

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde des Bf., Adresse, vom 23. November 2022, gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 17. November 2022 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für A., geb. 2007, von September 2021 bis Dezember 2022, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid wird für die Monate September 2021, Jänner 2022, Februar 2022, Juni 2022, August 2022, September 2022, Oktober 2022 und Dezember 2022 aufgehoben.

Im Übrigen bleibt der Bescheid unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer (Bf) beantragte am 28.07.2022 für das Kind A., geb. am 2007, die Familienbeihilfe ab 01.09.2021 mit der Begründung, dass das Kind nach der Trennung des Bf von der Mutter in Doppelresidenz lebe und er die wesentlichen Kosten des Kindes alleine trage. Die zeitliche Betreuung des Kindes erfolge zu gleichen Teilen.

A. besuche seit September 2021 die Höhere Lehranstalt für Umwelt und Wirtschaft in NÖ und lebe seitdem im Internat, welches der Bf bezahle.

Dem Antrag auf Familienbeihilfe waren Kalenderaufzeichnungen des Jahres 2021 und des Jahres 2022 betreffend den Aufenthalt aller Kinder sowie Nachweise betreffend Unterhaltsleistungen beigelegt.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe wurde wie folgt begründet:

„Seit der Trennung der Kindesmutter, KM und mir, Bf. im Dezember 2019 betreuen wir unsere gemeinsamen Kinder annähernd zu gleichen Teilen (Doppelresidenz).

Auch die Kosten des täglichen Bedarfs sowie Schule, Kleidung, Hobbys, etc. teilen wir uns in etwa zu gleichen Teilen.

Bislang hat Frau KM alleine die Familienbeihilfe sowie sämtliche damit verbundenen Unterstützungen, Förderungen etc. bezogen.

Seit September 2021 besucht unsere Tochter A. die HLWU in NÖ, da ein tägliches pendeln zur Schule aufgrund der Entfernung nicht möglich ist geht Sie ins Internat. Sowohl vom Internat als auch von der Schule trage ich alleine die Kosten in Höhe von über € 500,-/Monat.

Daher bin ich der Ansicht das die Haushaltszugehörigkeit zumindestens von A. zu mir gegeben ist.

Die zeitliche Betreuung teilen wir uns zu gleichen Teilen, jedoch trage ich die wesentlichen Kosten von A..

Leider blieb eine zwischenmenschliche und faire Lösung mit der Kindesmutter erfolglos, daher beantrage ich die Gewährung der Familienbeihilfe.“

Das Finanzamt (FA) wies den Antrag mit **Bescheid vom 17.11.2022** mit der Begründung ab, dass das Kind laut Zentralem Melderegister nicht bei dem Bf haushaltszugehörig sei. Selbst wenn die überwiegenden Unterhaltskosten geleistet werden, bestehe kein Anspruch auf FB, da eine andere Person aufgrund eines gemeinsamen Haushaltes mit dem Kind anspruchsberechtigt sei.

Der Bf brachte in seiner **Beschwerde vom 23.11.2022** vor, dass die Hauptwohnsitzmeldung rechtlich gesehen lediglich Indizwirkung habe. Er trage die überwiegenden Kosten des Kindes, was sehr wohl ausschlaggebend für die Gewährung der FB sei. Zudem halte sich das Kind faktisch mehr bei ihm als bei der Kindesmutter auf.

Den Hauptwohnsitz seiner Tochter habe er nicht an seiner Adresse gemeldet, da er die Kinder nicht in den Trennungskrieg mit hineinziehen habe wollen. Er habe die Tochter nicht bei ihm melden wollen, die beiden Burschen seien jedoch bei der Mutter gemeldet.

Im Anhang übermittle er die Zahlungsnachweise der Kosten für A.s Schul- und Internatskosten – Taschengeld, Klassenkasse – etc. Darüberhinausgehend bekomme A. auch Kleidung für den täglichen Bedarf, Schulsachen,

Das FA wies die Beschwerde mit **Beschwerdevorentscheidung vom 15.12.2022** mit folgender Begründung ab:

„Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind 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.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (als "vorübergehend" wird ein Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung anzusehen sein, wenn aus den Umständen des Falles darauf geschlossen werden kann, dass das Kind nach absehbarer Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird [zB Ferien bei Großeltern oder Kindesvater, Krankenhausaufenthalt, etc]).

Es liegt in der Absicht des Gesetzgebers, die Familienbeihilfe dem Haushalt zuzuleiten, in dem das Kind lebt. Die Familienbeihilfe soll die mit der Betreuung des Kindes verbundenen Mehrbelastungen - zumindest teilweise - ausgleichen. Zum Haushalt einer Person gehört das Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Diese Person kümmert sich um die alltäglichen Dinge des Lebens (altersadäquate Betreuungsmaßnahmen) wie zB. die morgendliche und abendliche Körperpflege, Begleitung oder Abholung Kindergarten, kocht und wäscht für das Kind, geht mit dem Kind zum Arzt, usw.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes, wobei es unmaßgeblich ist, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt, sondern es kommt vielmehr darauf an, dass über diese Mittel im Rahmen einer einheitlichen Wirtschaftsführung verfügt wird. Die Bedürfnisse des Kindes müssen daher in dieser einheitlichen Wirtschaftsführung entsprechend Berücksichtigung finden. Für ein Kind, das im Haushalt eines Elternteiles betreut wird, kann daher beim anderen Elternteil kein Anspruch auf die Familienbeihilfe aus dem Titel der überwiegenden Kostentragung vorliegen, unabhängig davon, ob und wie viel an Unterhalt geleistet wird.

Wie bereits angeführt hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe, 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 nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn das Kind bei keiner anderen anspruchsberechtigten Person im Haushalt lebt. Welchem Haushalt ein Kind tatsächlich angehört ist eine Frage der Beweiswürdigung, wobei auch die Meldung laut zentralem Melderegister ein wichtiges Indiz ist.

Auf Grund obiger Ausführungen und der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen und der vorliegenden Umstände im gegenständlichen Fall ist von einer Haushaltszugehörigkeit von A. in Straße in NÖ (Hauptwohnsitz lt ZMR) auszugehen. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden."

Der Bf macht im **Vorlageantrag vom 31.12.2022** folgende Ausführungen:

„Wie Sie den Gesetzeswortlaut in Ihrer Begründung zitierten haben, hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Daher gilt es die Tatsachen zu erheben, zu welchem Haushalt die minderjährige A. tatsächlich zuzuordnen ist!

Die Familienbeihilfe soll nach Ansicht des Gesetzgebers, so wie Sie das in Ihrer Begründung angemerkt haben, die mit der Betreuung des Kindes verbundenen Mehrbelastungen zumindest teilweise ausgleichen. Zum Haushalt einer Person wird das Kind dann zugerechnet, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Sich diese Person um die Dinge des alltäglichen Lebens kümmert.

Ich wasche für A. die Wäsche, wenn Sie aus dem Internat kommt, koche für sie, fahre mit ihr zum Arzt. Gehe mit ihr einkaufen, wenn sie neue Kleidung braucht oder etwas für die Schule besorgen muss. Bringe und hole sie, wenn sie ausgeht oder sich mit Freundinnen trifft. Spiele Taxiunternehmen für mein Kind, wie es wohl bei vielen 15jährigen Kindern der Fall ist.

Die morgendliche und abendliche Körperpflege übernimmt sie mit ihren 15 Jahren bereits selbst. Ich organisierte alleine mit ihr die Führerscheinausbildung, welche sie jetzt in den Weihnachtsfeiertagen macht. Mache mit ihr dann die Ausbildungsfahrten. Organisiere für sie alleine ein Auto dafür, etc.

Ich bringe sie jeden zweiten Sonntag zur Schule, hole sie jeden zweiten Freitag wieder vom Zug ab.

Bin mit ihr zu ihren Akrobatik Trainings und Wettkämpfen gefahren (teilweise sogar bis Graz). Gehe zu den schulischen Terminen wie Klassenforum, Elternabend und Sprechtag soweit erforderlich.

Darüber hinaus trage ich alleine die vollen Kosten für ihre Berufsausbildung (Internat + Schule) werde ihr benötigtes Auto finanzieren, übernehme die Führerscheinkosten, weiß allerdings noch nicht, ob und mit welchem Betrag sich ihre Mutter daran beteiligen wird. Daher sehe ich die einheitliche Wirtschaftsführung in meinem Haushalt und somit die Haushaltszugehörigkeit zu Straße in NÖ, als tatsächlichen Haushalt von A. an.

Wie Sie richtigerweise als Indiz für die Haushaltszugehörigkeit anführen, ist lt. ZMR A. bei ihrer Mutter in Straße, NÖ, gemeldet (unser ehemaliger gemeinsamer Wohnsitz).

Dies hat aber viel mehr jenen Hintergrund, dass ich sinnloses hin- und hermelden des Hauptwohnsitzes vermeiden möchte. Ich gehe zur Gemeinde, melde A. bei mir und ihre Mutter geht dann wieder in NÖ auf die Gemeinde und meldet sie wieder um. Das kann wohl nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, daher ist die Entscheidung, zu welchem Haushalt A. zuzurechnen ist, abseits des ZMR zu treffen.

Wir leben das Model der Doppelresidenz seit unserer Trennung im Dezember 2019 und kümmern wir uns beide um die Betreuung und alltäglichen Dinge des Lebens unserer 3 gemeinsamen Kinder A., B. und C. annähernd gleichermaßen. Von unseren beiden Söhnen B. und C. tragen wir auch die Kosten annähernd zu gleichen Teilen. Richtigerweise sollten meiner Ansicht nach sowohl die Betreuungsaufgaben als auch die Kosten und die Beihilfen auf beide Eltern aufgeteilt werden.

Leider sieht der Gesetzgeber aber keine Teilung der Familienbeihilfe wie beim Familienbonus vor.

Da ich aber von A. zusätzlich fast sämtliche Kosten alleine übernehme und ja die Familienbeihilfe lt. Absicht des Gesetzgebers die mit der Betreuung des Kindes verbundenen Mehrbelastungen zumindest teilweise ausgleichen soll, bin ich der Ansicht dass zumindest A. zu meinem Haushalt als haushaltszugehörig zuzurechnen ist und ich anspruchsberechtigt bin.

Speziell bei A. ist die einheitliche Wirtschaftsführung mit den Ihnen bereits übermittelten Nachweisen der Kostentragungen meinerseits somit in Straße anzusehen, selbst wenn man rein auf die Betreuungszeit abzielt, hat A. in den letzten Jahren mehr bei mir genächtigt als bei Ihrer Mutter.“

Das FA legte die Beschwerde mit **Vorlagebericht** vom **28.06.2023** dem Bundesfinanzgericht (BFG) vor und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Begründend wurde i.w. ausgeführt, es komme ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft an (vgl. VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Die FB sei eine monatsbezogene Leistung. Das Bestehen des FB-Anspruches könne je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. VwGH 08.02.2007, 2006/15/0098; VwGH 28.11.2001, 96/13/0076).

Der für einen Monat nur einfach gebührende FB-Anspruch stehe in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt habe (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teile, hänge ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtige, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringe (vgl. VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120).

Werde ein Kind von mehreren Personen jeweils in deren Haushalten betreut, sei für die Frage des Überwiegens der Haushaltszugehörigkeit in typisierender Betrachtungsweise im Sinne des Erkenntnisses VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120, darauf abzustellen, bei wem das Kind im jeweiligen Monat überwiegend genächtigt habe.

Da der Gesetzgeber von einem Vorrang der Haushaltszugehörigkeit gegenüber der Unterhaltskostentragung ausgehe, sei im Fall einer "Doppelresidenz" monatsbezogen zu prüfen, wessen Haushalt das Kind jeweils überwiegend angehört habe. Der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch stehe daher, wenn das Kind im Kalendermonat zeitlich hintereinander zu unterschiedlichen Haushalten gehört habe, in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt habe oder nach § 2a FLAG 1967 als Haushaltsführender vermutet werde (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Laut vorliegenden Unterlagen sei das Kind im strittigen Zeitraum unter der Wohnadresse der Kindesmutter mit Hauptwohnsitz gemeldet. Die übermittelten Kalendereintragungen des Jahres 2021 zeigten, dass sich das Kind im Jahr 2021 nicht überwiegend im Haushalt des Bf aufgehalten habe (September 2021: 14 Tage, Oktober 2021: 13 Tage, November 2021: 12 Tage, Dezember 2021: 8 Tage). Aus dem Kalender 2022 sei ersichtlich, dass das Kind im Jahr 2022 169 Tage beim Bf und 196 Tage bei der Kindesmutter verbracht habe.

Daher könne im ggstdl. Fall aufgrund der vorliegenden Umstände und maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen davon ausgegangen werden, dass die Haushaltszugehörigkeit des Kindes A. bei der Kindesmutter liege.

Das **BFG** forderte den Bf mit **Vorhalt vom 27.07.2023** auf, die entsprechende Vereinbarung betreffend die „Doppelresidenz“ vorzulegen.

Weiters führte das BFG aus:

„Im Fall einer „Doppelresidenz“ ist nach der Judikatur – da der Gesetzgeber von einem Vorrang der Haushaltszugehörigkeit gegenüber der Unterhaltskostentragung ausgeht – monatsbezogen zu prüfen, wessen Haushalt das Kind jeweils überwiegend angehört hat. 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. Von Bedeutung ist dabei, bei wem das Kind im jeweiligen Monat überwiegend genächtigt bzw. sich aufgehalten hat.

Sie bringen in der Beschwerde u.a. vor, dass sich Ihre Tochter faktisch mehr bei Ihnen aufgehalten habe als bei Ihrer Mutter.

Weiters bringen Sie u.a. vor, sie würden A. jeden zweiten Sonntag zur Schule bringen und jeden zweiten Freitag wieder vom Zug abholen, was bedeuten könnte, dass Ihre Tochter jedes zweite Wochenende bei Ihnen verbringt.

Auch den vorgelegten Kalendern „Kinder“ ist nicht eindeutig zu entnehmen, wo A. im jeweiligen Monat überwiegend genächtigt bzw. sich aufgehalten hat, zumal Ihre Tochter seit September 2021 nach Ihren Ausführungen ein Internat besucht und offenbar dort nächtigt (da nach Ihrem Vorbringen „ein tägliches pendeln zur Schule aufgrund der Entfernung nicht möglich ist“) und die Eintragungen in den Kalendern auch die Wochentage betreffen und somit in Bezug auf A. nicht aussagekräftig sind.

Möglicherweise betreffen diese Eintragungen auch Ihre anderen Kinder.

Um Klarstellung, Stellungnahme, Glaubhaftmachung und Vorlage von allfälligen Nachweisen wird gebeten.

Sie werden weiters aufgefordert, eine nachvollziehbare Aufstellung von September 2021 bis Dezember 2022 vorzulegen, aus der hervorgeht, an wievielen Tagen – jeweils pro Monat – sich A. bei Ihnen aufgehalten und genächtigt hat, an wievielen Tagen sie sich bei der Mutter aufgehalten und genächtigt hat und an wievielen Tagen sie sich im Internat aufgehalten und dort genächtigt hat.“

Mit **Schreiben vom 24.08.2023** antwortete der Bf und führte i.w. aus, eine schriftliche Vereinbarung über die „Doppelresidenz“ existiere nicht. Diese habe sich vielmehr so „eingeschliffen.“ Die gemeinsamen Kinder würden am Mittwoch und Donnerstag vom Bf betreut, am Montag, Dienstag und Freitag von der KM und an den Wochenenden abwechselnd von den Elternteilen.

Die Ferien würden wie folgt geteilt:

Semesterferien – 1 Jahr bei der KM und 1 Jahr beim Bf

Weihnachtsferien – bis zum 31.12. bei der KM, dann bis Schulanfang beim Bf. Das Jahr darauf umgekehrt. Ausnahme sei der 25.12., da seien die Kinder jeweils beim anderen Elternteil.

Osterferien: 1 Jahr bei der KM und 1 Jahr beim Bf

Sommerferien: weiters tageweise Einteilung außer der Zeit, in der die Kinder mit einem Elternteil in Urlaub fahren

Herbstferien: Betreuung je zur Hälfte

Die geschilderte Aufteilung ergebe bei den beiden Söhnen einen leichten Überhang bei der KM, wobei sich auch die Söhne in einzelnen Monaten überwiegend beim Bf aufhalten würden.

A. nächtigt in der Schule. Die Entscheidung zum Besuch der Schule sei von beiden Eltern gemeinsam getroffen worden; sowohl das Schulgeld als auch das Internat würde jedoch zur Gänze vom Bf finanziert.

Im Anhang befinde sich eine monatsweise Aufstellung über den geforderten Zeitraum, aus welchem ersichtlich sei, dass sich A. tatsächlich auch mehr beim Bf aufgehalten habe und vom Bf betreut worden sei. Lediglich an 4 Monaten habe sich A. auf Grund von Urlaubsfahrten mit der Mutter und Ferienteilungen mehr bei der KM aufgehalten und genächtigt. Wobei der Bf naturgemäß auch nicht sagen könne, ob sich A. an jenen Tagen auch tatsächlich bei der KM aufgehalten hätte. Die Kinder würden auch gerne von Oma, Tante, Onkel betreut und auch öfter dort nächtigen.

Der Bf könne lediglich mit Sicherheit sagen, an welchen Tagen A. in der Schule war bzw. vom Bf betreut worden sei und dass sie einmal mit ihrer Schulfreundin und deren Eltern in Italien gewesen sei. Den Rest der Zeit habe er unter „Mama“ erfasst, ohne zu wissen, ob sie sich tatsächlich die gesamte Zeit bei der KM aufgehalten habe.

Demnach sei sowohl die vorrangige Haushaltszugehörigkeit auf Grund der Betreuungszeiten erfüllt, als auch die überwiegende Kostentragung gegeben, welche den Bezug der Familienbeihilfe rechtfertigten.

Beigelegt war eine Aufstellung über die Betreuungszeiten von September 2021 bis Dezember 2022, aufgeteilt in „Papa“ (lt. Bf 124 Tage), „Mama“ (lt. Bf 102 Tage), „Schule“ (lt. Bf 262 Tage). Dies ergebe laut Bf 10 Monate überwiegend bei ihm, 4 Monate überwiegend bei der KM und 2 Monate gleich.

Das BFG forderte mit **Schreiben vom 07.11.2023** die KM als Auskunftsperson zur Stellungnahme zu den Ausführungen des Bf und zu der von ihm vorgelegten Aufstellung auf.

Mit **Schreiben vom 29.11.2023** antwortete die KM und legte ihrerseits eine monatliche Aufstellung der Betreuungszeiten vor.

Sie führte i.w. aus, laut mündlicher Vereinbarung würden die Kinder am Mittwoch vom KV abgeholt, wo sie bis Donnerstag 18h blieben. Darüber hinaus würden die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitag bis Sonntag beim KV verbringen. Die Ferien und Feiertage würden zwischen den Elternteilen gleichmäßig aufgeteilt. Dies ergebe ein Aufteilungsverhältnis von 64,3% zu 35,7% zu Gunsten der KM. Es handle sich daher um einen deutlichen Überhang der Betreuungszeiten seitens der KM, sodass die Kinder bei ihr haushaltszugehörig wären.

Die Kosten für den Schulbesuch und das Internat A.s übernehme der KV auf ausdrücklichen eigenen Wunsch zur Gänze.

Außernatürliche Kosten wie zB die Zahnsperre oder eine private Zusatzversicherung würden von der KM geleistet.

Unabhängig von den Kosten sei A. bei der KM haushaltszugehörig, da die Betreuungsvereinbarung für alle Kinder gleich getroffen worden sei und die Zweitunterkunft ausschließlich auf Grund der Berufsausbildung erforderlich sei. Hätte A. diese Schule nicht besucht, wären die dargestellten Betreuungszeiten unverändert geblieben. Die KM trage auch während der Schulzeiten die Obsorgepflicht in diesem Ausmaß. Werde A. während ihrer Betreuungszeit, etwa am Dienstag, krank, sei es die Verpflichtung der KM, sie abzuholen. Weiters habe sie die Aufstellung des KV anhand ihres Kalenders kontrolliert und ergebe sich selbst ohne Berücksichtigung der Schultage ein Überhang von 25 Tagen.

Die Bf legte (wie der Bf) eine Aufstellung über die Betreuungszeiten A.s im Streitzeitraum, aufgliedert nach Monaten und geteilt in Betreuungstage für „Mama“, „Papa“ und „Schule“, vor.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen

Sachverhalt

Das Kind A., geb. am 2007, lebt abwechselnd bei den getrennt lebenden Eltern, welche mündlich für die Betreuung der gemeinsamen Kinder eine detaillierte Vereinbarung abgeschlossen haben. Seit September 2021 besucht A. die höhere Lehranstalt für Umwelt und Wirtschaft in NÖ und nächtigt seitdem an Schultagen im Internat.

A. war in den Monaten September 2021, Jänner 2022, Februar 2022, Juni 2022, August 2022, September 2022, Oktober 2022 und Dezember 2022 beim Kindesvater (KV = Bf) haushaltszugehörig.

In allen anderen Monaten des Streitzeitraums war A. bei der Kindesmutter (KM) haushaltszugehörig.

Beweiswürdigung

Ob ein Sachverhalt als erwiesen anzunehmen ist oder nicht, ist im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen. Das Gericht hat dabei gemäß § 167 Abs 2 BAO unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens in freier Überzeugung eine Tatsache als erwiesen oder nicht erwiesen anzunehmen. Dabei genügt es, von mehreren

Möglichkeiten jene als erwiesen zu erachten, die gegenüber allen anderen eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat (VwGH 20.07.2011, 2009/17/0132).

Das Gericht hat in freier Beweiswürdigung festzustellen, ob und wenn ja, in welchen Monaten des Streitzeitraums die Tochter des Bf bei ihm haushaltszugehörig ist. Dem Bf als Beihilfenwerber obliegt es, dies nachzuweisen.

Die unstrittige Hauptwohnsitzmeldung der Tochter des Bf bei der KM und Nebenwohnsitzmeldung beim KV hat, wie der Bf zu Recht aufzeigt, nur Indizwirkung, ist jedoch nicht ausschlaggebend. Vielmehr ist vom Gesamtbild der Verhältnisse auszugehen.

Es kommt nach der Judikatur auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an. Dabei geht das Gesetz erkennbar auch davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann.

Unstrittig ist und wurde dies sowohl vom Bf vorgebracht als auch von der KM als Auskunftsperson bestätigt, dass der Bf und die KM seit der Trennung im Dezember 2019 die gemeinsamen Kinder und somit auch A. abwechselnd und jeweils zu genau definierten Zeiten betreuen würden und auch über den Aufenthalt in den Ferien eine detaillierte Übereinkunft besteht. Diese Vereinbarung wurde mündlich abgeschlossen.

Die FB ist eine monatsbezogene Leistung. Das Bestehen des FB-Anspruches kann daher je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. VwGH 08.02.2007, 2006/15/0098; VwGH 28.11.2001, 96/13/0076).

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 (Vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Anzumerken ist, dass das Vorbringen des Bf, wonach er für seine Tochter die überwiegenden Unterhaltskosten trage, für die Beurteilung des FB-Anspruches irrelevant ist (siehe unten).

In der Beschwerde brachte der Bf dann vor, dass sich A. faktisch mehr bei ihm als bei der Kindesmutter aufhalte. Schließlich bringt der Bf im Vorlageantrag vor, dass er A. jeden zweiten Sonntag zur Schule bringe und sie jeden zweiten Freitag wieder vom Zug abhole.

Die KM bringt hingegen vor, dass die Kinder und auch A. bei ihr haushaltszugehörig seien und sich überwiegend bei ihr aufhalten und von ihr betreut würden.

Im vom BFG durchgeführten Ermittlungsverfahren führte der Bf detailliert und glaubhaft aus, wie die Betreuungszeiten zwischen den Eltern grs. geregelt sind.

Er legte auch eine Aufstellung der Betreuungszeiten A.s im Streitzeitraum, geordnet nach

Tagen inklusive Nächtigungen, vor. Darin war vermerkt, an welchen Tagen A. vom KV und an welchen Tagen sie von der KM betreut wurde. Unstrittig ist auch, dass die Tochter des Bf im Streitzeitraum ein Internat besuchte und dort nächtigte. Diese Tage werden als „neutrale“ Zeiten betrachtet. A. wurde an diesen Tagen weder vom KV noch von der KM betreut bzw. nächtigte nicht bei einem Elternteil, sondern im Internat. Diese Tage können daher keinem Elternteil zugeordnet werden. Die Ausführungen der KM, dass A. trotz des Besuchs des Internats bei der KM haushaltszugehörig wäre, sind durch die Judikatur nicht gedeckt. Es kommt auf die tatsächliche Betreuung bzw. Nächtigung an und nicht darauf, was gewesen wäre, hätte A. diese Schule nicht besucht.

Der KM wurde diese Aufstellung vorgehalten und sie führte aus, sie habe die vom KV übermittelte Übersicht geprüft und kontrolliert. Dabei ergebe sich selbst ohne Berücksichtigung der Schultage ein Überhang von 25 Tagen.

Dieser Überhang stellt aber auf den gesamten Streitzeitraum ab und ist nicht monatsbezogen. Daher ist der Überhang insoweit nicht relevant, ebenso wenig wie die tageweise Aufstellung in einem 14 Tage Zyklus, wonach die Kinder 9 Tage bei der KM und 5 Tage beim KV verbringen würden.

Auch der vom KV behauptete Gesamtüberhang seinerseits ist insoweit nicht relevant.

Relevant ist jedoch die monatsweise Darstellung, aufgeteilt nach Tagen inklusive Nächtigung in „Mama“, „Papa“ und „Schule“ (neutral), welche sowohl vom Bf als auch von der KM vorgelegt wurde.

Daraus ist übereinstimmend ersichtlich, dass in den Monaten September 2021, Jänner 2022, Februar 2022, Juni 2022, August 2022, September 2022, Oktober 2022 und Dezember 2022 A. überwiegend vom Bf betreut wurde.

Das BFG sieht in freier Beweiswürdigung als erwiesen an, dass A. in jenen Monaten überwiegend vom Bf betreut wurde, wenn dies aus der Aufstellung des Bf hervorgeht (mehr Tage bei „Papa“ als „Mama“) und durch die Aufstellung der KM bestätigt wird (ebenfalls mehr Tage bei „Papa“ als „Mama“), auch wenn die Anzahl der Tage nicht immer übereinstimmt..

So ist betreffend *September 2021* ersichtlich, dass laut Aufstellung des Bf A. an 6 Tagen von ihm und an 5 Tagen von der Km betreut wurde (der Rest entfällt auf Internat); aus der von der KM vorgelegten Aufstellung geht übereinstimmend hervor, dass A. in diesem Monat an 6 Tagen vom KV und an 5 Tagen von der KM betreut wurde.

Jänner 2022:

Aufstellung Bf: 11 T. KV, 4 T. KM

Aufstellung KM: 11 T. KV, 9 T. KM

Februar 2022:

Aufstellung Bf: 9 T. KV, 4 T. KM

Aufstellung KM: 9 T. KV, 8 T. KM

Juni 2022:

Aufstellung Bf: 7 T. KV, 2 T. KM

Aufstellung KM: 7 T. KV, 4 T. KM

August 2022:

Aufstellung Bf: 18 T. KV, 13 T. KM

Aufstellung KM: 18 T. KV, 13 T. KM

September 2022:

Aufstellung Bf: 6 T. KV, 5 T. KM

Aufstellung KM: 6 T. KV, 5 T. KM

Oktober 2022:

Aufstellung Bf: 9 T. KV, 3 T. KM

Aufstellung KM: 7 T. KV, 5 T. KM

Dezember 2022:

Aufstellung Bf: 11 T. KV, 6 T. KM

Aufstellung KM: 10 T. KV, 6 T. KM

In den genannten Monaten hat der Bf daher den Überhang an Betreuungszeiten und somit die Haushaltszugehörigkeit A.s nachgewiesen, sodass der fehlenden Hauptwohnsitzmeldung nach dem Gesamtbild der Verhältnisse keine entscheidende Bedeutung zugemessen wird.

Im restlichen Beurteilungszeitraum ist dem Bf der Nachweis eines Überhangs an Betreuungszeiten A.s nach dem Gesamtbild der Verhältnisse nicht gelungen, sodass in diesen Monaten nach wie vor von einer Haushaltszugehörigkeit A.s zur KM auszugehen ist.

Rechtliche Beurteilung

Wie sich aus § 2 Abs 2 FLAG 1967 ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. 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. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen „Konkurrenzfall“, der in § 2a geregelt ist (vgl. zB VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058, VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214, VwGH 27.11.2019, Ro 2017/16/0004).

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.

Das bedeutet, dass lediglich dann, wenn keiner anderen Person ein FB-Anspruch zustünde, der Bf iSd § 2 Abs 2 zweiter Satz FLAG 1967 als derjenige, der den (überwiegenden) Unterhalt für die Tochter trägt, subsidiär als FB-Anspruchsberechtigter in Betracht käme (BFG 10.03.2023, RV/3100325/2022).

Diese Voraussetzung liegt jedoch im ggstdl Fall nicht vor, sodass das Vorbringen des Bf, wonach er für seine Tochter die überwiegenden Unterhaltskosten trage, für die Beurteilung des FB-Anspruches irrelevant ist.

Zum Haushalt einer Person gehört nach § 2 Abs 5 FLAG 1967 ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt u.a. nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält oder das Kind zum Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Gemäß § 10 Abs 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Wie die belangte Behörde im Vorlagebericht richtig ausführt, ist die FB eine monatsbezogene Leistung. Das Bestehen des FB-Anspruches kann daher je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. VwGH 08.02.2007, 2006/15/0098; VwGH 28.11.2001, 96/13/0076).

Der für einen Monat nur einfach gebührende FB-Anspruch steht in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt habe (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Die gleichzeitige Zugehörigkeit zu zwei Haushalten in einem Monat hat der Gesetzgeber im FLAG 1967 nicht vorgesehen.

Haushaltszugehörigkeit liegt vor, wenn eine Person mit dem Kind bei einheitlicher Wirtschaftsführung in einer Wohngemeinschaft lebt (vgl. zB VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120, VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214, vgl. auch BFG vom 02.05.2018, RV/3100759/2015).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hängt die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung im Sinne des § 2 Abs 5 FLAG 1967 teilt, ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen in Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für

morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (vgl. VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120).

Eine Meldebestätigung bzw. die polizeiliche An- und Abmeldung (§ 1 Abs. 1 MeldeG) ist für sich allein als bloßes Indiz zwar nicht entscheidend für die Beurteilung, ob eine Wohngemeinschaft besteht (VwGH 03.07.2003, 99/15/0104), kann aber in Zweifelsfällen einen Begründungsanhalt bieten (VwGH 20.06.1990, 89/16/0020).

Des Weiteren ist für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit das Erziehungsrecht bzw. Obsorgerecht (gem. § 144 ABGB aF, entspricht § 158 ABGB nF, in Geltung seit 1.2.2013) ohne Bedeutung. So hat der VwGH im Erkenntnis vom 22.10.1971, 336/70, die Frage, *"ob die Kinder eines geschiedenen Ehegatten, die in der Wohnung seiner geschiedenen Gattin aufwachsen, obzwar dem Ehegatten das ihm gesetzlich zustehende Erziehungsrecht nicht abgesprochen wurde, zu seinem Haushalt gehören"*, verneint und ausgesprochen, dass es *"allein auf das Zusammenwohnen mit dem Haushaltsvorstand und nicht darauf ankommt, wem das Erziehungsrecht nach dem Familienrecht zusteht."* Der gegenteiligen, auf § 144 ABGB aF gestützten Argumentation der belangten Behörde könne daher lt. VwGH nicht gefolgt werden.

Wie die belangte Behörde im Vorlagebericht rechtsrichtig ausgeführt hat, ist im Falle einer „Doppelresidenz“ bzw. zwischen den Eltern geteilten Betreuung monatsbezogen zu prüfen, wessen Haushalt das Kind jeweils überwiegend angehört hat. 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 (Vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058). Wird ein Kind von mehreren Personen jeweils in deren Haushalten betreut, ist für die Frage des Überwiegens der Haushaltszugehörigkeit in typisierender Betrachtungsweise darauf abzustellen, wer das Kind im jeweiligen Monat nach Tagen inklusive Nächtigung überwiegend betreut hat (z.B. BFG 27.06.2023, RV/7101300/2023; BFG 10.10.2019, RV/7102525/2019).

Es erscheint sachgerecht, zur Lösung dieser Frage in freier Beweiswürdigung die sowohl von der Bf als auch von der KM übermittelten Kalendereintragungen, sofern sie übereinstimmen, als glaubhaft der Beurteilung zu Grunde zu legen.

Insoweit – für die dargestellten Monate, in denen er A. überwiegend betreute – wurde vom Bf sein Anspruch auf Familienbeihilfe nachgewiesen.

Die Schlussfolgerungen der belangten Behörde erweisen sich hingegen nicht in allen Beurteilungszeiträumen (Monaten) als richtig und nachvollziehbar (s. oben Beweiswürdigung).

Wenn die belangte Behörde ausführt, die übermittelten Kalendereintragungen des Jahres 2021 zeigten, dass sich das Kind im Jahr 2021 nicht überwiegend im Haushalt des Bf aufgehalten

hätte, so ist das im Hinblick auf September 2021 nicht nachvollziehbar.

Wenn die belangte Behörde ausführt, die übermittelten Kalendereintragungen des Jahres 2022 zeigten, dass sich das Kind 169 Tage beim Bf und 196 Tage bei der KM aufgehalten habe, so ist dies einerseits im Hinblick auf die monatliche Betrachtungsweise irrelevant und andererseits sind die genannten Zahlen aus der Aufstellung auch nicht ableitbar.

Unzulässigkeit der Revision:

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Im vorliegenden Fall lag keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, da sich aus den zitierten gesetzlichen Bestimmungen ergibt, wem die Familienbeihilfe bei Haushaltszugehörigkeit zusteht. Bei wem das Kind im jeweiligen Anspruchszeitraum (Monat) haushaltszugehörig ist, ist eine Frage der Beweiswürdigung.

Wien, am 18. Dezember 2023