

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache Bf., Adr., über die Beschwerde vom 18.02.2019 gegen den Abweisungsbescheid der belangten Behörde Finanzamt Graz-Umgebung vom 13.02.2019, betreffend Antrag auf Familienbeihilfe vom 14.12.2018 für Kind, geb. xx.xx..2006, ab Jänner 2013, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.) beantragte am 14.12.2018 elektronisch über Finanzonline die Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2013 für seinen Sohn A, geb. xx.xx..2006. Im Antrag wurde angegeben, dass das Kind beim Antragsteller wohne, kein Anspruch auf eine ausländische Beihilfe bestehe und der Antragsteller überwiegend den Unterhalt trage.

In einer Vorhaltsbeantwortung an das Finanzamt gab der Bf. an, dass die Scheidung von der Kindesmutter BC lt. beigelegter Vergleichsausfertigung des BG X am 19.10.2010 gewesen sei, es sei die gemeinsame Obsorge mit hauptsächlichem Aufenthalt des Kindes bei der Kindesmutter in Y, Russland, vereinbart worden; der Vater zahle überwiegend den Kindesunterhalt und 2x pro Jahr die Flüge des Sohnes nach Österreich und retour. Die Mutter habe kein oder ein sehr geringes Einkommen und lebe mit dem Sohn bei ihrer Mutter in Y, wo der Sohn eine Schule mit erweitertem Deutschunterricht besuche. Damit der Sohn bei beiden Elternteilen aufwachsen könne, verbringe er nicht nur die Schulferien, sondern auch einen Teil der Schulzeit beim Beschwerdeführer in Österreich als Freilerner. Mit Absprache der Schule würden Übungen und Aufgaben übermittelt und die versäumten Prüfungen im Nachhinein absolviert werden. Der Sohn sei von Mai bis September und von Mitte Dezember bis Ende Januar beim Vater. Weiters leide der Sohn an Diabetes Typ I und die notwendigen Therapien und Behandlungen würden wegen der besseren medizinischen Versorgung und der Mitversicherung beim Bf. kostenlos in Österreich durchgeführt werden. In Russland wäre die Behandlung kostenpflichtig und sehr teuer. In Russland werde auch keine Familienbeihilfe gewährt oder eine entsprechend andere

finanzielle Unterstützung. Dadurch übernehme der Bf. sämtliche Kosten des Unterhalts des Sohnes, die nötigen Flugkosten sowie die Behandlungskosten und die Schulkosten.

Das Finanzamt hat mit Abweisungsbescheid vom 13.02.2019 den Antrag des Bf. abgewiesen. In der Begründung wurde unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 und Abs. 8 FLAG 1967 ausgeführt, dass die Familienbeihilfe, einerseits wegen Verjährung, die Monate 1/2013 – 11/2013 betreffend, und andererseits ab 12/2013, weil der Mittelpunkt der Lebensinteressen nicht in Österreich liege, nicht gewährt werden könne.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer fristgerecht die Beschwerde, begründend mit dem ergänzenden Vorbringen, dass die Annahme des ständigen Aufenthalts des Sohnes im Ausland hinterfragt werden müsse, da die Eltern geschieden seien, eigene Interessen hätten und voneinander getrennt in eigenen Familien leben würden. Nur die persönlichen Interessen des gemeinsamen Sohnes seien in beiden Ländern gleichermaßen gegeben, da in jedem Land ein Teil seiner Familie ansässig sei. Die Bestimmungen des FLAG: § 2 Abs. 2, Abs. 5 und Abs. 8 sowie § 5 Abs. 3 seien erfüllt worden.

In RV/4040-W/02 sei begründet worden, dass der Verwaltungsgerichtshof zwar ausgesprochen habe, dass Personen, die sich überwiegend am Arbeitsort aufhalten, dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben und dies müsse auch für Schüler gelten, die sich während der Schulzeit am Schulort aufhalten, sofern nicht im Einzelfall ein zeitliches Überwiegen der Aufenthalte glaubhaft gemacht werden kann (VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103).

Durch den regelmäßigen, überwiegend durchgehenden längeren Aufenthalt, der auch während der regulären Schulzeit als Freilerner in Form von Heimunterricht in Österreich statfinde und die Interessen auch in Österreich gegeben seien, werde der ständige gewöhnliche Aufenthalt im Ausland eigentlich unterbrochen, oder es müsste auch anders gesehen werden, dass der ständige Aufenthalt in Österreich erst gar nicht durch den teilweisen Besuch einer Schule im Ausland unterbrochen werde, da der Unterricht auch hier, abgesehen von der ohnehin zeitlich längeren Anwesenheit in Österreich statfinde und eben ein wesentlicher Teil der Freizeit hier verbracht werde.

Der Bf. weist weiters auf die engen persönlichen Beziehungen seines Sohnes zu seiner österreichischen Familie mit zwei Halbgeschwistern und den Großeltern hin, die erst durch seine längeren Aufenthalte in Österreich möglich seien. Es werde dadurch auch eine einseitige persönliche Entwicklung und Neigung zu einer Nationalität verhindert und die Sprache und Lebenseinstellung von den Heimatländern der getrennt lebenden Eltern besser vermittelt.

Leider habe der Bf. keine Bestätigungen über die Aufenthaltszeiten oder eine Schulbestätigung über die Freistellung oder Flugbestätigungen für die Vergangenheit. Auch finde der Bf., dass ein taggenauer Nachweis, wann und wo sich sein Sohn aufgehalten habe, wie und mit welcher Fluglinie er ins Bundesgebiet eingereist sei, wegen des Datenschutzes auch zu weit gehend und in seine Persönlichkeitsrechte eingreifend sei. Für die Zukunft könne der Bf. die nächsten Buchungen für ein Jahr übermitteln, aber wenn der Sohn zukünftig aus diversen Gründen etwas weniger hier wäre oder über einen

anderen Staat einreise und dort Zeit verbringen würde, z.B. seine Freizeit auf dem kleinen Zweitwohnsitz der Eltern des Bf. im Ausland verbringen würde, möchte der Bf. nicht um seinen Anspruch kämpfen müssen oder in Erklärungsnot kommen, weil ein paar Tage fehlen. Es sollte die Glaubhaftmachung des Aufenthaltes des Sohnes genügen.

Der nötigen Unterrichtspflicht werde in Österreich nachgekommen, da der Sohn eine Schule im Ausland besuche, das sei der Schulbehörde auch mitgeteilt worden.

In der Beschwerde wird auszugsweise weiters vorgebracht:

„ Aufgrund der unzähligen finanziellen Belastung durch künftig insgesamt nun drei Kinder für meine Familie hier in Österreich, deren Unterhaltskosten und Bedürfnisse mit dem Alter steigen werden, und ich mir zusätzlich zu den nötigen Unterhaltskosten im Ausland auch künftig die anfallenden Kosten für Flüge immer schwerer leisten werde können, ich auch die anfallenden Kosten kaum steuerlich wo geltend machen kann, den neuen Familien-Bonus auch nicht geltend gemacht werden kann usw., wir von finanziellen Unterstützung unserer Eltern bald angewiesen sein werden, muss ich schauen dass ich alle möglichen Ansprüche geltend mache, um künftig meinen Sohn dies weiterhin zu ermöglichen.

.....

Jedenfalls sehe ich mich als steuerzahlender Österreicher mit meiner Familie und einem „teilweise“ im Ausland lebenden Kind durchaus benachteiligt vor, wenn man liest wieviel Geld für Kinder ins Ausland fließt, für Ausländer die hier im Grunde keinen Lebensmittelpunkt haben und nur wirtschaftliche Interessen haben, hier nur arbeiten, diese steuerlich zusätzlich weiter begünstigt werden, ihnen Familienbeihilfe zusteht, und deren Kinder gar keinen Bezug zu Österreich haben und haben werden. Ich erhalte für meinen ältesten Sohn, der eigentlich eine wesentliche lange und überwiegende Zeit auch hier in Österreich verbringt, um ihm einen Bezug zu seiner Heimat und seiner hier lebenden Familie zu vermitteln wo er eben geboren worden ist, aus unerklärlichen Gründen aber keine Familienbeihilfe. Und auch andere Absetzbeträge oder steuerliche Begünstigungen können nicht geltend gemacht werden, obwohl es durch das FLAG eine Unterstützung für eine in Österreich lebende Familie mit Kindern sein soll. VIELEN DANK ÖSTERREICH !!!

.....

Jedenfalls will ich meinen Fall bis zur letzten möglichen Instanz bringen, sowie mir auch weitere rechtliche Unterstützung hinzuziehen. Da ich mich im Grunde eben benachteiligt und im Recht fühle, werde ich mir auch bei den weiteren Instanzen dann bei diversen Politikern Gehör verschaffen, und das auch in Medien veröffentlichen und breit treten lassen, dass man als geborener Österreicher mit einen in Österreich geborenem Kind, dessen Kind aufgrund der persönlichen Trennung der Eltern, mit einem finanziellen Aufwand seitens der Familie in Österreich, dennoch ein gleichermaßen Aufwachsen bei Vater und Mutter ermöglicht werden soll, und obwohl das Kind zeitlich gesehen den überwiegenden Teil in Österreich verbringt, keine Familienbeihilfe zusteht weil es im Ausland bei seiner Mutter zur Schule geht, und dort laut Rechtsprechung der gewöhnliche Aufenthalt anzusehen ist.“

Lt. vorgelegter Bestätigungen des ZMR ist das Kind seit 07.08.2006 mit Hauptwohnsitz am jeweiligen Wohnsitz des Vaters gemeldet. Weiters wurde ein Visumeintrag im Reisepass der Mutter des Bf. über einen Aufenthalt vom 07.09.2011 bis 12.09.2011 in Y vorgelegt, mit dem Hinweis, dass mit dieser Reise der Sohn zu seiner Mutter zurück gebracht worden sei. Damals sei der Sohn im Mai in Z persönlich an den Bf. übergeben worden. Im übermittelten E-Mail einer Buchungsplattform vom 27.10.2017 wurde die Buchung eines Fluges für den Sohn des Bf. von Y nach Wien am 20.12. und retour am 20.01. bestätigt und weiters wurde eine Besuchsbestätigung des LKH x vom 20.12.2018 über die medizinische Behandlung des Sohnes vorgelegt.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevereentscheidung ab. In der Begründung wurde ausgeführt, dass für den Zeitraum Jänner 2013 bis November 2013 Verjährung vorliege, da die Familienbeihilfe nur höchstens fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt werden könne.

Unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 und Abs. 8 FLAG 1967 wurde weiters ausgeführt:

„ Grundsatz generell:

- *Mittelpunkt der Lebensinteressen in dem Staat, zu dem die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen bestehen*

- *Keine engeren Beziehungen zu einem anderen Staat*

- *Mehrere Wohnsitze möglich, aber nur ein Mittelpunkt der Lebensinteressen*

Im Zuge der Scheidung im Oktober 2010 wurde die Obsorge für das Kind des Beschwerdeführers an beide Elternteile übertragen, wobei das Kind bei der Kindesmutter in y wohnhaft sein wird. Der Beschwerdeführer wurde verpflichtet an das Kind einen monatlichen Unterhalt von € 300,- ab September 2010 zu leisten. Zusätzlich verpflichtet sich der Beschwerdeführer, sonstige Aufwendungen (Flugkosten, Reisen etc.) für den minderjährigen Sohn bis zu dessen Selbsterhaltungsfähigkeit mit einem jährlichen Höchstbetrag von € 1.200,- zu bezahlen.

Laut den Angaben des Beschwerdeführers verbringt sein Sohn die Sommerferien (3 Monate reguläre Schulferien) und von Mitte Dezember bis Ende Jänner (reguläre Winterferien) im Haushalt des Beschwerdeführers. Der Schulpflicht des Kindes wird in Russland nachgekommen. Der Status eines Freilerners kann sich daher auch nur auf die dort bestehende Schulpflicht beziehen.

Nachweise betreffend der genauen Ein- und Ausreisen des Sohnes können vom Beschwerdeführer nicht erbracht werden.

Es kann auch nicht angenommen werden, dass der Aufenthalt des Sohnes des Beschwerdeführers bei der Kindesmutter in Russland nur zu Ausbildungszwecken dient, wie in der vom Beschwerdeführer angeführten Verwaltungsgerichtshofentscheidung (GZ.RV/4040-W02) abgehandelt.“

Daraufhin erhob der Beschwerdeführer die Beschwerde gegen die Beschwerdevereentscheidung, welche als Antrag auf Entscheidung über die Beschwerde an das Bundesfinanzgericht (Vorlageantrag) behandelt wird. Begründend wurde ergänzend auszugsweise vorgebracht:

„ Um alle nötigen Ansprüche für eine angemessene Versorgung meines Sohnes während seines Aufenthalts zu gewährleisten, beantrage ich die Anerkennung der Familienbeihilfe, da mein Sohn aufgrund der Aufenthalte und der geführten Doppelresidenz sehr wohl einen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben muss (Anhang Rechtssätze gewöhnlichen Aufenthalt), sowie dass er meinem Haushalt voll angehört und ich zudem auch noch den überwiegenden Unterhalt leiste. Somit werden alle Grundvoraussetzungen für den Anspruch der Familienbeihilfe (RV/7100659/2018-RS2) erfüllt. Auch kann aufgrund der Doppelresidenz sowie auch wegen der Angabe im Scheidungsurteil nicht angenommen werden, dass sich mein Sohn aufgrund des Schulbesuches ständig im Ausland bei der Mutter aufhält, da er einen Teil als Freilerner im Inland absolviert. Daher ist § 5 Abs.3 des FLAG auch nicht anzuwenden. Auch kann die Mutter nicht vorrangig als einzige Anspruchsperson herangezogen werden und dann wegen ihrem ständigen Aufenthalt im Ausland mir damit der nötige Anspruch auf Familienbeihilfe und somit auch die anderen damit verbundenen Leistungen verwehrt werden, damit wäre der Gleichbehandlungsgrundsatz von mir und meinem Sohn , der wie jedes andere Kind in Österreich bei seinem Vater wohnt, somit verletzt worden.

.....

Man beachte auch, dass der nötige Reiseaufwand (Direkt-Flug) nur geringfügig länger dauert als eine Autofahrt in die Nachbarländer, und was für den kleinen Maßstab gilt, muss dann auch für einen größeren gelten und unabhängig davon sein, wo sich die EU-Grenzen befinden und wo die Schulzeiten verbracht werden.

Wie wir die Ausbildung, den Schulbesuch und den Ferienaufenthalt unseres Kindes zeitlich ermöglichen und bewerkstelligen, ist rechtlich für das Familienbeihilfeverfahren völlig irrelevant, auch ist der Besuch einer Schule im Inland keine bedingungslose Forderung im FLAG, somit sind geforderte Schulbesuchsbestätigungen nur ein Indiz für die Annahme des gewöhnlichen Aufenthalts und dieser rechtlich eigentlich nicht wirklich relevant, schon gar nicht, wie dieser zeitlich in der Schule erfolgen muss und wo die Ferien verbracht werden. Bzw. müsste dann bei „Freilernen“ oder Schulverweigerern folglich auch ein Aufenthaltsnachweis gefordert werden. Wenn dieser Nachweis eben da nicht rigoros gefordert wird und somit nicht wirklich relevant ist, da dort die Wohnsitzmeldung als Nachweis glaubwürdig genug ist, sehe ich mich rechtlich nicht verpflichtet, einen Schulnachweis sowie einen überwiegende Aufenthalt ständig nachzuweisen.

.....

Wenn bei Freilernen, wo zudem eine enge Bindung von Eltern und Kind gar ins Ausland gegeben ist, und theoretisch das Kind samt Mutter im Ausland sein kann, kein überwiegender lückenloser Aufenthaltsnachweis gefordert wird, sehe ich es in meinem Fall als eine überzogene Amtshandlung, dass ich das mit ständigen Aufenthaltsnachweisen glaubhaft machen muss, oder der Fall sonst als unglaublich abgestempelt wird. Somit komme ich zu der Feststellung in der Vorentscheidung vom 6.3. -> Zitat: „Der Status eines Freilerners kann sich daher auch nur auf die dort bestehende Schulpflicht beziehen“.

Ich frage mich, welcher Status und was auf die dort bestehende Schulpflicht bezogen werden soll. Wie soll dieser Satz denn rechtlich verstanden oder begründet werden? Also ich verstehe den Satz so, dass dies so gesehen wird, dass die von der Schule physisch abwesende Zeit irrelevant ist und nur die „regulären Ferien“ als Anhaltspunkt herangezogen werden sollen, deshalb wurden auch meine Zeitangaben, Nachweise, Bestätigungen, Krankenhausaufenthalte im Inland außerhalb der regulären Schulzeit anscheinend völlig ignoriert und nur die regulären Schulferien erwähnt und für die Entscheidung herangezogen.

.....

Der schon öfters genau geschilderte Sachverhalt wird seit damals, also eigentlich schon bei der Scheidung im Jahr 2010, nicht voll zur Kenntnis genommen, ignoriert und in der Vorentscheidung vom 6.3.2019 werden die zeitlich relevanten Angaben wegen eines angenommenen Status einfach abgeändert.

Aufgrund der unklaren Rechtslage war es damals bei der Scheidung gar nicht möglich, unsere Wünsche, Anliegen und Vorstellungen entsprechend rechtlich festzuhalten (wir waren uns damals auch noch nicht klar, wie es über diese Distanz funktionieren würde) und es musste ohnehin rechtskonform abgehandelt und festgehalten werden.

Heute wäre das Scheidungsurteil eventuell anders formuliert worden und somit realitätsnäher. Fakt ist, der Scheidungsvergleich ist rechtlich kaum mehr heranzuziehen, da er im Grunde nicht den wirklichen Sachverhalt und die gelebte Praxis wiedergibt (monatliche fixe Unterhaltszahlung gibt es so einvernehmlich nicht mehr, sondern eine Verpflichtung für den nötigen Unterhalt während des Aufenthalts bei der Mutter aufzukommen). Inzwischen hat sich rechtlich anscheinend viel geändert, dass es sich in der Form eben um eine rechtlich zulässige Doppelresidenz handelt, die eben als besonderer Einzelfall beurteilt, geprüft und dann die Rechtsprechung daran angepasst werden muss. Vor allem in meinem Fall, da dieser auch über die EU-Außengrenzen geht. Es müssen meine Rechte gewahrt werden, damit niemand bevorzugt oder unrechtmäßig rechtlich und sozial benachteiligt wird, und dass vor allem hier auch an das Wohl des Kindes gedacht und entsprechend rechtlich sinnvoll entschieden wird, damit es eben zu keiner rechtlichen und sozialen Benachteiligung aufgrund eines rechtlich zulässigen „gleichwertigen Zweithauptwohnsitzes“ mit entsprechender Haushaltszugehörigkeit kommt.

.....

Die engere Bindung eines Kindes zu einem Land und Schulanwesen ist irrelevant, da nur die Bindung zu den Elternteilen vorrangig für das Kind ist, die stets neutral anzunehmen ist, da Scheidungskinder eigentlich keine Partei ergreifen oder ein Elternteil vorziehen wollen und beide Elternteile gleichermaßen lieben - sprich Gleichberechtigung der Elternteile egal ob Vater oder Mutter. Somit sind bei einer Doppelresidenz auch die Lebensinteressen des Kindes an beiden Orten gleichermaßen anzunehmen. Daher: Ort der Schule irrelevant, solange sich das Kind nicht klar zu einem Elternteil bekennt und den Wunsch äußert, ausschließlich dort zu leben -> der Wunsch des Kindes ist zu bewahren und zu berücksichtigen. Werden die Lebensinteressen am Schulanwesen oder bei der

Mutter angenommen, entscheidet die Behörde darüber welche Meinung das Kind haben muss und missachtet die eigentliche Meinung des Kindes. Es fördert den Loyalitätskonflikt, wenn sich ein Kind für ein Elternteil bekennen muss, was wiederum entgegen des Wohles des Kindes von Seiten der Behörden geht.

.....

Gewöhnlich Aufenthalt... wo sich mein Kind unter Umständen aufhält (gewöhnlich = in Schule? + vorrangig Mutter), die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land (dann ständig im Ausland?) nicht nur vorübergehend verweilt? (ausschlaggebender Entscheidungsgrund anscheinend Schulbesuch und Mutter) -> oder ist bei Doppelresidenz dieser Rechtsspruch nicht eben auch auf beide Haushalte zutreffend, ungeachtet von Schulbesuch und dem Aufenthalt der Mutter -> dann ist aber wegen des Schulbesuchs bei der Mutter auch nicht eindeutig, dass ein ständiger Aufenthalt vorliegt... denn nach anderen Rechtsprechungen können eben entgegen GZ.RV/4040-W/02, wo es nur einen gewöhnlichen Aufenthalt gibt, auch mehrere bestehen RS0046583 -> wenn die Rechtsprechung bei der Gewährung der Familienbeihilfe einen gewöhnlichen Aufenthalt voraussetzt, dann muss aufgrund der Haushaltszugehörigkeit bei einer Doppelresidenz, sowie der überwiegenden Unterhaltskostentragung, ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehen, und da keine andere Person im Inland anspruchsberechtigt wäre, müsste die Familienbeihilfe somit unweigerlich dem nächsten Anspruchsberechtigten gewährt werden.

Wenn die Familienbeihilfe gewährt wird, kann auch folglich die nötige Mitversicherung gewährt werden. Aber nicht konträr, also keine Familienbeihilfe aber Krankenversicherung, das wäre wiederum widersprüchlich, da eine Sozialleistung gewährt wird und die andere dann nicht. Dies ist sozial ungerecht und würde auch aufgrund einer Behördenentscheidung das Wohl des Kindes beeinträchtigen -> welches aber vorrangig zu bewahren ist, bzw. nicht verschlechtert werden soll.

Auch schließt logischerweise die Doppelresidenz einen ständigen Aufenthalt an einem Ort aus, da „ständig“ mathematisch gesehen eindeutig einer absolut-Bedingung gleicht und mit „immer“ gleichzusetzen wäre bzw. dieser Bedingung zumindest möglichst nahe kommen müsste und der tatsächliche Aufenthalt, die sozialen wirtschaftlichen Lebensinteressen und persönlichen Bindungen mehr als überwiegend vorhanden sein müssten. Es müsste also einem Gastbesuch gleichen, das heißt es dürfen keine Haushaltszugehörigkeit und Absicht der regelmäßigen Wiederkehr vorliegen, damit ist auch von dem Ausschlussgrund des § 5 Abs 3 FLAG klar abzusehen und somit bei einer Doppelresidenz nicht anzuwenden.“

Als Beilagen wurden mehrere Rechtssätze des OGH zum gewöhnlichen Aufenthalt und hauptsächlichen Aufenthalt bzw. Betreuung und „persönliche Ansichten warum die übliche Rechtsprechung nicht anzuwenden und völlig sinnbefreit sei“, sowie eine Zitierung von VfGH-Erkenntnissen zur Obsorge und der §§ 144ff. ABGB, übermittelt. Weiters wurden schriftliche Zeugenaussagen von Nachbarn vorgelegt, dass sich das Kind im Sommer und Winter 2016, 2017 und 2018 durchschnittlich insgesamt jährlich 4 bzw. 5 ½ Monate beim Vater aufgehalten habe. Außerdem wurde eine Buchungsbestätigung

für den Sohn für einen Flug von Y nach Wien am 25.03.2019 und retour am 15.08.2019, eine Besuchsbestätigung des LKH x vom 26.3.2019 und weitere Terminvereinbarungen für 13.6.2019 und 12.8.2019, eine Kopie des österreichischen Reisepasses des Kindes sowie div. E-Mails [durch Überstreichungen teilweise unleserlich] zwischen dem Beschwerdeführer und seiner geschiedenen Gattin, der Kindesmutter, zwischen 2011 und 2017, beigelegt. Zuletzt fügte der Bf. noch den „*alten völlig überladenen nicht korrigierten zerstückelten Entwurf des zuvor gedachten Beschwerde-Schreibens*“ an.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

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

Abs. 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.

Abs. 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 sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a).

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

Nach § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Nach Abs. 3 wird die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Gemäß § 26 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Wenn Abgabenvorschriften die unbeschränkte Abgabepflicht an den gewöhnlichen Aufenthalt knüpfen, tritt diese jedoch stets dann ein, wenn der Aufenthalt im Inland länger als sechs Monate dauert. In diesem Fall erstreckt sich die Abgabepflicht auch auf die ersten sechs Monate.

Nach § 138 Abs. 1 BAO haben die Abgabepflichtigen auf Verlangen der Abgabenbehörde und die diesen im § 140 gleichgestellten Personen in Erfüllung ihrer Offenlegungspflicht (§ 119), zur Beseitigung von Zweifeln, den Inhalt ihrer Anbringen zu erläutern und zu ergänzen sowie dessen Richtigkeit zu beweisen. Kann ihnen ein Beweis nach den Umständen nicht zugemutet werden, so genügt die Glaubhaftmachung.

Ist ein Beweis nach den Umständen nicht zumutbar, so genügt die Glaubhaftmachung. Sie hat den Nachweis der Wahrscheinlichkeit zum Gegenstand (zB VwGH 30.4.2003, 98/13/0119; VwGH 28.5.2008, 2006/15/0125) und unterliegt den Regeln der freien Beweiswürdigung (VwGH 25.3.1992, 90/13/0295; VwGH 27.5.1998, 97/13/0051; VwGH 28.5.2008, 2006/15/0125). Ein Sachverhalt ist glaubhaft gemacht, wenn die Umstände des Einzelfalles dafür sprechen, der vermutete Sachverhalt habe von allen anderen denkbaren Möglichkeiten die größte Wahrscheinlichkeit für sich (VwGH 14.9.1988, 86/13/0150).

Vorab ist festzuhalten, dass von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 Personen unabhängig von der Staatsbürgerschaft, somit auch österreichische Staatsbürger erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland, außerhalb des Gemeinschaftsgebietes, aufhalten (vgl. VwGH 18.09.2003, 2000/15/0204 und UFS 28.10.2008, RV/4040-W/02).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. dazu insbesondere VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008) ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (vgl. etwa VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133, mit weiteren Nachweisen, sowie Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, Familienlastenausgleichsgesetz, Rz 9 zweiter Absatz zu § 5).

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 im genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Ein gewöhnlicher Aufenthalt an einem Ort schließt jedoch nicht einen oder mehrere Wohnsitze an anderen Orten aus, denn ein Mensch kann mehrere Wohnungen innehaben und damit sind gleichzeitig mehrere Wohnsitze möglich.

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ist nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beantworten (vgl. das erwähnte Erkenntnis VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133, sowie Nowotny, aaO, Rz 9 erster Absatz zu § 5). Auf eine allfällige Absicht des Kindes nach einiger Zeit in Österreich zu bleiben, kommt es demnach nicht an.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes unterbricht auch das Verbringen der Ferien oder von Wochenenden den ständigen Aufenthalt in einem „Drittland“ nicht (vgl. insbesondere das einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffende Erkenntnis VwGH 20.6.2000, 98/15/0016, sowie weiters VwGH 8.6.1982, 82/14/0047, und 28.11.2002, 2002/13/0079).

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. Daher unterbricht auch das Verbringen der Ferien in Österreich den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht. (u.a. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055, VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Auch in dem in der Beschwerde zitierten Erkenntnis des VwGH vom 15.11.2005, 2002/14/0103, wurde im selben Sinne ausgesprochen:

„[Hier: Der Schulbesuch der Tochter in Tschechien war auf (voraussichtlich) fünf Jahre angelegt. Dabei handelt es sich um einen Zeitraum, den die Behörde zu Recht nicht mehr als bloß vorübergehenden Aufenthalt beurteilt hat. Das Verbringen der Ferien in Österreich unterbricht den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht.]

Stammrechtssatz:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG 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 in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (Hinweis E 20. Juni 2000, 98/15/0016). [Hier: Die beiden minderjährigen Kinder des Beihilfebeziehers hielten sich ab September 1994 bis zum Ende des Schuljahres 1998/1999 in Ägypten auf besuchten dort die Schule (bzw. vorher den Kindergarten). Nach ihren Ferienaufenthalten in Österreich kehrten sie jeweils nach Ägypten zurück. Das Verbringen der Ferien in Österreich ist damit jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt der Kinder in Ägypten nicht unterbrochen wurde (vgl. insbesondere das ebenfalls einen mehrjährigen Schulbesuch im Ausland betreffende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Juni 2000, 98/15/0016, sowie die Erkenntnisse vom 8. Juni 1982, 82/14/0047, und vom 28. November 2002, 2002/13/0079).]“

Der VfGH hat im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, zum Ausdruck gebracht, dass gegen eine Vorschrift, die bewirkt, dass Personen, die im Ausland (Drittland) lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, keine Familienbeihilfe gewährt wird, keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen.

Im Scheidungsvergleich vom 19.10.2010 wurde zwischen dem Beschwerdeführer und seiner damaligen Ehegattin für den damals vierjährigen Sohn die gemeinsame Obsorge mit hauptsächlichem Aufenthalt bei der Kindesmutter in Y, Russland, vereinbart. Der Sohn wohnte im strittigen Zeitraum bei seiner Mutter in Russland und besuchte dort auch die

Schule. Der österreichischen Schulbehörde teilte der Bf. mit, dass die Schulpflicht des Sohnes in Russland erfüllt wird.

Das Kind verbringt nicht nur die (russischen) Ferien in Österreich, sondern bleibt nach den Angaben des Bf. im Sommer ca. 4 Monate und im Winter ca. 1 ½ Monate (als Nachweise wurden vorgelegt: Flugbuchungen für den Sohn des Bf. von Y nach Wien am 20.12.2017 und retour am 20.01.2018 sowie von Y nach Wien am 25.3.2019 und retour am 15.8.2019 und schriftliche Zeugenaussagen von Nachbarn, dass das Kind im Sommer und Winter 2016, 2017 und 2018 durchschnittlich insgesamt jährlich 4 bzw. 5 ½ Monate beim Vater aufhältig war, allerdings ohne genauere zeitliche Angaben. Eine Bestätigung der russischen Schule, dass außerhalb der Ferienzeiten Heimunterricht in Österreich (Freilerner) vereinbart wurde, wurde nicht vorgelegt.

Vorgelegt wurden auch Arztbestätigungen für das Kind in x vom 20.12.2018 und vom 26.3.2019; das Kind sei seit Jahren wegen Diabetes mellitus Typ I in Österreich in Behandlung, weil die medizinische Versorgung hier besser und das Kind beim Vater mitversichert sei. Weitere Terminvereinbarungen für Behandlungen wurden für 13.6.2019 und 12.8.2019 nachgewiesen. Weitere Nachweise über einen Aufenthalt des Sohnes im Bundesgebiet konnten nicht vorgelegt werden.

In Russland waren die Schulferien am Beispiel des Jahres 2016 an folgenden Terminen (vgl. <https://www.feiertagskalender.ch/ferien.php?geo=3538&jahr=2016&klasse=0>):

Winterferien 01.01.2016 bis 15.01.2016

Frühlingsferien 21.03.2016 bis 25.03.2016

Sommerferien 30.05.2016 bis 31.08.2016

Herbstferien 07.11.2016 bis 11.11.2016

Das Bundesfinanzgericht hat als erwiesen anzunehmen, dass der Sohn des Beschwerdeführers in Russland schulpflichtig ist und dort auch tatsächlich die Schule besuchte. Die durch nichts bewiesene Behauptung, das Kind hätte sich jedes Jahr von Mai bis September und von Mitte Dezember bis Ende Jänner in Österreich aufgehalten, erweist sich als wenig wahrscheinlich. Die vorgelegten Unterlagen reichen nicht aus um diese Behauptung zu stützen.

Sollte sich der Sohn des Bf. aber tatsächlich jährlich insgesamt 5 ½ Monate in Österreich aufhalten, hätte dieser Umstand nach der zitierten herrschenden Auffassung keinen Einfluss darauf, dass er sich dennoch im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 „ständig im Ausland“ aufhält.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Sohn des Bf. die Ferien und Zeit darüber hinaus in Österreich verbringt, da dadurch der ständige Aufenthalt im Ausland nicht unterbrochen wird, oder dass der Bf. überwiegend für den Unterhalt des Sohnes aufkommt. Selbst eine allenfalls geplante Rückkehr des Sohnes nach Österreich, nach Abschluss der Schulzeit, spielt keine Rolle.

Auch dem Vorbringen des Bf., es läge ein Fall von „Doppelresidenz“ vor, d.h. das Kind gehört im Kalendermonat zeitlich hintereinander zu unterschiedlichen Haushalten (vgl.

BFG 22.08.2018, RV/7100659/2018), kann nicht gefolgt werden, da sich dies aus dem Sachverhalt nicht ergibt.

Im Lichte der zitierten höchstgerichtlichen Erkenntnisse sowie der in der Fachliteratur übereinstimmend vertretenen Meinung ist somit der nach § 5 Abs. 3 FLAG 1967 geforderte "ständige Aufenthalt" bei im Ausland/Drittland studierenden oder dort eine Schule besuchenden Kindern im Ausland und nicht in Österreich gelegen.

Für den Zeitraum Jänner bis November 2013 ist der Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 1967 bereits verjährt, da der Bf. den Antrag erst am 14.12.2018 einbrachte.

Sämtliche ergänzende Ausführungen oder Behauptungen des Bf. sowie vorgelegte Unterlagen können nach obigen Ausführungen an der Beurteilung, dass sich der Sohn ständig im Drittland aufhält, nichts ändern und eignen sich nicht zur Begründung des Anspruchs auf Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum. Wie oben ausgeführt, erfolgt die Beurteilung nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach den objektiven Kriterien der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit. Dass sich der Sohn überwiegend in Österreich aufhält, konnte weder nachgewiesen, noch glaubhaft gemacht werden.

Auf Grund des im gegenständlichen Fall vorliegenden Sachverhaltes, der gesetzlichen Bestimmungen und der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes war über die Beschwerde wie im Spruch zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Da im Beschwerdefall kein Rechtsproblem strittig ist, sondern der als erwiesen anzunehmende Sachverhalt in freier Beweiswürdigung festgestellt wurde, ist gegen dieses Erkenntnis eine (ordentliche) Revision nicht zulässig.

Graz, am 16. Oktober 2019

