



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn X in XY, vom 28. November 2010 gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 29. Oktober 2010 betreffend eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. April 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber beantragte mit dem Formular Beih 1 im April 2010 die rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe ab April 2005 für seinen Sohn F.

Mittels Vorhalt wurde der Berufungswerber vom Finanzamt aufgefordert, Zahlungsbelege, Kontoauszüge oder Dauerauftragsbestätigungen vorzulegen, die den Nachweis liefern, ab wann regelmäßige monatliche Unterhaltsleistungen an den Sohn geleistet worden sind. Im Schreiben des Berufungswerbers v. 29. August 2010 gab dieser ua. an, dass er die gewünschten Unterlagen nicht erbringen könne, da er mit seinem Sohn ausschließlich per Rechtsanwalt verkehre.

In einem weiteren Schreiben vom 18. Oktober 2010 gab der Berufungswerber an, dass er die Unterhaltszahlungen an den Sohn im April 2005 eingestellt habe, da der Sohn im ersten Semester seines Studiums und weiter bis April 2005 des zweiten Semesters zu keiner einzigen Prüfung angetreten sei. Dies habe seinen Sohn veranlasst sich anwaltlich vertreten zu lassen und mittels Exekution gegen ihn vorzugehen.

---

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit Bescheid vom 29. Oktober 2010 ab und begründete ihn wie folgt:

*Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein 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.*

*Wie aus Ihrem Schreiben vom 18.Oktobe 2010, eingelangt am 21.Oktobe 2010 hervorgeht, haben Sie Ihre Unterhaltsleistung an Ihren Sohn mit April 2005 eingestellt.*

*Im Exekutionsverfahren sind die offenen Unterhaltsforderungen einschließlich der Exekutions-, Verfahrens- und Prozesskosten durch unregelmäßige Exekutionsmaßnahmen zum Teil beglichen worden. Regelmäßige monatliche Unterhaltszahlungen an Ihren Sohn sind erst ab Juli 2008 gegeben. ...*

Gegen diesen Bescheid brachte der Berufungswerber rechtzeitig das Rechtsmittel der Berufung ein und führte zusammenfassend aus, dass die Unterhaltszahlungen zwar im Zuge eines Exekutionsverfahrens nachbezahlt wurden, aber im Gesetz lediglich gefragt sei wer den Unterhalt überwiegend leistet und ob dieser dies gerne, oder freiwillig tue stehe nicht zur Diskussion.

Am 14. Februar 2011 erließ das Finanzamt Graz-Stadt eine abweisende Berufungsvorentscheidung mit einer ausführlichen Begründung.

Mit Schriftsatz vom 22. Februar 2011 wurde der Antrag gestellt, die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorzulegen. Als Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

*Die Behauptung ich hätte die Unterhaltszahlungen im April 2005 eingestellt ist insofern unrichtig, da ich den Unterhalt, zwar im Zuge eines Exekutionsverfahrens, bezahlt habe (und dies bereits im Mai 2005.) Das Gesetz fragt lediglich wer überwiegend den Unterhalt trägt, ob dieser, dies gerne oder freiwillig tut steht nicht zur Diskussion.*

*Wie mein Sohn in zahlreichen Anträgen zur Verfahrenshilfe eidesstattlich versichert, bin laut seiner eigenen Aussage, ausschließlich ich, ihm gegenüber unterhaltpflichtig. Sollte also jemand anders überwiegend für seinen Unterhalt aufgekommen sein, hat dies mein Sohn in seinen eidesstattlichen Erklärungen wohl vergessen.*

*Einem oberstgerichtlich entschiedenen Unterhaltsanspruch von € 8.9175,18 stehen Zahlungen in Höhe von € 10.264,65 gegenüber.*

---

*Ich habe also auf dem Exekutionswege den Unterhalt nicht nur regelmäßig, sondern für mehrere Monate bereits im Voraus bezahlt.*

*Ich erlaube mir ferner exemplarisch die Kopie eines Exekutionsantrages zu übermitteln. Wie sie Diesem entnehmen können, wird dort auch der laufende Unterhalt im Voraus exekutiert. Meine Arbeitgeber mussten den laufenden Unterhalt daher stets an meinen Sohn abliefern. Da die Höhe des Unterhalts von mir erfolgreich bekämpft worden ist, entstand durch die Exekutionen nicht nur eine Vorauszahlung sondern auch eine nicht unbeträchtliche Überzahlung, welche erst im Nachhinein berichtigt werden konnte. Ich lege gerne weitere Exekutionsanträge, welche allerdings alle gleich formuliert sind vor.*

*Ich hatte gar keine Möglichkeit, den Unterhalt freiwillig zu bezahlen. Da das Unterhaltsexistenzminimum in meinem Fall bei etwa € 450,-- liegt, war es mir unmöglich die vom Gericht geforderte Sicherheitsleistung noch zusätzlich zu erlegen. Außerdem wäre dies einer Anerkennung der Unterhaltshöhe gleichgekommen. Es kann doch nicht sein dass eine im Voraus gerichtlich betriebene Forderung nun im Beihilfeverfahren mir zum Nachteil ausgelegt wird. Laut Auskunft meines Anwalts war es juristisch auch die einzige Möglichkeit, die Forderung nicht anzuerkennen und nicht zu bezahlen, um dann im Oppositionsverfahren, die Entscheidung zu bekämpfen, was mir erfolgreich gelungen ist. Es ist mir unverständlich, dass aus der erfolgreichen Wahrnehmung meines Rechts in einem jahrelang andauernden Verfahren, das Verwirkens einer Forderung in einem anderen Verfahren entstehen soll.*

Aus der beiliegenden Exekutionsbewilligung des Bezirksgerichtes Graz vom 9. Juni 2005 geht hervor, dass die vollstreckbare Unterhaltsforderung für die Monate April und Mai 2005 zuzüglich der ab 1. Juni 2005 fällig werdenden Unterhaltsbeträge von monatlich 218 Euro mittels Gehaltspfändung bewilligt worden ist.

Mit Bericht vom 16. März 2011 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) lautet auszugsweise:

- (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, ...,
- b) für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei

volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahrs hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß, ...

(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, ... .

Gem. § 7 FLAG wird die Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt.

Ergänzend bestimmt § 10 FLAG auszugsweise:

(1) Die Familienbeihilfe wird nur auf Antrag gewährt;

(2) Die Familienbeihilfe wird 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 Ausschließungsgrund hinzukommt.

3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4 FLAG ) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

§ 295a BAO lautet:

Ein Bescheid kann auf Antrag der Partei (§ 78) oder von Amts wegen insoweit abgeändert werden, als ein Ereignis eintritt, das abgabenrechtliche Wirkung für die Vergangenheit auf den Bestand oder Umfang eines Abgabenanspruches hat.

Aus § 2 Abs. 2 FLAG leitet sich ab, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe in zwei Stufen zu prüfen ist (vgl. VwGH 16.2.1988, 85/14/0130 in ÖStZB 1988, 392):

Primär hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt ihr Kind gehört.

Nur dann, wenn das Kind zu keinem Haushalt einer anspruchsberechtigten Person gehört, ist die Frage der Kostentragung relevant. Nur in diesem Fall steht nämlich die Familienbeihilfe der Person zu, die die Kosten des Unterhalts überwiegend trägt.

Ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Familie aufhält, gilt solange als zum Haushalt einer Person gehörig, solange der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein "vorübergehender" ist. Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich beschränkte sein kann.

Es geht dabei nicht um die genaue Dauer des Aufenthaltes außerhalb der gemeinsamen Wohnung, sondern darum, ob aus den objektiv nachvollziehbaren Umständen geschlossen

werden kann, dass der Aufenthalt nur vorübergehend geplant war.

Von einer nur vorübergehenden Abwesenheit kann etwa dann gesprochen werden, wenn sich das Kind für Zwecke einer Ausbildung oder für Zwecke des Studiums bzw. Schulbesuches woanders aufhält (siehe VwGH 19.5.1969, 1562/68). Bei einer Zweitunterkunft für Zwecke eines Schulbesuches wird im allgemeinen angenommen werden müssen, dass die Zweitunterkunft nur vorübergehend benutzt wird (Wittmann-Papacek, Kommentar zum Familienlastenausgleich, C, § 2, 11).

Die Abgabenbehörden haben von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind. Diese amtswegige Ermittlungspflicht tritt allerdings dann in den Hintergrund, wenn die Behörde nur auf Antrag tätig wird (Ritz, BAO3, § 115 Tz 11). Kommt dazu, dass der Berufungswerber einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für einen Zeitraum gestellt hat, der zum Teil über fünf Jahre zurücklag, trifft ihn zusätzlich eine erhöhte Behauptungs- und Mitwirkungspflicht, weswegen es seine Aufgabe ist, das Vorliegen jener Umstände, auf die die Zuerkennung gestützt werden kann, einwandfrei und unter Ausschluss jeden Zweifels darzulegen (siehe VwGH 31.3.2004, 2000/13/0073).

Die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103 mwN), wobei der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe der Monat ist (§ 10 Abs. 2 und 4 FLAG). Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind ist damit ständig neu zu beurteilen und kann je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat variieren (VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103). Da die Familienbeihilfe für ein Monat nicht geteilt werden kann und nur einmal pro Monat (§ 10 Abs. 4 FLAG) an eine einzige Person (§ 7 FLAG) gewährt werden kann, ist zu beurteilen, wer diese Person ist. Der Anspruch auf Familienbeihilfe setzt nämlich voraus, dass nicht jemand anderer zu deren Bezug berechtigt ist.

Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes, der sich im Wesentlichen aus der Aktenlage ergibt, ist festzuhalten, dass die Kindesmutter ebenfalls gem. § 140 ABGB unterhaltsverpflichtet ist und diesen Unterhalt nach Angaben des Sohnes auch geleistet hat.

Der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut, leistet dadurch seinen Beitrag. Darüber hinaus hat er zum Unterhalt des Kindes beizutragen, soweit der andere Elternteil zur vollen Deckung der Bedürfnisse des Kindes nicht imstande ist oder mehr leisten müsste, als es seinen eigenen Lebensverhältnissen angemessen wäre (§ 140 Abs. 2 ABGB).

Nach Angaben des Sohnes hielt er sich an den Wochenenden immer im Haushalt der Mutter (und auch bei den Großeltern) auf und wurde auch von ihr (diesen) verpflegt und versorgt, so dass die Haushaltszugehörigkeit im Sinne des FLAG zur Mutter (Großeltern) nie als aufgehoben galt. Die Anmeldung im Studentenwohnheim musste erfolgen, weil er sonst keinen Platz im Heim bekommen hätte und auch die Wohnbeihilfe davon abhängig war. Der Aufenthalt in einem Studentenwohnheim stellt im vorliegenden Fall keinen eigenen Haushalt dar und auch während des Aufenthaltes bei den Großeltern könnten nur die Großeltern den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe stellen, was aber im vorliegenden Fall nicht zu prüfen ist, weil es nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist.

Über die Berufung war wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Graz, am 7. Oktober 2011