

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Christian Lenneis in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerde vom 27. Jänner 2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 18. Jänner 2017 betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Monat April 2016, Steuernummer ***BF1StNr1***, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Das Finanzamt erließ am 18.1.2017 einen Bescheid, mit dem es die vom Beschwerdeführer (Bf.) für den Monat April 2016 für seinen Sohn ***1***, geb. 1999, bezogene Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zurückforderte.

In der dagegen gerichteten Beschwerde brachte der Bf. im Wesentlichen vor, sein Sohn habe bis September 2016 bei ihm gelebt und sei auch gemeldet gewesen und sei erst danach wegen eines Streites zu seiner Mutter gezogen.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mittels Beschwerdevorentscheidung mit der Begründung ab, laut Pflschaftsbeschluss habe der Sohn ***1*** vorgebracht, er sei wieder ab März 2016 bei der Kindesmutter wohnhaft gewesen.

Im dagegen gerichteten Vorlageantrag brachte der Bf. - nunmehr vorübergehend anwaltlich vertreten - Folgendes vor:

„Nach der Trennung der Eltern lebte ***1*** ... weiterhin bei dem Beschwerdeführer in dessen Haushalt an der Adresse ..., wo er bis zum 13.9.2016 aufrecht gemeldet war.

Beweis: PV des Beschwerdeführers

Meldebestätigung vom 23.1.2017

Erst im September 2016 zog ***1*** zu seiner Mutter, weil es Konflikte mit dem Beschwerdeführer gab, unter anderem wegen Drogen, die der Beschwerdeführer im Zimmer des Sohnes gefunden hatte. Im Zuge dieser Auseinandersetzung schrieben der Beschwerdeführer und der Sohn ***1*** einander Nachrichten, wobei ***1*** am 18.9.2016 schrieb: „Ich brauche meine Sachen sag wenn du irgendwann zeit hast damit ich meine Sachen hole“.

Beweis: What's App-Chatprotokoll September 2016

Parteienvernehmung des Beschwerdeführers

Die Haushaltshilfe des Beschwerdeführers, Frau ***2*** ***3***, und einige Nachbarn, wie Herr ***4*** ***5***, konnten wahrnehmen, dass ***1*** im Zeitraum April bis Mitte September 2016 bei dem Beschwerdeführer lebte.

Beweis: Zeugenvernehmung ***2*** ***3***, ***6***

ZV ***4*** ***5***, ***7***

Schriftliche Bestätigung von Herrn ***4*** ***5***

Schriftliche Bestätigung von Frau ***2*** ***3***

Erst Mitte September zog ***1*** ... zu seiner Mutter. Zwischen dem Beschwerdeführer und der Kindesmutter besteht ein sehr schlechtes Verhältnis. Seit der Trennung gibt es diverse Streitigkeiten, die auch vor Gericht ausgetragen werden. Die Kinder, somit auch ***1***, werden von der Kindesmutter stark beeinflusst. Nur so ist es für den Beschwerdeführer erklärbar, weshalb der Sohn ***1*** angegeben haben soll, bereits seit März 2016 bei der Kindesmutter zu leben. So kann die Wohnungsnachbarin der Kindesmutter, Frau ***8*** ***10***, bestätigen, dass ***1*** im Zeitraum März 2016 bis September 2016 jedenfalls nicht bei der Kindesmutter gelebt hat.

Beweis: ZV ***8*** ***10*** p.A. ***9***

Rechtlich folgt daraus:

Für ein minderjähriges Kind hat die Person Anspruch auf Kinderbeihilfe, in deren Haushalt das Kind lebt (§ 2 FLAG).

Im April 2016 lebte das Kind ***1*** gemeinsam mit dem Beschwerdeführer in dessen Haushalt. Der Beschwerdeführer bezog für den Sohn ***1*** daher rechtmäßig in diesem Zeitraum Familienbeihilfe und den jeweiligen Kinderabsetzbetrag iHv gesamt € 198,-. Der

Beschwerdeführer erfüllte im gegenständlichen Zeitraum auch alle sonstigen Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages.

*Mit Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 18.1.2017, DVR 0009164, wurde der Beschwerdeführer verpflichtet, die für den Sohn ***1*** erhaltene Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für April 2016 zurück zu erstatten, mit der Begründung, dass der Sohn ***1*** im April 2016 bereits bei dessen Mutter lebte. Da der Sohn ***1*** aber tatsächlich gemeinsam mit dem Beschwerdeführer in dessen Haushalt lebte, wurde der Beschwerdeführer durch den Bescheid vom 18.1.2017 in seinen Rechten verletzt.*

Es werden daher gestellt die

Anträge:

Das Bundesfinanzgericht möge

- 1. eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen,*
- 2. die Beschwerdeentscheidung des Finanzamtes Baden Mödling vom 17.3.2017, ... betreffend die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages hinsichtlich des Sohnes ***1*** ... für April 2016 ersatzlos beheben und*
- 3. den Rückforderungsbescheid des Finanzamtes Baden-Mödling vom 18.1.2017, DVR 0009164, betreffend die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag hinsichtlich des Sohnes ***1*** ... für April 2016 ersatzlos beheben.“*

Die schriftlichen Aussagen der beiden Zeugen lauten:

*„Ich, Fr. ***2*** ***3*** bin mit Familie ***Bf1*** und seinem Sohn ***1*** seit 2014 befreundet. Ich helfe bei dieser Familie im Haushalt mit, übernehme Tätigkeiten wie Wäsche waschen, kochen, bügeln u.a.*

*Ich war und bin regelmäßig bei der Familie ***Bf1*** in der ***12*** um im Haushalt zu helfen.*

*Hr. ***Bf1*** hat bis September 2016 mit seinem Sohn dort gemeinsam gewohnt, seit einem Familienstreit Ende September 2016 lebt Sohn ***1*** bei seiner Mutter.“*

*„Hiermit bestätige ich, ***4*** ***5***, den Sohn von Herrn ***Bf1***, ***1*** ***Bf1***, spätestens bis KW 35 2016 in seinem Wohnhaus auf der ***12*** gesehen hab. Über die Sommermonate war er fast täglich anwesend.“*

In der Niederschrift über die am 6.10.2020 antragsgemäß durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde Folgendes festgehalten:

*„Beschwerdeführer: Ich war im August 2016 nicht in Österreich; nachdem ich zurückgekehrt bin, hat sich herausgestellt, dass mein Sohn ***1*** in unserer Wohnung Drogen gehabt hat. Er ist dann im September 2016 zu seiner Mutter ausgezogen.*

Er war jedenfalls im Zeitraum April 2016 bis August 2016 bei mir wohnhaft und war jeden Tag bei mir. Dies können auch meine Nachbarn bestätigen.

Mir ist völlig unklar, wieso mein Sohn gesagt haben soll, dass er bereits im April zu seiner Mutter gezogen ist. Ich habe nachgefragt ob dies gegenüber dem Finanzamt geäußert hat, was er eindeutig verneint hat. Auch mein Sohn kann befragt werden, ob es tatsächlich zutrifft, er sei erst im September zu seiner Mutter gezogen ist.

Die Probleme sind erst dann entstanden, als ich feststellen musste, dass Drogen in unserem Haus waren. Ich habe meinem Sohn gesagt, er solle sich behandeln lassen, er hat aber gemeint, er ziehe jetzt im September zu seiner Mutter, die akzeptiere das. Ich lege weiters dem Bundesfinanzgericht einen Überweisungsbeleg vor, aus dem sich ergibt, dass ich am 17. Juni 2016 einen Betrag von € 532,50 für die Schule meiner beiden Söhne bezahlt habe.

Ich betone weiters, dass meine beiden anderen Kinder durchgehend bei meiner Exgattin waren, und ich auch daher für diese Kinder keine Familienbeihilfe geltend gemacht habe.

*Amtsvertreterin: Wir haben unsere Entscheidung ausschließlich darauf gestützt, dass im Gerichtsprotokoll vom 13.2.2017 angegeben war, dass Sohn ***1*** in einem Schriftsatz vorgebracht hat, er sei bereits seit Mitte März 2016 bei seiner Mutter wohnhaft gewesen.*

*Beschluss: Die Verhandlung wird zur Einvernahme des Sohnes ***1*** vertagt.“*

In der am 6.11.2020 fortgesetzten mündlichen Verhandlung wurde der Sohn des Bf. als Zeuge einvernommen; dieser gab nach Belehrung über die gesetzlichen Weigerungsgründe (§ 171 BAO), nach Ermahnung, dass er die Wahrheit anzugeben habe und nichts verschweigen dürfe, sowie nach Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen einer falschen Aussage an:

„Zeuge: Mir wird vorgehalten, dass aus dem Protokoll beim Landesgericht Wiener Neustadt vom 13.2.2017 ersichtlich ist, dass ich bereits ab Mitte März wieder bei meiner Mutter gewohnt habe.

Dies ist insofern nicht völlig zutreffend, als ich endgültig erst im September zu meiner Mutter gezogen bin; davor habe ich meine Zeit teilweise bei meinem Vater verbracht. Ich habe mich also noch nicht endgültig entschieden gehabt, ob ich bei meiner Mutter oder meinem Vater wohnen werde.

Wenn ich gefragt werde, wie ich den zeitlichen Umfang des jeweiligen Aufenthalts beziffern würde, so kann ich sagen, dass ich rund ein Viertel meiner Zeit bei meinem Vater und dreiviertel meiner Zeit im April 2016 bei meiner Mutter verbracht habe. Dies ist natürlich nur eine grobe

Schätzung. Es war nicht so, dass ich jeden Monat drei Wochen bei meiner Mutter und eine Woche bei meinem Vater war, es ist auch schon mehrere Jahre her, sodass ich mich nicht mehr ganz genau erinnern kann, ich würde es aber in etwa so einschätzen.

Über Befragen durch den Beschwerdeführer: Es war so, dass mein Vater den allergrößten Teil der Kosten übernommen hat. Vom 7. August bis September 2016 habe ich mich überdies zur Gänze bei meinem Vater aufgehalten. Meine Mutter hat zwar ab April 2016 z.B. die Wäsche gewaschen, natürlich nur die Wäsche, in der ich zu ihr gefahren bin. Die finanziellen Aufwendungen hat dennoch in diesem Zeitraum mein Vater getragen.

Ich bin endgültig zu meiner Mutter wegen eines Streites mit meinem Vater übersiedelt; das war - wie oben ausgeführt - im September 2016.

Über Befragen durch die Amtsvertreterin: Das Aufteilungsverhältnis ein Viertel Vater, dreiviertel Mutter war auch in den Monaten Mai bis Juli gegeben, wobei, wie bereits oben ausgeführt, dies eine grobe Schätzung ist. Es könnte auch vielleicht 40 zu 60 gewesen sein.

Ich möchte nochmals betonen, dass jedenfalls mein Vater im gesamten Zeitraum April bis September 2016 den weitaus größten Teil der Kosten getragen hat.

*Der Grund, weshalb ich im August 2016 ausschließlich im Haus meines Vaters gewohnt habe - er war damals nicht in Österreich anwesend - ist darin zu sehen, dass ich für mich allein sein wollte und überdies meine persönlichen Kontakte, Freundschaften und Beziehungen hauptsächlich in ***11*** hatte, was vom Haus meines Vaters wesentlich leichter zu erreichen war.*

Über Befragen durch den Beschwerdeführer: Es ist richtig, dass die Freundin meines Vaters ... im August 2016 gelegentlich im Haus anwesend war, um sich abzusichern, ob es mir gut geht und alles passt.“

Der Beschwerdeführer führte nach Abschluss der Zeugeneinvernahme Folgendes aus:

„Die Familienbeihilfe soll dazu beitragen, dass die mit Kindern verbundenen Aufwendungen abgegolten werden. Mein Sohn hat nunmehr in seiner Einvernahme bestätigt, dass ich den weitaus größten Teil aller Kosten, die für ihn im April 2016 und auch danach bis September 2016 erwachsen sind, getragen habe. Meine Exgattin hat fast keine Aufwendungen für meinen Sohn getätigt.

Weiters ist die Frage, warum meine Exgattin nicht bereits ab März oder April 2016 die Familienbeihilfe beantragt hat. Dies war erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt der Fall.

Mein Sohn hat auch bestätigt, dass er endgültig erst ab September 2016 zu seiner Mutter gezogen ist. Ich habe davor gestattet, dass er seinen Bruder, der bereits damals im Haushalt

meiner Exgattin gelebt hat, besucht; dies waren aber bloße Besuche und noch kein dauernder Aufenthalt im Haushalt meiner Exgattin.“

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Als erwiesen wird angenommen, dass sich das Sohn des Bf. jedenfalls im Streitzeitraum April 2016 teilweise bei seiner Mutter und teilweise bei seinem Vater aufgehalten hat. Zeitmäßig haben die Aufenthalte bei seiner Mutter überwogen.

Als erwiesen wird weiters angenommen, dass der Bf. den Großteil der Aufwendungen für seinen Sohn getragen hat.

2. Beweiswürdigung

Diese Annahmen gründen sich auf die glaubwürdigen Angaben des Sohnes des Bf., der sich sichtlich bemüht hat, wahrheitsgemäß und vollständig auszusagen und den tatsächlich vorliegenden Sachverhalt darzulegen.

Von weiteren Zeugeneinvernahmen konnte gemäß § 183 Abs. 3 BAO wegen Unerheblichkeit abgesehen werden, weil bereits schriftliche Aussagen dieser Personen vorliegen, die die Aussage des Sohnes des Bf. bestätigen.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abweisung)

§ 2 Abs. 2 und 5 FLAG 1967 lauten:

„(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.

...

(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

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,

c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.“

Hieraus ergibt sich folgende Reihenfolge des Anspruchs (Lenneis in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG², § 6 Rz 3):

„a) Zunächst ist diejenige Person anspruchsberechtigt, zu deren Haushalt ihr Kind (§ 2 Abs 3) gehört (§ 2 Abs 2 erster Satz). ...

b) Teilt keine Person die Wohnung mit ihrem Kind (das Kind führt einen eigenen Haushalt oder teilt die Wohnung mit einer Person, zu der keine Kindeseigenschaft nach § 2 Abs 3 besteht), ist die Person anspruchsberechtigt, die die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt (§ 2 Abs 2 zweiter Satz; s VwGH 27.9.2012, [2012/16/0054](#)).

c) Zuletzt besteht für minderjährige oder volljährige Vollwaisen ein grundsätzlicher Eigenanspruch auf FB (sofern sie nicht die Wohnung mit einer Person teilen, zu der Kindeseigenschaft nach § 2 Abs 3 besteht); Gleiches gilt für die diesen Vollwaisen nach § 6 Abs 5 gleichgestellten Kindern...“

Gemäß [§ 7 FLAG 1967](#) wird für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt.

Auf dem Beschwerdefall angewandt bedeutet dies, dass primär entscheidend ist, zu wessen Haushalt der Sohn des Bf. im Streitzeitraum April 2016 gehört hat. Nach den glaubwürdigen Aussagen des Sohnes hat er sich im Streitzeitraum zum überwiegenden Teil bei der Mutter und zum Teil beim Vater aufgehalten.

Die Konkurrenz zwischen den Ansprüchen der beiden Eltern ist so zu lösen, dass demjenigen Elternteil, bei dem das Kind im einzelnen Monat überwiegend haushaltszugehörig ist, für dieses Monat Familienbeihilfe zusteht, und dem anderen Elternteil nicht.

„Der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch steht daher, wenn das Kind im Kalendermonat zeitlich hintereinander zu unterschiedlichen Haushalten gehört hat, in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt hat ...“ (VwGH 28.11.2007, [2007/15/0058](#)).

Hat sich also der Sohn des Bf. im Streitzeitraum überwiegend bei der Mutter aufgehalten und mit ihr bei gemeinsamer Wirtschaftsführung eine Wohnung geteilt, so steht auch der Mutter Familienbeihilfe zu. Dem steht nicht entgegen, dass der Beschwerdeführer unbestrittenermaßen den weitaus überwiegenden Unterhalt für seinen Sohn geleistet hat, da dies nur dann eine Rolle spielen würde, wenn keine (überwiegende) Zugehörigkeit zum Haushalt der Kindesmutter bestünde.

Keinerlei Anhaltspunkt besteht dafür, dass es sich bei den Aufenthalten des Sohnes im Haushalt der Kindesmutter nur bloße „Besuche“ gehandelt hat.

Aus diesem Grund war die Beschwerde des Bf. als unbegründet abzuweisen.

3.2. 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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da es der Judikatur des VwGH entspricht, dass dann, wenn das Kind im Kalendermonat zeitlich hintereinander zu unterschiedlichen Haushalten gehört hat, Familienbeihilfe in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zusteht, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt hat (sh. das oben zitierte Erkenntnis VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Wien, am 10. November 2020