

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf. über die Beschwerde vom 15.4.2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 8/16/17 vom 19.3.2009, vertreten durch ADir. Eckhard Mold, betreffend Abweisung eines Antrags auf Gewährung von Familienbeihilfe für die Monate Juli 2004 bis April 2006 (Sohn P.) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 2.10.2018 zu Recht erkannt:

- 1) Soweit der angefochtene Bescheid über die Monate Juli 2004 bis August 2005 abspricht, wird die Beschwerde gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.
- 2) Soweit der angefochtene Bescheid über die Monate September 2005 bis April 2006 abspricht, wird der Beschwerde gemäß § 279 BAO Folge gegeben. Der angefochtene Bescheid wird insoweit aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

In einem hier nicht näher interessierenden Vorverfahren war von Relevanz, ob Großbritannien eine vorrangige Verpflichtung zur Zahlung von Familienleistungen trifft.

Nachdem diese Frage verneint wurde, ist nunmehr ausschließlich strittig, ob sich der Sohn des Beschwerdeführers (Bf.), P., im Zeitraum Juli 2004 bis April 2006 ständig im Ausland aufgehalten hat.

Der damalige steuerliche Vertreter des Bf. richtete am 5.2.2009, eingelangt am 6.2.2009, folgendes Schreiben an das Finanzamt:

"Mit Bescheid vom 15. April 2008 hat unser Mandant den Bescheid erhalten, dass die Familienbeihilfe für seinen Sohn ... erst ab Mai 2006 gewährt wird.

Unser Mandant erkundigte sich daraufhin beim Sozialministerium, ob das Datum Mai 2006 für ihn korrekt sei. Die Antwort seitens des Ministerium war, dass die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend seien. Tatsächliche Verhältnisse bedeutet nach Auskunft der zuständigen Fachabteilung der Meldezettel. Ergänzend erwähnt sei, dass diese Auskunft von der Fachabteilung des Sozialministeriums kommt.

Da der Sohn ... seit Juli 2004 bei unserem Mandanten nachweislich mit Meldezettel gemeldet ist, steht die Familienbeihilfe seit Juli 2004 und nicht wie vom Finanzamt gewährt ab Mai 2006 zu. Das Finanzamt geht von dem vorliegenden Urteil aus und hat anscheinend den Sachverhalt nicht richtig erkannt.

Wir stellen daher namens unseres Mandanten den Antrag die Familienbeihilfe ab Juli 2004 zu gewähren."

Das Finanzamt erließ folgenden Ergänzungsauftrag:

"Zu Ihrer Eingabe vom 6.2.2009 werden Sie gebeten, den tatsächlichen Aufenthalt des Sohnes P. u. dessen Zugehörigkeit zu Ihrem Haushalt im Zeitraum ab Zuerkennung des Sorgerechtes bis Beginn der bisherigen Antragstellung durch geeignete Beweismittel schlüssig nachzuweisen. Geben Sie bitte auch bekannt, durch wen, in welcher Form u. wo die Aufsicht über das mj. Kind in den Zeiten Ihrer journalistischen Auslandsaufenthalte wahrgenommen wurde u. weisen Sie bitte die diesbezüglichen Angaben schlüssig nach. In diesem Zusammenhang wird auch um eine exakte Aufschlüsselung der Tage mit Aufenthalten außerhalb der Wohnung in Wien über den gesamten Zeitraum gebeten. Weisen Sie bitte die aus der Übersiedlung Ihres Kindes P. von Ägypten nach Wien erwachsenen Kosten sowohl nach dem Kostenanfall, der Kostentragung und der Entrichtung sowie des Entrichtungszeitpunktes belegmäßig nach."

Der steuerliche Vertreter beantwortete dieses Schreiben wie folgt:

"Der Sohn unseres Mandanten ist wie aus beiliegendem Meldezettel ersichtlich ist, seit 26. Juli 2004 ununterbrochen in ...Wien, ..., gemeldet. Den Aufenthalt in Ägypten hat das Finanzamt aus dem Sorgerechtsprozess und geht dabei von einer falschen Annahme aus. P. hat sich nicht einmal ein Monat in Ägypten aufgehalten. Der Grund für diesen Auslandsaufenthalt ist nur darin zu suchen, dass der Prozess dadurch leichter zu führen war und auch schneller ein Urteil erwirkt werden konnte. Tatsächlich gelebt hat P. nie in Ägypten. Am 30. September 2004 ist P. mit seinem Vater aus Ägypten ausgereist. Siehe auch dazu die beigelegte Passkopie. P. war nie in Ägypten polizeilich gemeldet. Aus dem soeben angeführten Grund gibt es auch keine Übersiedlungskosten. Einen Koffer mit Gewand kann man normal im Flugzeug mitnehmen. Das Ticket selbst ist leider nicht mehr vorhanden.

Als weiteren Beweis für den Aufenthalt in Österreich legen wir dem Schreiben eine Bestätigung des Kindergartens und der Volksschule bei. Während der Auslandsaufenthalte unseres Mandanten hat die damalige Lebensgefährtin und jetzige Gattin Frau ... für den Sohn P. gesorgt. Aber auch die ältere Schwester von P., Frau ... hat sich in dieser Zeit um P. gekümmert. Die Aufsicht fand selbstverständlich an der am Meldezettel angegebenen Adresse statt. Sollte es notwendig sein, können die Gattin und die Tochter unseres Mandanten die Richtigkeit der Aussage bestätigen. Die Kostentragung für das Leben von P. erfolgte selbstverständlich durch unseren Mandanten.

Die einzelnen Auslandsaufenthaltstage der Jahre 2004 und 2005 kann unser Mandant nicht mehr nachweisen, da er sie entsprechenden Kalender nicht mehr besitzt."

In der Passkopie - es ist nicht ersichtlich, um welchen Pass es sich handelt - sind mehrere Ein- und Ausreisestempel in Arabisch enthalten. Neben einem Stempel ist handschriftlich vermerkt: "= 30.9.2004".

Das Finanzamt erließ den angefochtenen Abweisungsbescheid für den obigen Zeitraum, den es wie folgt begründete:

"Der Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe ab Juli 2004 wurde auf eine vorgebliche Aussage eines nicht namentlich genannten Bediensteten des Sozialministeriums gestützt, nach welcher nach dessen Meinung für den Bezug der Familienbeihilfe die Meldedaten gleichsam als unwiderlegbare Rechtsvermutung die für den Familienbeihilfenanspruch maßgeblichen tatsächlichen Verhältnisse umschreiben.

Das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 legt in Bezug auf die Anspruchsvoraussetzungen entgegen dieser Behauptung keine Bindung relevanter Sachverhalte an die im Melderegister erfassten Daten fest. Auch kommt einer solchen Meldung in Bezug auf die Qualifikation faktischer Aufenthalte bzw. des tatsächlichen Mittelpunktes der Lebensinteressen nach Lehre und Rechtsprechung keine über die bloße Indizwirkung hinausgehende Bedeutung zu.

Der Vollständigkeit halber wird festgehalten, dass vorgebliche Aussagen von Bediensteten des für die Familienbeihilfe nicht mit Richtlinienkompetenz ausgestatteten Sozialministeriums nicht unabdingbar als beachtliche Rechtsquelle anzusehen sind.

Die mit Vorhalt vom 6.2.2009 erbetenen Nachweise wurden überdies auch mit der Eingabe vom 3.3.2009 nicht erbracht. Somit war spruchgemäß zu entscheiden."

Die dagegen gerichtete Berufung lautet wie folgt:

"Die Berufung richtet sich gegen die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides, weil das Finanzamt zu Unrecht die Familienbeihilfe nicht gewährt hat.

Da nicht davon auszugehen ist, dass das Finanzamt meiner Berufung stattgeben wird, stelle ich den Berufungsantrag, die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde II. Instanz vorzulegen und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, zu der ich bzw. mein persönlicher Vertreter zeitgerecht zu laden wären.

Ergänzend gebe ich dem unabhängigem Finanzsenat bekannt, dass das Finanzamt im Abweisungsbescheid nur mit einem Satz betont, dass keine Nachweise erbracht wurden, dass mein Sohn P. bei mir in Wien gewohnt hat. Ich kann dazu nur sagen, dass ich sehr wohl Nachweise erbracht habe. Wenn ein Meldezettel kein schlüssiger Beweis sein soll, dann frage ich mich, was ein schlüssiger Beweis ist. Man hätte auch meine damalige Lebensgefährtin und nunmehrige Gattin befragen können, die die Aufsicht über meinen Sohn während meiner Auslandsaufenthalte hatte. In diesem Zusammenhang hätte man meine Gattin auch gleich befragen können, ob sie die Aufsicht während meiner Auslandsaufenthalte hatte. Weiters wurde in dem Ersuchen um Ergänzung um die genaue Aufschlüsselung der Tage mit Aufenthalten außerhalb der Wohnung in Wien gebeten.

Betreffend dieses Sachverhaltes kann ich nur sagen, dass bekannt ist, dass ich mit meinem Sohn länger (in etwa ein Monat) in Ägypten bei meiner Familie war und sonst auch Urlaube in Österreich mit ihm gemeinsam gemacht habe. Dass ich heute die genauen Zeitpunkte nicht mehr nennen kann, bitte ich zu verstehen. Da es sich ausschließlich um private Aufenthalte gehandelt hat, habe ich darüber auch leider keine Belege mehr. Da ich mit meinem Sohn aus Ägypten von einem Urlaub nur mit einem Koffer unterwegs war wie jeder andere Urlauber auch und daher keine Übersiedlungskosten entstanden sind, bitte ich zu verstehen.

Abschließend lege ich dem unabhängigen Finanzsenat noch einen aktuell übersetzten Beschluss des Bezirksgerichtes Bratislava bei, aus dem auch ersichtlich ist, dass mein Sohn bei mir gewohnt hat."

Im Akt liegt ein durch eine Gerichtsdolmetscherin übersetztes Urteil des Bezirksgerichtes Bratislava V vom 30.5.2005 (S 20ff), mit dem das Sorgerecht für den minderjährigen P. dem Vater zugesprochen wird.

Folgende Passagen des Urteils befassen sich mit dem Aufenthalt des Kindes im Streitzeitraum:

"In der Verhandlung am 30.5.2005 gab die Großmutter an, dass der Grund der Familienpflege auch jene Tatsache sei, dass die Mutter des Minderjährigen Probleme mit den Drogen hatte, und auch das, dass sie ihr mit dem Kind geholfen hat seit dessen Geburt. Ihr ist bekannt, dass der Vater für den Minderjährigen nicht gut sorgt, er gab ihn in einen Internatkindergarten in Ägypten. Sie erfuhr dies mittels des Rechtsanwaltes des Vaters..."

"Der Vater sagte in der Verhandlung aus, dass der Minderjährige seit Juli 2004 ununterbrochen bei ihm sei, im September 2004 er ihn nach Ägypten genommen habe, wo er den Kindergarten B. zu besuchen begann, der von dem Gesamtweltgesichtspunkt aus gesehen ein der am meisten anerkannte Kindergarten mit einer überstandardmäßigen Fürsorge sei. Der Vater sei zugleich nach Ägypten übersiedelt, wo er in seinem Haus zusammen mit seiner Mutter lebt."

"Der Vater des Minderjährigen ist geschieden, ohne einer weiteren Unterhaltpflicht nachkommen zu müssen. Er wirkt als Journalist, lebt abwechselnd in Ägypten und in Österreich. Im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufes bewegt er sich in der ganzen Welt. Ein bis zwei Wochen im Monat, wenn er seinen Beruf nicht ausübt, widmet er sich ausschließlich dem Minderjährigen, mit dem er die Zeit im Ort seines derzeitigen Aufenthaltes in Ägypten verbringt. Er besitzt in Kairo ein Haus, in dem seine 71 Jahre alte Mutter wohnt."

"Der minderjährige P. ist nicht ganze vier Jahre alt. Seit dem 24.7.2004 ist er in einer direkten Betreuung des Vaters. Zuerst wohnte er mit ihm in Wien, seit September 2004 in dessen Haus in Kairo. Er besucht jeden Tag den Kindergarten B., wo er die Zeit von 9.00 bis 17.00 Uhr verbringt. Es handelt sich um eine internationale Vorschuleinrichtung, die die Kinder der diplomatischen Mitarbeiter besuchen, mit einem internationalen, vor

allem europäischen Personal. Es geht um eine überstandardmäßige Einrichtung, in der die Kinder ärztliche Untersuchungen haben, die Eltern regelmäßige Berichte über die Körpertemperatur des Kindes, bzw. über dessen gesamten gesundheitlichen Zustand im Laufe des Tages, über seinen Zustand, über das Programm, Arbeitsaktivitäten und Ergebnisse bekommen. Dreimal in der Woche haben die Kinder ein Programm außerhalb der Einrichtung. Da besuchen sie den Tiergarten, besichtigen Denkmäler usw. Der Minderjährige spricht englisch und arabisch."

"Angesicht des derzeitigen Wohnsitzes des Minderjährigen in Kairo ist es nicht möglich die Forderung des Kollisionskurators auf Untersuchung seiner dortigen Verhältnisse zu realisieren. Der Vater hat jedoch ausreichende Beweise über das Prosperieren des Minderjährigen vorgelegt, u.zw. durch Berichte der Vorschuleinrichtung für Eltern bezüglich P., über seinen momentanen gesundheitlichen Zustand, Beurteilung seiner bildnerischen, sprachlichen und schriftlichen Äußerungen rund im Gesamten über sein Prosperieren. Auch durch Fotografien von seinen Unterhaltungsaktivität, die beweisen, dass das Kind in höchst ausreichenden Versorgung ist. Sofern sich der Vater wegen Ausübung seines Berufes dem Minderjährigen nicht ununterbrochen widmen kann, ist das Gericht der Ansicht, dass die gegenwärtigen Lebensbedingungen des: Kindes auch so überstandardmäßig sind und sein Aufenthalt in der Vorschuleinrichtung, oder während der Zeit der Abwesenheit des Vaters in der Gesellschaft der Betreuerin und der Großmutter für ihn unvergleichbar mehr entsprechend ist, als das Überlassen der Betreuung der Mutter."

Der der Berufung - auch in beglaubigter Übersetzung - beigelegte Beschluss des BG Bratislava datiert vom 29.1.2009; ein Absatz des Beschlusses lautet: *"Aus den im Akt hinterlegten Aktenbeweisen stellte das Gericht fest, dass der Minderjährige mit seinem Vater auf der Adresse ... Wien, Österreich wohnt. Der Minderjährige lebt ununterbrochen mit seinem Vater in Österreich, wo er auch eine pädagogische Vorschuleinrichtung besucht."*

Mit Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses vom 3.5.2017 wurde der Akt dem nunmehr ausgewiesenen Richter übertragen.

Das Bundesfinanzgericht richtete an den Bf. am 13.7.2017 folgendes Schreiben:

"...strittig ist, ob sich Ihr Sohn P. im Streitzeitraum Juli 2004 bis April 2006 im Ausland aufgehalten hat oder bei Ihnen in Ihrem Haushalt in ... Wien ... gewohnt hat.

Festgehalten sei, dass der Umstand, dass Ihr Sohn seit 26.7.2004 an Ihrer Adresse gemeldet ist, nicht zwingend Rückschlüsse auf seinen tatsächlichen Aufenthalt zulässt.

Folgende Unterlagen sind in diesem Zusammenhang aktenkundig:

- *Bestätigung des Kindergartens der A. vom 30.11.2006, wonach Ihr Sohn seit September 2006 den Kindergarten besucht hat.*
- *Im Urteil des Bezirksgerichtes Bratislava V vom 30.5.2005 hinsichtlich eines Sorgerechtsstreites ist angeführt, dass Ihr Sohn seit 24.7.2004 von Ihnen betreut wird. Zunächst habe er mit Ihnen in Wien gewohnt, seit September 2004 lebe er in Ihrem Haus*

in Kairo und besuche dort jeden Tag den Kindergarten B.. Angesichts dieses Wohnsitzes in Kairo sei es nicht möglich, die Forderung des Kollisionskurators auf Untersuchung seiner dortigen Verhältnisse zu realisieren. Sie hätten jedoch ausreichende Beweise über das Prosperieren des Sohnes vorgelegt, und zwar u.a. durch Berichte der Vorschuleinrichtungen für Eltern bezüglich P., über seinen momentanen gesundheitlichen Zustand, Beurteilung seiner bildnerischen, sprachlichen und schriftlichen Äußerungen und durch Fotografien von seinen Unterhaltungsaktivitäten.

- *Nochmalige (undatierte) Bestätigung des Kindergartens der A., wonach P. den Kindergarten in der Vorschulzeit besucht habe, allerdings ohne Angabe des genauen Zeitraums.*

Zusammenfassend ist es somit derzeit überwiegend wahrscheinlich, dass sich Ihr Sohn jedenfalls ab September 2004 bis April 2006 im Ausland aufgehalten hat. Diese Annahme gründet sich vor allem auf die präzisen Angaben im Sorgerechtsstreit, wo auch der Kindergarten in Kairo genau bezeichnet wird, und auf die Dokumentation der Aktivitäten, die Ihr Sohn im Ausland vorgenommen hat. Demgegenüber sprechen - sieht man von der polizeilichen Meldung ab - derzeit keine Umstände für einen Inlandsaufenthalt in obigem Zeitraum.

Es wird Ihnen Gelegenheit geboten, diese Annahme durch geeignete Unterlagen zu widerlegen. In Betracht kommt dabei insbesondere eine Bestätigung über einen Kindergartenbesuch Ihres Sohnes im Streitzeitraum."

Dieses Schreiben hat der Bf. wie folgt beantwortet:

"Folgende Fakten werden nicht berücksichtigt:

- 1) *Eine Passkopie ist im Akt vorhanden, woraus ersichtlich ist, dass P. mit mir am 30.09.2004 Ägypten verlassen hat.*
- 2) *P., mittlerweile fast 17 Jahre alt, kann selbst als Zeuge Auskunft darüber geben.*
- 3) *Mein damaliger Steuerberater monierte in einem Brief an das Finanzamt , vom 5/2/2009, dass faktische Verhältnisse (**laufend gemeldet seit Juli 2004**) ausschlaggebend für die Gewährung der Familienbeihilfe sein sollten. Auch wenn dies nicht zwingend Rückschlüsse auf den tatsächlichen Aufenthalt zulässt, ist dies zumindest einer **Indizierung** beizumessen.*
- 4) *P. verbrachte die Sommermonate 2004 in Kairo, damit ich Unterlagen für das Obsorgegericht in Bratislava organisieren kann. Eindeutig und überwiegend hat P. sich seit September 2004 in Österreich aufgehalten. Ich habe ihn immer betreut und für ihn gesorgt.*
- 5) *Eine Beschwerde beim damaligen Volksanwalt, Dr. Peter Kostelka, und die Stellungnahme der Frau Bundesministerin für Familie und Jugend dazu, ergab am 17 April 2008, eine positive Antwort. Die Familienbeihilfe für P. wurde auch für die Zeit vor dem Jänner 2008 (Datum meiner Beschwerde) anerkannt, da ich den Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit in Österreich unterstellt bleibe. Österreich ist im Mittelpunkt*

meiner Interessen seit nun mehr als 40 Jahren, ich habe auch Anfang der 80er Jahre meinen Wehrdienst in Österreich geleistet.

6) Jahr für Jahr gehen zig tausende Kinder, Schüler und Studenten auf ein Schuljahr oder Schul-Semester ins Ausland. Kinder können auch Verwandte im Ausland besuchen, ohne, dass die Familienbeihilfe untersagt wird. Eine Aberkennung der Familienbeihilfe ... käme einer Diskriminierung gleich."

Am 11.7.2018 wurde der Sohn des Bf. als Zeuge einvernommen; der darüber aufgenommenen Niederschrift ist Folgendes zu entnehmen:

"1) Wo haben Sie sich im Streitzeitraum Juli 2004 bis April 2006 aufgehalten?

Meiner Erinnerung nach war ich in diesem Zeitraum ausschließlich in Österreich, abgesehen von maximal zwei Monaten im Sommer 2005, in denen ich mich im Kindergarten B. in Kairo aufgehalten habe.

Mein Vater hat im Dezember 2005 in Wien geheiratet; ich habe mich aber bereits seit September 2005 in Wien aufgehalten.

2) Gibt es hierfür Beweismittel, die dies belegen?

Ich lege dem Bundesfinanzgericht Fotos vor, die auf der Rückseite meist datiert sind. Die großformatigen Fotos wurden in Kairo aufgenommen, alle übrigen in Österreich oder in Urlaubsorten, an denen ich mich meist mit meinem Vater aufgehalten habe.

Ich lasse die Fotos zwecks Kopie im Bundesfinanzgericht; danach werden die Fotos retourniert.

3) Zur Passkopie auf S 107 des Aktes: Wissen Sie, wem dieser Pass gehört (hat)?

Können Sie die Daten übersetzen?

Dies kann ich nicht sagen. Ich verstehe zwar arabisch, kann aber die Schrift nicht lesen.

4) Im Urteil des Bezirksgerichtes Bratislava V vom 30.5.2005 (S 20ff) hinsichtlich eines Sorgerechtsstreites ist angeführt, dass Sie seit 24.7.2004 von Ihrem Vater betreut werden. Zunächst habe Sie bei ihm in Wien gewohnt, seit September 2004 lebten Sie im Haus ihres Vaters in Kairo und besuchten dort jeden Tag den Kindergarten B..

Auf S 24 heißt es "Angesichts des derzeitigen Wohnsitzes des Minderjährigen in Kairo..."

Können Sie sich dazu äußern?

Diese Angaben sind unzutreffend. Ich habe im Haus meines Vaters und meiner Großmutter in Kairo ausschließlich im Sommer 2005, also zu der Zeit, in der ich den Kindergarten B. besucht habe, gelebt. Abgesehen davon war ich ein- bis zweimal mit meinem Vater in Kairo, insgesamt aber nicht mehr als zwei Wochen; in dieser Zeit haben wir im Hotel gewohnt."

In der am 2.10.2018 über Antrag durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde ausgeführt:

"Bf.: Wenn mir die Ausführungen des Urteils des Bezirksgerichtes Bratislava V vom 30.5.2005 vorgehalten werden, wonach ich meinen Sohn seit September 2004 nach Ägypten mitgenommen habe, so ist diese Aussage darauf zurückzuführen, dass mir mein Rechtsanwalt dies nahegelegt hat. Der Grund dafür ist darin zu sehen, dass ich kurz vor dem Gerichtstermin einen schweren Unfall gehabt habe und ich vor Gericht mit zwei Krücken erscheinen musste. Mein Rechtsanwalt hat gemeint, dies könnte Probleme mit der Zusprechung des Sorgerechtes geben, weshalb ich dem Gericht Fotos vorgelegt habe, wonach sich mein Sohn in Ägypten in einem sehr guten Kindergarten befunden hat.

Diese Aussage ist allerdings unzutreffend; richtig ist vielmehr, dass sich mein Sohn während des gesamten Streitzeitraumes Juli 2004 bis April 2006 in meiner Obsorge in Österreich befunden hat. Hinzufügen möchte ich, dass ich slowakisch keinesfalls beherrsche. Die protokollierten Antworten hat daher mein Anwalt gegeben, ohne dass ich genau beurteilen kann, was er tatsächlich gesagt hat.

Vertreter des FA: Zunächst möchte ich klarstellen, dass die obige Protokollierung insofern unzutreffend war, als der Bf. nur gesagt hat, das Kind sei seit Juli 2004 bei ihm gemeldet gewesen. Ob es sich tatsächlich beim ihm aufgehalten hat, ist bis heute unklar, wobei gegen einen tatsächlichen Aufenthalt spricht, dass der Bf. gerade wegen seines Unfalls wohl kaum die Möglichkeit gehabt hat, sich um das Kind zu kümmern, wobei überdies das Kind offensichtlich nur slowakisch gesprochen hat.

Überdies ist aus dem nachträglich vorgelegten Beschluss des BG Bratislava vom 29.1.2009 ersichtlich, dass der Bf. erst die Obsorge für sein Kind beantragt hat, woraus erkennbar ist, dass er eben davor keine Obsorge hatte. Dies ist auch aus der ursprünglich vorliegenden Besuchsregelung ersichtlich, wobei der Bf. einen diesbezüglichen Antrag erst zurückgezogen hat, sobald ihm die Obsorge zugesprochen worden ist.

Überdies ist aufgrund der aktenkundigen Einkommensverhältnisse des Bf. unwahrscheinlich, dass er tatsächlich relevante finanzielle Beiträge zur Erziehung seines Kindes geleistet hat.

Bf.: Richtig ist, dass ich zwar nicht slowakisch kann und mein Sohn zum damaligen Zeitpunkt nur slowakisch gesprochen hat, ich aber gerade deshalb für ihn slowakisch sprechende Babysitter bzw. Kindermädchen organisiert habe, die in Wien studiert haben und daher sowohl slowakisch als auch deutsch sprechen konnten. Ich habe überdies auch den Unterhalt für meinen Sohn bezahlt, dies zum Teil aus meinen Ersparnissen, wie etwa dem Einlösewert aus einer Lebensversicherung.

Überdies ist aus den - allerdings zum Teil undatierten - Fotos ersichtlich, dass sich mein Sohn im fraglichen Zeitraum tatsächlich bei mir in Österreich befunden hat.

Die Fotos werden nunmehr dem Vertreter des FA zur Einsichtnahme übergeben.

Meine geschiedene Gattin ist bereit zu bestätigen, dass mein Sohn bereits einige Monate vor unserer Hochzeit im Dezember 2005 mit uns gemeinsam in Wien gelebt hat; sie kam eben einige Monate vor unserer Hochzeit nach Österreich.

Zu den undatierten Fotos möchte ich noch ausführen, dass auf den Negativen, die ich über Verlangen vorweisen könnte, sehr wohl ein entsprechendes Datum ersichtlich ist.

Ich habe mich jedenfalls in sozialer und materieller Hinsicht um meinen Sohn gekümmert, was auch schon daraus ersichtlich ist, dass ich die Änderung des Familiennamens von O. auf U. durchführen habe lassen und überdies alle Formalitäten, wie Krankenkassenmeldung, Geburtsurkunde, erledigt habe.

Diese Änderungen wurden bereits im Streitzeitraum angestoßen.

Eine Kindergartenbestätigung liegt ebenfalls vor. Meiner Erinnerung nach hat mein Sohn jedenfalls ein Jahr vor Schulbeginn den Kindergarten besucht.

Vertreter des FA: In einem Teil des Streitzeitraumes wurde dem Bf. noch nicht die Obsorge über seinen Sohn übertragen. Wie aus seiner Aussage hervorgeht, wurden verschiedene Aupair-Mädchen und Babysitter für seinen Sohn angestellt. Gibt es über die zu leistenden Zahlungen Belege, die ja auch für den Sorgerechtsstreit in Bratislava von Bedeutung hätten sein können?

Bf.: Belege gibt es nicht, diese wurden auch vom Gericht nicht verlangt. Die Entlohnung erfolgte nach der erbrachten Leistung, worüber keine Zahlungsbelege ausgestellt wurden. Auch haben die jeweiligen Mädchen immer sehr oft gewechselt. Die Mädchen wurden über meinen Anwalt vermittelt, der dies auch bestätigen könnte.

Die vorgelegten Fotos können jedenfalls bestätigen, dass mein Sohn im Streitzeitraum zu mir haushaltsgerechtig war.

Vertreter des FA: Dies ist keineswegs einleuchtend; zumindest ein Foto wurde in der Slowakei aufgenommen, aus den übrigen Fotos ist jedenfalls keineswegs die Haushaltsgerechtigkeit ableitbar.

Bf.: Sämtliche Fotos sind von mir aufgenommen worden.

Was die Divergenzen zwischen meiner ursprünglichen Aussage, wonach ich mich mit meinem Sohn im Sommer 2004 in Kairo befunden hätte, und der Aussage meines Sohnes, wonach dies im Sommer 2005 der Fall gewesen wäre, betrifft, so kann ich mich aufgrund des Zeitablaufes nicht an das genaue Jahr erinnern."

Hingewiesen wird darauf, dass die am 31. Dezember 2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängigen Berufungen gemäß § 323 Abs. 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhaltsfeststellungen

Das Bundesfinanzgericht nimmt es als erwiesen an, dass sich der Sohn des Bf. jedenfalls nicht den gesamten Streitzeitraum ständig im Inland aufgehalten hat. Angenommen wird, dass dies erst frühestens ab September 2005 der Fall gewesen ist.

2. Beweiswürdigung

Hierfür waren folgende in freier Beweiswürdigung beurteilte Umstände maßgebend:

Zunächst spricht das Urteil des Bezirksgerichtes Bratislava V vom 30.5.2005 eindeutig gegen den Standpunkt des Bf. Aus der in diesem Urteil festgehaltenen Aussage des Vaters geht hervor, dass sein Sohn Juli 2004 ununterbrochen bei ihm sei (auch nach den Ausführungen des Bf. hat P. jedenfalls die Sommermonate 2004 in Kairo verbracht), und er ihn im September 2004 nach Ägypten genommen habe, wo er den Kindergarten B. zu besuchen begonnen habe.

Weiters heißt es in diesem Urteil: *"Angesicht des derzeitigen Wohnsitzes des Minderjährigen in Kairo ist es nicht möglich die Forderung des Kollisionskurators auf Untersuchung seiner dortigen Verhältnisse zu realisieren. Der Vater hat jedoch ausreichende Beweise über das Prosperieren des Minderjährigen vorgelegt, u.zw. durch Berichte der Vorschuleinrichtung für Eltern bezüglich P., über seinen momentanen gesundheitlichen Zustand, Beurteilung seiner bildnerischen, sprachlichen und schriftlichen Äußerungen rund im Gesamten über sein Prosperieren. Auch durch Fotografien von seinen Unterhaltungsaktivität, die beweisen, dass das Kind in höchst ausreichenden Versorgung ist."*

Hieraus folgt also, dass sich das BG Bratislava V bei seiner Urteilsfindung nicht nur auf die Parteienaussagen beschränkt hat, sondern ganz offensichtlich über Unterlagen, Fotos und Bestätigungen des Kindergartens verfügt hat, die den Gesundheitszustand des Sohnes sowie seine Entwicklungsschritte dokumentiert haben, was zwangsläufig nur dann möglich ist, wenn sich der Sohn auch tatsächlich in Kairo aufgehalten hat.

Auch die mütterliche Großmutter gab in der Verhandlung vom 30.5.2018 an, ihr sei bekannt, dass der Vater für den Minderjährigen nicht gut sorge, er habe ihn in einen Internatkindergarten in Ägypten gegeben.

Wenn der Bf. seine von seinem Rechtsanwalt gegebene angebliche Falschaussage vor Gericht damit begründet, er hätte aufgrund eines schweren Unfalls Probleme mit der Zusprechung des Sorgerechtes haben können, ist dies nicht nachvollziehbar. Warum der Bf. höhere Chancen auf das Sorgerecht hätte haben können, wenn sich der Sohn weit entfernt vom Vater in Ägypten aufgehalten hätte, als wenn er in Wien von seinem Vater mithilfe von Kindermädchen versorgt worden wäre, kann nicht schlüssig erklärt werden.

Demgegenüber kommt der polizeilichen Meldung - wie auch das Finanzamt zutreffend ausführt - keine Beweiskraft, sondern allenfalls Indizwirkung zu, da es nicht auf eine formale Meldung, sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt (sh. VwGH 26.11.1991, 91/14/0041; VwGH 3.7.2003, 99/15/0104).

Auch die Aussage des Sohnes als Zeuge spiegelt offensichtlich nicht den tatsächlichen Aufenthalt wider, was auch insoweit nicht weiter verwunderlich ist, als der Sohn zu Beginn des Streitzeitraumes erst rund drei Jahre alt war bis zur Zeugenaussage rund 14 Jahre verstrichen sind. Auch sind die Angaben in der Zeugenaussage teilweise präziser als aufgrund des Zeitablaufs erwartet werden kann, weshalb davon auszugehen ist, dass der Sohn die Aussagen nicht aus der Erinnerung getroffen hat.

Auch die vorgelegten Fotos tragen nicht viel zur Wahrheitsfindung bei; soweit sie datiert sind, weisen sie den 4.7.2004, den 25.7.2004, den 31.7.2004 und Juli 2006 auf, also am Rande oder außerhalb des Streitzeitraums, wobei auch unklar ist, ob hierunter das Aufnahme- oder das Entwicklungsdatum zu verstehen ist. Jedenfalls kann nicht festgestellt werden, ob die Fotos anlässlich eines vorübergehenden (etwa im Zuge eines Urlaubs) oder länger dauernden Inlandsaufenthalt entstanden sind.

Aus der einseitigen Kopie der Passstempel ist weder ersichtlich, wem der Pass gehört hat noch - selbst wenn dadurch die Ausreise am 30.9.2004 dokumentiert würde - ob zu einem späteren Zeitpunkt wieder eine Einreise erfolgt ist.

Ferner ist aus dem Beschluss des BG Bratislava V, datiert vom 29.1.2009, der vom Bf. als Beweis seines Vorbringens vorgelegt wurde, für den Bf. nichts zu gewinnen; zwar spricht der Beschluss davon, dass der Minderjährige mit seinem Vater auf der Adresse ... Wien, Österreich wohnt, was aber für das Jahr 2009, das weit außerhalb des Streitzeitraums liegt, ohnehin unbestritten ist.

Dass der Sohn des Bf. erst ab September 2006 einen Kindergarten in Wien besucht hat, ist aus der Bestätigung des Kindergartens ersichtlich und deckt sich mit den Aussagen des Bf. in der mündlichen Verhandlung und früheren Eingaben.

Schließlich ist auffällig, dass ein Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Sohn P. erstmals am 30.11.2006 gestellt wurde, und zwar rückwirkend erst ab 12.5.2006. Wäre der Sohn bereits ab Juli 2004 bei seinem Vater in Österreich haushaltsgleich gewesen, ist nicht erklärbar, warum nicht bereits zu einem früheren Zeitpunkt ein Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe gestellt wurde oder zumindest im Antrag vom 30.11.2006 Familienbeihilfe rückwirkend ab Juli 2004 beantragt worden wäre. Dies ist erst mit einer Eingabe des damaligen steuerlichen Vertreters des Bf. vom 5.2.2009 geschehen.

Zusammenfassend wird daher festgehalten:

Vom Beginn des Streitzeitraumes bis zumindest 30.5.2005, dem Datum des Urteils des Bezirksgerichtes Bratislava V, kann in freier Beweiswürdigung aufgrund der oben dargelegten Umstände bedenkenlos als erwiesen angenommen werden, dass sich der Sohn des Bf. die weitaus überwiegende Zeit in Ägypten aufgehalten hat.

Nach diesem Zeitraum kann zugunsten des Bf. nicht ausgeschlossen werden, dass sich der Sohn des Bf. wieder in Österreich befunden hat. Da der Bf. im Dezember 2005 geheiratet hat und sich die spätere Ehegattin offensichtlich bereits einige Monate davor in Österreich aufgehalten hat und sich damit um ihren Stiefsohn annehmen konnte, aber andererseits nicht anzunehmen ist, dass der Sohn des Bf. unmittelbar nach Prozessende nach Österreich rückübersiedelt ist, ist als wahrscheinlichster Zeitpunkt hierfür der September (nach Ende der Sommerferien) anzunehmen. Dies entspricht auch der Aussage des Sohnes.

3. Rechtliche Würdigung

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat primären Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe für ein in Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

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

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 geht es um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. etwa VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 5 Rz 9). Dabei ist eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehender Aufenthalt anzusehen (sh. VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133). Das Verbringen der Ferien in Österreich unterbricht den ständigen Aufenthalt im Ausland nicht (sh. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016).

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO iVm § 2a BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Da das Bundesfinanzgericht in freier Beweiswürdigung zum Ergebnis gekommen ist, dass sich der Sohn des Bf. jedenfalls im Zeitraum Juli 2004 bis August 2005 in Ägypten aufgehalten hat, also mehr als ein Jahr, steht Familienbeihilfe für diesen Zeitraum gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 nicht zu.

Hinzugefügt sei, dass der Bf. für Juli 2004 schon deshalb keinen Anspruch hat, da das Kind in diesem Monat nicht überwiegend dem Haushalt des Bf. angehört hat (sh. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Da ab September 2005 der Beschwerde Folge gegeben wird, war der Antrag des Bf. auf Zeugeneinvernahme seiner Ex-Gattin gemäß § 183 Abs. 3 BAO als unerheblich abzulehnen; nach den Aussagen des Bf. war diese erst einige Monate vor der im Dezember 2005 stattgefundenen Hochzeit nach Wien gekommen, weshalb sie aus eigener Anschauung nicht beurteilen kann, ob sich der Sohn des Bf. davor ständig im In- oder Ausland aufgehalten hat.

4. Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts-

hofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung ist im Beschwerdefall nicht gegeben, da kein Rechtsproblem vorliegt, sondern der als erwiesen angenommene Sachverhalt in freier Beweiswürdigung festgestellt wurde.

Wien, am 11. Oktober 2018