

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht erkennt durch die Richterin Mag. Heidemarie Winkler über die Beschwerde des ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vom 7. Juni 2022, gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 24. Mai 2022, betreffend Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe ab Juli 2020, zu Recht:

- I. **Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben. Für die Monate ab November 2021 wird die Familienbeihilfe gewährt. Im Übrigen (Juli 2020 bis Oktober 2021) bleibt der Bescheid unverändert.**
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer (Bf.), seine Gattin und Sohn S., geboren am 07.2020, sind serbische Staatsangehörige.

Der Bf. brachte beim Finanzamt am **15. Februar 2022** einen **Antrag** auf Familienbeihilfe für seinen Sohn S., ab Juli 2020 ein.

Mit Schreiben vom **3. Mai 2022** wurde der Bf. aufgefordert, eine Verzichtserklärung seiner Gattin, die Geburtsurkunde seines Sohnes sowie einen Nachweis über die beim Sohn durchgeführten ärztlichen Untersuchungen (z. B. Mutter-Kind-Pass, Impfkarte) vorzulegen. Für die Übermittlung der Unterlagen wurde eine Frist bis 24. Mai 2022 gesetzt.

Der Bf. legte binnen der gesetzten Frist keine Unterlagen vor, weswegen das Finanzamt den Antrag mit **Bescheid vom 24. Mai 2022** abwies. Begründend wurde festgehalten, dass der Bf. trotz Aufforderung keine Unterlagen übermittelt und somit seiner Mitwirkungspflicht gemäß § 119 Bundesabgabenordnung (BAO) nicht nachgekommen sei.

Am **7. Juni 2022** langte beim Finanzamt die Geburtsurkunde von S. sowie eine Kopie des Mutter-Kind-Passes ein. Die Vorlage der Unterlagen wurde vom Finanzamt zu Gunsten des Bf. als **Beschwerde** gewertet.

Mit **Schreiben** vom **15. Juni 2022** wurde der Bf. ersucht, bis spätestens 6. Juli 2022 die Verzichtserklärung seiner Gattin, den Mutter-Kind-Pass bezüglich Untersuchungen des Kindes im 3.-5. Lebensmonat und im 7.-9. Lebensmonat (inkl. HNO-Untersuchung), alle Bestätigungen, die den Aufenthalt des Kindes (in Österreich) seit der Geburt bestätigen, den Reisepass von Kind und Kindesmutter mit allen Seiten, sowie einen Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (NAG-Karte bzw. falls vorhanden EU/EWR-Anmeldebescheinigung) der ganzen Familie vorzulegen.

Am **4. Juli 2022** gab der Bf. beim Finanzamt persönlich das Vorhalte-Schreiben vom 15. Juni 2022 mit dem Vermerk „*keine Untersuchungen*“ (*Anm.: gemeint: Mutter-Kind-Pass-Untersuchung im 3.-5. sowie 7.-9. Lebensmonat*), eine Kopie des Reisepasses seiner Ehegattin und von Sohn S. sowie eine Kopie von deren Rot-Weiss-Rote Karte-plus ab.

Mit **Beschwerdevorentscheidung** vom **12. September 2022** wies das Finanzamt die Beschwerde mit der Begründung ab, dass der Bf. bis dato weder die Verzichtserklärung der Kindesmutter erbracht, noch den Aufenthalt des Kindes in Österreich glaubhaft gemacht habe.

Am **3. Oktober 2022** wurde vom (nunmehr) steuerlich vertretenen Bf. ein **Vorlageantrag** an das Bundesfinanzgericht (BFG) gestellt und gleichzeitig die Verzichtserklärung der Kindesmutter, die Reisepasskopie und eine Kopie des Aufenthaltstitels von S. vorgelegt.

Mit **Vorlagebericht** vom **10. Februar 2023** legte das Finanzamt die Beschwerde dem BFG zur Entscheidung vor und beantragte die teilweise Stattgabe der Beschwerde ab November 2021 sowie die Abweisung derselben im angefochtenen Zeitraum davor, da sich der Aufenthalt des Sohnes bis inklusive Oktober 2021 überwiegend in Serbien, sohin in einem Drittland befand.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Gesetzliche Grundlagen:

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

§ 2a FLAG 1967 lautet:

(1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor.

Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

Gemäß **§ 2 Abs. 8 FLAG 1967** haben Personen 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.

§ 3 FLAG 1967 normiert:

(1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG oder nach § 54 AsylG 2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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 Ausschließungsgrund hinzukommt.

Sachverhalt

Der Bf., seine Gattin und der am 07.2020 geborene Sohn S. sind serbische Staatsangehörige.

Die gesamte Familie hat einen gültigen Aufenthaltstitel (Rot-Weiß-Rot-Karte-Plus).

Der Bf. ist seit 6. September 2000 mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.

Er übt seit Jahren in Österreich eine nichtselbständige Tätigkeit aus bzw. bezog dazwischen Arbeitslosengeld.

Die Kindesmutter ist seit 25. Jänner 2022 - laufend bei der Fa. XY Gesellschaft, Wien, beschäftigt.

Sie war im Jahr 2020 von 11. Februar 2020 bis 13. März 2020, von 18. Juni 2020 bis 28. August 2020 und von 15. Dezember 2020 bis 10. Februar 2021 mit einem Hauptwohnsitz in ***Adr*** (Unterkunftgeber: Bf.) gemeldet. In den Zeiträumen dazwischen hat sie sich immer abgemeldet und über keinen Wohnsitz/Meldeadresse in Österreich verfügt. Sie ist wieder seit 16. November 2021 bis laufend mit einem Hauptwohnsitz an der Adresse ihres Ehegatten gemeldet.

Die Kindesmutter und ihr Sohn S. hielten sich von 14. März 2020 bis 7. Juni 2020, 4. September 2020 bis 12. Dezember 2020, 10. Februar 2021 bis 19. Mai 2021 und von 2. August 2021 bis 1. November 2021 in Serbien auf.

S. wurde am 5. März 2020, 8. Juli 2020, 19. Juli 2020, 23. Juli 2020, 18. August 2020 und 19. Juli 2021 untersucht. Impfungen wurden in Wien am 18. August 2020, am 23. Dezember 2020, am 25. Mai 2021 und am 19. Juli 2021 durchgeführt.

Im Ausland (Serbien? Stempel nicht lesbar) wurden Impfungen am 28. September 2020 und am 24. November 2020 durchgeführt.

Die Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen im 3.-5. Lebensmonat sowie im 7.-9. Lebensmonat wurden nicht nachgewiesen bzw. nicht durchgeführt.

S. ist seit 10. Juli 2020 mit einem Hauptwohnsitz an der Adresse des Bf. gemeldet.

Der Bf., seine Ehegattin und Sohn S. halten sich rechtmäßig in Österreich auf (Rot-Weiß-Rot-Karte-Plus).

Die Kindesmutter hat (mit Schreiben vom 26. September 2022) eine Verzichtserklärung für den Erhalt der Familienbeihilfe abgegeben.

Beweiswürdigung:

Die unstrittigen Feststellungen ergeben sich aus der dokumentierten Aktenlage, die Beschäftigungsdaten und Wohnsitzmeldungen aus dem Abgabensinformationssystem, dem Sozialversicherungsauszug und dem Zentralen Melderegister. Die Aufenthalte der Kindesmutter und von Sohn S. ergeben sich aus den vorgelegten Reisepässen, die durchgeführten Untersuchungen aus dem vorgelegten Mutter-Kind-Pass. Die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes der Familie ergibt sich aus den vorliegenden Aufenthaltsbewilligungen (Rot-Weiß-Rot-Karte-Plus).

Seit und nach dem 01. November 2021 scheinen keine weiteren Flugreisen (Stempel)/Auslandsaufenthalte im vorgelegten Reisepass der Kindesmutter bzw. des Sohnes auf.

Der Bf. gibt am 04. Juli 2022 vor dem Finanzamt selbst an, dass keine Mutter-Kind-Pass-Untersuchungen des Sohnes im 3.-5. sowie im 7.-9. Lebensmonat durchgeführt wurden.

Rechtliche Beurteilung:

Anspruchszeitraum

Ein Bescheid über die Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe *"ab"* einem bestimmten Anspruchszeitraum, ohne im Spruch einen Endpunkt festzusetzen, gilt nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) 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 zugrundeliegende Sach- und Rechtslage nicht ändert (VwGH 26.4.2018, Ra 2018/16/0003 mwN; BFG vom 26.01.2022, RV/7101914/2016).

Der Streitzeitraum wird generell durch den in der Beschwerde bekämpften Erstbescheid des Finanzamtes definiert. Da im Erstbescheid nur der Beginn des Zeitraums genannt wird (*"ab Juli 2020"*), ist für das Ende des Streitzeitraums das Datum des Ergehens des Bescheides, nämlich 05/2022 maßgeblich.

Anspruch dem Grunde nach

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beurteilen. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG 1967 entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit - je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder der Rechtslage - von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. VwGH 08.02.2007, 2006/15/0098, VwGH 28.10.2008, 2008/15/0114).

Im vorliegenden Fall ist für den Bezug der Familienbeihilfe ein gültiger Aufenthaltstitel für den Anspruch auf Familienbeihilfe Voraussetzung, da der Bf., seine Ehegattin und der Sohn S. serbische Staatsbürger sind und Serbien kein Mitgliedstaat der EU ist.

Der Bf., seine Ehegattin und Sohn S. haben einen gültigen Aufenthaltstitel.

Ein gültiger Aufenthaltstitel alleine ist aber nicht ausreichend. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob für den Zeitraum der Antragstellung (ab Juli 2020) ein Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich vorlag, da für den Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 auch der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich liegen muss (vgl. zB VwGH 25.04.2017, Ra 2017/16/0031).

Mittelpunkt der Lebensinteressen

§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 stellt auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet ab (vgl. zB VwGH 27.09.2012, 2012/16/0066).

Die polizeiliche Ab- und Anmeldung (§ 1 Abs. 1 MeldeG) ist dabei nicht entscheidend (VwGH 3.7.2003, 99/15/0104) und kann lediglich ein Indiz darstellen bzw. in Zweifelsfällen einen Begründungsanhalt bieten (VwGH 20.06.1990, 89/16/0020).

Eine Person kann nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH zwar mehrere Wohnsitze haben, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen iSd § 2 Abs. 8 FLAG (vgl. VwGH 28.10.2009, 2008/15/0325).

Die auf einen einzelnen Wohnsitz entfallenden Aufenthaltszeiten stellen ein bedeutsames quantitatives Kriterium dar, wo der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person besteht (vgl. zB VwGH 19.02.1987, 86/16/0198).

Für die Beurteilung, ob sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person in einem bestimmten Zeitraum in Österreich befunden hat, ist das Gesamtbild der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse zu betrachten und gibt hiebei das Überwiegen der Beziehungen zum einen oder anderen Staat den Ausschlag (vgl. zB VwGH 28.10.2008, 2008/15/0114).

Die stärkste persönliche Beziehung eines Menschen besteht im Regelfall zu dem Ort, an dem er regelmäßig mit seiner Familie lebt. Eine verheiratete Person hat den Mittelpunkt der Lebensinteressen regelmäßig am Ort des Aufenthaltes ihrer Familie. Diese Annahme setzt die Führung eines gemeinsamen Haushaltes voraus (vgl. zB VwGH 30.01.1990, 89/14/0054, VwGH 18.01.1996, 93/15/0145, VwGH 28.10.2009, 2008/15/0325).

Ständiger Aufenthalt des Kindes

Die Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ist nach VwGH 28.11.2007, 2007/15/0155, nicht nach subjektiven Gesichtspunkten, sondern nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit zu beurteilen. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann (vgl. VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, vgl. auch BFG vom 22.05.2017, RV/7100062/2017). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des

Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (VwGH 21.9.2009, 2009/16/0178).

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

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt jedenfalls vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl *Stoll*, BAO-Kommentar, 337, und VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; 20.10.1993, 91/13/0175).

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen „längeren Zeitraum“, so liegt nach der Rechtsprechung des VwGH „jedenfalls“ ein „nicht nur vorübergehendes Verweilen“ vor (vgl. etwa das hg Erkenntnis VwGH vom 28.11.2007, 2007/15/0055). Ein Aufenthalt ist demnach nicht schon dann „vorübergehend“ im Sinne dieser Rechtsprechung, wenn er zeitlich begrenzt ist (VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008; *Reinalter* in *Lenneis/Wanke* (Hrsg), FLAG, 2. Aufl. 2020, § 5, III. Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten (§ 5 Abs 3) [Rz 9]).

Diese Einschränkung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 gilt nur bei einem Aufenthalt außerhalb von EU und EWR (§ 53 FLAG in Verbindung mit der Verordnung (EU) 883/2004) bzw. soweit es keine anderslautenden staatsvertraglichen Regelungen gibt. Mit Serbien existiert kein Staatsvertrag, der die Gewährung von Familienleistungen regelt.

Im gegenständlichen Fall war die Ehegattin des Bf. mit dem gemeinsamen Sohn S. laut ZMR-Abfrage im Jahr 2020 von 11. Februar 2020 bis 13. März 2020, von 18. Juni 2020 bis 28. August 2020 und von 15. Dezember 2020 bis 10. Februar 2021 mit einem Hauptwohnsitz in ***Adr*** (Unterkunftgeber: Bf.) gemeldet.

Aus dem vorgelegten Reisepass ergibt sich, dass sich die Kindesmutter und S. von 14. März 2020 bis 7. Juni 2020, 4. September 2020 bis 12. Dezember 2020, 10. Februar 2021 bis 19. Mai 2021 und von 2. August 2021 bis 1. November 2021 in Serbien aufhielten.

Die Ehegattin hat mit S. regelmäßig Familienheimfahrten unternommen. Sie und ihr Sohn S. hielten sich im Jahr 2020 (ab 07/2020) und bis zur Ummeldung des ständigen Hauptwohnsitzes

in Österreich (zum 16. November 2021) demnach ungefähr 9,5 Monate in Serbien und nur ungefähr 5 Monate in Österreich auf. Wenn die belangte Behörde bei dieser Sachlage davon ausging, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Ehegattin und der ständige Aufenthalt von Sohn S. nicht in Österreich lag, da dem Heimatstaat das Übergewicht beizumessen war, so ist das nicht rechtswidrig. An diesem Umstand ändert auch die Verzichtserklärung zugunsten des Vaters nichts.

Das BFG geht daher, ebenso wie das Finanzamt, davon aus, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Ehegattin des Bf. bis Oktober 2021 nicht in Österreich lag.

Korrespondierend hierzu ist davon auszugehen, dass der ständige Aufenthalt von S. in diesem Zeitraum überwiegend in Serbien gelegen ist.

Das BFG geht daher in freier Beweiswürdigung davon aus, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Gattin des Bf. und der ständige Aufenthalt von S. bis Oktober 2021 in Serbien gelegen ist. Weiterführende Angaben zum Lebensmittelpunkt/ständigem Aufenthalt wurden nicht erstattet.

Das Finanzamt hat daher, nach Vorlage der angeforderten Dokumente und im Vorlagebericht selbst zutreffend ausgeführt, ab November 2021 die Familienbeihilfe (plus Kinderabsetzbeträge) zu gewähren.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Unzulässigkeit der 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.

Bei der Lösung der Frage, wo der Mittelpunkt der Lebensinteressen und der ständige Aufenthalt gelegen war, handelt es sich um eine unter Berücksichtigung der gesamt vorliegenden Umstände zu lösende Tatfrage und nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung. Eine Revision ist daher nicht zulässig.

Wien, am 22. März 2023