 1. Der Aufenthalt laut österreichischem Gesetz betrug für D als sie in Indien die ISPS besuchte max drei Tage im Drittstaat. Bzw. war der tatsächliche Aufenthalt in Österreich und somit auch der ständige Aufenthalt*
- 2. Ein Studium in einem Drittland, in dem man in einem Studentenheim verweilt und weiterhin in Österreich wohnt und gemeldet ist, niedergelassen ist, abgabepflichtig ist und den Mittelpunkt der Lebensinteressen hat, ist nur ein vorübergehendes Verweilen, auch wenn es mehrere Jahre sind.*
- 3. Der Fall J zum Vergleich: Diese Kinder hatten eine permanente Aufenthaltsgenehmigung in Indien und nicht wie D nur ein Studentenvisa. So könnte man es so sehen, dass die im Fall J eben in Indien lebten (wohnten) und somit kein Recht auf Familienbeihilfe in Österreich hatten.*

Verfahren betreffend Februar und März 2012

Mit Bericht vom 3.7.2018 legte das Finanzamt dem Bundesfinanzgericht eine Beschwerde des Bf betreffend einen Rückforderungsbescheid vom 20.10.2016 hinsichtlich des Zeitraums Februar und März 2012 vor (RV/7102877/2018).

In der Beschwerde gegen diesen Bescheid wird unter anderem ausgeführt:

Mitte Juli 2011 flog D nach Indien, mit dem Taxi weiter zur Schule, Sie besuchte die Schule und schlief im dortigen Schulheim. Schulschluss war in der ersten Dezemberwoche 2011. In der zweiten Dezemberwoche 2011 kam sie in Wien an und wir feierten Weihnachten 2011 in Wien. Ich, der Vater, möchte, dass D nun in Wien die G H Schule besucht und nach den Semesterferien im Februar 2012 besuchte sie diese auch.

Mit Startschwierigkeiten in dieser Schule und einem Gespräch mit der Lehrerin empfahl die Lehrerin, dass es für D besser sei, wieder zurück in die vorherige Schule (ISPS) zu gehen. Als besorgte Eltern wollen wir das Beste für unser Kind und wir ermöglichten ihr, weiter in ihre Lieblingsschule ISPS zu gehen. Mit Mitte März 2012 flog D somit wieder nach Indien. Ich hatte im Dez 2011 nicht die Absicht, dass D künftig jemals wieder die ISPS-Schule besuchen solle. Ich mußte sie aber zwangsläufig weiter die indische Schule besuchen lassen, um den Lernerfolg nicht zu verzögern.

Im Vorlageantrag wird unter anderem ausgeführt:

Es war für mich und für D zum Zeitpunkt ihrer Rückkehr nach Österreich im Dez 2011 (nach Ende des indischen Schuljahres) klar, dass nun ab sofort die Einschulung in Österreich für alle Zukunft begonnen wird. Mir blieb aber auf Grund der Erfahrungen in der österr. Schule im Feb und Mrz 2012 und der Empfehlung der dortigen Lehrerin zwangsläufig nichts anderes übrig, als D ab Ende März 2012 weiter die indische Schule besuchen zu lassen, um ihren Lernerfolg nicht zu verzögern. Insofern war der

Schulbesuch in Österreich im Feb und Mrz 2012 kein Versuch, es war der endgültig und fix geplante Schuleinstieg in Österreich, der sich dann aber aus den genannten Gründen vorübergehend zerschlug.

Aus dem Finanzamtsakt sind folgende Schulbesuchsbestätigungen ersichtlich:

Im elektronisch vorgelegten Akt des Finanzamts ist eine E-Mail der G H Schulen vom 2.6.2016 an das Finanzamt enthalten, wonach D C ab 13.2.2012 Schülerin, und zwar außerordentliche Schülerin, gewesen sei:

Unsere Bestätigung vom 21.01.2014 ist korrekt.

D C war nicht ab Schulbeginn, sondern erst ab 13.02.2012 unsere Schülerin.

Sie wurde jedoch als außerordentliche Schülerin geführt.

Beiliegend übermittle ich Ihnen die Abwesenheitsliste für den erforderlichen Zeitraum.

Die Anwesenheitsliste umfasst folgende Abwesenheiten:

16.2. 10:45 - 16.2. 13:20

17.2.10:45 - 17.2.12:30

20.2. 08:50 - 20.2. 18:50

21.2.08:50 - 21.2.12:30

13.3.11:40 - 13.3.12:30

20.3. 08:50 - 20.3. 13:20.

In einer vorangegangenen E-Mail vom 2.6.2016 führte die Schule aus:

Nachstehend die Daten der Schülerin aus unserem Schülergrunddatenverzeichnis aus dem ersichtlich ist, dass D C vom 05.09.2011 - 20.03.2012 Schülerin unserer Schule war.

Warum die Bestätigung vom 21.01.2014 einen kürzeren Zeitraum aufweist, ist nicht mehr feststellbar, da Frau ... nicht mehr an unserer Schule ist.

Die beigeschlossenen Grunddaten bestätigen die Schülereigenschaft von 5.9.2011 bis 20.3.2012.

Die angesprochene Schulbesuchsbestätigung der Schule vom 21.1.2014 lautet:

Die gefertigte Direktion bestätigt, dass Fr. D C, geb. am ... 05. 1998, ab 13.02.12 bis 20.3.2012 den 1. Jahrgang der 5jährigen HLT unserer Schule besucht hat.

Beschluss vom 22.10.2018

Mit durch die Berichterstatterin gefasstem Beschluss vom 22.10.2018 ersuchte das Gericht das Finanzamt Gänserndorf Mistelbach gemäß § 269 Abs. 2 BAO, folgende ergänzende Ermittlungen durchzuführen:

Zur Frage, ob der Aufenthalt von D C in Indien im Jahr 2011 ursprünglich nur für den Zeitraum Mitte Juli bis Mitte Dezember 2011 geplant war, oder ob D C bereits im Juli

2011 beabsichtigte, nach ihrem Österreichaufenthalt von Dezember 2011 bis März 2012 weiter die Sahaj Public School (ISPS) in Indien ab März 2012 zu besuchen, sind D C und F E C gemäß §§ 169 ff. BAO als Zeugen persönlich zu vernehmen und entsprechende Beweismittel für deren Angaben gemäß § 172 Abs. 1 BAO in Kopie zum Akt zu nehmen.

Ergänzend ist die Klassenlehrerin von D C an der G H Schule im Februar und März 2012 auszuforschen und ebenfalls als Zeugin darüber zu vernehmen, ob der Schulbesuch im Februar und März 2012 auf längere Zeit angelegt war und warum dieser im März 2012 beendet wurde.

Begründend führte das Gericht unter anderem aus:

Für den Zeitraum Juli 2011 bis Jänner 2012 kommt es darauf an, ob der Aufenthalt von D C in Indien im Jahr 2011 ursprünglich nur für den Zeitraum Mitte Juli bis Mitte Dezember 2011 geplant war, oder ob D C bereits im Juli 2011 beabsichtigte, nach ihrem Österreichaufenthalt von Dezember 2011 bis März 2012 weiter die Sahaj Public School (ISPS) in Indien ab März 2012 zu besuchen.

Es kommt dabei nicht auf den Wunsch des Vaters an, dass D ab Dezember 2011 dauerhaft in Österreich bleiben und hier eine Schule besuchen sollte, sondern ob auch das Kind und die Mutter von Anfang an davon ausgingen, dass D nur das Wintersemester 2011 an der ISPS verbringen sollte.

Das Finanzamt Gänserndorf Mistelbach ist gemäß § 269 Abs. 2 BAO zu ersuchen, zu dieser Frage D C und F E C gemäß §§ 169 ff. BAO als Zeugen persönlich zu vernehmen und entsprechende Beweismittel für deren Angaben gemäß § 172 Abs. 1 BAO in Kopie zum Akt zu nehmen.

Als Beweismittel, deren Vorlage von den Zeugen angefordert werden möge, kommen zum Beispiel in Betracht:

- Anmeldung zur G H Schule in Österreich (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)*
- Anmeldung zur ISPS für das Sommersemester 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)*
- Buchung des Fluges nach Indien im März 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen).*

Ergänzend ist die Klassenlehrerin von D C an der G H Schule im Februar und März 2012 auszuforschen und ebenfalls als Zeugin darüber zu vernehmen, ob der Schulbesuch im Februar und März 2012 auf längere Zeit angelegt war und warum dieser im März 2012 beendet wurde.

Bericht vom 26.2.2019

Das Finanzamt übermittelte dem Gericht am 26.2.2019 Folgendes:

- 1. Niederschrift v. 14.02.2019 über die Vernehmung der Zeugin Frau F E-C,
- 2. Niederschrift v. 14.02.2019 über die Vernehmung der Zeugin Frau D C und
- 3. Schriftliche Stellungnahme v. 22.02.2019 der Zeugin Frau Mag. K L, M.A.
(Klassenvorständin 1.HTB Jg. 2011/12).

Das Finanzamt mekte dazu an:

Unter Punkt 13 beider Niederschriften v. 14.02.2019 wurden Frau E-C und Frau D C iSd § 172 BAO ersucht innerhalb von 2 Wochen (Frist bis 28.02.2019) entsprechende Beweismittel für die gemachten Angaben (in der Niederschrift v. 14.02.2019) in Kopie zu übermitteln. Sollten entsprechende Unterlagen (Beweismittel etc.) nachträglich eingebracht werden, werden diese zeitnah an das BFG (Sitz Wien) übermittelt!

Niederschrift F E-C vom 14.2.2019

F E-C gab am 14.2.2019 vom Finanzamt als Zeugin vernommen unter anderem an:

1) *Wissen Sie wieso bzw. in welchem Zusammenhang Sie heute als Zeugin geladen wurden?*

Ja, es geht um die Familienbeihilfe.

2) *In welchem Verhältnis (Verwandt-/Freund-/Bekanntschaft etc.) stehen Sie zu Herrn A C?*

Herr C ist der Vater meines Kindes D, wir sind seit 2011 oder 2012 geschieden.

3) *Wie oft treffen/sehen Sie Herrn A C/ihre Familie? Wann haben Sie Herrn A C/ihre Familie zuletzt gesehen?*

Wir hören uns öfters am Telefon (1x wöchentlich). Wir treffen bzw. sehen einander etwa alle 3 Wochen.

4) *Bis wann besuchte Ihre Tochter D die Schule in Österreich (Name der Schulen, Zeiträume)?*

D besuchte mit ca. 6 oder 7 Jahren die VS in Indien. Sie ist in Österreich geboren. D ist meine leibliche Tochter. Wir waren urlaubsbedingt des Öfteren in Indien. Wir haben Gefallen an der indischen Kultur gefunden, auch D hat sich sehr wohl dort gefühlt.

D hat eine Internatsschule/VS in Indien besucht. In den Feiertagen bzw. in den längeren Ferien verbrachte sie Zeit in Österreich bei uns (Eltern) in Wien.

Sie besuchte sowohl die VS als auch die Hauptschule in Indien. Sie kehrte zwar zwischenzeitlich ein paar Mal zurück (bilinguale VS in Wien, Meißnergasse im 22. Bezirk besuchte sie ca. 1 Jahr [2. oder 3.Klasse]; HS Simonsgasse besuchte sie im Großen und Ganzen die ganze 2.Klasse), jedoch absolvierte sie grundsätzlich die VS und HS in Indien.

5) Ab wann wurde die Schule in Indien besucht? Auf wessen Wunsch/Grund des Schulbesuches in Indien? (Name und Schulmodel, Unterrichtssprache, Internatschule mit Schulheim?)

Siehe Fragebeantwortung unter 4)

D äußerte immer den Wunsch nach Indien zurückzukommen. D ist mehrsprachig aufgewachsen. Ich als geborene Italienerin habe mit ihr zuhause italienisch gesprochen, der Kindesvater (stammend aus Vorarlberg) hatte starken Dialekt, daher hatte D auch gewisse Probleme mit der deutschen Sprache.

Die Schule in Indien heißt International Sahaja Public School (=ISPI). Das ist eine internationale Internatsschule mit Schulheim. Dort wurde in Englisch unterrichtet, später sind dann noch Hindi und Deutsch als Fremdsprachen hinzugekommen.

6) Wann kam D das erste Mal nach Ö (nach ihrer Abreise im Sommer nach Indien)? Wann waren die Ferien?

Ich kann mich nicht mehr zur Gänze daran erinnern. Wenn ich gefragt werde bzgl. der Aussage von Herrn A C, dass D Juli 2011 bis Dezember 2011 in Indien war, gebe ich an, ja, das kann stimmen.

Juli 2011 ist D nach Indien gegangen um die ISPS zu besuchen. Das Schuljahr war immer von März bis Dezember eines Kalenderjahres.

7) Wo waren Sie im relevanten Zeitraum - Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 und Feber 2012 bis März 2012 — und wo war der Kindesvater im relevanten Zeitraum — Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 und Feber 2012 bis März 2012 ?

Von Juli 2011 bis Dezember 2011 sowie ab März 2012 bis Dezember 2012 war D in Indien. Die G H Schule besuchte sie ca. einen Monat lang (Mitte Februar bis Mitte März in etwa). Die Bestätigung des Schulbesuchs von 13.02.2012 bis 20.03.2012 stimmt.

8) Haben Sie oder Ihre Familienmitglieder davor/danach je in Indien gelebt? Leben oder lebten sonstige Verwandte in Indien?

Mein ehemaliger Gatte A C und ich waren durchgehend in Österreich, haben sie aber abwechselnd öfters (maximal 2 mal im Jahr) in Indien besucht.

9) Wie war die Planung bzgl. D Schulbesuch in Indien? Wurden mit ihr Vereinbarungen getroffen? Wie wurde es an D kommuniziert? (Dauer des Schulbesuches ab Juli 2011 bis wann: 1, 2, 3 etc Semester? Wieso außerordentliche Schülerin in Ö?)

Siehe obige Ausführungen. Es war größtenteils der Wunsch von D selbst, die Schule in Indien zu besuchen. Von Anfang an war ein darüberhinausgehender (über Dezember 2011 hinaus) Schulbesuch in Indien angedacht.

Mein Gatte und ich haben mit D eine mehrsemestrige Ausbildung in Indien vereinbart, weil es D Wunsch war.

10) War Ihnen D Absicht bekannt? War es ein Wunsch von D, in Indien die Schule zu besuchen? Gingen Sie von Anfang an davon aus, dass D ab Dezember 2011 dauerhaft in Ö bleiben und in Ö die Schule besuchen sollte bzw. dass D nur das Wintersemester 2011 an der ISPS verbringen sollte?

Siehe obige Ausführungen. D wollte nach einer gewissen Zeit nach Österreich zurückkehren, um hier in Österreich Fuß zu fassen.

D war anschließend mit März bis Dezember 2012 an der ISPS sowie bis Mitte 2013 in Indien und hat dann die Aufnahmeprüfung bei den I für die Oberstufe geschafft und die 2. Klasse dort besucht. Wenn ich gefragt werde, wann das etwa war, gebe ich an, das war ca. 2013.

11) Beabsichtigte D bereits im Juli 2011, nach ihrem Österreichaufenthalt von Dezember 2011 bis März 2012 weiter die International Sahaja Pubiic School ab März 2012 zu besuchen?

Sie wollte in Österreich bleiben, fühlte sich aber in der ausgesuchten Schule unwohl bzw. unsicher.

12) Wie interpretieren Sie das Zitat des Kindesvaters Hr. A C (siehe S. 6/26 des BFG-Beschlusses v. 22.10.2018): "Meine Tochter besuchte die Mittelschule in Wien und nach ihrem eigenen Wunsch möchte sie in die ISPS. Die Erziehungsberechtigten [Anm. Eltern] erfüllten Ihr diesen Wunsch?

Diese Aussage ist zutreffend.

13) Diesbezüglich werden Sie ersucht, innerhalb von 2 Wochen (ab heutigem Datum) entsprechende Beweismittel für die oben ausgeführten Angaben gem. § 172 Abs 1 BAO (in Kopie) zu übermitteln? Wie insbesondere:

- Anmeldung zur G H Schule (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

Danach gefragt gebe ich an, dass die Anmeldung etwa Februar 2012 war. Die Anmeldung habe ich vorgenommen.

- Anmeldung zur ISPS für das Sommersemester 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

Die Anmeldung erfolgte unmittelbar vor Juli 2011 und die Anmeldung für das Sommersemester 2012 erfolgte wahrscheinlich Anfang März 2012. Wir haben sie zwar informell per E-Mail abgemeldet (Ende November bzw. Anfang November 2011) und im März 2012 per E-Mail aber wieder kontaktiert und angemeldet. Entsprechende Beweise (E-Mail-Korrespondenzen) werde ich versuchen zu finden und zu übermitteln. Die Ab- bzw. Anmeldungen habe eigentlich immer ich gemacht, nicht mein ehemaliger Gatte.

- Buchung des Fluges nach Indien im März 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

Auch das habe ich gemacht, da ich damals bei der AUA beschäftigt war. Das wurde kurzfristig von mir organisiert, da sie als Tochter immer "Stand-By" fliegen konnte.

14) Wer war die Klassenlehrerin/der Klassenlehrer von D an der G H Schule im Feber und März 2012 (Vor-/Nachame, Kontaktdaten)?

Ich weiß, dass die Klassenlehrerin Deutsch unterrichtet hat. Mehr weiß ich leider nicht. Auch mein Gatte hat diesbezüglich keine Kenntnis. Die Schule müsste es aber wissen.

15) Ergänzende Angaben:

Mein ehemaliger Gatte und ich hatten mit der Klassenlehrerin im Februar eine einmalige Unterhaltung betreffend D und ihrer Schwierigkeiten mit der deutschen Sprache und dass ein erfolgreicher Abschluss schwierig geworden wäre.

Wenn ich gefragt werde, warum D außerordentliche Schülerin der G H-Schule war, gebe ich an, dass D als Quereinsteigerin inmitten des Schuljahres eingetreten ist und eine Wiederholung unabdingbar gewesen wäre und dass dieser Status ohne Benotung war. Sie war sozusagen "Hörerin" um langsam wieder Fuß zu fassen im österreichischen Schulsystem.

Niederschrift D C vom 14.2.2019

D C gab am 14.2.2019 vom Finanzamt als Zeugin vernommen unter anderem an:

1) Wissen Sie wieso bzw. in welchem Zusammenhang Sie heute als Zeugin geladen wurden?

Ja, das weiß ich, es geht um die Familienbeihilfe bzgl. meiner Person.

2) In welchem Verhältnis (Verwandt-/Freund-/Bekanntschaft etc.) stehen Sie zu Herrn A C?

Er ist mein leiblicher Vater.

3) Wie oft treffen/sehen Sie Herrn A C/ihre Familie? Wann haben Sie Herrn A C/ihre Familie zuletzt gesehen?

Mein Vater wohnt zurzeit in Tschechien (Breclav). Ich sehe ihn etwa alle zwei Wochen. Wir telefonieren mehrmals wöchentlich. Meine beiden Brüder wohnen bei meiner Mutter.

4) Bis wann besuchten Sie die Schule in Österreich (Name der Schulen, Zeiträume)?

Ich bin eigentlich in Deutschland geboren. Ich habe mit meinen Eltern in Vorarlberg gewohnt und das nächstgelegene Krankenhaus war in Deutschland.

Die zweite bzw. dritte Schulstufe (nicht vollständig, etwa acht Monate klassenübergreifend) besuchte ich in Wien (VS Meißnergasse), zuvor besuchte ich die VS in Indien (ISPS). März 2004 bis Mitte 2005 war ich in Indien, danach wie gesagt in der Meißnergasse. Die VS Meißnergasse absolvierte ich von ca. September 2005 bis März 2006. Danach war ich wieder in Indien.

5) Ab wann wurde die Schule in Indien besucht? Auf wessen Wunsch/Grund des Schulbesuches in Indien? (Name und Schulmodel, Unterrichtssprache, Internatschule mit Schulheim?)

Auf meinen Wunsch habe ich die International Sahaja Public School (=ISPI) in Indien wieder besucht. Das war etwa Juli 2011 oder sogar etwas früher. Ich kann nicht mehr genau erinnern.

Das ist eine Internatsschule mit Schulheim (Unterkunft).

Der Anreiz für mich war, dass ich dort meine ganzen Freunde als Zweitfamilie betrachtet habe. Ich habe in Österreich zwei Brüder (einer ist 5 Jahre jünger [Jg. 2003], der andere 2 Jahre älter [Jg. 1996]), beide hatten die Schule in Indien aber nur kurzzeitig besucht. Mit meinem kleinen Bruder war ich sogar zwischenzeitlich zeitgleich in der Schule in Indien. 2011 war er in der zweiten Schulstufe dort, 2012 war ich aber alleine dort.

6) Wann kamen Sie das erste Mal wieder nach Ö (nach Ihrer Abreise im Sommer 2011 nach Indien)? Wann waren die Ferien?

Ich war Anfang 2012 an der G H Schule (=HFS).

Ich war Anfang bzw. Mitte Dezember 2011 bei meinen Eltern in Wien.

Die Bestätigung des Schulbesuchs als außerordentliche Schülerin vom 13.02.2012 bis 20.03.2012 stimmt inhaltlich. Dezember bis Februar sind Ferien in Indien.

7) Wo waren Sie im relevanten Zeitraum - Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012, und Feber 2012 bis März 2012 und wo war der Kindesvater im relevanten Zeitraum — Juli 2011 bis Jänner 2012 sowie April 2012 bis Dezember 2012 und Feber 2012 bis März 2012? Wo war die Mutter/Familie?

Von Juli 2011 bis Dezember 2011 war ich in Indien. Dezember 2011 bis Anfang März 2012 in etwa war ich durchgehend in Wien. Ab März 2012 bis Dezember 2012 war ich in Indien. Dezember 2012 bis Februar/März 2013 war ich wieder in Österreich und dann ab März 2013 bis Juli 2013 in Indien.

Ab September 2013 habe ich dann die Schule bei den I besucht.

Meine Eltern waren in den obengenannten Zeiträumen durchgehend in Österreich, jedoch besuchten mich beide gemeinsam etwa einmal im Jahr in Indien.

8) Haben Sie oder Ihre Familienmitglieder davor/danach je in Indien gelebt? Leben oder lebten sonstige Verwandte in Indien?

Familienurlaube in Indien waren früher nie länger als zwei Wochen. Meine Mutter war mit meinem kleinen Bruder ca. 3 Monate in Indien.

9) Wie war die Planung bzgl. Ihres Schulbesuch in Indien? Vereinbarung mit Ihren Eltern? Wie wurde es von Ihren Eltern kommuniziert? (Dauer des Schulbesuches ab Juli 2011 bis wann: 1, 2, 3 etc Semester? Wieso außerordentliche Schülerin in Ö?)

Meine Eltern wollten nicht, dass ich in Indien die Schule besuche. Das war zum größten Teil sicher mein Wunsch. Mir hat die Schule in Österreich einfach nicht gefallen bzw. habe ich mich hier nicht wohl gefühlt.

Ich habe mit dem Wiedereintritt Juli 2011 in die ISPS die Schule nur für 1 Semester besuchen wollen. Mit Rückkehr nach Wien (Winterferien 2011/2012) habe ich die Entscheidung getroffen, die Schule in Indien fortzusetzen, da ich mich an der HFS (Februar bis März 2012) nicht wohl gefühlt habe.

Ich war außerordentliche Schülerin, da ich viele Fächer nicht gekannt habe bzw. Schwierigkeiten mit der deutschen Sprache hatte und viele Fächer gefehlt haben. Zu diesem Zeitpunkt (Februar/März 2012) fiel die Entscheidung, die Schule in Indien bis ca. September 2013 zu besuchen, um in Österreich nicht als Quereinsteigerin beginnen zu müssen, sondern als ordentliche Schülerin mit klassischem Schulbeginn mit September 2013 zu starten.

10) Wollten Sie ursprünglich nur bis Wintersemester 2011 an der ISPS inskribiert sein? War es ein Wunsch von Ihnen in Indien die Schule zu besuchen? Wollten Sie - nach der Ankunft in Wien - von Anfang an ab Dezember 2011 dauerhaft in Ö bleiben und in Ö die Schule besuchen? War von Anfang an mit Ihren Eltern vereinbart, dass Sie nur das Wintersemester 2011 an der ISPS verbringen sollte? War Ihren Eltern bekannt was Sie beabsichtigten?

Siehe Ausführungen oben. Ich weiß nicht, ob meine Absichten meinen Eltern bekannt waren. Daran kann ich mich leider nicht mehr ganz erinnern.

11) Beabsichtigten Sie bereits im Juli 2011, nach ihrem Österreichaufenthalt von Dezember 2011 bis März 2012 weiter die International Sahaja Public School ab März 2012 zu besuchen?

In den Winterferien (ca. März 2012) fiel die Entscheidung, die ISPS wieder zu besuchen (siehe auch die obige Fragebeantwortung).

12) Wie interpretieren Sie das Zitat Ihres Vaters des Hr. A C (siehe S. 6/26 des BFG-Beschlusses v. 22.10.2018): "Meine Tochter besuchte die Mittelschule in Wien und nach ihrem eigenen Wunsch möchte sie in die ISPS. Die Erziehungsberechtigten [anm. Eltern] erfüllten Ihr diesen Wunsch?"

Dieses Zitat meines Vaters stimmt. Mein Wunsch wurde umgesetzt. Eine zeitliche Vereinbarung bzgl. der Schuldauer in Indien zwischen uns ist mir nicht in Erinnerung.

13) Diesbezüglich werden Sie ersucht innerhalb von 2 Wochen (ab heutigem Datum) entsprechende Beweismittel für die oa. Angaben gem. § 172 Abs 1 BAO (in Kopie) zu übermitteln? Wie insbesondere:

- Anmeldung zur G H Schule (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

- Anmeldung zur ISPS für das Sommersemester 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

- Buchung des Fluges nach Indien im März 2012 (wann erfolgte diese, wer hat diese vorgenommen)?

Siehe Fragebeantwortung 13) der Kindesmutter Fr. F E-C.

14) Wer war Ihre Klassenlehrerin/der Klassenlehrer an der G H Schule im Feber und März 2012 (Vor-/Nachame, Kontaktdaten)?

Ich habe leider keine Ahnung mehr. Ich weiß auch nicht mehr, welche Fächer sie unterrichtet hat. Aber die Klassenlehrerin war, glaube ich, eine Dame.

15) Ergänzende Angaben:

Ich habe nichts zu ergänzen.

Schreiben von Mag. K L, M.A. vom 22.2.2019

Mag. K L, M.A. teilte dem Finanzamt mit Schreiben vom 22.2.2019 mit:

Es ist mir nicht möglich, nach 7 Jahren über D C, die nur 2 Monate in meiner Klasse gemeldet war, mehr Auskunft zu geben als es die Administration der Schule, die sich um Aufnahme und Abmeldungen kümmert, getan hat!

Auch die Frage, ob die Eltern vorhatten ihre Tochter D bis zum Schulabschluss bei uns zu lassen, kann ich nicht beantworten. Im Regelfall trifft das zu.

Keine weiteren Unterlagen

Weitere Unterlagen wurden vom Finanzamt nicht vorgelegt.

Beschluss vom 18.3.2019

Mit Beschluss vom 18.3.2019 wurden den Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens die Ermittlungsergebnisse vom 26.2.2019 mit dem Ersuchen, sich dazu innerhalb von einem Monat nach Zustellung dieses Beschlusses zu äußern, zur Kenntnis gebracht.

Keine der Parteien äußerte sich innerhalb der gesetzten Frist.

Stellungnahme des Finanzamts vom 2.5.2019

Nach Fristablauf äußerte sich das Finanzamt mit E-Mail vom 2.5.2019 wie folgt:

Aus den Niederschriften mit der Kindesmutter und D C geht eindeutig hervor, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen bereits vor dem verfahrensgegenständlichen Zeitraum schon Jahre zuvor ins Ausland /Drittland verlagert wurde:

(zit.) „... zuvor besuchte ich die VS (Volksschule) in Indien (ISPS). März 2004 bis Mitte 2005 war ich in Indien, danach ... in der Meißnergasse. Die VS Meißnergasse absolvierte ich von Sep. 2005 bis März 2006. Danach war ich wieder in Indien“ (S. 3, Pkt. 4 der Niederschrift v. 14.02.2019 mit D C). Siehe auch beide Niederschriften ausführlicher.

Insbesondere hinzuweisen ist auch auf das rechtskräftige Erkenntnis des BFG vom 03.07.2017 in casu Beschwerdeverfahren der Kindesmutter (RV/7100406/2014), in diesem hat das BFG folgende Sachverhaltsfeststellungen getroffen:

(zit.) „Unbestritten ist, dass sich die Tochter (gemeint D) 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.

Dies ergibt sich aus den unbedenklichen Vermerken in der elektronischen Datenbank, unter anderem aus einem Telefonat mit dem Stadtschulrat Wien, demzufolge die Tochter (gemeint D) in Österreich eine Schule bis Juni 2011 besucht und sich danach in Indien aufgehalten hat“ (siehe BFG-Erkenntnis v. 03.07.2017 zur GZ RV/7100406/2014).

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 iSd Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Lt. VwGH (2009/16/0133) ist eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehender Aufenthalt zu sehen.

In casu war D sogar weit mehr als 1 Jahr im Ausland aufhältig. Daher besteht im verfahrensgegenständlichem Zeitraumes kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da ab Juli 2011 bis Juli 2013 der ständige Aufenthalt im Ausland war.

Demnach ist das Finanzamt der Ansicht, dass, wenn sogar der Kindesmutter kein Anspruch auf Familienbeihilfe für D zusteht - im Zuge Ihres Beihilfeverfahrens wurde auch vom BFG festgestellt, dass nicht alle Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, respektive insb. es am ständigen Inlandsaufenthalt mangelt - kein Anspruch auf Familienbeihilfe für D zusteht, dies müsse auch aus gleichen Gründen im Verfahren des Herrn C A gelten, da es leider insb. an der Voraussetzung des ständigen Inlandsaufenthaltes mangelt und daher der Anspruch auf Familienbeihilfe aus gleichen Gründen zu verneinen ist (siehe auch RV/7100406/2014).

Mit E-Mail vom 3.5.2019 gab das Finanzamt folgende Aufstellung an ausbezahlten Familienleistungen für D C bekannt:

FBH 07/2011 - 08/2011: je € 165,90

FBH 09/2011 - 09/2011: € 265,90 (inkl. Schulstartgeld)

FBH 10/2011 - 08/2012: je € 165,90

FBH 09/2012 - 09/2012: € 265,90 (inkl. Schulstartgeld)

FBH 10/2012 - 12/2012: je € 165,90

KG 07/2011 - 12/2012: je € 58,40

Summe: € 4.237,40.

Mündliche Verhandlung

Das darüber aufgenommene Protokoll gibt den Verlauf der mündlichen Verhandlung wie folgt wieder:

Beginn der Verhandlung: 11:00 Uhr

Die Verhandlung findet über Antrag der Partei statt.

Die Berichtsteratterin trägt die Sache vor.

Die Berichtsteratterin ersucht den Bf. den Inhalt des Schreibens vom 30.7.2017 vorzutragen.

Beschwerdeführer trägt den Inhalt des Schreibens vom 30.7.2017 vor.

Die Berichtsteratterin stellt den streitgegenständlichen Sachverhalt fest.

Es wird der Finanzamtsvertreterin das Wort erteilt.

Finanzamtsvertreterin : Die Tochter des Bf. hatte bereits vor Juli 2011 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich, das steht außer Streit.

Beschwerdeführer : Im Jahr 2011 habe ich mit meiner Tochter vereinbart, dass sie wieder in Österreich in die Schule gehen wird. Erst im März fiel kurzfristig die Entscheidung, auf Grund der Wiedereinstiegsschwierigkeiten in der österr. Schule, dass die Tochter weiterhin die Schule in Indien besuchen wird.

Die Berichtsteratterin trägt ihre Beweiswürdigung vor.

Es gibt keine Einwendungen weder seitens des Finanzamtes noch seitens des Beschwerdeführers.

Die Berichtsteratterin beginnt ihre rechtliche Würdigung vorzutragen.

Der Beschwerdeführer legt das Erkenntnis des VwGH 27.1.2010, 2009/16/0124 vor und beruft sich darauf.

Steuerlicher Vertreter bringt vor, dass er sich zu den Rechtsansichten des Bf. nicht äußern möchte.

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass er die Ansicht der Berichtsteratterin, wonach das in der Beschwerde angeführte Urteil des EuGH in keinem Zusammenhang mit dem gegenständlichen Fall steht, teilt.

Der Beschwerdeführer teilt die rechtlichen Ausführungen der Berichterstatterin.

Die Vorsitzende erteilt dem Bf. bzw. der steuerlichen Vertretung des Bf. das Wort.

Der Beschwerdeführer und der steuerliche Vertreter schließen sich der Ansicht an, dass sich der Auslandsaufenthalt der Tochter des Bf. in die seitens der Berichterstatterin vorgetragenen zwei Zeiträume einteilen lässt.

Auf Anträge wird seitens des Beschwerdeführers und seitens der Finanzamtsvertreterin verzichtet.

Der Senat zieht sich um 13.00 Uhr zur Beratung und Abstimmung zurück.

Nach dem Wiedererscheinen des Senates um 13:15 Uhr verkündet.

Die Vorsitzende verkündet das Erkenntnis samt den wesentlichen Entscheidungsgründen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Ende der Verhandlung: 13:20 Uhr.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Die im Mai 1998 geborene D C ging teilweise in Österreich und teilweise in Indien in die Volksschule und danach in die Hauptschule bzw. eine vergleichbare Schule.

Die zweite Klasse Hauptschule besuchte D C in Österreich und beendete diese im Juni 2011. D C hatte bereits vor Juli 2011 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich.

Sie besuchte dann ab Mitte Juli 2011 die International Sahaj Public School (ISPS) in Indien, wo sie im Internat der Schule wohnte. Die ISPS ist eine internationale allgemeinbildende Schule. Es gibt fast keine einheimischen Schüler, die Schüler stammen aus 16 Nationen, die Unterrichtssprache ist Englisch. Normalerweise bleiben ca 99% der Schüler nach Abschluss der Schule nicht in Indien. Die meisten Kinder verlassen die Schule im Alter von zehn bis vierzehn Jahren und werden dann dem Regelschulwesen im Heimatland zugewiesen. Das Schuljahr an der ISPS dauert ungefähr von Mitte März bis Mitte Dezember.

D flog Mitte Juli 2011 nach Indien und blieb bis Schulschluss Mitte Dezember 2011 in Indien. D hatte im Juli 2011 die Absicht, im Dezember 2011 wieder dauerhaft nach Österreich zurückzukehren und dort zur Schule zu gehen. Sie kehrte im Dezember 2011 nach Österreich zurück, wo sie ab Februar 2012 die G H Schule in der Absicht, die Berufsausbildung dort fortzusetzen, besuchte.

Über Empfehlung der österreichischen Schule brach D aber wegen Startschwierigkeiten an der Schule die Ausbildung in Österreich ab und flog Mitte März 2012 wieder nach Indien in der Absicht, das ganze Schuljahr an der ISPS zu verbringen.

Während des Schuljahres 2012 war D C die ganze Zeit im Internat in Indien.

Im Dezember 2012 kehrte D wieder nach Österreich zurück.

Während eines Teils des Jahres 2013 (ab Mitte März 2013, dem Beginn des Unterrichtsjahres an der ISPS) setzte D die Ausbildung an der ISPS in Indien fort und kehrte vor September 2013 wieder nach Österreich zurück.

Im September 2013 begann D das Schuljahr 2013/14 in Österreich am Gymnasium der I und legte im Juni 2016 die Reifeprüfung in Österreich erfolgreich ab.

Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus dem eigenen Vorbringen des Vaters im Vorlageantrag und den Ermittlungsergebnissen des Finanzamts im Auftrag des BFG, insbesondere den Aussagen von Mutter und Tochter.

Dass die Tochter bereits vor Juli 2011 ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte, wurde vom Finanzamt in der mündlichen Verhandlung außer Streit gestellt.

Was die Unterrichtsmodalitäten an der ISPS betrifft, folgt das Gericht auch den mit dem Parteivorbringen im gegenständlichen Verfahren in Einklang stehenden Feststellungen im Verfahren BFG 31.3.2016, RV/7102769/2013.

Die Feststellungen weichen, was den nicht durchgehenden Aufenthalt in Indien betrifft, von den Feststellungen des Bundesfinanzgerichts im Verfahren BFG 3.7.2017, RV/7100406/2014 ab. Das BFG hat sich im Verfahren BFG 3.7.2017, RV/7100406/2014 auf Vermerke in der elektronischen Datenbank des Finanzamtes sowie eine telefonische Auskunft des Stadtschulrats für Wien gestützt. Der Bf war nicht Partei dieses Verfahrens. Im gegenständlichen Verfahren hat der Bf Details zum Indienaufenthalt der Tochter bekannt gegeben, die dem BFG im Verfahren BFG 3.7.2017, RV/7100406/2014 nicht zur Verfügung standen. Außerdem haben im Auftrag des BFG die Tochter und die Mutter im Februar 2019 als Zeugen vernommen konkrete und glaubhafte Angaben gemacht, die das Vorbringen des Bf stützen.

Gegen die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen wurde in der mündlichen Verhandlung kein Einwand erhoben.

Rechtsgrundlagen

§ 2 FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 111/2010:

§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

- d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,
- e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,
- f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)
- g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,
- i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie
- aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und
- bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und
- cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,
- k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine

freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

a) deren Nachkommen,

b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,

c) deren Stiefkinder,

d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsbildung.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, 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,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,

c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs. 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 2 und 4) entspricht.

(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.

(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 111/2010:

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

§ 26 FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 103/2007:

§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 111/2010:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

§ 26 BAO lautet:

§ 26. (1) Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, daß er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

(2) 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. 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. Das Bundesministerium für Finanzen ist ermächtigt, von der Anwendung dieser Bestimmung bei Personen abzusehen, deren Aufenthalt im Inland nicht mehr als ein Jahr beträgt, wenn diese im Inland weder ein Gewerbe betreiben noch einen anderen Beruf ausüben.

(3) In einem Dienstverhältnis zu einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes stehende österreichische Staatsbürger, die ihren Dienstort im Ausland haben (Auslandsbeamte), werden 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.

Ständiger Auslandsaufenthalt

Vom Finanzamt wurde nicht bestritten, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) des Bf im Streitzeitraum in Österreich gelegen ist. Auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen des Kindes kommt es, sofern dieses nicht für sich selbst Familienbeihilfe gemäß § 6 FLAG 1967 beantragt, grundsätzlich nicht an (vgl. BFG 2.1.2017, RV/7103136/2015). Die diesbezüglichen Ausführungen sowohl des Bf als auch des Finanzamts gehen daher ins Leere.

Allerdings steht gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ein ständiger Auslandsaufenthalt des Kindes einem Anspruch auf Familienbeihilfe entgegen. Die Bestimmung ist verfassungskonform (vgl. VfGH 15.6.2002, G 112/99; VfGH 14.12.2001, B 2366/00).

Der Ausschuss für Familie und Jugend hat in Zusammenhang mit der Beratung der Indexierung der Familienbeihilfe folgende Feststellung getroffen (AB 290 BlgNR 26. GP):

Der Ausschuss für Familie und Jugend geht davon aus, dass Familien bzw. Eltern, die ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich haben und deren haushaltszugehörige Kinder nur vorübergehend für Ausbildungszwecke im Ausland studieren, weiterhin Anspruch auf die volle Familienbeihilfe für diese Kinder haben. In diesem Zusammenhang gilt die Haushaltszugehörigkeit – unabhängig von der Dauer des Studiums – nicht als aufgehoben.

Das Studium im Ausland ist als Berufsausbildung wie ein Studium im Inland anzusehen und ist analog zu den für die Absolvierung von Studien in Österreich geltenden Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 – insbesondere in Bezug auf die Studiendauer und den Studienerfolg – zu prüfen und zu beurteilen.

Bei dieser Ausschussfeststellung, die sich im Übrigen auf Studien und nicht auf den Besuch von Pflichtschulen bezieht, handelt es sich um keine die Vollziehung und Rechtsprechung bindende authentische Interpretation (vgl. etwa zu einer solchen BGBl. I Nr. 12/2014). Mit authentischer Interpretation wird ein spezielles Rechtsinstitut bezeichnet,

das in § 8 ABGB umschrieben ist. Danach steht dem Gesetzgeber (und nur ihm) die Macht zu, ein Gesetz auf eine allgemein verbindliche Art zu erklären. Soll nun diese Erklärung des Gesetzgebers das bewirken, was im § 8 ABGB angeführt ist, nämlich allgemein verbindlich sein, so muss der Gesetzgeber auch die Form gebrauchen, die für Erklärungen allgemein verbindlicher Art vorgesehen ist; er muss also formell ein Gesetz erlassen. Eine bloße Ausschussfeststellung bewirkt diesen Effekt nicht (vgl. das Vorbringen der Wiener Landesregierung im Verfahren VfGH 10.10.1988, G 121/88).

Unbeachtlich ist, ob diese Ausschussfeststellung betreffend Kindern, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, einem Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums oder in der Schweiz, studieren, zutreffend ist. Keinesfalls war mit dieser Ausschussfeststellung gedacht, Kindern, die in Drittstaaten ausgebildet werden und sich dort ständig aufhalten, abweichend von der ständigen Rechtsprechung österreichische Familienbeihilfe zuzuerkennen.

Ein vorübergehender Auslandsaufenthalt steht dem Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht entgegen, ein ständiger schon (§ 5 Abs. 3 FLAG 1967).

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen befand sich D von Mitte Juli 2011 bis Mitte Dezember 2011, also rund fünf Monate, sowie von Mitte März 2012 bis Mitte Dezember 2012, also rund neun Monate, durchgehend in Indien. Zuvor besuchte D bis Juni 2011 in Österreich die zweite Klasse Hauptschule, hielt sich also mehr als sechs Monate durchgehend in Österreich auf.

Wie das Finanzamt bereits in der Beschwerdevorentscheidung und im Vorlagebericht genau ausgeführt hat, geht es bei der Frage des ständigen Aufenthaltes i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. etwa VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (vgl. Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 5 Rz 9).

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055).

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 (vgl. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

Das bloße Verbringen der Ferien in Österreich bzw. fallweise kurze Besuche in Österreich während des Schuljahres sind jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch ein ständiger Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (vgl.

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).

Auch wenn der Auslandsaufenthalt zu Ausbildungszwecken erfolgte, ändert dies nichts daran, dass sich das Kind während der Auslandsausbildung ständig i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im Ausland, also einem Drittland, aufhält (vgl. BFG 11.12.2015, RV/7105408/2015; BFG 4.1.2016, RV/7101957/2015; BFG 14.10.2016, RV/7101355/2016; BFG 3.11.2016, RV/7100224/2016; BFG 2.1.2017, RV/7103136/2015).

Der VwGH hat eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als einen vorübergehenden Aufenthalt angesehen (vgl. VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133).

Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Auslandsaufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, also wenn der Auslandsaufenthalt von Anfang an auf längere Zeit angelegt war, ab Beginn des Auslandsaufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (vgl. VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Die vorstehenden Ausführungen geben die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Bundesfinanzgerichts zu Auslandsaufenthalten von Kindern, für die Familienbeihilfe beansprucht wird, wieder.

Wenn der Bf vorbringt, dass er im Beschwerdezeitraum in Österreich einen Wohnsitz gehabt hat, ist darauf festzustellen, dass das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzung des Einleitungssatzes des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 (Wohnsitz oder gewöhnlicher Aufenthalt des Antragstellers im Bundesgebiet) nicht strittig ist. Strittig ist auch nicht der Lebensmittelpunkt des Antragstellers im Beschwerdezeitraum (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967).

Es geht um die Regelung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967, die sich auf den Aufenthalt des anspruchsvermittelnden Kindes bezieht. So kommt es auf den tatsächlichen, und nicht einen fiktiven Aufenthalt an. Ob das Kind, was die Regel sein wird, während des Auslandsaufenthalts seinen Wohnsitz in Österreich beibehält, ist für die Frage, wo sich das Kind tatsächlich aufgehalten hat, nicht von Bedeutung.

Das vom Bf im Vorlageantrag zitierte Urteil EuGH 2.4.2009, C-523/07, A, ECLI:EU:C:2009:225 erging zur Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (ABl. L 338, S. 1, im Folgenden: Verordnung). Diese Verordnung regelt die justizielle Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten und steht in keinerlei Zusammenhang mit den Voraussetzungen, die die nationalen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen enthalten.

Das Erkenntnis VwGH 27.1.2010, 2009/16/0124, auf das sich der Bf in der mündlichen Verhandlung berufen hat, betraf die Frage, ob sich Drittstaatsangehörige gemäß NAG zu Recht in Österreich aufhalten und ob diese den Mittelpunkt ihrer Interessen in Österreich

haben. Daraus ist für die Frage, ob sich die Tochter des Bf ständig im Ausland aufgehalten hat, nichts gewonnen.

In einem umfangreichen Schreiben vom 20.7.2017 hat der Bf Rechtsvorschriften aus unterschiedlichen Rechtsgebieten auszugsweise zusammengestellt und leitet aus Bestimmungen der Bundesabgabenordnung, des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, des Meldegesetzes 1991, des Einkommensteuergesetzes 1988, des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes ab: "Laut Kalender hat D sich einmal 5 und einmal 9 Monate in Indien zur Ausbildung befunden, aber laut österreichischen Gesetz maximal 3 Tage!"

Verfassungsgemäße Aufgabe des Bundesfinanzgerichts ist, Recht zu sprechen und nicht Recht zu erklären. Dem Bundesfinanzgericht fehlen die Ressourcen, sich mit den vielen Überlegungen, die der Bf, vertreten durch einen Steuerberater, selbst zur Deutung des geltenden Rechts angestellt hat, auseinanderzusetzen.

Beispielsweise ist Berufsausbildung keine Berufsausübung i.S.d. § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 oder steht für Zeit eines (über sechs Monate hinausgehenden) Studiums in einem Drittstaat keine Familienbeihilfe zu (die in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 genannte Regelung betreffend eines Auslandsstudiums führt nur zu einer Verlängerung der höchstzulässigen Dauer eines durch ein Auslandsstudium unterbrochenen Studiums im Inland und nicht dazu, dass während des Drittstaatsaufenthalts Familienbeihilfe zustehe).

Für die Frage des in Bezug auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 maßgeblichen ständigen Auslandsaufenthalts kommt es allein darauf an, wo sich das Kind körperlich tatsächlich befunden hat.

Ob Hauptwohnsitz und Mittelpunkt der Lebensinteressen des Kindes während des Auslandsaufenthalts weiterhin in Österreich gewesen sind, ist nicht entscheidend. Auch nicht entscheidend ist, ob die Schule in Indien praktisch nur von Kindern aus anderen Ländern besucht wurde, das Kind nur über eine befristete Aufenthaltsbewilligung verfügt hat, das Kind, wäre es in Österreich, nach dem Meldegesetz 1991 nicht anzumelden gewesen wäre, die Schule nicht bis zum Ende der Gesamtausbildung besucht wurde, das Kind keine Angehörige in Indien hatte und das Kind später in Österreich die Reifeprüfung abgelegt hat.

Beschwerdezeitraum

Beschwerdezeitraum des gegenständlichen Verfahrens ist der Zeitraum Juli 2011 bis Jänner 2012 und der Zeitraum April 2012 bis Dezember 2012. Für den Zeitraum Februar und März 2012 geht die belangte Behörde wie aus dem Vorlagebericht zu ersehen, ebenfalls von keinem Anspruch auf Familienbeihilfe aus. Diesbezüglich ist laut Vorlagebericht ein gesondertes Verfahren anhängig. Mittlerweile erfolgte auch hinsichtlich des Zeitraumes Februar und März 2012 eine Vorlage, siehe dazu die Entscheidung des BFG vom heutigen Tag zu RV/7102877/2018.

Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichts liegt im gegenständlichen Fall kein durchgehender Auslandsaufenthalt von D C während des gesamten Beschwerdezeitraums vor.

Zu unterscheiden ist zwischen dem Zeitraum Juli 2011 bis Dezember 2011, dem Zeitraum Jänner 2012 bis März 2012 (nur bis Jänner 2012 verfahrensgegenständlich) sowie dem Zeitraum April 2012 bis Dezember 2012.

Zeitraum Juli 2011 bis Dezember 2011

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen absolvierte D C bis Juni 2011 in Österreich die zweite Klasse Hauptschule, flog Mitte Juli 2011 nach Indien und blieb bis Schulschluss Mitte Dezember 2011 in Indien. Dann kehrte D nach Österreich in der Absicht zurück, ab Beginn des zweiten Semesters (Februar 2012) in Österreich zur Schule zu gehen, was sie auch tatsächlich tat.

Der Aufenthalt in Indien dauerte damit rund fünf Monate (Mitte Juli 2011 bis Mitte Dezember 2011). Der Aufenthalt war auf keine längere Zeit angelegt, da D (schon anlässlich ihrer Reise nach Indien) danach die Ausbildung in Österreich fortsetzen wollte und auch fortgesetzt hat.

Dass sich D ab März 2012 wiederum umorientierte und neuerlich nach Indien ging, wirkt nicht auf die Absicht im Jahr 2011, sich nur vorübergehend in Indien aufzuhalten, zurück.

Der fünfmonatige und mit Dezember 2011 abgeschlossene Auslandsaufenthalt ist nicht als ständiger Aufenthalt des Kindes im Ausland i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 anzusehen.

Vor diesem Auslandsaufenthalt befand sich D mehr als sechs Monate in Österreich, um die zweite Klasse Hauptschule zu besuchen. Der Aufenthalt in Indien von Mitte Juli 2011 bis Mitte Dezember 2011 schloß nicht an einen vorangehenden, etwa nur durch einen Urlaub unterbrochenen Auslandsaufenthalt an, sondern an einen ständigen Aufenthalt in Österreich. Dass D vor der zweiten Klasse Hauptschule teils in Indien, teils in Österreich zur Schule ging, führt nicht dazu, dass der Indienaufenthalt im Jahr 2011 gemeinsam mit länger zurück liegenden Indienaufenthalten eine Einheit bildet.

Die 1998 geborene D war minderjährig, sodass die Anspruchsvoraussetzung nach § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 gegeben war.

Neben dem Auslandsaufenthalt hat das Finanzamt keine anderen Gründe angeführt, die einem Anspruch des Bf auf Familienbeihilfe ausschließen würden. Nach der Aktenlage sind derartige Gründe für das Bundesfinanzgericht auch nicht ersichtlich.

Der Bf hatte daher im Zeitraum Juli 2011 bis Dezember 2011 Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für D. Eine Rückforderung gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 ist daher für diesen Zeitraum unzulässig. Anzumerken ist, dass bei einem längeren Auslandsaufenthalt und anschließendem dauernden Aufenthalt

in Österreich bei einer Rückkehr nach Österreich gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 Familienbeihilfe bereits ab Beginn des Monats der Rückkehr zustünde.

Jänner 2012

Im Jänner 2012 hielt sich D unbestritten in Österreich auf. Da D minderjährig war, stand dem Bf für sie Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu.

Nach den Ausführungen zum Zeitraum Juli 2011 bis Dezember 2011 sollte der Aufenthalt in Indien mit Dezember 2011 beendet und die Ausbildung ab Februar 2012 in Österreich fortgesetzt werden. Daher wurde kein mehrjähriger Auslandsaufenthalt durch die Ferien unterbrochen, sondern es sollte sich D im Jänner 2012 dauerhaft wieder in Österreich aufhalten.

Zeitraum April 2012 bis Dezember 2012

Unstrittig ist, dass D, nachdem sich im Februar 2012 herausgestellt hatte, dass eine Intergration in das österreichische Bildungswesen zu diesem Zeitpunkt schwierig und eine Fortsetzung der Ausbildung in Indien im Kindeswohl gelegen ist, sich von Mitte März 2012 bis Mitte Dezember 2012 durchgehend in Indien von Beginn an mit der Absicht aufgehalten hat, das gesamte Ausbildungs(dreiviertel)jahr an der ISPS zuzubringen.

Dieser zweite Auslandsaufenthalt dauerte rund neun Monate. Damit geht er deutlich über die vom VwGH als "gerade noch" vorübergehend angesehene Auslandsaufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten hinaus (vgl. BFG 20.6.2015, RV/7104568/2014 zu siebenmonatigem Auslandsaufenthalt) hinaus. Hier kann nicht mehr von einem bloß vorübergehenden Auslandsaufenthalt gesprochen werden, und zwar unabhängig davon, ob D im Jahr 2013 ihre Ausbildung zunächst in Indien fortgesetzt hat oder nicht.

Objektive Erstattungspflicht

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Diese Rückzahlungspflicht normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 unerheblich (u.a. VwGH 23.9.2005, 2005/15/0080).

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu. Fehlt es an einem Anspruch auf Familienbeihilfe für den streitgegenständlichen Zeitraum sind auch die Kinderabsetzbeträge zurückzufordern.

Die Rückforderung gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ist keine Ermessensentscheidung. Die Rückforderung ist, wie ausgeführt, vorzunehmen, wenn objektiv der Rückforderungstatbestand verwirklicht ist (vgl. Hebenstreit in Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 26 Rz 3).

Teilweise Stattgabe der Beschwerde

Da die Beschwerde zeigt hinsichtlich des Zeitraums Juli 2011 bis Jänner 2012 eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) auf. Der angefochtene Bescheid ist insoweit gemäß § 279 BAO ersatzlos aufzuheben.

Allerdings ist der angefochtene Bescheid, soweit er über den Zeitraum April 2012 bis Dezember 2012 abspricht, nicht rechtswidrig. Die Beschwerde ist daher für diesen Zeitraum als unbegründet abzuweisen.

Es ergibt sich folgende Abgabefestsetzung: Zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe: € 1.593,10 und an Kinderabsetzbetrag: € 525,60, zusammen: € 2.118,70.

Revisionsnichtzulassung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht 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. Sie folgt vielmehr der dargestellten Rechtsprechung.

Wien, am 16. Juli 2019

