

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A.M., Anshr., vertreten durch RA Mag. Eva Plaz, Burggasse 116/17-19, 1070 Wien, über die Beschwerde vom 05. April 2016 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 02. März 2016, betreffend Abweisung des Antrages auf Zuerkennung von Familienbeihilfe, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin, eine serbische Staatsangehörige, beantragte unter Verwendung des amtlichen Vordruckes Beih 1 am 09.02.2016 die Zuerkennung von Familienbeihilfe ab Juli 2013 für ihren am xx.1999 geborenen Sohn K.T., der die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Im dazu verfassten Begleitschreiben führte sie Folgendes aus:

“Ich habe alleinige Obsorge für K. (siehe beigelegte Rechtskräftige Beschluss).

Das Kind wohnt ständig bei mir in Wien seit Juli 2013. Es handelt sich um einheitliche Wirtschaftsführung gemeinsame Wohnung die wir zusammen teilen (siehe Niederschrift von MAG-11 von x.03.2015 und Niederschrift von MAG 11 von x.01.2015). K. besucht Schule in Serbien und ist in Internat werend die Schule. Eine Bestätigung über Internat

Unterbringung (in Übersetzung heißt es Schülerheim) von 2013 bis laufend liegt bei, auch die Schulbesuchbästetigung.

Seit März 2007 bis Juni 2013 hat sich mein Sohn bei meiner Mutter aus Sicherheitsgründen in Drittpflege befunden (siehe Niederschrift von MAG-11 von x.02.2015). Seit Juli lebt mein Sohn in Wien bei mir, und befindet sich nicht mehr in Drittpflege. Das Kind befindet sich nicht ständig im Ausland, sondern für Zwecke der Berufsausbildung notwendigerweise eine Zweierunterkunft in Internat bewohnt. Somit Haushaltzugehörigkeit mit mir in Wien gilt nicht als aufgehoben.

Für weiteren Fragen steht Ihnen zu verfügen Frau N. von dem Jugendamt unter Telefonnummer xx.“

Dem Antrag fügte die Beschwerdeführerin folgende Unterlagen bei:

- Beschluss des BG-XY vom xx2006, mit dem die im Scheidungsverfahren getroffene Vereinbarung, wonach die Obsorge für das minderjährige Kind K.T. nur der Beschwerdeführerin zukommt, pflegschaftsgerichtlich genehmigt wird
- Niederschrift vom x.01.2015, x.02.2015 und x.03.2015 vor dem Magistrat der Stadt Wien, Amt für Jugend und Familie, Rechtsvertretung Bezirk-X (Anmerkung: Die Niederschrift vom x.01.2015 enthält keine Unterschrift der Beschwerdeführerin) Hinsichtlich des Inhaltes der Niederschriften wird auf die betreffenden Niederschriften verwiesen.
- Bestätigung der Schule.X, Belgrad, Adresse1, dass K.T. im Schuljahr 2013/14 die erste Klasse dieser Schule besuchte
- Bestätigung der Schule.X, Belgrad, Adresse1, vom 22.10.2015, dass K.T. im Schuljahr 2015/16 die dritte Klasse dieser Schule besucht
- Bestätigung des Schülerheims.Y, Adresse2, vom 22.10.2015, dass K.T., Schüler der Schule.X ein Bewohner des Heimes in den Schuljahren 2013/2014 und 2014/2015 gewesen ist bzw. im Schuljahr 2015/2016 ist
- Bescheinigung der Gemeindeverwaltung Kucevo, Abteilung für allgemeine Verwaltung, Republik Serbien, dass die Beschwerdeführerin keine Kinderbeihilfe für den Sohn K.T. bezieht
- Bescheinigung der Gemeindeverwaltung Kucevo, Abteilung für allgemeine Verwaltung, Republik Serbien, dass die Beschwerdeführerin keine Kinderzulage für den Sohn K.T. bezieht
- Geburtsurkunde des Sohnes K.T.
- Staatsbürgerschaft des Sohnes K.T.
- Meldebestätigung des Sohnes K.T..

Mit Bescheid vom 02.03.2016 wies die Abgabenbehörde den Antrag ab.

Begründend führte sie dazu aus, gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten. Laut Rechtsprechung würden Ferienzeiten der Kinder den Auslandsaufenthalt nicht unterbrechen. Da kein ständiger Inlandsaufenthalt des Kindes vorliege, sei der Antrag abzuweisen.

Gegen den genannten Bescheid brachte die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 05.04.2016 Beschwerde ein.

In der Rechtsmittelschrift bringt sie vor, in Bezug auf § 5 Abs. 3 FLAG treffe es zu, dass der dort verwendete Begriff des "ständigen Aufenthalts" dem Begriff "gewöhnlicher Aufenthalt" im Sinne des § 26 BAO entspreche. Nach § 26 Abs. 2 BAO habe jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhalte, die erkennen ließen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweile. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, sei aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen seien, würden nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt unterbrechen (vgl. VwGH 07.06.2001, 98/15/0025).

Wenn die belangte Behörde in ihrem abweisenden Bescheid von einem ständigen Aufenthalt des Kindes im Ausland zum Zwecke des Schulbesuchs ausgehe, berücksichtige sie gerade nicht ausreichend die Umstände dieses Einzelfalles.

Die räumliche Nahebeziehung ihres Sohnes zum Inland sei ausschließlich abgebrochen worden, um ihn vor seinem Vater zu schützen. Die Angst des Sohnes vor weiteren sadistischen Übergriffen durch den Kindesvater sei der Grund, warum K. nicht dauerhaft in Wien bei ihr leben könne, sondern zu seiner Sicherheit in Serbien lebe. Dass diese Angst nach wie vor berechtigt sei, zeige nicht zuletzt die Kontaktaufnahme des Kindesvaters im Februar 2015, als er den Sohn mit einem falschen Profil "Franz Fuchs" auf Instagram angeschrieben habe, was bei K. berechtigt große Angst ausgelöst habe. Diesbezüglich werde auf das beiliegende Foto, das per Instagram gesendet worden sei, verwiesen.

Die belangte Behörde berücksichtige insbesondere nicht, dass die Bindungen ihres Sohnes zu Österreich allein durch die Verbringung nach Serbien aus Angst vor dem Vater nicht in einer Weise beendet worden seien, dass von einer Beendigung des gewöhnlichen Aufenthalts ausgegangen werden dürfe. Allein, dass sie (die Beschwerdeführerin), ihr jetziger Ehemann und die Stiefgeschwister von K. in Wien lebten und es eine enge Beziehung zwischen K. und seiner Familie gebe, begründe den Rückkehrwillen Ks..

Dass eine Gefährdung durch den Kindesvater bestehe und ein Kontakt zwischen ihm und K. das Kindeswohl gefährden würde, zeige sich auch daran, dass keines der - seit mittlerweile Jahren - befassten Gerichte dem Kindesvater ein Kontaktrecht eingeräumt habe.

Sie habe in ihrem dem Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe beigelegten Schreiben deutlich vorgebracht: "Seit März 2007 bis Juni 2013 hat sich mein Sohn bei meiner Mutter **aus Sicherheitsgründen** (Fettdruck im Original) in Drittpflege befunden." Diese Drittpflege sei mit Juli 2013 beendet worden.

Die belangte Behörde sei ihrer Ermittlungspflicht nicht nachgekommen. Sie hätte ihre Angaben überprüfen und durch ergänzende Befragung vervollständigen müssen. Sie

hätte die von ihr namentlich genannte Mitarbeiterin der Kinder- und Jugendhilfe befragen müssen, weil diese für die Entscheidung maßgebliche Angaben machen könne.

Zum Beweis für das bisherige Vorbringen würden folgende Anträge gestellt:

1. Antrag auf ihre Einvernahme;
2. Antrag auf Einvernahme von Mag^a N., Mitarbeiterin der Kinder- und Jugendhilfe, p.A.: Regionalstelle - Soziale Arbeit mit Familien für den Bezirk-X;
3. Antrag auf Beischaffung des Pflegschaftsaktes zu GZ.xy des BG-XY.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen, dass sich der Sohn aus Sicherheitsgründen und nicht zum Zwecke des Schulbesuchs im Ausland aufhalte, sei von "Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles als vorübergehend gewollt anzusehen sind", und sohin nicht von einer Beendigung des gewöhnlichen Aufenthalts in Österreich auszugehen.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 12.07.2016 gab die Abgabenbehörde der Beschwerde keine Folge.

Diese Entscheidung begründete sie damit, gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 habe nur die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehöre ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teile. Die Haushaltszugehörigkeit gelte nicht als aufgehoben, wenn das Kind für Zwecke der Berufsausbildung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausbildung eine Zweitunterkunft bewohne.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten. Ein Aufenthalt verlange grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folge auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben könne. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, sei aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen seien, würden nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt unterbrechen (VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits in mehreren Erkenntnissen den Familienbeihilfenanspruch für Kinder verneint, die im Ausland eine Schule besuchten und sich nur in der schulfreien Zeit im Inland bei den Eltern aufhielten (vgl. z.B. VwGH 20.06.2000, 98/15/0016, VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, u.a.).

Kehrten die Kinder nach ihren jeweiligen Ferienaufenthalten in Österreich wieder an die Schule ins Ausland zurück, dann sei das Verbringen der schulfreien Zeit in Österreich nur als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, durch die der ständige Aufenthalt der Kinder im Ausland nicht unterbrochen werde.

Der Argumentation, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland liege, komme bei der Beurteilung der Frage nach dem ständigen Aufenthalt ebenso wenig eine entscheidungsrelevante Bedeutung zu wie der Umstand, dass sich der Wohnsitz des Sohnes weiterhin im Inland befinde.

In diesem Sinn habe auch die Fiktion des § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967, wonach die Haushaltszugehörigkeit bei einer auswärtigen Berufsausbildung weiterhin bestehen bleibe, für die Prüfung des ständigen Auslandsaufenthaltes des Sohnes im Sinne des § 5 Abs. 3 keine Bedeutung (vgl. VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Mit Schreiben vom 22.08.2016 beantragte die Beschwerdeführerin die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen und verwies hinsichtlich der Beschwerdegünde auf die Ausführungen in der Beschwerde.

Im vorgelegten Familienbeihilfenakt findet sich eine "Mitteilung zur Antragstellung von A.M. betreffend Familienbeihilfe für K.T." vom 30.11.2015 des Kindesvaters B.T., Adresse3. Dieser hatte im anhängigen Unterhaltsverfahren von der Absicht der Beschwerdeführerin, für den Sohn K.T. ab Juli 2013 Familienbeihilfe zu beantragen, Kenntnis erlangt (vgl. Niederschrift vom x.02.2015 vor dem Magistrat der Stadt Wien, Amt für Jugend und Familie, Rechtsvertretung Bezirk-X) und in der Folge eine Äußerung verfasst, die er bei der Abgabenbehörde am 30.11.2015 einbrachte.

In dieser Mitteilung heißt es:

"Vorgeschichte

K.T. (geb. xx1999) ist der eheliche Sohn von B.T. und der wiederverehelichten A.M. (ehemals T.). Die Ehe wurde am xx2006 einvernehmlich geschieden. Das Verfahren wegen Kindesunterhalt ist seit xx2005 am BG-XY gerichtsanhängig.

*Am 2.2.2007 verbrachte die Mutter im Geheimen den gemeinsamen Sohn zur Drittpflege zu ihren Eltern nach Serbien. Das Kind lebt seitdem **nicht** (Fettdruck im Original) im gemeinsamen Haushalt der Mutter in Wien und wird von dieser **nicht** (Fettdruck im Original) betreut, sondern befindet sich ausschließlich in Drittpflege in Serbien. Alle Instanzen haben - zuletzt der OGH in der Entscheidung vom 11.10.2012 zu 2 Ob xy (ON U-216) - die ausländische Drittpflege bestätigt und das Vorliegen eines gemeinsamen Haushalts bei der Mutter verneint, somit ist unstrittig, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in Serbien liegt. Nach wie vor befindet sich der Minderjährige in ausländischer Pflege und Erziehung der serbischen Großeltern, daher liegt kein gewöhnlicher Aufenthalt in Österreich vor (siehe 2 Ob xy).*

Nach dem Vorbringen der Mutter im Unterhaltsverfahren (GZ: xy, BG-XY) besucht das Kind seit 2013 das Gymnasium in Belgrad und ist dort im Internat ganzjährig untergebracht. An den Wochenenden fährt dieser nach Hause (Serbien, Kucevo) bzw. besucht gelegentlich die Mutter in Wien. Dies nimmt die Mutter zum Anlass, rechtsirrig zu behaupten, dass das Kind mit ihr im gemeinsamen Haushalt lebt und ihr deshalb die Familienbeihilfe für K.T. zustehe.

Bei einem Schulbesuch in einem Land innerhalb der Europäischen Union besteht weiter Anspruch auf Familienbeihilfe. Wenn ein noch nicht volljähriges Kind eine Schule in einem Land außerhalb der EU besucht, sieht der VwGH (Verwaltungsgerichtshof) die Dauer des Auslandsaufenthaltes als maßgebend an, ob weiterhin Familienbeihilfe gewährt wird. **Als vorübergehend sieht der VwGH gerade noch fünfeinhalb Monate an. Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht daher, wenn das Kind ein ganzes Schuljahr im Ausland verbringt** (Fettdruck im Original).

Dazu hat der VwGH wiederholt festgestellt: 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 Gesetzgeber hat eine Reihe von Tatbeständen für den Familienbeihilfenanspruch formuliert, welche von der Unterhaltsleistung unabhängig sind:

- die absolute Beschränkung mit Erreichen einer Altersgrenze (zB § 2 Abs. 1 lit. b FLAG), welche verfassungsrechtlich zulässig ist (vgl. das Erkenntnis des VfGH vom 16. Juni 2011, G 6/11, VfSlg 19.411);

- **den Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland (§ 5 Abs. 3 FLAG), welcher verfassungsrechtlich zulässig ist (vgl. die Erkenntnisse des VfGH vom 15. Juni 2002, G 112/99, VfSlg 16.542, und vom 14. Dezember 2001, B 2366/00, VfSlg 16.380)** (Fettdruck im Original);

- den Ausschluss der Familienbeihilfe, wenn eigenes Einkommen des Kindes einen bestimmten Geldbetrag im Kalenderjahr übersteigt (§ 5 Abs. 1 FLAG), wobei etwa bei hohem Einkommen im zweiten Halbjahr der Familienbeihilfenanspruch auch im ersten Halbjahr trotz damals bestehender Unterhaltspflicht und trotz allenfalls erfolgter Unterhaltsleistungen wegfällt (VwGH 2011/16/0173 vom 29.4.2013).

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 (VwGH 2002/14/0103 vom 15.11.2005).

Für die Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts (Serbien oder Österreich) sind hierfür insbesondere die Dauer und Regelmäßigkeit des Aufenthalts in jenem Land sowie die Staatsangehörigkeit des Kindes, Ort und Umstände, die Integration, die Sprachkenntnisse sowie die familiären und sozialen Bindungen des Kindes in dem betreffenden Staat zu berücksichtigen. Das Kind besitzt die serbische Staatszugehörigkeit, besucht in Serbien die Schule sowie hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt seit mittlerweile **achteinhalb Jahren** (Fettdruck im Original) (2.2.2007) durchgängig in Serbien, also mehr als die Hälfte seines bisherigen Daseins, weshalb der gewöhnliche Aufenthalt des Kindes in Serbien liegt.

Bei einem Auslandsaufenthalt, der ein Kalenderjahr zwei Monate (§ 89 Abs. 2 ASVG) überschreitet, ist kein gewöhnlicher Aufenthalt im Inland mehr gegeben. Eine zeitliche Begrenzung des Auslandsaufenthaltes nach oben wird auch daran zu messen sein, wenn eine Zeitdauer vorliegt, die auch geeignet ist, einen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland zu begründen (RIS-Justiz RW0000315).

Des Weiteren ist der Aktenlage zutreffend zu entnehmen, dass sich das Kind auch gesellschaftsmäßig in Serbien befindet und dort voll integriert ist. Seine Muttersprache ist Serbisch, er gehört der serbisch orthodoxen Glaubensrichtung an und wurde im serbischen Kulturkreis erzogen. Der Minderjährige besucht dort die Schule, der Freundeskreis und das soziale Umfeld stammt von dort, ebenso wohnt das Kind weiterhin im Haus der serbischen Großeltern, mit eigenem Zimmer und befindet sich die Verwandtschaft in unmittelbarer Nähe. Ebenso hat er dort die Kindheit verbracht, so stammen die Schulfreunde und Bekannten allesamt aus Serbien und die Ärzte seines Vertrauens sind auch im nahen Umfeld.

Voraussetzungen für den Erhalt der Familienbeihilfe sind u.a:

- Gemeinsamer Haushalt mit dem Kind*
- Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich*

*Das Kind wächst weiterhin im von den mütterlichen Großeltern geführten Haushalt in Serbien auf und wird weiterhin von diesen alleine betreut. Durch den ständigen Aufenthalt des Minderjährigen in Serbien und des Fehlens zwischenstaatlicher Abkommen ist der Anspruch auf Familienbeihilfe gem. § 5 Abs. 3 FLAG erloschen und **besteht auch weiterhin kein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich**“ (Fettdruck im Original).*

Diese Mitteilung wurde der Beschwerdeführerin mit Schreiben des Bundesfinanzgerichtes vom 08.11.2016 übermittelt und ihr die Möglichkeit eingeräumt, sich dazu zu äußern.

Mit Schreiben vom 23.11.2016 brachte die Beschwerdeführerin vor wie in der Beschwerde und verwies auch auf ihre Ausführungen im Beschwerdeschriftsatz. Ergänzend teilte sie mit, dass dem Kindesvater nunmehr auch die Informations- und Äußerungsrechte gemäß § 189 ABGB entzogen worden seien. In diesem Zusammenhang verwies sie auf die beigelegten Beschlüsse des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 19.05.2015, 43 R xy und 21.07.2016, 43 R xy sowie den Beschluss des OGH vom 27.10.2016, 2 Ob xy und 2 Ob xy.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Sachverhalt:

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Die Beschwerdeführerin stellte am 09.02.2016 den Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe ab Juli 2013 für ihren am xx.1999 in Österreich geborenen Sohn K.T., der die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Die Beschwerdeführerin ist eine serbische Staatsangehörige, deren Ehe mit dem Kindesvater, einem österreichischen Staatsbürger, im Jahre 2006 einvernehmlich

geschieden wurde. Sie ist in 2. Ehe mit einem Serben verheiratet, mit dem sie zwei weitere Kinder hat (geb. am xx2011 und xx2014). Die Beschwerdeführerin verfügt gemäß § 8 NAG über den Aufenthaltstitel "Daueraufenthalt - EU" und lebt mit dem nunmehrigen Ehemann und den beiden Kindern in Wien.

Der Sohn K.T. ist mit kurzfristiger Unterbrechung seit seiner Geburt mit einem Hauptwohnsitz in Österreich gemeldet.

Der Beschwerdeführerin obliegt seit August 2006 die alleinige Obsorge für den Sohn.

Im ersten Kalendervierteljahr des Jahres 2007 wurde der Sohn in den Haushalt der Großeltern mütterlicherseits in Serbien, Kucevo, aufgenommen.

Seit September 2013 besucht der Sohn die Schule.X in Belgrad, Adresse1. Im Schuljahr 2015/2016 befand sich der Sohn in der 3. Klasse.

Der Sohn wohnt seit Beginn des Schulbesuches in Belgrad im Schülerheim.Y in Belgrad, Adresse2.

Die Ferienzeiten und schulautonomen Tage sowie teilweise auch die Wochenenden verbringt der Sohn seit Juli 2013 bei der Beschwerdeführerin und deren nunmehriger Familie in Wien. Einmal im Monat besucht er seine Großeltern mütterlicherseits in Serbien.

Dieser Sachverhalt gründet sich auf die Angaben der Beschwerdeführerin und die von ihr vorgelegten Unterlagen, den Inhalt des Familienbeihilfenaktes und die Abfragen aus dem Zentralen Melderegister.

Rechtslage und rechtliche Beurteilung:

Im vorliegenden Fall herrscht Streit darüber, ob dem Anspruch der Beschwerdeführerin auf Familienbeihilfe die Ausschlussbestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 entgegensteht.

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

Diese Bestimmung trat gemäß BGBl. I Nr. 142/2000 mit 01.01.2001 in Kraft (eine gleichlautende Regelung fand sich vorher in § 5 Abs. 4 FLAG 1967).

Die Abgabenbehörde hat im angefochtenen Bescheid die Zuerkennung von Familienbeihilfe unter Hinweis auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 verneint mit der näheren Begründung, ein ständiger Inlandsaufenthalt des Kindes liege nicht vor, Ferienzeiten der Kinder würden deren Auslandsaufenthalt nicht unterbrechen.

Dagegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit der von ihr eingebrachten Beschwerde, in der sie vorbringt, von einem ständigen Auslandsaufenthalt des Kindes könne nicht gesprochen werden. Der ständige Aufenthalt des Sohnes K. iSd des gewöhnlichen Aufenthaltes gemäß § 26 BAO sei in Österreich anzusiedeln. Von einer Beendigung des gewöhnlichen Aufenthaltes in Österreich könne nicht ausgegangen werden, da sich der Sohn aus Sicherheitsgründen und nicht zum Zwecke des Schulbesuches im Ausland aufhalte. Die räumliche Nahebeziehung des Sohnes zu Österreich sei ausschließlich deshalb abgebrochen worden, weil der Sohn Angst vor seinem Vater habe. Da der Sohn

eine enge Beziehung zu seiner in Österreich lebenden Familie (Mutter mit Stiefvater und Stiefgeschwistern) habe, sei er gewillt nach Österreich zurückzukehren. Es lägen “Abwesenheiten vor, die nach den Umständen des Falles als vorübergehend gewollt anzusehen sind“, die nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt unterbrechen würden.

Damit vermag die Beschwerdeführerin aber die Versagung des Familienbeihilfenanspruches nicht erfolgreich zu bekämpfen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung wiederholt darauf hingewiesen, dass bei der Beurteilung des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 (vormals § 5 Abs. 4 FLAG 1967) ausschließlich **o b j e k t i v e Kriterien** maßgebend sind und subjektiven Momenten keine Bedeutung zukommt.

So hat der Gerichtshof in seiner Judikatur (vgl. z.B. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, VwGH 27.04.2005, 2002/14/0050, VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, VwGH 22.04.2009, 2008/15/0323) im Einzelnen ausgeführt, der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG sei unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen. Danach habe jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhalte, die erkennen ließen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweile. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung sei nach objektiven Kriterien zu treffen. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlange grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folge auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben könne.

Auch im Erkenntnis vom 26.01.2012, 2012/16/0008, hat das Höchstgericht darauf hingewiesen, dass die Frage des ständigen Aufenthaltes nach dem objektiven Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit und nicht nach subjektiven Gesichtspunkten zu beantworten sei. Dass es auf subjektive Momente nicht ankommt, hat der Gerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 20.06.2000, 98/15/0016, klar und deutlich zum Ausdruck gebracht.

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 26 Abs. 2 BAO aufrechtzuerhalten, ist laut Verwaltungsgerichtshof 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, VwGH 27.04.2005, 2002/14/0050, VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, VwGH 22.04.2009, 2008/15/0323, VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Erstreckt sich ein Aufenthalt über einen “längeren Zeitraum“, so liegt nach Auffassung des Gerichtshofes “jedenfalls“ ein “nicht nur vorübergehendes Verweilen“ vor (vgl. VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008). Im Erkenntnis vom 20.10.1993, 91/13/0175, wurde vom Höchstgericht ein über zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt von Kindern als ständig iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 beurteilt. Im Erkenntnis vom 20.06.2000,

98/15/0016, war es ein annähernd dreijähriger Auslandsaufenthalt eines Sohnes, den das Höchstgericht als ständig iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 eingestuft hat. Verbringt das Kind die Ferien in einem anderen Land als jenem des Schulbesuches, so unterbricht dies den ständigen Aufenthalt nicht (vgl. VwGH 17.12.2009, 2009/16/0221, VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Daraus ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes:

Aus welchem Grund sich der Sohn der Beschwerdeführerin in Serbien aufhält, ob zum Zwecke des Schulbesuches (laut den Ausführungen der Beschwerdeführerin im Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe besucht der Sohn die Schule in Serbien und wird für Zwecke des Schulbesuches notwendigerweise eine Zweitunterkunft bewohnt) oder ausschließlich aus Angst vor seinem Vater (wie in der Beschwerde und der nachfolgenden Äußerung vorgebracht wird), ist irrelevant, kommt es doch nicht auf subjektive Momente, sondern einzig und allein auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit an.

Aus diesem Grund ist auch eine Einvernahme der Beschwerdeführerin, Einvernahme von Mag. N., Mitarbeiterin der Kinder- und Jugendhilfe, Regionalstelle - Soziale Arbeit mit Familien für den Bezirk-X, sowie die Beischaffung des Pflegschaftsaktes GZ.xy des BG-XY, zum Beweis dafür, dass der Aufenthalt in Serbien aus Angst vor dem Vater erfolgt, entbehrlich.

Unerheblich für das vorliegende Verfahren ist auch der Umstand, ob dem Kindesvater die Informations- und Äußerungsrechte gemäß § 189 ABGB entzogen wurden (siehe dazu das Vorbringen der Beschwerdeführerin im Schreiben vom 23.11.2016).

Im Beschwerdefall steht außer Streit, dass der Sohn der Beschwerdeführerin seit September 2013 die Schule.X in Belgrad, Adresse1, besucht und sich im Schuljahr 2015/2016 bereits in der 3. Klasse befand. Außer Streit steht auch, dass der Sohn seit Beginn dieses Schulbesuches im Schülerheim.Y in Belgrad, Adresse2, wohnt.

Ob der Sohn seit Juli 2013 zum Haushalt der Beschwerdeführerin gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 als zugehörig zu betrachten ist oder nicht, ist für das gegenständliche Verfahren ohne Belang, kommt doch der im § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967 aufgestellten Fiktion der Haushaltszugehörigkeit bei auswärtiger Berufsausübung (im vorliegenden Fall handelt es sich außerdem nicht einmal um eine Berufsausübung, sondern lediglich um eine Schulausbildung) bei Prüfung eines ständigen Auslandsaufenthaltes iSd § 5 Abs. 3 FLAG 1967 keine Bedeutung zu (vgl. VwGH 20.06.2000, 98/15/0016).

Faktum ist, dass sich der Sohn der Beschwerdeführerin seit dem 1. Quartal des Jahres 2007 (laut den Angaben der Beschwerdeführerin seit März 2007, laut den Angaben des Kindesvaters und den in seiner Mitteilung angeführtem Beschluss des OGH 2 Ob xy seit Februar 2007) in Serbien aufhält. Angesichts des Umstandes, dass dieser Aufenthalt allein schon bis Ende Juni 2013 einen Zeitraum von weit mehr als 6 Jahre (!) umfasst und der Sohn auch ab dem Schuljahr 2013/2014 weiterhin die Schule in Serbien besucht, kann kein Zweifel bestehen, dass von einem ständigen Aufenthalt des Sohnes in Serbien

auszugehen ist. An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Sohn - wie von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführt – seit Juli 2013 die Ferienzeiten und schulautonomen Tage sowie teilweise auch die Wochenenden bei ihr in Wien verbringt. Das Verbringen dieser schulfreien Zeiten in Österreich ist jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Sohnes in Serbien nicht unterbrochen wird (vgl. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103, VwGH 27.04.2005, 2002/14/0050, VwGH 02.06.2004, 2001/13/0160, VwGH 20.06.2000, 98/15/0016 u.a.).

Die Abgabenbehörde ist demnach im Recht, wenn sie unter Bedachtnahme auf § 5 Abs. 3 FLAG 1967 die Zuerkennung von Familienbeihilfe versagt hat.

Zulässigkeit einer Revision:

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes 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.

Im vorliegenden Fall ist die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängig, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Soweit Rechtsfragen zu beurteilen waren, folgt das Gericht einer existierenden, einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, Tatfragen sind einer Revision nicht zugänglich.

Salzburg-Aigen, am 24. Februar 2017