

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Senatsvorsitzende ***SenV***, die Richterin ***Ri*** sowie die fachkundigen Laienrichter ***SenLR1*** und ***SenLR2*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr*** über die Beschwerde vom 6. August 2021 gegen den Zurückweisungsbescheid des Finanzamtes Österreich vom 8. Juli 2021 betreffend Antrag auf Familienbeihilfe vom 06.05.2021 für Kind, geb. xx.xx..2006, für den Zeitraum Oktober 2019 bis Februar 2020, Steuernummer ***BF1StNr1***, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 15. Februar 2023 in Anwesenheit des Schriftführers ***Sf*** zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Im ggst. Fall hat der Beschwerdeführer am 06.05.2021 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Erhöhungsbetrages für seinen Sohn Kind, geb. xx.xx..2006, für den Zeitraum 01.10.2019 bis 29.02.2020 beantragt.

Mit Bescheid vom 08.07.2021 wurde dieser Antrag vom Finanzamt zurückgewiesen. In der Begründung wurde ausgeführt:

„Nach der Aktenlage und den umfangreichen Ausführungen in den rechtskräftigen Erkenntnissen des Bundesfinanzgerichts Graz vom 16.10.2019 und vom 17.03.2021 war der ständige Aufenthalt Ihres Sohnes ab 1/2013 in Russland bei seiner Mutter, wo er auch die Schule besuchte und den überwiegenden Teil des Jahres verbrachte. Eine Änderung dieser Sachlage trat nach den Ausführungen in den genannten Erkenntnissen erst mit März 2020 ein. Infolge von entschiedener Sache (res iudicata) durch das Bundesfinanzgericht Graz ist Ihr Antrag vom 6.5.2021 zurückweisen.“

Dagegen brachte die steuerliche Vertretung des Beschwerdeführers am 06.08.2021 die Beschwerde ein, in der auszugsweise ausgeführt wurde:

„[...]

Die Kindeseltern üben das jeweilige Kontaktrecht zum Minderjährigen in Form eines Doppelresidenzmodells aus. Im Interesse und zum Wohl des Kindes liegt der bedeutendere und wichtigere Hauptaufenthalt in Österreich.

Grundsätzlich befindet sich der Minderjährige zu folgenden Zeiten in Österreich beim Vater: 14.05. bis 16.09., 14.12. bis 16.01. und 15.03. bis 10.04. eines jeden Jahres. Der Minderjährige hält sich somit über 5 Monate im Jahr beim Kindesvater auf. Den Rest des Jahres ist der Minderjährige bei der Kindesmutter in Russland wohnhaft.

Aufgrund der Covid-19-Pandemie ist der Minderjährige ausschließlich beim Kindesvater in Österreich.

[...] Mit Erkenntnis des BFG vom 16.10.2019 zu GZ RV/2100526/2019 wurde rechtskräftig über den Anspruch auf Familienbeihilfe für den Zeitraum von Jänner 2013 bis Oktober 2019 entschieden. Mit Erkenntnis des BFG vom 17.03.2021 zu GZ RV/2100668/2020 wurde über den Zeitraum von März bis laufend erkannt.

Über den beschwerdegegenständlichen Zeitraum wurde nicht abgesprochen und konnte (mangels Antragstellung) auch gar nicht abgesprochen werden (vgl VwGH 2009/13/0083; 2009/16/0127).

Auch entfaltet lediglich bei kassatorischen Entscheidungen (ausnahmsweise) nicht bloß der normative Ausspruch, sondern auch die Begründung und die rechtliche Beurteilung Rechtskraftwirkung (vgl Gräfin Raschauer/Wessely, Verwaltungsstrafgesetz² [2016] § 28 VwGVG Rz 15).

Gegenständliche Erkenntnisse entfalten über den normativen Spruch hinaus jedoch keine Rechtskraftwirkung.

Zusammenfassend wurde über den beschwerdegegenständlichen Zeitraum (noch) nicht rechtskräftig abgesprochen, weshalb auch keine entschiedene Sache der nunmehr begehrten Entscheidung entgegensteht.

[...]“

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevereentscheidung vom 22.09.2021 ab. In der Begründung wurde auszugsweise ausgeführt:

„[...]

Mit Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 16.10.2019, RV/2100526/2019, wurde Ihr Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe vom 14.12.2018 für den Sohn ab 01/2013 als unbegründet abgewiesen. Dagegen wurde kein Rechtsmittel erhoben und es liegt damit ein rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren vor. In diesem Erkenntnis wurde Ihren Ausführungen, wonach der Sohn seit der Scheidung der Eltern eine Doppelresidenz beim Beschwerdeführer in Österreich und der Mutter in Russland führe, nicht gefolgt. Es wurde mit ausführlicher Begründung davon ausgegangen, dass sich der Sohn aufgrund des Schulbesuches - und der

Vereinbarung anlässlich der Scheidung entsprechend - den überwiegenden Teil des Jahres bei seiner Mutter in Russland aufhalte.

Mit Erkenntnis des Bundesfinanzgerichts vom 17.03.2021, RV/2100668/2020, wurde Ihrem Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe - eingebracht im März 2020 - stattgegeben. Das Bundesfinanzgericht führte im Erkenntnis unter anderem aus, dass nach der Aktenlage und den umfangreichen Ausführungen des rechtskräftigen Erkenntnisses zufolge, der ständige Aufenthalt des Sohnes ab 1/2013 in Russland bei seiner Mutter war, wo er auch die Schule besuchte und den überwiegenden Teil des Jahres verbrachte (was im Übrigen auch der ursprünglichen Scheidungsvereinbarung entsprach). Eine Änderung dieser Sachlage trat erst mit März 2020 ein, als der Sohn aufgrund der Umstände und den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie den ständigen Aufenthaltsort nach Österreich an den Wohnsitz des Vaters verlegte. Weiters wäre zu den Zeiträumen vor 3/2020 demnach wohl auszusprechen gewesen, dass infolge von entschiedener Sache (res iudicata) der Antrag insoweit zurückzuweisen ist (was jedenfalls die Zeiträume 1/2013 bis 10/2019 betrifft). (Das Gleiche - Zurückweisung - wäre wohl auch für den Zeitraum 10/2019 bis 2/2020 bei unveränderter Sach- und Rechtslage anzunehmen.)

Ihr Antrag vom 6.5.2021 wurde vom Finanzamt mit der Begründung, dass die Sache entschieden wurde (res iudicata) für den Zeitraum 10/2019 bis 2/2020 zurückgewiesen.

Nach der Aktenlage und den umfangreichen Ausführungen des rechtskräftigen Erkenntnisses des Bundesfinanzgerichts vom 16.10.2019 zufolge, war der ständige Aufenthalt des Sohnes ab 1/2013 in Russland bei seiner Mutter, wo er auch die Schule besuchte und den überwiegenden Teil des Jahres verbrachte.

Aus Sicht des Finanzamtes hat sich an der Sach- und Rechtslage auch im beschwerdegegenständlichen Zeitraum nichts geändert, da der ständige Aufenthalt Ihres Sohnes auch in diesem Zeitraum in Russland bei seiner Mutter war, wo er auch die Schule besuchte.

Eine Änderung dieser Sachlage trat erst mit März 2020 ein, als der Sohn aufgrund der Umstände und den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie den ständigen Aufenthaltsort nach Österreich an den Wohnsitz des Vaters verlegte.“

Daraufhin stellte der Beschwerdeführer am 05.10.2021 den Antrag auf Entscheidung über die Beschwerde an das Bundesfinanzgericht (Vorlageantrag) mit der Begründung:

„[...] da sich unter Gesamtbetrachtung der Aufenthalte aus den bisher vorgelegten Beweisen in den Familienbeihilfeverfahren ein gewöhnlicher Aufenthalt mit Unterbrechungen ab Dezember 2018 erkennen lässt, und ein überwiegender Aufenthalt bei der seit 2010 gelebten Doppelresidenz vorliegt und damit ein Familienbeihilfe Anspruch besteht.

Mein Sohn war nach meinen bisherigen Angaben seit 2010 im Sommer und Winter über mehrere Monate immer wieder bei mir und habe dies mit den vorgelegten Unterlagen versucht zu beweisen. Er war demnach in den Monaten Dez 2018 - Jan 2019, März 2019 – August 2019, Dez 2019 – Jan 2020 und ab März 2020 bei mir in Österreich. Anbei habe ich zusätzlich auch

eine Übersicht der Leistungstage der OEGK beigelegt, um den geschilderten Aufenthalt auch zusätzlich weiters zu belegen. Daraus ergibt sich auch ein „überwiegender“ Aufenthalt in den Jahren 2019 und 2020, die den in dem BFG Erkenntnis geforderten Aufenthalt von mindestens 6 Monaten im Jahr, ab Dez. 2018 erfüllt und somit dem damaligen Erkenntnis des BFG im Okt 2019 nun aber widerspricht.

Weiters möchte ich, wie in den unzähligen Beschwerden zuvor, darauf hinweisen dass die bedeutende Rechtsfrage bzw Vorfrage des gewöhnlichen Aufenthalts bei einer Doppelresidenz endlich geklärt werden sollte, da mit dem überwiegend geforderten Aufenthalt für den ständigen Aufenthalt (bisher mindestens 6 Monate) die gewollte abwechselnde Betreuung aufgrund des Ausschlusses im FLAG 5.3 und weiterer Rechtsfolgen sowie fehlenden Ansprüchen kategorisch ausschließt und dies nach Erkenntnis des VfG G152/2015 eben verfassungswidrig ist. Auch ist für den gewöhnlichen Aufenthalt vom Gesetzgeber kein zwingender Aufenthalt von über 6 Monaten gefordert, sondern ist die bisherige übliche Rechtsauslegung, die bislang aber eine mögliche Doppelresidenz überhaupt noch nicht darin beachtet hat.

Weiters läuft beim BvG ein weiteres Verfahren (28.09.2021, Sohn und ich wurden persönlich angehört), in dem über den Mitversicherungsanspruch aufgrund des fehlenden gewöhnlichen Aufenthalts von entschieden wird. Aufgrund dieser Begründung möchte ich dass wie auch zuletzt in der Mängelbehebung der Säumnisbeschwerde (03.10.2021) angeführt, dass alles geprüft wird und neu aufgerollt wird und das dies von dem BFG Senat (kein Einzelrichter) entschieden wird und ggf aufgrund der bisher nicht geklärten bedeutende Rechtsfrage, wie sich die Doppelresidenz auf den gewöhnlichen Aufenthalt und zwingend festzulegenden ständigen Aufenthalt auswirkt und bei rechtlichen Bedenken der Verwaltungsgerichtshof bzw Verfassungsgericht damit auseinandersetzen soll um dieses Rechtsproblem zu klären.“

Der Beschwerdeführer beantragte die Entscheidung durch den Senat und die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung.

Als Beilage zum Vorlageantrag legte der Beschwerdeführer

1) eine Leistungsübersicht der Österreichischen Gesundheitskasse für seinen Sohn für den Zeitraum 01.01.2011 – 16.09.2021 vor. Für den beschwerdeggst. Zeitraum finden sich in der Aufstellung folgende Leistungen:

ärztliche Hilfe am 02.01.2020 und 16.01.2020,

Heilbehelfe/Hilfsmittel am 27.12.2019 und 07.01.2020,

Heilmittel (Apotheke) kein Eintrag und

Krankenhausambulanzbesuch (LKH-Graz) am 16.01.2020 sowie

2) eine Kopie einer Seite des Reisepasses seines Sohnes mit Ausstellungsdatum 30.12.2019 (mit handschriftlicher Ergänzung des Bf.: „wurde vor Ort unterschrieben und Fingerabdruck genommen“).

Mit E-Mail vom 12.07.2022 übermittelte der Beschwerdeführer ergänzend folgende gerichtliche Entscheidungen:

- Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes (BVwG) vom 18.10.2021, GZ ***3***, in dem

der Sohn des Bf. für die Zeit vom 05.12.2019 bis vorerst 03.09.2021 als anspruchsberechtigter Angehöriger gemäß § 123 ASVG anerkannt wird.

- Beschluss des BVwG vom 15.02.2022, GZ ***4***, über die Zurückweisung der Beschwerde des Bf., da mit Bescheid der ÖGK vom 30.11.2021 bereits festgestellt wurde, dass für den Sohn des Bf. in der Zeit vom 01.01.2014 bis 04.12.2019 eine Anspruchsberechtigung aus der Pflichtversicherung des Bf. besteht.

- Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz vom 23.10.2020, GZ ***5***, in der Pflegschaftssache des Sohnes des Bf., wonach der Beschluss des Bezirksgerichtes (BG) Graz-Ost vom 31.7.2020, GZ ***2***, ersatzlos behoben und dem Erstgericht die Fortsetzung des Verfahrens unter Abstandnahme vom angezogenen Zurückweisungsgrund (internationale Unzuständigkeit) aufgetragen wird.

- Beschluss des BG Graz-Ost vom 09.11.2020, GZ ***2***, wie folgt:

„Die zwischen den Kindeseltern am 13.3.2020 geschlossene Vereinbarung, wonach

1. den Kindeseltern die Obsorge zum minderjährigen Kind weiterhin gemeinsam zukommt, dieser aber hauptsächlich im Haushalt des Kindesvaters betreut wird und

2. die Kontakte der Kindeseltern im Rahmen einer Doppelresidenz laut der Vereinbarung vom 13.3.2020 geregelt werden

wird pflegschaftsgerichtlich genehmigt.“

Nach einer Vorlageerinnerung des Bf. legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht vor und führte im Vorlagebericht u.a. aus:

„Sachverhalt:

*Der Beschwerdeführer (Bf) Herr ***Bf1*** beantragte am 14.12.2018 über Finanzonline die Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2013 für seinen Sohn Kind, 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 Kindesvater (Bf) an, dass die Scheidung von der Kindesmutter ***1*** lt. Vergleichsausfertigung des BG Graz Ost am 19.10.2010 gewesen sei, es sei die gemeinsame Obsorge mit hauptsächlichem Aufenthalt des Kindes bei der Kindesmutter in Ort, Russland, vereinbart worden; der Vater zahle überwiegend den Kindesunterhalt und 2x pro Jahr die Flüge des Sohnes nach Österreich und retour. Weiters schrieb der Kindesvater, dass der Sohn bei beiden Elternteilen aufwachsen solle und deshalb, verbringe er nicht nur die Schulferien, sondern auch einen Teil der Schulzeit beim Kindesvater in Österreich als Freilerner. Außerdem leide der Sohn an Diabetes Typ I und die notwendigen Therapien und Behandlungen würden wegen der besseren medizinischen Versorgung und der Mitversicherung beim Kindesvater kostenlos in Österreich durchgeführt werden. Nach der Aktenlage und den Ausführungen des rechtskräftigen Erkenntnisses des BFG vom 16.10.2019, RV/2100526/2019 zufolge, war der ständige Aufenthalt des Sohnes ab 1/2013 in Russland bei seiner Mutter, wo er auch die Schule besuchte und den überwiegenden Teil des Jahres verbrachte (was im Übrigen auch der ursprünglichen Scheidungsvereinbarung entsprach). Das*

BFG begründete das Erkenntnis ua. dahingehend, dass sich die Behauptung des Kindesvaters, dass das Kind sich jedes Jahr von Mai bis September und von Mitte Dezember bis Ende Jänner in Österreich aufgehalten habe, sich als wenig wahrscheinlich erwies. Die vorgelegten Unterlagen reichten nicht aus um diese Behauptung zu stützen. Sollte sich der Sohn aber tatsächlich jährlich insgesamt 5½ 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. 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.

Eine Änderung dieser Sachlage trat mit März 2020 ein, als der Sohn aufgrund der Umstände und den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie den ständigen Aufenthaltsort nach Österreich an den Wohnsitz des Vaters verlegte. Im Jahr 2020 war zwischen den Kindeseltern geplant, dass der Sohn am 21.3.2020 nach Österreich kommen sollte, für 22.8.2020 war der Rückflug nach Russland gebucht, also vorgesehen. Aufgrund der Covid-19-Pandemie reiste der Sohn kurz vor dem Schließen der Grenzen – Mitte März 2020 - mit einem der letzten Flugzeuge, früher als ursprünglich geplant, nach Österreich. Er blieb/bleibt auch länger als ursprünglich geplant in Österreich bei seinem Vater. Mit Beschluss des BG Graz-Ost vom 9.11.2020, ***2***, wurde die zwischen den Eltern von Kind neu geschlossene Vereinbarung vom 13.3.2020 (ursprünglich Vergleichsausfertigung des BG Graz Ost am 19.10.2010), wonach den Kindeseltern die Obsorge des Sohnes weiterhin gemeinsam zukommt, dieser aber hauptsächlich im Haushalt des Kindesvaters betreut wird und die Kontakte der Kindeseltern im Rahmen einer Doppelresidenz geregelt werden, pflegschaftsgerichtlich genehmigt: „Grundsätzlich soll der Sohn zu folgenden Zeiten in Österreich beim Vater aufhältig sein: 14.5. bis 16.9., 14.12. bis 16.1., und 15.3. bis 10.4. eines jeden Jahres. Lt. Obsorgevereinbarung vom 13.3.2020 sollte sich der Sohn somit nach der Vereinbarung über fünf Monate pro Jahr mit Unterbrechungen beim Vater aufhalten. Den Rest des Jahres ist der Sohn bei der Mutter in Russland wohnhaft. Aufgrund der Pandemiesituation entsprechen die tatsächlichen Verhältnisse allerdings nicht dieser Vereinbarung. Nach den Ausführungen des Kindesvaters und durch Vorlage von einigen PCR-Tests und Besuchsbestätigungen im LKH Graz kann angenommen werden, dass sich der Sohn seit 17.3.2020 bis jedenfalls 31.12.2021 in Österreich aufgehalten hat. die Familienbeihilfe wurde für diesen Zeitraum gewährt.“

Auf Grund einer vom Bf. bei der Volksanwaltschaft eingebrachten Beschwerde betr. seines Familienbeihilfenantrages für 2022 wurde ihm im Schreiben der Volksanwaltschaft vom 16.08.2022 mitgeteilt:

„[...] Nach § 115 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO kann in Einzelfällen, insbesondere bei

Fällen mit Auslandsbezug, eine erhöhte Mitwirkungspflicht seitens eines Anspruchsberechtigten bestehen.

Für die Nachweiserbringung für die Weitergewährung der Familienbeihilfe wäre daher laut Familienministerin in Ihrem konkreten Fall die Vorlage von Arztbestätigungen (insbesondere die bisherigen Leistungstage der ÖGK für das Jahr 2022) sowie von einer in deutscher Sprache übersetzten Bestätigung über das „Distance Learning“ an der russischen Schule bzw. damit zusammenhängende Leistungsnachweise für das Jahr 2022 sachdienlich. Zudem könnten weitere Bestätigungen von Behörden oder anderen Stellen (wie z.B. Ein- und Ausreisenachweise, Vereinsmitgliedschaften des Sohnes) zur Glaubhaftmachung des Aufenthalts in Österreich dienen. [...]“

Im Ergänzungsersuchen des BFG vom 09.11.2022 wurde der Beschwerdeführer ersucht, geeignete Unterlagen vorzulegen, dass sein Sohn Kind im beschwerdeggst. Zeitraum Oktober 2019 bis Februar 2020 den ständigen Aufenthalt gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im Inland hatte (z.B. Flugtickets, Ein- und Ausreisenachweise oder andere zweckdienliche Bestätigungen; in diesem Zusammenhang wurde auch auf das Schreiben der Volksanwaltschaft vom 16.08.2022 verwiesen).

Der Bf. wurde darauf hingewiesen, dass aus der bereits vorgelegten Übersicht der Leistungstage der ÖGK vom 17.09.2021 für den Zeitraum vom 01.01.2011 bis 16.09.2021 der ständige Aufenthalt im Inland iSd FLAG von Kind für den Beschwerdezeitraum nicht zweifelsfrei belegt sei, da zwischen den Arztbesuchen teilweise Zeitabstände von mehreren Monaten aufscheinen.

In der Vorhaltsbeantwortung vom 05.12.2022 teilte der Beschwerdeführer im Zsh. mit dem beschwerdeggst. Zeitraum mit:

„[...] Mein Sohn hielt sich demnach im Dezember 2018 bis Januar 2019, März 2019 bis August 2019 und Dezember 2019 bis Januar 2020 in Österreich auf. Der Aufenthalt im Sommer 2019 wurde mit der Buchungsbestätigung und den ambulanten LKH-Besuchen am 26.03., 13.06. und 12.08. auch stichhaltig nachgewiesen. Durch Ausstellung des Reisepasses im Dezember 2019 und dem LKH-Besuch am 16.01.2020 ist der Aufenthalt meines Sohnes im besagten Zeitraum zweifelsfrei nachgewiesen.

[...]

Die geforderte zweifelsfreie Beweisführung ist für mich im Nachhinein nicht mehr möglich, da mir aufgrund der DSGVO auch die Daten bei den Fluglinien nicht mehr gegeben werden können. Für mich bestand zuvor auch kein zwingender Grund die Flugtickets oder andere Bestätigungen für den nötigen Aufenthaltsnachweis aufzubewahren oder entsprechende Aufzeichnungen oder Backups der Mails zu machen. Erst 2018 als mein Sohn an Diabetes erkrankte und ich 2019 den Anspruch auf Familienbeihilfe durchsetzen wollte, kam die eigentliche Problematik des notwendigen gewöhnlichen Aufenthalts und der Mitversicherung bei der abwechselnden Betreuung in einer Doppelresidenz auf, vor allem wegen der nun notwendigen medizinischen Versorgung, da im Interesse beider Elternteile und zum Wohl unseres Sohnes die

Therapiebehandlung in Österreich erfolgen soll.

[...]

Das von Ihnen erwähnte Schreiben der Volksanwaltschaft vom 16.08.2022 wurde auch erst im Nachhinein verfasst und ist in dem Falle nicht wirklich hilfreich oder dass sich nun darauf berufen werden kann, dass eine derartig erhöhte Nachweispflicht bei einer Doppelresidenz ins Ausland besteht. Bei Kenntnis hätte ich entsprechende Buchungsbestätigungen zuvor aufbewahrt und sachdienliche Aufzeichnungen gemacht und die Familienbeihilfe vorher beantragt. Wobei ich mich dennoch frage, welche Beweise in diesem Fall zweckdienlich und wirklich zweifelsfrei genug gewesen wären. Die nötigen Arztbesuche im LKH sind auch nur alle paar Monate nötig, damit sind längere Beweislücken unvermeidbar, und im Grunde sind die regelmäßig nötigen ambulanten Arztbesuche nur eine zusätzliche zweifelsfreie Beweisführung, die nun bei der Glaubhaftmachung eventuell hilfreich sind, die es aber ohne die Erkrankung meines Sohnes eigentlich gar nicht geben würde.

Eine zweifelsfreie und lückenlose Beweisführung über die Jahre zu erbringen, ist mir also nicht mehr möglich. Für mich besteht nur die Glaubhaftmachung der Doppelresidenz, wenn nötig eben mittels Zeugenaussagen von Dritten. Unterschriebene Zeugenaussagen von Dritten habe ich damals bereits im Verfahren vorgelegt. Für das abgeschlossene Familienbeihilfeverfahren 2019 wurden auch die Tickets übermittelt und es liegen auch stichhaltige Aufenthaltsnachweise vor, dass sich mein Sohn im Dezember 2019 und Januar 2020 in Österreich aufgehalten hat. Auch das Bundesverwaltungsgericht hat bereits über den gewöhnlichen Aufenthalt bei der seit 2010 gelebten Doppelresidenz im besagten Zeitraum positiv entschieden, es wurden im BVwG Verfahren die Doppelresidenz und der Aufenthalt im besagten Zeitraum glaubwürdig dargelegt, die einen gewöhnlichen Aufenthalt im Jahr 2019 begründen. Ich bitte auch die bereits vorgebrachten Nachweise (Tickets von 2019) entsprechend genau zu berücksichtigen, sowie die Arbeitnehmerveranlagungen, in denen ich dem Finanzamt die abwechselnde Betreuung bereits schilderte. Inwieweit nun zwischen dem „ständigen“ Aufenthalt und dem „gewöhnlichen“ Aufenthalt rechtlich ohne Widerspruch differenziert werden soll (für die nötige Mitversicherung bei der gelebten Doppelresidenz JA, für Familienbeihilfe NEIN, weil kein überwiegender und somit erst ständiger Aufenthalt nicht vorliegt), entzieht sich meiner Rechtsauffassung. Denn nach bisheriger Rechtsprechung besteht bei einem vorliegenden gewöhnlichen Aufenthalt auch klar ein Anspruch auf die Familienbeihilfe. Auch ist es für mich rechtlich sicher nicht zulässig, dass sich Gerichte die Auslegungen so „herrichten“, dass es für die übliche Rechtsprechung am besten für den Anspruch passt.

Inwieweit nun der im FLAG überwiegend geforderte Aufenthalt (über 6 Monate) bei einer Doppelresidenz über die Landesgrenze für den ständigen Aufenthalt, nach der Entscheidung des Verfassungsgerichts 2015 noch rechtmäßig ist, wurde bisher nicht ausführlich vom Finanzgericht oder einem Höchstgericht behandelt.

Da sich eben bis März 2020 kein durchgehender längerer Aufenthalt über 6 Monate zweifelsfrei für einen eindeutigen ständigen Aufenthalt nachweisen lässt, aber unter Betrachtung eines ganzen Jahres es ein anderes Gesamtbild abgibt und auf einen gewöhnlichen Aufenthalt mit

*Unterbrechungen schließen lässt, und zudem eine Doppelresidenz seit 2010 vorlag, in dem jeder Elternteil das Kind im eigenen Land betreuen musste, ist eine entsprechende erstmalige finanzgerichtliche Entscheidung notwendig, die auf die verfassungsgerichtliche Erkenntnis von G152/2015 eingeht und die Doppelresidenz nicht kategorisch ausschließt. Auch wenn ein Aufenthalt unter 6 Monaten vorliegt, liegt eine Doppelresidenz vor, in der abwechselnd betreut wird.
[...]"*

Das Bundesfinanzgericht stellte in weiteren Ermittlungen fest, dass die Schulferien in Russland im Jahr 2019 und bis Februar 2020 an folgenden Terminen eingeteilt waren (vgl.

<https://www.feiertagskalender.ch/ferien.php?geo=3538&jahr=2019&klasse=0>):

Weihnachtsferien 31.12.2018 bis 08.01.2019

Sportferien 20.02.2019 bis 25.02.2019

Frühlingsferien 08.04.2019 bis 14.04.2019

Sommerferien 01.06.2019 bis 31.08.2019

Oktoberferien 07.10.2019 bis 13.10.2019

Novemberferien 18.11.2019 bis 24.11.2019

Weihnachtsferien 31.12.2019 bis 08.01.2020

Sportferien 20.02.2020 bis 24.02.2020

In der mündlichen Verhandlung am 15.02.2023 wiederholt der Beschwerdeführer sein bisheriges Vorbringen und führt ergänzend aus, dass es einen Rechtssatz RS 0046583 des OGH vom 15.11.1988, 6 Ob 2021/96s, gebe, nach dem eine Person mehrere gewöhnliche Aufenthaltsorte haben könne und dass es nach der BAO ausdrücklich nur einen gewöhnlichen Aufenthaltsort gebe.

Er stellt sich auch die Frage, nachdem das FLAG auf die Haushaltszugehörigkeit abziele, welchem Haushalt der Sohn bei einer Doppelresidenz über die Landesgrenze zugehörig wäre. Der Bf. vertritt auch die Meinung, dass er gemäß § 2 Abs. 2 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe habe, da er überwiegend den Unterhalt für den Sohn geleistet habe.

Weiters legt der Beschwerdeführer eine Vereinbarung der Kindeseltern in russischer Sprache über die hauptsächliche Betreuung des Sohnes und das alleinige Sorgerecht beim Kindsvater vor und weist auch auf das Erkenntnis des OGH vom 19.03.2013, 4 Ob 16/13, hin, in dem ausgesprochen werde, wann eine Doppelresidenz vorliegt.

Informativ teilt der Beschwerdeführer mit, dass sein Sohn die Schule in Russland mit der 8. Schulstufe abgeschlossen hat (mit E-Mail vom 15.02.2023, 23:05 Uhr, teilt der Bf. mit, dass er wegen des Distance-Learning seines Sohnes keine genauen Angaben machen könne, ob sein Sohn einen Schulabschluss habe). Ab dem Schuljahr 2021/2022 habe der Sohn die Polytechnische Schule in ***6*** besucht und mache derzeit eine Lehre bei ***7*** in ***8***.

In der schriftlichen Zusammenfassung seines Beschwerdestandpunktes wiederholt der Bf. sein

bisheriges Vorbringen und nennt ergänzend vier Rechtssätze von BFG-Erkenntnissen zu den Themen „Doppelresidenz“, „Haushaltszugehörigkeit“ und „Unterhaltstragung“.

Die Vertreterin des Finanzamtes Österreich bringt in der mündlichen Verhandlung vor wie in den Ausführungen im bisherigen Verfahren und ergänzt, dass im FLAG das Konzept einer Doppelresidenz nicht geregelt sei.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Zum Sachverhalt wird einerseits auf die Erkenntnisse des BFG vom 16. Oktober 2019, RV/2100526/2019, für den Zeitraum ab Jänner 2013, und des BFG vom 17. März 2021, RV/2100668/2020, für den Zeitraum ab März 2020 verwiesen (<https://findok.bmf.gv.at/>). Der in diesen Verfahren festgestellte Sachverhalt ist auch diesem Verfahren zu Grunde zu legen.

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 Ort, Russland, vereinbart. Der Sohn wohnte 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.

Nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers verbrachte das Kind nicht nur die Zeit während der (russischen) Ferien in Österreich, sondern blieb als sogenannter „Freilerner“ auch länger im Inland.

Nach den Angaben des Beschwerdeführers, der vorgelegten Buchungsbestätigung, des ÖGK-Auszuges und der Kopie des Reisepasses des Sohnes hielt sich das Kind unstrittig vom 25.03.2019 bis 15.08.2019 (4 Monate und 3 Wochen) und vom 30.12.2019 bis 16.01.2020 (18 Tage) im Inland auf. Zwischen den einzelnen Aufenthalten bei seinem Vater in Österreich kehrte das Kind immer wieder rund zwei bis vier Monate nach Russland zurück, wo seine Mutter lebt und er die Schule besuchte.

In der Folge hielt sich das Kind bedingt durch die Umstände der Corona-Pandemie ab 17.03.2020 ständig im Inland auf.

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

Festgehalten wird, dass im rechtskräftigen Erkenntnis des BFG vom 16.10.2019, RV/2100526/2019, dem Beschwerdeführer die Familienbeihilfe für seinen Sohn Kind ab Jänner 2013 nicht gewährt wurde, da als erwiesen angenommen wurde, dass der ständige Aufenthalt des Kindes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im Ausland (Drittland) liegt.

Erst mit Erkenntnis des BFG vom 17.03.2021, RV/2100668/2020, wurde der Familienbeihilfenanspruch für seinen Sohn ab März 2020 berücksichtigt, da sich der Sohn wegen der Pandemie seitdem ständig im Inland aufhielt. Die erhöhte Familienbeihilfe für seinen Sohn Kind wurde ab März 2020 gewährt.

Im hier zu beurteilenden Fall ist strittig, ob sich die Sach- und Rechtslage nach dem Erkenntnis des BFG vom 16. Oktober 2019, RV/2100526/2019, im beschwerdeggst. Zeitraum Oktober 2019 bis Februar 2020 geändert hat oder ob „res iudicata“ vorliegt.

Ein Bescheid über die Abweisung eines Antrages auf Gewährung der (erhöhten) Familienbeihilfe "ab" einem bestimmten Anspruchszeitraum, ohne im Spruch einen Endpunkt festzusetzen, gilt nämlich nach der ständigen Rechtsprechung jedenfalls für den Zeitraum bis einschließlich jenes Kalendermonats, in welchem der Bescheid erlassen wird, ungeachtet dessen, ob sich zwischen dem Anfangszeitpunkt und diesem Zeitpunkt die Sach- oder Rechtslage geändert hat. Ein solcher Bescheid gilt jedoch über diesen Zeitpunkt der Bescheiderlassung hinaus solange weiter, als sich die der Bescheiderlassung zugrunde liegende Sach- und Rechtslage nicht ändert (vgl. ausdrücklich VwGH 29.9.2011, 2011/16/0065, und VwGH 25.3.2010, 2009/16/0121). Wird somit nach Erlassung eines solchen Bescheides neuerlich ein Antrag auf Gewährung der (erhöhten) Familienbeihilfe gestellt, so hat das Finanzamt zu prüfen, ob oder zu welchem Zeitpunkt sich die Sach- und Rechtslage geändert hat. Für den Zeitraum vom Zeitpunkt, ab dem die Familienbeihilfe neuerlich beantragt wurde, bis zu einem späteren Zeitpunkt, in dem sich die Sach- und Rechtslage gegenüber dem ersten Bescheid geändert hat (auch wenn dieser Zeitpunkt nach dem Zeitpunkt der Erlassung des ersten Bescheides liegt), liegt durch den ersten Bescheid res iudicata vor. Für diesen Zeitraum ist der neuerliche Antrag zurückzuweisen. Eine meritorische Entscheidung über den neuerlichen Antrag hat nur insoweit zu erfolgen, als sich die Sach- oder Rechtslage seit Erlassung des Bescheides über den seinerzeitigen Antrag geändert hat und dem neuerlichen Antrag auch nach Änderung der Sach- oder Rechtslage nicht vollinhaltlich entsprochen wird (VwGH 26.04.2018, Ra 2018/16/0003).

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.

Insoweit einem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist gemäß § 13 FLAG 1967 ein Bescheid zu erlassen.

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.

§ 116 BAO regelt:

(1) Sofern die Abgabenvorschriften nicht anderes bestimmen, sind die Abgabenbehörden berechtigt, im Ermittlungsverfahren auftauchende Vorfragen, die als Hauptfragen von anderen Verwaltungsbehörden oder von den Gerichten zu entscheiden wären, nach der über die maßgebenden Verhältnisse gewonnenen eigenen Anschauung zu beurteilen (§§ 21 und 22) und diese Beurteilung ihrem Bescheid zugrunde zu legen.

(2) Entscheidungen der Gerichte, durch die privatrechtliche Vorfragen als Hauptfragen entschieden wurden, sind von der Abgabenbehörde im Sinn des Abs. 1 zu beurteilen. Eine Bindung besteht nur insoweit, als in dem gerichtlichen Verfahren, in dem die Entscheidung ergangen ist, bei der Ermittlung des Sachverhaltes von Amts wegen vorzugehen war.

Die amtswegige Ermittlungspflicht wird gemäß § 115 Abs. 1 BAO durch eine erhöhte Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers, wie beispielsweise bei Auslandssachverhalten, eingeschränkt.

Nach § 119 Abs. 1 BAO sind die für den Bestand und Umfang einer Abgabepflicht oder für die Erlangung abgabenrechtlicher Begünstigungen bedeutsamen Umstände vom Abgabepflichtigen nach Maßgabe der Abgabenvorschriften offenzulegen. Die Offenlegung muss vollständig und wahrheitsgemäß erfolgen.

Gemäß § 138 Abs. 1 BAO haben die Abgabepflichtigen auf Verlangen der Abgabenbehörde 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 darauf hinzuweisen, 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 *Reinalter* in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG², § 5 Rz 9). 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

und VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008, sowie *Reinalter* in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG², § 5 Rz 9).

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 VwGH 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).

Begibt sich eine Person, die sich im Inland aufhält, vorübergehend ins Ausland, so führt dies insbesondere dann nicht zu einer Beendigung (Unterbrechung) des Laufes der sechsmonatigen Aufenthaltsfrist, wenn der Auslandsaufenthalt das übliche Maß einer Urlaubsreise und/oder Geschäftsreise nicht überschreitet und die für den Inlandsaufenthalt maßgebenden Gründe darauf schließen lassen, dass die Person nach Beendigung ihres vorübergehenden Auslandsaufenthaltes wiederum ins Inland zurückkehren wird. Ein derartiger vorübergehender Auslandsaufenthalt hat lediglich eine Hemmung des sechsmonatigen Fristenlaufes zur Folge (vgl. VwGH 05.07.1983, 82/14/0178).

Laut VwGH-Erkenntnis vom 29.4.2013, 2011/16/0195, ist für die Frage, ob ein Aufenthalt ein vorübergehender oder ein ständiger ist, von einer ex ante - Betrachtung auszugehen (vgl. insbesondere das hg. Erkenntnis vom 26.1.2012, 2012/16/0008).

Im vom Beschwerdeführer genannten VfGH-Erkenntnis vom 09.10.2015, G152/2015, wurde ausgesprochen, dass keine Verfassungswidrigkeit von Regelungen des ABGB über die hauptsächliche Betreuung eines Kindes in einem Haushalt im Fall der Obsorge beider Eltern nach Auflösung der Ehe bzw. der häuslichen Gemeinschaft vorliegt.

Der VfGH sieht sich veranlasst, § 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB ebenso wie die mitangefochtenen Bestimmungen im Einklang mit Art 8 EMRK so auszulegen, dass sie der elterlichen Vereinbarung einer zeitlich gleichteiligen Betreuung oder einer entsprechenden gerichtlichen Festlegung in jenen Fällen, in denen dies aus der Sicht des Gerichtes dem Kindeswohl am besten entspricht, nicht entgegenstehen. Die Bestimmung, die ihrem Wortlaut nach eine Festlegung einer "hauptsächlichen Betreuung" anordnet, lässt eine Auslegung zu, der zufolge die Festlegung für diese Fälle insbesondere als Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen dient, wie etwa für die Bestimmung eines Hauptwohnsitzes iSv Art 6 Abs. 3 B-VG.

Dieses VfGH-Erkenntnis ist im vorliegenden Fall nicht ausschlaggebend, da eine rechtsverbindliche elterliche Vereinbarung einer zeitlich gleichteiligen Betreuung für den beschwerdegeg. Zeitraum nicht vorliegt. Erst mit dem Beschluss des BG Graz-Ost vom 09.11.2020 wurde die zwischen den Kindeseltern am 13.3.2020 geschlossene Vereinbarung, wonach den Kindeseltern die Obsorge zum minderjährigen Kind weiterhin gemeinsam zukommt, dieser aber hauptsächlich im Haushalt des Kindesvaters betreut wird und die Kontakte der Kindeseltern im Rahmen einer Doppelresidenz geregelt werden pflegschaftsgerichtlich genehmigt. Die in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Vereinbarung der Kindeseltern in russischer Sprache über die hauptsächlichliche Betreuung des Sohnes im väterlichen Haushalt ohne pflegschaftsgerichtliche Genehmigung ist hier nicht von Bedeutung.

Der VfGH hat aber in seinem Erkenntnis vom 24.03.1979, B175/78, ausgesprochen, dass eine Regelung, wonach ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, ausgeschlossen wird, nicht dem Gleichheitsgebot widerspricht.

Weiters hat der VfGH 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.

Deshalb wird der Anregung in der Beschwerde, das Bundesfinanzgericht möge beim VfGH die Aufhebung des § 5 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 24. Oktober 1967 betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen (Familienlastenausgleichsgesetz 1967) wegen Verfassungswidrigkeit beantragen, nicht entsprochen.

Aus dem weiteren Vorbringen des Bf., es läge ein Fall von „Doppelresidenz“ über die Landesgrenze vor, kann für den Beschwerdestandpunkt nichts gewonnen werden, da aus den oben angeführten Bestimmungen des FLAG 1967 ersichtlich ist, dass dem Gesetz von der Konzeption her ein „Doppelresidenz“-Modell fremd ist. Dass im Zivilrecht eine derartige Konstellation möglich ist, ist nach den gesetzlichen Bestimmungen des FLAG ohne Bedeutung.

Im vorliegenden Fall muss vielmehr geprüft werden, ob sich die Sach- und Rechtslage für den beschwerdegeg. Zeitraum nach dem rechtskräftigen Erkenntnis des BFG vom 16.10.2019, RV/2100526/2019, geändert hat, d.h. ob bzw. ab wann das Kind den ständigen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in Österreich hatte.

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 Ort, Russland, vereinbart. Der Sohn wohnte 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 verbrachte nicht nur die Zeit während der (russischen) Ferien in Österreich, sondern blieb nach den Angaben des Bf. im Vorverfahren im Sommer ca. 4 Monate und im Winter ca. 1 ½ Monate im Inland.

Erst im Beschluss des BG Graz-Ost vom 09.11.2020, GZ ***2***, also nach dem beschwerdeggst. Zeitraum, wurden die Regelung über die hauptsächliche Betreuung des Sohnes im Haushalt des Beschwerdeführers und die Kontakte der Kindeseltern im Rahmen einer Doppelresidenz pflegschaftsgerichtlich genehmigt.

Die Feststellung im Spruch des Erkenntnisses des BVwG vom 18.10.2021, GZ ***3***, dass der Sohn des Beschwerdeführers anspruchsberechtigter Angehöriger iSd ASVG ist, stellt hier keine Vorfrage nach § 116 BAO dar, da die Gewährung der Familienbeihilfe nach dem FLAG nicht von diesem Umstand abhängt und diese Feststellung für die Entscheidung daher keine notwendige Grundlage bildet.

Die sachverhaltsbezogenen Ausführungen der steuerlichen Vertretung des Bf. in der Beschwerde betreffen den Zeitraum ab März 2020 - die Eltern haben erst in der Vereinbarung vom 13.3.2020, pflegschaftsgerichtlich genehmigt am 09.11.2020, die hauptsächliche Betreuung des Kindes beim Vater, die Doppelresidenz und die Aufenthalte des Sohnes in Österreich neu geregelt - und sind daher nicht ausschlaggebend für den beschwerdeggst. Zeitraum.

Die in der Beschwerde genannte Kommentarmeinung zum Verwaltungsstrafgesetz ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig, da es sich hier nicht um ein Verwaltungsstrafverfahren handelt. Dasselbe gilt für den Hinweis auf das Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG), welches das Verfahren der Verwaltungsgerichte, mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes regelt (§ 1 VwGVG).

Der Spruch des Erkenntnisses vom 16. Oktober 2019, RV/2100526/2019, gilt nach der oben zitierten ständigen Rechtsprechung jedenfalls für den Zeitraum bis einschließlich jenes Kalendermonats, in welchem der Bescheid erlassen wurde, ungeachtet dessen, ob sich zwischen dem Anfangszeitpunkt und diesem Zeitpunkt die Sach- oder Rechtslage geändert hat. Der maßgebliche Erstbescheid wurde am 13.02.2019 erlassen.

Ein solcher Bescheid gilt jedoch über diesen Zeitpunkt der Bescheiderlassung hinaus solange weiter, als sich die der Bescheiderlassung zugrunde liegende Sach- und Rechtslage nicht ändert.

Nach den Angaben des Beschwerdeführers, der vorgelegten Buchungsbestätigung, des ÖGK-Auszuges und der Kopie des Reisepasses des Sohnes hielt sich das Kind in einer Gesamtbetrachtung ab März 2019 unstrittig vom 25.03.2019 bis 15.08.2019 und vom 30.12.2019 bis 16.01.2020 sowie seit 17.03.2020 im Inland auf. Zwischen den einzelnen

Aufenthalt bei seinem Vater im Inland kehrte das Kind rund zwei bis vier Monate nach Russland zurück, wo seine Mutter lebt und er die Schule besuchte.

Nach Ansicht des BFG überschreitet der Auslandsaufenthalt des Kindes nach den Erfahrungen des täglichen Lebens das übliche Maß einer Urlaubsreise und/oder Geschäftsreise. Daher liegt nach der oben zitierten Rechtsprechung des VwGH für die Aufenthalte des Kindes in Russland kein nur vorübergehender Aufenthalt in einem Drittstaat vor.

Das Bundesfinanzgericht sieht somit in einer ex-ante-Betrachtung und im Zusammenhang mit der ursprünglichen Obsorgevereinbarung im Scheidungsvergleich der Kindeseltern, dass sich das Kind hauptsächlich bei seiner Mutter in Russland aufhält, dem Schulbesuch des Kindes in Ort, der oben angeführten Aufenthalte des Sohnes in Österreich und seiner immer wiederkehrenden, mehrmonatigen Rückkehr nach Russland, es als erwiesen an, dass das Kind sich im beschwerdeggt. Zeitraum in Österreich unter Umständen aufgehalten hat, die erkennen lassen, dass es im Inland iSd § 26 Abs. 2 BAO nur vorübergehend verweilt. Dass der Aufenthalt des Sohnes im Inland länger als sechs Monate gedauert habe, konnte durch die Umstände in diesem Einzelfall weder nachgewiesen noch glaubhaft gemacht werden.

Das Beschwerdevorbringen des Bf. sowie die vorgelegten Unterlagen können nach obigen Ausführungen an der Beurteilung, dass sich der Sohn iSd § 5 Abs. 3 FLAG ständig im Drittland aufgehalten hat, 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 seines Sohnes im Inland.

Dass der Beschwerdeführer doch keine Angaben darüber machen kann, ob sein Sohn in Russland die Schule abgeschlossen hat, hat auf den vorliegenden Sachverhalt im beschwerdeggt. Zeitraum und die Beurteilung, wo sich der ständige Aufenthalt des Sohnes iSd § 5 Abs. 3 FLAG befindet, keine Relevanz. Das diesbezügliche E-Mail des Beschwerdeführers vom 15.02.2023, 23:05 Uhr, wurde der Vertreterin des Finanzamtes zur Kenntnis weitergeleitet.

Auf Grund des im gegenständlichen Fall vorliegenden Sachverhaltes, der gesetzlichen Bestimmungen und der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat sich hier an der Sach- und Rechtslage nach dem Erkenntnis des BFG vom 16.10.2019, RV/2100526/2019, nichts geändert. Die Zurückweisung des Antrages des Beschwerdeführers vom 06.05.2021 auf Familienbeihilfe für den Sohn Kind für den Zeitraum Oktober 2019 bis Februar 2020 mit Bescheid des Finanzamtes vom 08.07.2021 ist zu Recht erfolgt.

Erst im Anschluss nach dem hier strittigen Zeitraum (ab März 2020) hatte das Kind den ständigen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in Österreich (vgl. BFG vom 17. März 2021,

RV/2100668/2020) und wird ab diesem Zeitpunkt die erhöhte Familienbeihilfe für Kind an den Beschwerdeführer ausbezahlt.

Dem Eventualantrag, den angefochtenen Bescheid aufzuheben und der Abgabenbehörde die neuerliche Bescheiderlassung aufzutragen, konnte nicht entsprochen werden, da keine Ermittlungen unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können (§ 278 Abs. 1 BAO).

Es war über die Beschwerde wie im Spruch zu entscheiden.

2.2. Zu Spruchpunkt II. (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 und das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht abweicht, ist eine (ordentliche) Revision nicht zulässig.

Graz, am 16. Februar 2023