

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin***3*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Dr. Helene Klaar Dr. Norbert Marschal, RÄ OG, Prinz Eugen-Straße 34, 1040 Wien, über die Beschwerde vom 13. Mai 2019 gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 11. April 2019 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für ***1*** ***2***, geb. ***7***, für den Zeitraum Jän. 2017 bis März 2019, soweit dieser Bescheid über den Zeitraum von Jänner 2017 bis Dezember 2018 abspricht, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (Bf.) ***4*** ***5*** bezog für ihren Sohn ***2***, geb. ***6***2012, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Jänner 2017 bis März 2019.

Nachdem der Kindesvater Anfang 2019 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für Sohn ***2*** ab Dezember 2016 gestellt hat, weil das Kind nicht mehr bei der Mutter haushaltszugehörig sei, sondern bei ihm, überprüfte das für die Bf. zuständige Finanzamt Neunkirchen Wiener Neustadt die Anspruchsvoraussetzungen betreffend die Auszahlung der Familienbeihilfe.

Mit dem im gegenständlichen Verfahren angefochtenen **Bescheid vom 11. April 2019** forderte das Finanzamt die Kinderbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Jänner 2017 bis März 2019 zurück.

Begründend wurde die Bestimmung des [§ 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG 1967) zitiert, wonach Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind haben, 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.

Gegen den Rückforderungsbescheid wurde von der Bf. am 13.Mai 2019 Beschwerde erhoben und Folgendes ausgeführt:

"In obiger Rechtssache, gebe ich bekannt, dass ich Frau Dr. Helene Klaar Dr. Norbert Marschall Rechtsanwälte OG mit meiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt habe und ersuche, sämtliche Zustellungen zuhanden meiner ausgewiesenen Vertreterin vorzunehmen.

Ich erhebe gegen den Bescheid vom 11.04.2019, mir zugestellt am 15.04.2019, sohin binnen offener Frist, nachstehende Beschwerde und begründe diese wie folgt:

*1. Richtig ist, dass ich im gegenständlichen Zeitraum, von Jänner 2017 bis März 2019, Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für meinen Sohn, den mj. ***1*** **2***, bezogen habe.*

Am 11.04.2019 wurde gegen mich ein Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge erlassen. Insgesamt wurde ich verpflichtet, einen Betrag von € 4.940,50 an das Finanzamt zurück zu überweisen.

Dieser Bescheid wird zu einem Betrag in der Höhe von € 4.399.60 angefochten und wird daher die Änderung beantragt, dass ich lediglich einen Betrag € 540,90 zurückzuzahlen habe.

2. Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 leg cit genanntes Kind jene 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.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gem. § 2 Abs 5 FLAG dann, wenn es sich bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes, wobei es unmaßgeblich ist, wer die Mittel für die Haushaltsführung zur Verfügung stellt (BFG 14.07.2016, [RV/7104805/2015](#)).

*3. Der Kindesvater und ich wurden am 14.09.2015 geschieden. Unserer Ehe entstammen zwei Kinder, der mj. ***2*** **1***, geb. ***7***, und der mj. ***8*** **1***, geb. ***9***. Im Scheidungsvergleich hielten wir fest, dass der mj. ***2*** bei mir und der mj. ***8*** beim Kindesvater hauptsächlich betreut wird. Da wir nach kurzer Zeit merkten, dass wir einem Kind nicht die Mutter und dem anderen den Vater vorenthalten wollten, entschieden der Kindesvater und ich unserer Kinder zuliebe kurz nach unserer Scheidung, erneut eine Lebensgemeinschaft zu*

führen und es dann doch noch einmal miteinander zu versuchen.

*Im Dezember 2016 zogen der Kindesvater, unsere Kinder und ich gemeinsam nach *** Wien, ***10***. Da der Kindesvater und ich aber erneut Beziehungsprobleme hatten, entschieden wir, dass ich mir eine zusätzliche Wohnung nehmen sollte, auf die ich bei Bedarf ausweichen könne. Dies war lediglich als Vorsichtsmaßnahme gedacht und es veränderten sich die Wohn- und Betreuungsverhältnisse unserer Kinder auch durch diese zusätzliche Wohnung nicht. Meiner polizeilichen Meldung an eben genannter Ausweichwohnung in ***11***, ***12*** 38, kommt laut ständiger Rechtsprechung des VwGH lediglich Indizwirkung zu, habe ich doch faktisch mit meiner Familie in der ***10*** gewohnt (VwGH 13.11.2012, [2010/05/0050](#)).*

*Ausdrücklich möchte ich daher darauf hinweisen, dass im hg Zeitraum 01.01.2017 bis 18.12.2018 eine Wohngemeinschaft zwischen mir und dem mj. ***2*** bestand. Ich nächtigte so gut wie jede Nacht in der Wohnung in der ***10*** und hatte auch all mein Hab und Gut, sohin meine Kleidung, Zahnbürste, Bücher, etc. in dieser Wohnung.*

*Ebenso bestand eine Wirtschaftsgemeinschaft zwischen meinen in dieser Wohnung lebenden Familienmitgliedern und mir. Mein Einkommen gab ich für Belange der Familie aus. Vorlegen möchte ich hier eine Auswahl an Kontoauszügen des hg Zeitraums, aus welchen Einkäufe bei Lidl, Etsan und Se & Pas im 11. Bezirk, sohin in der Nähe unserer Wohnung, ersichtlich sind. Ich zog am 18.12.2019 aus der Wohnung in der ***10*** aus, da die Lebensgemeinschaft mit dem Kindesvater nun endgültig vorbei war. Seit diesem Zeitpunkt wohne ich in meiner ursprünglichen Ausweichwohnung in ***11***. Ich habe sohin bis einschließlich Dezember 2018 die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag zurecht bezogen, da der mj. ***2*** im gemeinsamen Haushalt, also des Kindesvaters und mir, lebte. Für Dezember 2018 war mein Bezug rechtmäßig, da für die Gewährung der Familienbeihilfe die Verhältnisse zum jeweiligen Monatsbeginn maßgebend sind (BFG 14.07.2016, [RV/7104805/2015](#)).*

Beweis: Kontoauszüge der Jahre 2017 und 2018 Beilage:/A;

im Bestreitungsfall weitere vorzulegende Kontoauszüge der Jahre 2017 und 2018;

Brief der Anwältin des Kindesvaters im zwischen uns mittlerweile anhängigen

Obsorgeverfahren vom 25.02.2019

Beilage:/B;

*im Bestreitungsfall vorzulegende Namen und Adressen einzuvernehmende Nachbarn in der ***10***;*

PV; weitere Beweise ausdrücklich Vorbehalten.

*4. Gemäß § 2a Abs 1 FLAG hat ein Elternteil für ein Kind, das zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn er den Haushalt überwiegend führt, wobei bis zum Nachweis des Gegenteils vermutet wird, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt. Schon die gesetzliche Vermutung spricht sich dafür aus, dass ich den Haushalt überwiegend führte. Dies entspricht auch den tatsächlichen Verhältnissen, da ich den größten Teil der Kinderbetreuung, des Kochens, Putzens, etc. übernommen habe. Ich brachte den mj. ***27*** jeden Tag in den Kindergarten und holte ihn ab. Ebenso passte ich auf unsere*

Kinder auf und übernahm die Einkäufe. Ich war dafür verantwortlich, dass immer genug zu essen zuhause war.

5. Die Begründung des Bescheids beschränkt sich darauf, den § 2 Abs 2 FLAG zu zitieren. Diese Begründung erfüllt somit nicht die gesetzlichen Voraussetzungen, da sie keine konkreten Entscheidungsgründe ausführt.

Der Bescheid ist nicht nur dann rechtswidrig, wenn eine Rechtsvorschrift unzutreffend ausgelegt oder übersehen wurde, sondern auch dann, wenn entscheidungserhebliche Tatsachen nicht berücksichtigt wurden, wie dies hier der Fall ist."

Das Finanzamt richtete daraufhin an den Kindesvater am 19.06.2019 folgenden Vorhalt:

*"Frau ***5*** ***4*** hat im Finanzamt Neunkirchen Wiener Neustadt eine Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für das Kind ***1*** ***2*** eingebracht.*

Um diese Beschwerde erledigen zu können, werden Sie gebeten folgende Fragen zu beantworten und die Antworten gemeinsam mit diesem Schreiben ans Finanzamt Wiener Neustadt zu retournieren.

*Hat Frau ***5*** im Zeitraum 01/2017 - 12/2018 mit Ihnen und den Kindern an der Adresse ***10***, 1110 Wien gewohnt?*

*Falls ja, hat sie sich durchgehend in Ihrer Wohnung aufgehalten, oder hat sie auch in der Wohnung in ***11***, ***12*** 38 übernachtet?*

Bitte um Bekanntgabe wie viele Tage sie ca in der Woche in jeder Wohnung verbracht hat. Sollte Sie bei Ihnen mitgelebt haben, bitte um Bekanntgabe wer den Haushalt überwiegend geführt hat beziehungsweise wer die Einkäufe erledigt hat."

Der Vorhalt wurde von der rechtsfreundlichen Vertretung des Kindesvaters wie folgt beantwortet:

*"***13*** ***1*** und ***Bf1*** wurden mit Beschluss vom BG Meidling zur GZ ***14*** vom ****2015 rechtskräftig geschieden. Aus der Ehe entstammen der mj. ***8*** ***1***, geb. am ***9*** und der mj.***27*****2*****1***, geb. am ***7***.*

*Am ****2015 wurde im Zuge des Scheidungsverfahrens ein Scheidungsvergleich geschlossen, wonach die Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge für den mj. ***8*** ***1*** und mj. ***2*** ***1*** vereinbart wurde.*

*Der Hauptaufenthalt des mj. ***8*** wurde im Haushalt meines Mandanten festgelegt, der Hauptaufenthalt des mj. ***2*** im Haushalt von ***Bf1***.*

*Ein paar Monate nach der Scheidung gingen die Parteien erneut eine Beziehung ein. Schließlich sind beide mj. Kinder im Jahr 2016 mit meinem Mandanten in die Wohnung in der ***10***, 1110 Wien gezogen. (Meldezettel mj. ***2***, Beilage./I)*

*Seit Mitte 2017 begann ***Bf1*** ihr Verhalten aufgrund psychischer Probleme und Beschwerden massiv zu ändern. Um diesen psychischen Leiden entgegenzuwirken wurden*

****Bf1*** bereits seit Juli 2017 mehrere Antidepressiva und eine Therapie verschrieben. Das Beschäftigungsverhältnis beim ***15*** wurde beendet. ***Bf1*** war bereits seit 20.05.2017 arbeitsunfähig und hat am 13.07.2018 einen Antrag auf Berufsunfähigkeitspension bei der PVA gestellt. Sie bezieht daher auch seit Juli 2017 Krankengeld. Der Antrag auf Berufsunfähigkeitspension wurde mit Bescheid vom 23.10.2018 abgewiesen.*

*Aufgrund der massiven psychischen Probleme ***Bf1*** hatte sich mein Mandant hauptsächlich um die Kinder gekümmert und diese alleine im Alltag gepflegt, versorgt und betreut. (Konvolut an Krankenstandsbescheinigungen von September 2017 bis April 2018, Beilage./2)*

*Die Beziehung der Parteien ging im November 2018 abermals in die Brüche. Am Bezirksgericht Innere Stadt Wien ist daher ein Pflegschaftsverfahren zu ***16*** anhängig. Die hauptsächliche Betreuung des mj. ***29*** übernimmt mein Mandant in seinem Haushalt (Amtsbestätigung vom 15.4.2019 (Beilage./3).*

****Bf1*** war zu keiner Zeit in der ***10***, 1110 Wien mit ihrem Hauptsitz gemeldet, sondern ist vielmehr bei ihrer Mutter in der Wohnung in 2490 Ebenfurth, ***30***, mit dem Hauptwohnsitz angemeldet. Sie hat sich fallweise im Haushalt meines Mandanten aufgehalten und dort genächtigt, seit 18.12.2018 hält sie sich überhaupt nicht mehr in der Wohnung meines Mandanten auf.*

Sowohl der Haushalt als auch die Einkäufe wurden ausschließlich von meinem Mandanten erledigt. (Nachricht vom 06.12.2018, Beilage./4)".

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit **Beschwerdevorentscheidung vom 09.09.2019** ab und führte begründend aus, dass der Kindesvater auf Befragung des Finanzamtes im Zuge der Bearbeitung dieser Beschwerdevorentscheidung geantwortet habe, dass sich beide Kinder seit dem Jahr 2016 in seinem Haushalt befunden hätten. Er habe den Haushalt geführt, die Einkäufe getätigt und die Kinder betreut. Dies wäre der Mutter aus gesundheitlichen Gründen gar nicht möglich gewesen. Die Mutter habe nur gelegentlich im gemeinsamen Haushalt in Wien übernachtet.

Das Finanzamt führte weiters aus, dass nach freier Beweiswürdigung gemäß § 167 Abs. 2 BAO das Finanzamt zu der Ansicht gelangte, dass die Darstellung des Kindesvaters und dessen Vertreterin als wahrheitsgetreu anzunehmen sei.

Da das Kind ***2*** im Beschwerdezeitraum beim Kindesvater wohnhaft gewesen sei, dort auch den Kindergarten besucht habe und die Betreuung durch den Kindesvater stattgefunden habe, sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Die Bf. stellte am 11.10.2019 mit folgender Begründung einen **Vorlageantrag**:

"Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der Entscheidung führte ich an, dass für den hier verfahrensgegenständlichen Zeitraum, sohin von Jänner 2017 bis (inklusive) Dezember 2018 eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zwischen mir und dem mj. ***2***, für den ich die

Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag bezog, bestand und ich als Mutter den Haushalt, wofür auch die gesetzliche Vermutung spricht, überwiegend führte.

Ich hatte daher gem. § 2 (2) FLAG Anspruch auf Beziehung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags, da der mj. ***27*** zu meinem Haushalt gehörte.

Da der Kindesvater und ich Beziehungsprobleme hatten, hatte ich auch zur Vorsicht die Möglichkeit, in eine Wohnung in ***11***, ***12*** 38, auszuweichen. Dies ist die Wohnung meines Bruders, ***17***. In dieser wohnte ich aber de facto nicht, sondern bestand eine Haushaltsgemeinschaft mit meiner Familie in ***24*** (VwGH 13.11.2012, [2010/05/0050](#)).

Ich war bereits zum damaligen Zeitpunkt in der Wohnung in ***11***, ***12*** 38, gemeldet, doch hat die polizeiliche Meldung laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes lediglich Indizwirkung.

Mein Beschwerdebegehren lautete, von der Rückforderung zu einem Betrag in der Höhe von € 4.399,60, da für den Zeitraum von Jänner 2017 bis inklusive Dezember 2018 keine Rückforderungsgründe vorliegen, abzusehen und wurde daher die Änderung beantragt, dass ich lediglich einen Betrag von € 540,90 zurückzuzahlen habe.

Mit Beschwerdeverentscheidung der belangten Behörde vom 09.09.2019, mir zugestellt am 12.09.2019, wurde meine Beschwerde abgewiesen.

Die belangte Behörde gibt als Begründung ihrer Entscheidung an, die Rechtsvertreterin des Kindesvaters hätte angegeben, beide Kinder hätten sich seit dem Jahr 2016 im Haushalt des Kindesvaters befunden. Dieser habe den Haushalt geführt, die Einkäufe getätigt und die Kinder betreut. Mir sei dies aus gesundheitlichen Gründen gar nicht möglich gewesen. Ich hätte nur gelegentlich im gemeinsamen Haushalt in Wien übernachtet.

Diese Aussagen der Rechtsvertretung des Kindesvaters entsprechen nicht der Wahrheit.

Entgegen diesen Darstellungen habe ich sehr wohl in oben genannter Wohnung gelebt, den Haushalt geführt, den Einkauf getätigt, geputzt, gekocht, die Waschküche benützt und den mj. ***27*** in den Kindergarten gebracht.

Richtig ist, dass ich im Zeitraum unter einer psychischen Erkrankung litt, doch habe ich sogar in diesem Zeitraum die überwiegende Haushalts- und Betreuungsarbeit für unsere Kinder geleistet.

Beweis:

18, p.A.: ***20***,

19, p.A.: ***Bf1-Adr***

21, ***22***,

23, p.A.: ***24***,

25, ***26***,

als Zeugen.

Der Kindesvater möchte mich finanziell ruinieren und strengte bereits ein Obsorge-, ein Kindesunterhalts-, und ein Strafverfahren gegen mich an. Es ist nicht weiter verwunderlich, dass er auch in diesem Verwaltungsverfahren unrichtige Aussagen tätigt.

Jedenfalls beantrage ich daher erneut, von der Rückforderung zu einem Betrag in der Höhe von € 4.399,60 abzusehen und den Bescheid dahingehend abzuändern, dass ich lediglich einen Betrag von € 540,90 zurückzuzahlen habe.

Weiters beantrage ich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gem. § 274 BAO."

Vom Bundesfinanzgericht wurden die von der Bf. genannten Personen schriftlich als Zeugen befragt und zwar in welcher Beziehung sie zu der Bf. stünden, ob die Bf. in der ***10*** von Jänner 2017 bis Dez. 2018 gemeinsam mit dem Kind ***2*** ständig gewohnt habe, welche Haushaltsarbeit die Bf. in den streitanhängigen Jahren geleistet habe, ob sie die Kinder, vor allem ***27***, in dem Zeitraum betreut habe.

Dazu führten die Mutter der Bf., ***18***, aus,

- dass ihre Tochter ständig in der ***10*** mit den Kindern gemeinsam gewohnt habe,
- dass ihre Tochter den Haushalt (Kochen, Putzen, Einkaufen,...) in der Wohnung geführt habe
- dass ihre Tochter ***2*** stets eine „gute und liebevolle Mutter gewesen sei.

Der Bruder der Bf. ***5*** führte ebenfalls aus, dass seine Schwester in der ***10*** ständig gewohnt habe, den Haushalt geführt habe und ihren Sohn ***2*** betreut habe.

Die Zeugin ***21***, eine Freundin der Bf., führte aus, dass sie ihre Freundin im Jahr 2017 in der ***10*** zu einer Geburtstagsparty besucht habe und im Jahr 2018 in der ***10*** einige Male zum Kaffee eingeladen gewesen sei. Weiters führte die Zeugin aus, dass die Bf. für den Haushalt zuständig gewesen sei und sich liebevoll um ***2*** gekümmert habe.

Frau ***23*** gab bekannt, dass sie eine Nachbarin der Bf. gewesen sei, aber zu den Fragen nichts Konkretes sagen könne.

Frau ***25*** hat den Rsb Brief nicht behoben.

Das Bundesfinanzgericht brachte die Zeugenaussagen und die von der Bf. vorgelegten Fotos dem Finanzamt zur Kenntnis.

Das Finanzamt führte in der schriftlichen Stellungnahme wie im Vorlagebericht aus, dass das es der Ansicht sei, dass die Familienbeihilfe für ***2*** dem Vater aufgrund dessen offensichtlichen Haushaltszugehörigkeit zustehen und die Beschwerde daher abzuweisen sei. Es werde bei der mündlichen Verhandlung durch keinen Behördenvertreter vertreten sein.

Die Bf. führte in der mündlichen Verhandlung aus, dass für sie wesentlich war, dass dem Kind ***2*** die gewohnte Umgebung gewahrt bleibe. Deshalb sei sie auch nicht ausgezogen. Die zweite Wohnung habe der "emotionalen Sicherheit" gedient, da es bereits körperliche

Übergriffe vom Kindesvater auf sie gegeben habe und zwar im Zeitraum bis zur Scheidung. Das sei auch der Grund gewesen, warum es zur Scheidung gekommen sei.

Es gebe allerdings eine Bindung der Kinder zum Vater, sie stellte daher die Eigeninteressen hinter die Interessen der Kinder.

Am 18.12.2018 sei es dann wieder zu einem Streit gekommen und der Kindesvater habe das Kind aus dem Kindergarten geholt und habe dann das Kind mehrere Wochen nicht in den Kindergarten geschickt. Sie sei am 18.12.2018 vom Kindesvater aus der Wohnung geworfen worden und sei in die Wohnung ihres Bruders gezogen.

Seit ihrem Auszug aus der Wohnung ***10*** im Dezember 2018 sei vom Kindesvater von ihr Kindesunterhaltes begehrt worden und sie habe dann rund € 280,00 monatlich bezahlt.

Auf die Frage der Richterin, warum sie sich nicht in der ***10*** mit dem Hauptwohnsitz angemeldet habe, gab die Bf. an, dass sie "der Situation nicht so vertrauen konnte. Es sei ihr auch nicht in den Sinn gekommen, den Hauptwohnsitz in der ***10*** anzumelden."

Auf die Frage der Richterin nach dem Kinderarzt, führte die Bf. aus, dass sie den Kinderarzt Dr. ***31*** bei anstehenden Impfungen oder wenn ***2*** krank war, aufsuchte.

Zu der Wohnung ***10*** gab die Bf. an, dass diese ca. 80m² habe, ein Raum für den älteren Sohn, ein Schlafzimmer, das Kind ***2*** habe zwischen dem Kindesvater und ihr geschlafen, weiters einen Balkon, Küche und Bad.

Weiters führte die Bf. aus, dass der Kindesvater seit 2010 bei ***32*** beschäftigt sei, seine Dienstzeiten für gewöhnlich 6:00 bis 14:00 gewesen seien und dass er auch Winterdienste gemacht habe. Nach dem Mittagessen habe er meist geschlafen.

Ihre Dienstzeiten seien von ca. 8:00 bis 16:30 beim ***15***, gewesen, danach habe sie ***2*** vom Kindergarten geholt und sich um die Kinder gekümmert, vorallem um ***2***, ***8*** war bereits 13 Jahre. Sie sei trotz Krankmeldungen in der Lage gewesen sei, die Kinder zu betreuen und habe dies auch getan; sie habe auch weiterhin den Haushalt geführt.

Aus dem im Zuge der mündlichen Verhandlung abermals vorgelegten Schreiben der RA Dr. Schönhart vom 25.02.2019 geht hervor, dass "seit dem Auszug die Bf. mit 18.12.2018" diese verpflichtet gewesen sei, Unterhalt zu leisten. (vgl. auch Beilagen zur Beschwerde)

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Bf. und der Kindesvater ließen sich am ****2015 scheiden.

Der Ehe entstammen der im Jahr 2004 geborene ***8*** und ***2***, geb. 2012.

Im Zuge des Scheidungsverfahrens wurde ein Scheidungsvergleich geschlossen, wonach die Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge für den mj. ***8*** ***1*** und mj. ***2*** ***1*** vereinbart wurde. Der Hauptaufenthalt des mj. ***8*** wurde im Haushalt des Kindesvaters festgelegt, der Hauptaufenthalt des mj. ***2*** im Haushalt der Bf..

Laut Amtsbestätigung des Bezirksgerichtes Innere Stadt ***16*** - 104, vom 15. April 2019 kommt dem Kindesvater ***13*** ***1*** und der Mutter (Bf.) gemeinsam die Obsorge für ***2*** zu. Der hauptsächliche Aufenthalt ist beim Vater.

Der Kindesvater, ***13*** ***1*** ist seit 21.06.2016 mit seinem Hauptwohnsitz in ***24***, gemeldet.

Laut Melderegister war die Bf. seit 16.07.2015 bis 14.12.2016 bei ihrer Mutter mit ihrem Hauptwohnsitz *** gemeldet, seit 14.12.2016 bis laufend ist sie mit ihrem Hauptwohnsitz in ***11*** gemeldet (Unterkunftgeber ihr Bruder ***17***).

2 war ist seit 15.12.2016 mit seinem Hauptwohnsitz an der Adresse des Vaters gemeldet, davor von 16.07.2015 bis 15.12.2016 mit seiner Mutter bei der Großmutter.

Sohn ***8*** ist ebenfalls seit 15.12.2016 an der Adresse des Vaters gemeldet.

Laut einer vom Kindesvater vorgelegten Bestätigung der Wiener Kindergärten vom 04.04.2019 besuchte ***2*** den Kindergarten in *** Wien vom 1.9.2017 bis 31.8.2019. Derzeit besucht er die Volksschule in *** Wien.

Der Kindesvater legte eine Kopie einer "Nachricht auf dem Handy" betreffend einen Einkauf am 06.12.2018 vor.

Der Bf. wurde in den vorgelegten Schreiben der WGKK vom 4. September 2017, 5. Oktober 2017, 21. Dezember 2017, 23. April 2018, adressiert an die ***Straße, eine Arbeitsunfähigkeit ab 20. Mai 2017 bestätigt.

In dem Schreiben der Rechtsanwaltskanzlei Schönhart (rechtliche Vertretung des Kindesvaters) vom 25.02.2019 wird betreffend die Besuchsregelung des Kindes ***2*** ausgeführt, dass die Bf. darauf hingewiesen werde, dass sie bislang keinerlei Kindesunterhalt geleistet habe, obwohl sie seit ihrem Auszug am 18.12.2018 dazu verpflichtet gewesen wäre.

Die Bf. legte Kontoauszüge über die (fast) täglichen Einkäufe beim Lidl, beim Etsan, ...in der Nähe der Wohnung ***10*** vor.

Laut der oa. schriftlichen Zeugenaussagen der Mutter, des Bruders und einer Freundin der Bf. hat die Bf. im strittigen Zeitraum ständig in der ***10*** mit ***2*** und dem Kindesvater gewohnt und sich um ***2*** gekümmert.

Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich aus dem vom Finanzamt vorgelegten Familienbeihilfenakt sowie aus den von der Bf. vorgelegten Unterlagen und den weiteren Ermittlungen des Bundesfinanzgerichtes.

Strittig ist, ob die Bf. im Streitzeitraum - Jänner 2017 bis 18. Dezember 2018 - in der Wohnung ***10*** gemeinsam mit dem Kind ***2***, dem Kindesvater und dem Sohn ***8*** in einem Haushalt gelebt hat und den Haushalt überwiegend geführt hat.

2. Rechtliche Beurteilung

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

Gemäß [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind, 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.

[§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) normiert:

"Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

....

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

[§ 2a Abs. 1 FLAG 1967](#) normiert: 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.

Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an (vgl. VwGH 28.10.2009, [2008/15/0214](#), VwGH 27.11.2019, [Ro 2017/16/0004](#)). Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit (vgl. VwGH v. 28.11.2007, 2007/15/0058).

Verwiesen wird auch auf das Erkenntnis des VwGH 21.09.2009, [2009/16/0081](#), zu dem der Gerichtshof folgenden Rechtssatz erstellte:

"Mit dem Auszug eines Elternteiles aus der (bisher) gemeinsamen (Ehe)Wohnung und dem Verbleiben des Kindes in dieser Wohnung fällt für diesen Elternteil die Anspruchsberechtigung weg, weil die Tatbestandsvoraussetzung des § 2 Abs. 2 FLAG nicht mehr gegeben ist. Es liegt damit auch kein Fall des § 2a leg. cit. mehr vor. Unabhängig von einem zuvor allenfalls abgegebenen Verzicht nach § 2a Abs. 2 FLAG kommt der Anspruch auf Familienbeihilfe ab dem dem Auszug folgenden Monat (§ 10 Abs. 2 FLAG) nur mehr dem Elternteil zu, welcher mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt wohnt."

Die Bf. führte aus, dass, sie trotz Scheidung im September 2015, mit ihrem Sohn ***2***, dem Sohn ***8*** und ihrem geschiedenen Ehemann im Streitzeitraum im gemeinsamen Haushalt gelebt habe und zwar in der Wohnung ***10***.

Sie habe mit dem Kindesvater Beziehungsprobleme gehabt, daher sei es zur Scheidung gekommen und sie habe zur Vorsicht sich die Möglichkeit offen gelassen, in die ihrem Bruder gehörende Wohnung in ***11***, ***12*** 38, ausweichen zu können. In dieser Wohnung habe sie aber de facto nicht gewohnt, sondern es habe eine Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft mit ihrer Familie in ***24***, bestanden. Durch die zusätzliche Wohnung habe sich nichts an den Wohn- und Betreuungsverhältnissen geändert. Sie habe so gut wie jede Nacht in der Wohnung in der ***10*** genächtigt und habe auch all ihr Hab und Gut, sohin ihre Kleidung, Zahnbürste, Bücher, etc. in dieser Wohnung gehabt.

Weiter wurde von der Bf. ausgeführt, dass sie ihr Einkommen für Belange der Familie ausgegeben habe. Die von ihr vorgelegten Zahlungen lt. den Kontoauszügen würden erkennen lassen, dass sie fast täglich in der Nähe der Wohnung eingekauft habe. Auch die recht beträchtlichen Einkäufe lassen den Schluss zu, dass sie nicht für sich alleine, sondern für den gemeinsamen Haushalt – mit den beiden Kindern und dem Kindesvater - eingekauft habe.

Vorgelegt wurden betreffend den strittigen Zeitraum Kontoauszüge, die die Einkäufe bei Lidl, Etsan und Se & Pas im 11. Bezirk, sohin in der Nähe ihrer Wohnung belegen.

Die Mutter der Bf. sagte als Zeugin befragt aus, dass ihre Tochter in dem strittigen Zeitraum von 01.01.2017 bis 17.12.2018 in der ***10*** gewohnt habe. Ihre Tochter habe den Haushalt geführt, die täglichen Einkäufe getätigt und die Kinder vorallem ***2*** betreut.

Der Bruder der Bf. sagte ebenfalls als Zeuge befragt aus, dass seine Schwester in der ***10*** gewohnt und den Haushalt geführt habe.

Eine Freundin von der Bf. als Zeugin befragt sagte aus, dass sie mehrmals die Bf. in der Wohnung ***10*** besucht habe und für sie erkennbar war, dass die Bf. den Haushalt geführt habe.

Die Bf. legte für das Bundesfinanzgericht glaubwürdig dar, dass sie trotz Erkrankung den Haushalt geführt und die Kinder betreut habe. Sie habe die Einkäufe getätigt, gekocht und die Wäsche gemacht. Sie habe sich auch vorallem um ***2*** gekümmert, ***8*** war bereits 13 Jahre.

Ihr Job beim ***15*** habe von 8:00 bis ca. 16:30 gedauert, anschließen habe sie ***2*** vom Kindergarten abgeholt und dann den Haushalt gemacht.

Der Kindesvater habe in bei ***32*** gearbeitet, habe früh aufstehen müssen, sein Dienst war in der Regel von 06.00-14:00, und habe sich am Nachmittag schlafen gelegt.

Den Ausführungen der rechtlichen Vertreterin des geschiedenen Gatten vom 09.07.2019 kann das Bundesfinanzgericht nicht entnehmen, dass die Bf. vor dem unstrittigen Zeitpunkt 18.12.2018 nicht in dieser Wohnung ***10*** mit ***2*** im gemeinsamen Haushalt gelebt habe. Weiters kann das Bundesfinanzgericht den Ausführungen auch nicht entnehmen, dass der geschiedene Gatte den Haushalt geführt und sich um die Kinder gekümmert habe.

Laut dem Schreiben der Anwältin des Kindesvaters vom 25.02.2019 ergibt sich allerdings, dass die Bf. ab ihrem Auszug aus der Wohnung ***10*** Unterhalt zu zahlen gehabt habe, da die Bf. nicht mehr im gemeinsamen Haushalt gewohnt habe.

Nach dem im § 167 Abs 2 BAO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat sich die Abgabenbehörde - zwar ohne an formale Regeln gebunden zu sein, aber unter Wahrung aller Verfahrensgrundsätze (ordnungsgemäß und vollständig durchgeführtes Ermittlungsverfahren, Parteiengehör) - Klarheit über den maßgebenden Sachverhalt zu verschaffen (vgl. VwGH 17.12.2001, [97/14/0134](#), VwGH 08.09.2005, [2001/17/0141](#), VwGH 21.09.2016, [2013/17/0610](#)). 2001/17/0141, vgl. auch Ritz, BAO-Kommentar, 6. Auflage zu § 167, Rz 8). Die angestellten Erwägungen sind - vorausgesetzt eine ausreichende Ermittlung des Sachverhaltes - schlüssig, wenn sie den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut nicht widersprechen (VwGH 28.03.2012, [2010/08/0087](#)).

Das Bundesfinanzgericht kommt in freier Beweiswürdigung zu dem Ergebnis, dass im hier relevanten Zeitraum 01.01.2017 bis 18.12.2018 eine gemeinsame Haushaltsführung mit Sohn ***2***, in der ***10*** bestand, da die Bf. glaubhaft darlegen konnte, dass trotz Scheidung vom Kindesvater im Jahr 2015 mit diesem und dem Sohn ***28*** in den Jahren 2017 und 2018 weiterhin eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft bestand.

Hinsichtlich des "Konkurrenzfalles", wenn das Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, sieht das Bundesfinanzgericht ebenfalls dies überwiegende Haushaltsführung bei der Bf..

[§ 2a Abs. 1 FLAG 1967](#) regelt, wenn ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört, soll nach dem Gesetz jener vorrangige Anspruch auf den Bezug der Familienbeihilfe (FB) haben, der den Haushalt überwiegend führt. Es gilt die Vermutung bis zum Nachweis des Gegenteils, dass dies die Mutter ist.

Stellt der Vater auf Grund der überwiegenden Haushaltsführung einen Antrag auf FB, so kann ihm nur diese für Zeiträume gewährt werden, für die die Mutter keine FB erhalten hat. Die Gewährung der FB an die Mutter wird vorerst eingestellt, auch wenn die Angaben des Vaters erst geprüft werden müssen.

Im gegenständlichen Fall hat die Bf. dem Finanzamt gemeldet, dass sie im Dezember 2018 aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen sei.

Laut den Ausführungen in der Beschwerde stehe die Familienbeihilfe daher ab 01.01.2019 dem Kindesvater zu.

Die Beschwerde richtet sich daher nur gegen die Rückzahlung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 01/2017 bis 12/2018; und für diesen Zeitraum hat die Bf. glaubhaft dargestellt, dass sie mit dem ***2*** in einem gemeinsamen Haushalt in der ***10*** gewohnt und auch den Haushalt überwiegend geführt hat.

Der Antrag auf Grund der überwiegenden Haushaltsführung kann laut oa. gesetzlicher Regelung nicht rückwirkend gestellt werden.

Ausgehend von den Feststellungen, dass die Bf. im gemeinsamen Haushalt mit dem Kind und dem Kindesvater gewohnt hat, habe der Kindesvater den Anspruch auf Familienbeihilfe erst ab 01.01.2019 geltend machen können, da die Bf. im Dezember 2018 ausgezogen ist, nicht jedoch rückwirkend.

Im gegenständlichen Fall hat die Bf. die Kinderbeihilfe bis Dezember 2018 zu Recht bezogen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3. 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 hier relevanten Frage, ob die Beschwerdeführerin gemeinsam mit ihrem Sohn und dem Kindesvater im maßgeblichen Zeitraum einen gemeinsamer Haushalt bestand, handelt es sich um eine reine Sachverhaltsfrage, die im Rahmen der freien Beweiswürdigung unter Beachtung der in dieser Entscheidung zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu treffen war.

Es liegt somit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG vor, wodurch die Zulässigkeit einer ordentlichen Revision gegen dieses Erkenntnis zu verneinen war.

Wien, am 2. März 2021