

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B, Adresse\_Mutter, vertreten durch Dr. Franz Marschall, 1010 Wien, Goldschmiedgasse 8/1, vom 6.8.2018 gegen den Bescheid des Finanzamts Wien 2/20/21/22, 1220 Wien, Dr. Adolf Schärf-Platz 2, vom 19.7.2018, mit welchem der Antrag vom 16.2.2018 auf Familienbeihilfe für die im Februar 2007 geborenen C D für den Zeitraum Dezember 2017 abgewiesen wurde, Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### Antrag

Die Beschwerdeführerin (Bf) A B beantragte mit am 16.2.2018 beim Finanzamt persönlich überreichtem Formular Beih 1 Familienbeihilfe für C D. Die Bf sei slowakische Staatsbürgerin, wohne in Adresse\_Mutter, seit 2017 geschieden. Beantragt werde die Zuerkennung vom Familienbeihilfe für die im Februar 2007 geborene C D ab 11/2017. Diese sei die Tochter der Bf, österreichische Staatsbürgerin und wohne Adresse\_Mutter.

Die Felder "Das Kind wohnt ständig () bei mir () am gemeinsamen Wohnort" und "Finanzieren Sie monatlich die überwiegenden Kosten? () ja () nein" sind nicht ausgefüllt.

Angaben zum Vater von C D wurde nicht gemacht.

Beigefügt war eine Meldebescheinigung vom 15.2.2018, wonach C D von 16.1.2018 bis 15.2.2018 ihren Hauptwohnsitz in Adresse\_Vater, gehabt habe und seit 15.2.2018 in Adresse\_Mutter mit Hauptwohnsitz gemeldet sei. Nebenwohnsitze scheinen auf der Bescheinigung nicht auf.

Laut weiterer Meldebescheinigung vom 15.2.2018 hatte die Bf von 11.12.2014 bis 15.2.2018 ihren Hauptwohnsitz in Adresse\_Mutter\_alt. Seit 15.2.2018 ist der Hauptwohnsitz in Adresse\_Mutter.

## **Abweisungsbescheid**

Mit Bescheid vom 19.7.2018 wies das Finanzamt den Antrag der Bf vom 16.2.2018 auf Familienbeihilfe für die im Februar 2007 geborene C D für den Zeitraum Dezember 2017 ab und begründete dies 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.*

*Da C sich erst seit den Weihnachtsferien, also Ende Dezember in ihrem Haushalt aufhält besteht für den Monat Dezember kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da C im Dezember 2017 zum überwiegenden Teil des Monats dem Haushalt des Vaters angehörte.*

## **Beschwerde**

Mit Schreiben vom 6.8.2018 gab der rechtsfreundliche Vertreter seine Bevollmächtigung bekannt und führte aus:

*Wir vertreten Frau A B rechtsfreundlich und berufen uns hiezu auf die erteilte Vollmacht gemäß § 8 RAO.*

1.

*Mit „Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe“ vom 19.7.2018 hat Frau A B Mitteilung erhalten, dass unsere Mandantin die Familienbeihilfe für Dezember 2008 bis Oktober 2017 und von Februar 2018 bis Februar 2025 erhält.*

*Für den Zeitraum November 2017 bis Jänner 2018 wurde der Bezug der 'Familienbeihilfe nicht gewährt; dies, obwohl sich aus den nachstehenden Urkunden ergibt, dass C D sehr wohl bei der Kindesmutter auch in diesem Zeitraum wohnhaft war.*

*Für Dezember 2017 erhielt sie zwar noch die Kinderbeihilfe, musste diese aber rückerstatten; dies zu Unrecht.*

*Bereits vorgelegt wurden eine Schulbestätigung mit der Adresse der Mutter und ein Meldezettel vom 16.11.2017 für C und ein Meldezettel vom 16.1.2018 bis 15.2.2018. In der Zwischenzeit hat der Kindesvater zu Unrecht das Kind abgemeldet.*

Desweiteren liegt vor ein Beschluss des BG Korneuburg, wonach die Obsorge für C weiterhin von den beiden Eltern gemeinsam ausgeübt werden soll, aber C D im Haushalt der Kindesmutter betreut wird. Die Entscheidung stammt vom 3.4.2014 zu 1 Ps Y/13 k, BG Korneuburg, die jedoch vom Gericht mit 5.12.2017 als weiters rechtswirksam erklärt wurde.

*Beweis:*

*Einvernahme der Antragstellerin;*

*Einvernahme der C D, p.A. der Kindesmutter;*

*vorzunehmende Erhebungen bei der Schule, beim Jugendamt und beim Finanzamt Korneuburg;*

*Mag. E F, Richter, p.A. BG Donaustadt, Dr.-Adolf-Schärf-Platz 3, 1229 Wien;*

*vorliegende Unterlagen;*

*Niederschrift der MAG ELF, Amt für Jugend und Familie, vom 11.1.2018;*

*Meldezettel vom 16.11.2017;*

*Gerichtliche Vereinbarung vom 3.4.2014/5.12.2017;*

*Meldezettel vom 16.1.2018 bis 15.2.2018;*

*bereits vorgelegte Schulbestätigung an das Finanzamt.*

*Laut Information des Finanzamtes Korneuburg wurde die Überweisung der Kinderbeihilfe an den Vater durch das Finanzamt Korneuburg bereits im Dezember 2017 beendet, da der Kindesvater die Familienbeihilfe für C illegal bezogen hat. Seit diesem Zeitpunkt gab es zwischen dem Kindesvater und der Tochter C keinen Kontakt.*

2.

*Da bereits eine Beschwerdevorentscheidung vom 16.7.2018 betreffend die Beschwerde vom 13.11.2017 gegen den Bescheid vom 6.11.2017 über die Rückforderung der Familienbeihilfe im Zeitraum November 2017 vorliegt, mit der die Beschwerde mit der Beschwerdevorentscheidung vom 16.7.2018 als unbegründet abgewiesen wurde, wird nunmehr diesbezüglich auch der Antrag auf Entscheidung über die Beschwerde (Vorlageantrag) durch das Finanzgericht gestellt.*

*Als Begründung wird obiger Sachverhalt wiederholt und auf die dort genannten Beweismittel verwiesen.*

3.

*Auf Grund obiger Ausführungen wird auch gegen den Abweisungsbescheid vom 19.6.2018 hinsichtlich Familienbeihilfe des Kindes C D für den Zeitraum Dezember 2017 die Beschwerde erhoben.*

*Zur Begründung wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.*

## **Niederschrift MA 11 vom 11.1.2018**

Beigefügt war folgende Niederschrift mit der Bf, Adresse Adresse\_Mutter\_alt, aufgenommen am 11.01.2018 im Amt für Jugend und Familie - Rechtsvertretung Bezirk 22:

*C ist seit 16.11.2017 wieder bei mir, G ist zwar bei mir gemeldet, befindet sich aber tatsächlich beim Vater. Ich möchte daher nicht, dass für C derzeit Unterhalt vom Vater eingehoben wird, solange G beim Vater ist und das ABO-Vefahren bei Gericht noch immer nicht entschieden ist. Die Obsorge für die Kinder haben wir prinzipiell beide, lt. Beschluss BG Korneuburg vom 3.4.2014, 1 Ps YY/13 k. Ich werde mich melden, sobald ich möchte, dass wieder Unterhalt gefordert wird.*

## **Meldebescheinigung**

Laut Meldebescheinigung vom 16.11.2017 hat C D ihren Hauptwohnsitz seit 16.11.2017 in Adresse\_Mutter\_alt.

Laut Meldebescheinigung vom 15.2.2018 hatte C D ihren Hauptwohnsitz von 16.1.2018 bis 15.2.2018 in Adresse\_Vater und seit 15.2.2018 in Adresse\_Mutter.

## **Gerichtliche Vereinbarung vom 3.4.2014**

Laut gerichtlicher Vereinbarung vor dem Bezirksgericht Korneuburg vom 3.4.2014, Rechtswirksamkeitsbestätigung des Bezirksgerichts Donaustadt vom 5.12.2017, kommt die Obsorge für den mj G D, geb ...4.2002, und die mj C D, geb ....2.2007, kommt weiterhin den Kindeseltern A D und L D gemeinsam zu. "Die Kinder sollen hauptsächlich im Haushalt der Kindesmutter betreut werden."

## **Beschwerdevorentscheidung**

Mit Beschwerdevorentscheidung vom "16.7.2018", genehmigt am 10.9.2018, wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab:

*Sachverhalt:*

*Sie waren mit Herrn D L verheiratet und erhielten nach der Scheidung, laut Beschluss vom 03.04.2014 des Bezirksgerichts Korneuburg, beide das Sorgerecht über die gemeinsamen Kinder G und C. In einem Schreiben vom 30.04.2018 bestätigt die MA 11 den hauptsächlichen Aufenthalt von C seit 08.09.2017 beim Vater. Laut diesem Schreiben*

verbrachte C die Weihnachtsferien im Dezember 2017 bei Ihnen und Sie kehrte nicht mehr in den Haushalt des Kindesvaters zurück.

Gesetzliche Grundlagen:

*Anspruch auf Familienbeihilfe hat nach § 2 Abs. 2 FLAG vorrangig die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend für das Kind trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.*

*Nach § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.*

*Die Haushaltsgleichheit gilt unter anderem dann 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).*

*Die Familienbeihilfe wird gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 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.*

*Gemäß § 10 Abs. 3 FLAG 1967 gebührt Familienbeihilfe für einen Monat nur einmal.*

Würdigung:

*Ein Kind gilt als haushaltsgleichig, wenn es in einem bestimmten Haushalt wohnt, betreut und versorgt wird. Unter Haushalt ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen. Für die Beurteilung der Haushaltsgleichigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (VwGH 22.10.1971, 0336/70). Somit verlangt die Haushaltsgleichigkeit sowohl das Vorliegen eines Familienwohnsitzes als auch das Tragen der Verantwortung für das materielle Wohl des haushaltsgleichigen Kindes (vgl. BFG 10. 3. 2015, RV/7105435/2014).*

*Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit durch Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098). Wenn ein Kind innerhalb eines Monates zeitlich hintereinander unterschiedlichen Haushalten angehört, steht die Familienbeihilfe in Anwendung des*

*Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt hat (VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).*

*Nach dem geschilderten Sachverhalt hat C in dem maßgebenden Monat teilweise dem Haushalt des Vaters und teilweise Ihrem Haushalt angehört, weil sie jeweils bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dem betreffenden Elternteil teilte. Die Regelung des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG, wonach die Haushaltzugehörigkeit nicht als aufgehoben gilt, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, kann nicht angewendet werden, da Ihr Kind nach der Aktenlage immer zum Haushalt eines Elternteiles gehörte.*

*Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes steht der Beihilfenanspruch bei der vorliegenden Konstellation für einen Monat demjenigen Elternteil zu, der für den längeren Zeitraum in diesem Monat den Haushalt geführt hat. Anhand der Aktenlage ist davon auszugehen, dass Ihr Kind in dem maßgeblichen Monat die überwiegende Zeit zum Haushalt des Vaters gehört hat.*

*Ihre Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.*

Die Beschwerdevorentscheidung wurde der Bf zu Handen ihres rechtsfreundlichen Vertreters am 17.9.2018 zugestellt.

## **Vorlageantrag**

Die Bf stellte am 1.10.2018 durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter Vorlageantrag:

*Mit der Beschwerdevorentscheidung wird die Beschwerde vom 6.8.2018 gegen den Bescheid vom 19.7.2018 über die Abweisung der Familienbeihilfe für C für Dezember 2017 als unbegründet abgewiesen. Dies mit der Begründung, dass die MA11 den hauptsächlichen Aufenthalt von C seit 8.9.2017 beim Vater bestätigt hätte.*

*In der Beschwerdevorentscheidung hat sich jedoch die Behörde nicht mit den vorgelegten Beweismitteln im Vorlageantrag vom 6.8.2018 auseinandergesetzt, so dass das Verfahren mangelhaft geblieben ist.*

*Auch aus dem Schreiben vom 4.9.2018 an die Behörde, das nochmals vorgelegt wird, ergibt sich, dass C D von November 2017 bis März 2018 dauerhaft mit ihrer Mutter A B bei Ing. H B gewohnt hat und C D nicht beim Vater wohnte. Dieser Umstand könne auch von Frau I B bestätigt werden.*

*Es wird daher der Antrag gestellt, über die Beschwerde durch das Bundesfinanzgericht zu entscheiden.*

## **Akteninhalt**

Aus dem elektronisch vorgelegten Verwaltungsakt ergibt sich:

## **Antrag des Vaters vom 24.10.2017**

Mit Formular Beih 1 stellte der Vater L D, österreichischer Staatsbürger, Adresse\_Vater, am 24.10.2017 Antrag auf Familienbeihilfe für seine Tochter C D. C wohne ständig bei ihm, er finanziere auch die überwiegenden Unterhaltskosten. Mutter sei die Bf A B, wohnhaft Adresse\_Mutter\_alt. Diese finanziere die Unterhaltskosten nicht überwiegend. C sei Schülerin und besuche eine NMS in Wien 22.

Beigefügt war eine Meldebestätigung vom 28.9.2017, wonach C D seit diesem Datum ihren Hauptwohnsitz in Adresse\_Vater habe.

## **Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid**

Mit Schreiben vom 13.11.2017 erhob die Bf Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid des Finanzamts (vom 6.11.2017, siehe Akt RV/7103957/2018):

*Beim zuständigen Familiengericht hängt hinsichtlich des Sorgerechtes für meine mj. Kinder C und G D, Sozialversicherungsnummern wie angeführt, eine Sorgerechtsstreit, welcher bis dato noch nicht entschieden wurde.*

*Bislang obliegt die Obsorge mir und sind die Kinder gegen meinen ausdrücklichen Willen zum Kindesvater bzw. der Großmutter verbracht worden. Die polizeiliche Meldung und auch der Schulbesuch ist weiter in Wien.*

*Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, daß ich die Kinderbeihilfe zu Unrecht bezogen habe.*

## **Scheidung**

Mit Beschluss vom 20.11.2017 wurde die im Jahr 2014 zwischen Ing. H B und A B geschlossene Ehe gemäß § 55a EheG geschieden. Die eheliche Gemeinschaft der Antragsteller sei seit mehr als 6 Monaten aufgehoben.

## **Vergleich vom 20.11.2017**

Mit gerichtlichem Vergleich vom 20.11.2017 vereinbarten Ing. H B und A B für den Fall der Rechtskraft des Scheidungsbeschlusses unter anderem, dass A B die bisherige Ehewohnung in Adresse\_Mutter\_alt bis 31.12.2017 räumt.

## **Antrag der Mutter vom 6.12.2017**

Mit am 6.12.2017 beim Finanzamt persönlich überreichtem Formular Beih 1 beantragte die Beschwerdeführerin (Bf) A B Familienbeihilfe für G D und C D wie folgt:

Die Bf sei slowakische Staatsbürgerin, wohne in Adresse\_Mutter\_alt, seit 2017 geschieden.

Beantragt werde die Zuerkennung vom Familienbeihilfe für den im April 2002 geborenen G D und die im Februar 2007 geborene C D jeweils ab 11/2017. Diese seien Kinder der Bf, österreichische Staatsbürger und wohnten Adresse\_Mutter\_alt.

Die Kinder wohnten ständig bei der Bf, die auch die überwiegenden Unterhaltskosten trage.

## **Familienbeihilfenbezug**

Laut einem Screenshot des Finanzamts wurde von L D für C D unter anderem im Zeitraum November und Dezember 2017 Familienbeihilfe bezogen.

## **Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe vom 30.3.2018**

In Beantwortung eines Schreibens des Finanzamts Hollabrunn Korneuburg Tulln vom 30.3.2018 betreffend Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe gab der Vater L D, Adresse\_Vater, am 2.5.2018 bekannt, dass mit Urteil des Bezirksgerichts Donaustadt vom 11.4.2018 C D in die Obsorge der Mutter übergeben "und der Beschluss der MA 11 aufgehoben" wurde. "Die Kinder wurden von der Mutter widerrechtlich mit Nov. 2017 umgemeldet und ab Bekanntwerden dieser Tatsache wieder bei mir angemeldet.

## **Protokoll vom 30.1.2018**

Am 30.1.2018 gab C D vor dem Bezirksgericht Donaustadt zu Protokoll:

*Es geht mir soweit gut, das Zeugnis wird ganz gut ausschauen, kein Fünfer, kein Vierer und vielleicht auch kein Dreier.*

*In den Semesterferien werde ich zu einem Politiker malen gehen, das hat zumindestens die Mama so gesagt.*

*Die Weihnachtsferien waren schön, ich habe mich richtig gut erholt, musste für die Schule nichts lernen und habe einfach gar nichts gemacht und mich entspannt. Richtig ist, dass*

*ich einen Brief an den Richter geschrieben habe, dass ich letztes Mal so nervös war und nicht alles sagen konnte oder wollte.*

*Wie gesagt war ich sehr aufgeregt, ich wollte eigentlich sagen, dass ich zur Mama möchte, das ist jetzt auch schon Realität geworden, das heißt seit Dezember wohne ich bei der Mama.*

*Papa und Mama haben sich das nicht ausgemacht, es war einfach so, dass der Papa in der Ukraine war, das war Ende Dezember.*

*Ich war ja mit G in J, da ist auch die Oma.*

*Ich bin dann zur Mama gegangen und nicht mehr zurück gegangen zum Papa,*

*Wir schreiben uns regelmäßig, haben eine Familiengruppe, wo jeder was hinein schreiben kann.*

*Ansonsten habe ich den Papa jetzt eigentlich nicht mehr gesehen außer zufällig, er war einmal in der Schule.*

*Wenn ich gefragt werde, ob er nicht danach fragt, ob wir uns sehen können gebe ich an nein.*

*Ob Mama und Papa miteinander über mich kommunizieren, kann ich nicht sagen.*

*Ich möchte jedenfalls bei meiner Mutter jetzt leben, die Sache ist die, dass ich in J überhaupt niemanden kenne, meine Freundinnen sind hier in Wien.*

*Bei der Mama zu sein, ist für mich insofern einfacher, als ich da eben auch meine Freunde habe.*

*Mit dem Jugendamt habe ich darüber noch nicht gesprochen.*

## **Protokoll vom 11.4.2018**

Am 11.4.2018 fand vor dem Bezirksgericht Donaustadt eine Verhandlung in der Pflegschaftssache mj. G D und mj. C D vor dem Richter Mag. E F in Anwesenheit von Mutter, Vater und Vertreterinnen des Kinder- und Jugendhilfeträgers statt. Aus dem hierüber aufgenommenen Protokoll:

*... Die Kindesvatervertreterin gibt an, angesichts der Umstände nämlich der faktischen Umstände, dass G offenbar lieber beim Vater ist, C sich offenbar bei der Mutter wohl fühlt, wäre es sinnvoll, auch die rechtlichen Gegebenheiten diesen Umständen anzupassen, das heißt eine Vereinbarung abzuschließen, wonach die gemeinsame Obsorge der Eltern für beide Kinder verbleibt, G hauptsächlich betreut wird vom Vater, C hauptsächlich betreut wird von der Mutter, beiden ein Kontakt zu den Kindern eingeräumt wird.*

*Angesichts des Alters von G ist eine Kontaktregelung schwierig.*

*Bei C sollte ein solcher Kontakt jedes zweite Wochenende von Freitag bis Montag stattfinden plus eine Übernachtung unter der Woche zum Beispiel von Mittwoch bis Donnerstag.*

*Der Kindesmuttervertreter erklärt, dass die von Seiten der Kindesvatervertreterin vorgeschlagene Regelung dem Vorschlag der Kindesmutter sehr nahe kommt.*

*Derzeit werde allerdings die zusätzliche Übernachtung unter der Woche abgelehnt.*

*Die Regelung darüber hinaus entspricht durchaus auch dem Wunsch der Kindesmutter.*

*Beide Elternteile erklären Kontakt zu ihren beiden Kindern zu wünschen.*

*Beide Elternteile erklären übereinstimmend auf die jeweiligen Minderjährigen, der Vater auf G, die Mutter auf C, auch entsprechend einzuwirken, dass die Kontakte stattfinden können, die Kinder entsprechend vorzubereiten, und an einem Stattfinden an einem freudvollen Ablauf der Kontakte ebenso mitwirken zu wollen.*

*Die Eltern schließen sohin nachstehende*

*Vereinbarung:*

*Die hauptsächliche Betreuung von G D, geb. am ...4.2002 erfolgt durch den Kindesvater, jene von C, geb. am ....2.2007 erfolgt durch die Kindesmutter.*

*Dem Kindesvater wird ein Kontaktrecht zu C eingeräumt, und zwar jedes zweite Wochenende von Freitag nach der Schule bis Montag Früh.*

*Festgehalten wird, dass C selbst in die Schule fährt. ...*

*Festgehalten wird, dass das vereinbarte Kontaktrecht ab dem 20. April 2018 stattfinden soll.*

*Die Kindeseltern vereinbaren darüber hinaus, dass in den Sommerferien mj.C jeweils abwechselnd zwei Wochen beim Vater (beginnend) und bei der Mutter verbringt.*

*Für Weihnachten vereinbaren die Eltern, dass im Jahr 2018 die Kinder gemeinsam den 24.12.2018 bei der Mutter verbringen, den 25. Dezember bis zum 31. Dezember beim Vater, in den ungeraden Kalenderjahren kehrt sich diese Regelung dann um.*

*Ab 2019 verbringen die Kinder die Semesterferien bei der Kindesmutter, die Osterferien beim Vater, in den geraden Kalenderjahren kehrt sich das um. ...*

Dieses Protokoll wurde dem Finanzamt am 14.5.2018 mit dem handschriftlichen Vermerk  
**HAT SICH NIX GEENDET AUSSER DER 16JÄHRIGE SOHN BLEIBE BEI VATER**  
vorgelegt.

## Bericht der MA 11

Der Magistrat der Stadt Wien, Wiener Kinder- und Jugendhilfe - Soziale Arbeit mit Familien, berichtete dem Finanzamt am 30.4.2018:

*Die beiden mj. G und C hielten sich seit 8.9.2017 offiziell beim Vater, Hrn. L D, auf. Lediglich C nächtigte am Wochenende bei der Mutter und verbrachte die Weihnachtsferien bei ihr. Obwohl die Kinder offiziell beim Vater leben sollten, kehrte die mj. C seit den Weihnachtsferien nicht mehr zum Vater zurück und gab mehrfach an, wieder zur Mutter zurück zu wollen. Die Eltern einigen sich im Zuge der Gerichtsverhandlung am 11.4.2018 über den Verbleib C bei der Mutter mit Besuchskontakten zum Vater. G lebt seit 8.9.2017 beim Vater.*

## Meldedaten

Das Finanzamt erhob am 28.8.2018 folgende Meldedaten für den Beschwerdezeitraum

### **A B**

11.12.2014 bis 15.2.2018: Adresse\_Mutter\_alt  
Seit 15.2.2018: Adresse\_Mutter

### **C B**

11.12.2014 bis 28.9.2017: Adresse\_Mutter\_alt  
28.9.2017 bis 16.11.2017: Adresse\_Vater  
16.11.2017 bis 16.1.2018: Adresse\_Mutter\_alt  
16.1.2018 bis 15.2.2018: Adresse\_Vater  
Seit 15.2.2018: Adresse\_Mutter

### **L D**

27.1.2014 bis 2.5.2018: Adresse\_Vater

## Bestätigung vom 4.9.2018

Am 4.9.2018 legte die Bf durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter folgende undatierte Bestätigung des Ing. H B vor:

C D war von November 2017 bis zur Übersiedlung mit der Mutter, Fr. A B, im März 2018, dauerhaft bei mir, Ing. H B, gemeinsam mit ihrer Mutter wohnhaft. Dieser Umstand kann

auch von Fr. I B, welche ebenfalls in der ...gasse ( vis a vis ) wohnhaft ist, sowie den Nachbarn, bestätigt werden. C D ging nicht zum Vater zurück.

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 19.10.2018 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

*Inhaltsverzeichnis zu den vorgelegten Aktenteilen (Aktenverzeichnis)*

*Beschwerde*

*1 Beschwerde 06.08.2018*

*Bescheide*

*2 Familienbeihilfe (Monat: 12.2017) 19.07.2018*

*Antrag / Anzeige an die Behörde*

*3 Antrag vom 16.02.2018 16.02.2018*

*Beschwerdevorentscheidung*

*4 Beschwerdevorentscheidung 10.09.2018*

*5 RsB zur BVE 17.09.2018*

*Vorlageantrag*

*6 Vorlageantrag 28.09.2018*

*Vorgelegte Aktenteile*

*7 2017.10.24\_Kontrollmaterial Antrag C KV 24.10.2017*

*8 2017.11.06\_Kontrollmitteilung FA Hollabrunn 06.11.2017*

*9 2017.11.13\_Beschwerde g Rückforderungsbescheid 13.11.2017*

*10 2018.02.08\_Niederschrift MAG11 08.02.2018*

*11 2018.04.30\_Kontrollmaterial FA Korneuburg 30.04.2018*

*12 2018.05.14\_Pflegschaftsunterlagen 14.05.2018*

*13 2018.08.23\_FBH Bezug C 23.08.2018*

*14 2018.08.28\_ZMR Bf 28.08.2018*

*15 2018.08.28\_ZMR C 28.08.2018*

*16 2018.08.28\_ZMR KV 28.08.2018*

*17 2018.09.05\_Bestätigung von Ing. B 05.09.2018*

*18 2018.09.10\_Genehmigung BVE 10.09.2018*

19 2017.12.06\_Antrag C ab 11\_2017 06.12.2018

achverhalt:

Die Beschwerdeführerin (Bf.) lebt vom Kindesvater getrennt und bezog ursprünglich bis November 2017 für C, geb. ....02.2007, die Familienbeihilfe.

C war bis 28.09.2017 im Haushalt der Bf., von 28.09.2017 bis 16.11.2017 im Haushalt des Kindesvaters in J, von 16.11.2017 bis 16.01.2018 bei der Bf. und von 16.01.2018 bis 15.02.2018 beim Kindesvater amtlich gemeldet. Seit 15.02.2018 ist sie wieder im Haushalt der Bf. gemeldet.

Gemäß einer gerichtlichen Vereinbarung vom 03.04.2014, rechtskräftig erklärt vom BG Donaustadt erst am 05.12.2017, obliegt die Obsorge beiden Elternteilen. Die Kinder sollten im Haushalt der Bf. betreut werden.

Laut einer Niederschrift, aufgenommen im Amt für Jugend und Familie am 11.01.2018 erklärte die Bf, C wohne seit 16.11.2017 wieder bei ihr.

C erklärte laut Protokoll, aufgenommen am 30.01.2018 im BG Donaustadt, sie wohne seit Dezember 2017 wieder bei der Mutter.

Am 30.04.2018 bestätigte die MAG11, der hauptsächliche Aufenthaltsort C sei seit 08.09.2017 beim Vater gewesen. Die Weihnachtsferien 2017 habe sie bei der Mutter verbracht und sei dann nicht mehr zum Vater zurückgekehrt.

Am 05.09.2018 wurde eine Bestätigung von Ing. B, dem geschiedenen Gatten der Bf, nachgereicht, wonach C "ab November 2017 bis zur Übersiedlung im März 2018" mit ihm und der Bf gewohnt habe.

Der Antrag der Bf auf Zuerkennung der Familienbeihilfe wurde mit Bescheid vom 19.07.2018 abgewiesen. Die dagegen eingebrachte Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung, genehmigt am 10.09.2018 und zugestellt am 17.09.2018 abgewiesen. Irrtümlich wurde die Beschwerdevorentscheidung mit 16.07.2018 datiert.

Bezüglich der Rückforderung der Beihilfe für November 2017 ist unter der GZ.RV/7103957/2018 ein Beschwerdeverfahren anhängig.

Beweismittel:

Siehe Inhaltsverzeichnis

Stellungnahme:

Gem. § 10 Abs. 2 FLAG 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 Ausschließungsgrund hinzukommt.

Laut der Rechtsprechung zu § 2 Abs. 2 FLAG steht dem Elternteil die Beihilfe zu, der das Kind in einem Monat überwiegend in seinem Haushalt betreut (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058)

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

Nach der Bestätigung der MAG 11, wonach C im Dezember 2017 nur die Weihnachtsferien bei der Mutter verbracht hat, ist davon auszugehen, dass C in diesem Monat überwiegend im Haushalt des Vaters gewohnt hat.

### **Beschluss vom 12.2.2019**

Mit Beschluss vom 12.2.2019 wurde das Finanzamt Wien 2/20/21/22 gemäß § 269 Abs. 2 BAO beauftragt, folgende Ermittlungen durchzuführen und darüber dem Bundesfinanzgericht unter Anschluss der aufgenommenen Niederschriften (§ 87 BAO) sowie allfälliger weiterer Urkunden innerhalb von sechs Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses zu berichten:

*I. Als Zeugen (§ 169 BAO) sind zur Haushaltzugehörigkeit von G und C D in den Monaten November und Dezember 2017 schriftlich unter Vorhalt der aktenkundigen Dokumente einzuvernehmen:*

1. G D per Anschrift L D,
2. C D per Anschrift A B,
3. L D unter seiner aktenkundigen Anschrift,
4. Ing. H B unter seiner aktenkundigen Anschrift.

*II. Die Beschwerdeführerin A B ist als Partei (§ 78 BAO, § 143 BAO) niederschriftlich zur Haushaltzugehörigkeit von G und C D in den Monaten November und Dezember 2017 unter Vorhalt der aktenkundigen Dokumente und der Zeugenaussagen nach I. zu vernehmen.*

Das Bundesfinanzgericht führte hierzu unter anderem aus:

*In den im Spruch genannten Beschwerdeverfahren ist strittig, ob G und C D im November 2017 sowie ob C D im Dezember 2017 dem Haushalt ihrer Mutter A B oder dem Haushalt ihres Vaters L D angehört haben.*

*Darüber liegen nach der Aktenlage widersprüchliche Angaben vor.*

*In der Eingabe vom 6.8.2018 wurden folgende Beweisanträge gestellt:*

*Einvernahme der Antragstellerin;*

*Einvernahme der C D, p.A. der Kindesmutter;*

*vorzunehmende Erhebungen bei der Schule, beim Jugendamt und beim Finanzamt Korneuburg;*

*Mag. E F, Richter, p.A. BG Donaustadt, Dr.-Adolf-Schärf-Platz 3, 1229 Wien; vorliegende Unterlagen;*

*Niederschrift der MAG ELF, Amt für Jugend und Familie, vom 11.1.2018;*

*Meldezettel vom 16.11.2017;*

*Gerichtliche Vereinbarung vom 3.4.2014/5.12.2017;*

*Meldezettel vom 16.1.2018 bis 15.2.2018;*

*bereits vorgelegte Schulbestätigung an das Finanzamt.*

*Ergänzende Ermittlungen*

*Diesen Beweisanträgen ist wie im Spruch dieses Beschlusses angegeben nachzukommen. Zweckmäßigerweise sind beide Kinder sowie der Vater und der damalige Ehegatte der Bf ebenfalls einzuvernehmen.*

*Der Beweisantrag "vorzunehmende Erhebungen bei der Schule, beim Jugendamt und beim Finanzamt Korneuburg" ist zu unbestimmt. Betreffend der beantragten Einvernahme des Pflegschaftsrichters als Zeugen vom Hörensagen ist die Einvernahme der unmittelbar Betroffenen vorzuziehen.*

*Die weiteren angeführten Urkunden sind aktenkundig. Zur Prüfung der Angaben in den Beschwerden sind im Spruch dieses Beschlusses angeführten Ermittlungen erforderlich. Diese sind zweckmäßigerweise vom Finanzamt Wien 2/20/21/22 durchzuführen.*

## **Bericht vom 13.3.2019**

Das Finanzamt berichtete mit E-Mail vom 13.3.2019:

*... die ho. Behörde hat aufgrund des Beschlusses vom 12.02.2019 weitere Ermittlungen durchgeführt.*

*Aufgrund der Befragung von Ing. B und L D ergibt sich nun ein recht klarer Sachverhalt: Die beiden Kinder waren tatsächlich nie dem Haushalt des Kindesvaters zuzurechnen, seit spätestens 06.11.2018 waren beide Kinder wieder dem Haushalt der Bf. zugehörig.*

*Mit dem Rechtsanwalt der Bf. wurde daraufhin die Rücknahme der Beschwerde vereinbart, sodass das ho. Finanzamt auf schnellem Wege neue Bescheide (Aufhebung des Rückforderungsbescheides 11.2017 und Wiederaufnahme mit Stattgabe für 12.2017) erlassen kann.*

*Finden Sie anbei das Ermittlungsergebnis sowie die Rücknahme der Beschwerde durch den Rechtsanwalt der Bf...*

Folgende Dokumente waren beigefügt:

### **Auskunft Magistrat der Stadt Wien**

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 11, gab dem Finanzamt mit Schreiben vom 30.4.2018 bekannt:

*Die beiden mj. G und C hielten sich seit 8.9.2017 offiziell beim Vater, Herrn L D, auf. Lediglich C nächtigte am Wochenende bei der Mutter und verbrachte die Weihnachtsferien bei ihr. Obwohl die Kinder offiziell beim Vater leben sollten, kehrte die mj. C seit den Weihnachtsferien nicht mehr zum Vater zurück und gab mehrfach an, wieder zur Mutter zurück zu wollen. Die Eltern einigten sich im Zuge der Gerichtsverhandlung am 11.4.2018 über den Verbleib C bei der Mutter mit Besuchskontakten zum Vater. G lebt seit 8.9.2017 beim Vater.*

Unter Bezugnahme auf diese Mitteilung ersuchte das Finanzamt diese Behörde mit Schreiben gemäß § 158 BAO vom 5.3.2019 um nähere Auskünfte, worauf ein Leitender Sozialarbeiter unter Beifügung von Urkunden bekannt gab:

*Die Regionalstelle S-22A war zuletzt in der Zeit vom 30.8.2017 bis zum 8.5.2018 mit der Familie befasst, in der Zeit vom 6.9.2017 bis 11.4.2018 übte der Kinder – und Jugendhilfeträger ex lege nach § 211 ABGB i.V.m. § 181 ABGB die Obsorge für die beiden Kinder D G und C aus, ein entsprechender Antrag wurde beim Bezirksgericht Donaustadt am 12.9.2017 eingebbracht und von Seiten des Kinder- und Jugendhilfeträgers am 11.4.2018 in der mündlichen Verhandlung vor dem BG Donaustadt wieder zurückgezogen. Die in dem Schreiben vom 30.4. getätigten Aussagen fußen auf Vereinbarungen und Gesprächen mit den Beteiligten mit der zum damaligen Zeitpunkt im Bereich Pflege und Erziehung obsorgeberechtigten Kinder- und Jugendhilfe. Der Hauptaufenthaltsort von C und G in den Monaten November und Dezember war jedenfalls laut Vorgabe der zu diesem Zeitpunkt obsorgeberechtigten Kinder – und Jugendhilfe Wien die Wohnung des Vaters, C hielt sich vereinbarungsgemäß in den Weihnachtsferien bei der Mutter auf. Das Schreiben wurde auf Ersuchen des Vaters ausgestellt.*

### **Niederschrift Ing. H B**

Ing. H B gab am 5.3.2019 vor dem Finanzamt als Zeuge vernommen an:

*Ich habe Frau A B am ...07.2014 verheiratet und lebte mit Ihr und den Kindern gemeinsam. Die Kinder waren ununterbrochen bei uns. Und waren auch bei uns gemeldet. Somit waren die Kinder seit 2014 bei der Mutter haushaltsgehörig.*

*Da der KV die Familienbeihilfe beziehen wollte, hatte er laufend die Kinder zu sich umgemeldet. Dabei wurden die Kinder ohne unser Wissen von uns abgemeldet und bei ihm wieder angemeldet.*

*Im März 2017 bin ich aufs Jugendamt gegangen, da die Situation für mich unerträglich geworden ist. Danach wurde beschlossen, dass wir uns scheiden lassen.*

*Die Kinder waren tatsächlich nie beim KV sondern, bei der Mutter des KV (Diese lebte in [Adresse\_Großmutter]. Er hatte nämlich nur eine 45 m2 Wohnung wo er mit seiner Lebensgattin [Lebensgefährtin] lebte und somit kein Platz für die Kinder gewesen wäre.*

*Im August 2017 versuchte Herr D (zKV) das Sorgerecht zu erlangen. Ende August wurden die Kinder für 10 Tage in Krisenzentrum des Jugendamtes verbracht.*

*In dieser Zeit durften die Kinder nicht mehr mit der Mutter telefonieren. Der KV hat auch mehrmals ohne unser Wissen, die Kinder einfach polizeilich abgemeldet und sie bei sich angemeldet. Deshalb habe ich auch mehrmals bezüglich der Familienbeihilfe beim FA Korneuburg angerufen und um Richtigstellung gebeten. Meines Wissens wurde Herr D daraufhin vom FA Korneuburg, die FB wieder eingestellt.*

*Jedes Mal wenn wir von den Ummeldungen durch D erfahren haben, haben wir in der Regel nach Rücksprache mit dem Richter des BG Donaustadt bzw. dem Rechtsanwalt die Kinder wieder bei uns angemeldet. Hiedurch sind auch die mehrmaligen Ummeldungen der Kinder in den Meldebestätigungen erklärbar.*

*September und Oktober waren die Kinder tatsächlich beim Kindsvater.*

*Ab November 2017 war C wieder durchgehend bei uns. Dies geschah nach Rücksprache mit unserem Rechtsanwalt und dem zuständigen Familienrichter. Nach dem genauen Tag gefragt, gebe ich an, dass C jedenfalls am ....11.2017 wieder bei uns war. Das weiß ich weil ich am ....11.2017 Geburtstag hatte und sie mit 100% Sicherheit zu dieser Zeit bei mir war.*

*C war bis März 2018 in meinem Haushalt. Danach ist sie mit der meiner Exgattin ausgezogen.*

*G wollte von der Mutter zum Vater. Er hält sich auch heute noch ausschließlich bei der Mutter des KV.*

*Meine Exgattin und ich haben sich im .... November 2017 scheiden lassen. Derzeit habe ich kein gutes Verhältnis mit der KV [KM], aber was Recht ist muss meiner Meinung nach auch Recht bleiben. Ich habe ihr auch den Rechtsanwalt bezahlt.*

*Durch die beiden Kinder konnte ich Ihr bei der \*\*\*\*bau nach der Scheidung eine größere Wohnung besorgen.*

## **Niederschrift L D**

L D gab am 6.3.2019 vor dem Finanzamt als Zeuge vernommen an:

*Die beiden Kinder wurden ca. zu Beginn September 2017 durch das Jugendamt (Wien 22) der Mutter entzogen und kamen für einen Zeitraum für ca. 2 Wochen in ein dortiges*

*Krisenzentrum. Meines Wissens hat damals Herr B diesbezüglich beim Jugendamt interveniert. In weiterer Folge habe ich beim Jugendamt dann den Antrag gestellt und kamen die beiden Kinder ca. mit Mitte September zu mir. Die Situation hat sich erst in den für die Kinder geltenden Weihnachtsferien dahingehend geändert, dass die Tochter (C) nach den Weihnachtsfeiertagen (ca. 28.12.2017) zur Mutter ging und dort blieb.*

*Wenn ich nach der Adresse des Aufenthaltes der Kinder gefragt werde, so gebe ich an, dass sie bei mir im Haus meiner Mutter wohnten (Adresse\_Großmutter). Dort waren die Kinder auch gemeldet.*

*Der Sohn blieb auch nach den Weihnachtsferien bei mir.*

*Wenn mir vorgehalten wird, dass die Kinder zu keinem Zeitpunkt in [Adresse\_Großmutter] gemeldet waren, so gebe ich an, dass sie dort sehr wohl aufhältig waren. Weiters kann ich angeben, dass es sich dabei um das Wohnhaus meiner Mutter handelt und auch das Jugendamt (Wien) dort Amtshandlungen und Kontrollen durchführte.*

*[Adresse\_Vater] war meine Wohnung und waren die Kinder im fraglichen Zeitraum September bis Dezember 2017 auch dort aufhältig.*

*Vermerk der Behörde: aus den aktenerliegenden Auskünften des ZMR geht hervor, dass C D zu keinem Zeitpunkt in [Adresse\_Großmutter] gemeldet war. In Abfolge der Aussage des Zeugen jedoch dort aufhältig und durch das Jugendamt dort auch kontrolliert wurde. C D war weiters an der [Adresse\_Vater] (Hauptwohnsitz; Wohnung und Aufenthaltsort des Vaters) lediglich polizeilich gemeldet im Zeitraum 28. 09.2017 bis 16.11.2017.*

*Der Sohn G scheint ebenfalls an der tatsächlichen Aufenthaltsadresse, Wohnhaus der Großmutter, [Adresse\_Großmutter] tatsächlich nie als gemeldet auf. Hinsichtlich des Wohnsitzes und ständigen Aufenthaltsortes des Vaters scheint er lediglich als polizeilich gemeldet im gleichen Zeitraum wie seine Schwester 28. 09 bis 16.11.2017 auf, beziehungsweise im nicht kausalstrittigen Zeitraum, später vom 16. 01. bis 02. 05. 2018.*

*Nach reiflicher Überlegung und mit den Zeugenaussagen des Herrn Ing. H ... B konfrontiert, gebe ich nun an, dass die Kinder lediglich bei mir polizeilich gemeldet waren jedoch tatsächlich nicht meinem Haushalt angehörten, sondern in Wahrheit im Hause meiner Mutter aufhältig waren. Ich möchte die Familienbeihilfe des in Rede stehenden Zeitraumes Rückzahlen. Weiters gebe ich an, dass die Kinder außer dieser 14. Tägigen Unterbrechung des Meldezeitraumes 28.09.2017 bis 16.11.2017 sich ständig bei meiner Ex-Gattin befanden. Auch im genannten Zeitraum 28.09.2017 bis 16.11.2017 sind sie in Wahrheit dem Haushalt meiner Exgattin zugehörig. Mein Nunmehriges Interesse ist den Sachverhalt richtig zu stellen.*

*Mir wird mitgeteilt, dass die, in Folge meiner Verabsäumung des ersten Termins bei dieser Behörde, bereits ergangene Ladung zur Befragung, terminiert für den 26.03.2019, 10 Uhr, sich am Postweg befindet und nach deren Zustellung für mich gegenstandslos ist.*

*Mir wird mitgeteilt, dass von dem von mir örtlich zuständigen Finanzamt Korneuburg, eine kausale Rückforderung der bezogenen Familienbeihilfe zu erwarten ist.*

## **Akteneinsicht**

In Entsprechung eines Ersuchen um Akteneinsicht übermittelte das Finanzamt dem rechtsfreundlichen Vertreter am 6.3.2019 die beiden Niederschriften.

### **"Zurückziehung der Beschwerde"**

Mit E-Mail vom 12.3.2019 gab der rechtsfreundliche Vertreter der Bf bekannt:

*Betreff: Versicherungsnummer: X; A B - Familienbeihilfe*

*... In obiger Angelegenheit zieht unsere Mandantin, Frau A B, ihre Beschwerde vom 6.8.2018 zurück.*

*Um Kenntnisnahme wird ersucht. ...*

Das Finanzamt antwortete am selben Tag:

*Die Abgabenbehörde nimmt die Entscheidung der Beschwerdeführerin zum Akt und wird nun inhaltlich (wieder sachlich zuständig) mit Bescheid vorgehen.*

*Es wird Ihnen weiters in der Funktion der Rechtsvertretung ein Duplikat des Bescheides zugehen.*

### **E-Mails vom 13.3.2019**

Mit E-Mail vom 13.3.2019 teilte die Richterin dem Bearbeiter am Finanzamt unter anderem mit:

*Zur Vermeidung von Missverständnissen möchte ich darauf hinweisen:*

- 1. Die „Zurücknahme“ der Beschwerde vom 6.8.2018 mittels E-Mail ist im Bereich der Bundesabgaben rechtlich wirkungslos.*
- 2. Beim Bundesfinanzgericht sind zwei Beschwerden betreffend A B anhängig, nämlich jene vom 13.11.2017 betreffend Rückforderung G und C für November 2017, und jene vom 6.8.2018 betreffend Abweisung für C für Dezember 2017. Die Beschwerde vom 13.11.2017 wurde offenbar nicht „zurückgenommen“.*
- 3. Gemäß § 300 Abs. 1 BAO sind ohne Zustimmungserklärung und ohne Beschluss des Verwaltungsgerichts im Beschwerdeverfahren nach Beschwerdevorlage erlassene Bescheide nichtig.*
- 4. Selbst im Fall einer wirksamen Rücknahme obliegt die Erlassung eines Gegenstandsloserklärungsbeschlusses dem Bundesfinanzgericht und nicht dem Finanzamt.*

5. Das Finanzamt geht nunmehr auf Grund der Ermittlungen davon aus, dass die Beschwerdeführerin hinsichtlich beider Beschwerden im Recht ist. Innerhalb der nächsten Wochen wären daher entsprechende Entscheidungen des Bundesfinanzgerichts möglich. Dies ist wahrscheinlich einfacher als die Einholung wirksamer Beschwerderücknahmen, die Erlassung von Gegenstandsloserklärungsbeschlüssen und die Erlassung weiterer Bescheide durch das Finanzamt, wobei anzumerken ist, dass betreffend November 2017 die Jahresfrist zur Erlassung eines Aufhebungsbescheids bereits abgelaufen ist und richtigerweise (bei eingetretener Rechtskraft des Bescheides) mit Verfahrenswiederaufnahme (neues Beweismittel die Aussage des Vaters) vorzugehen wäre.

*Bitte um Bekanntgabe, wie vom Finanzamt weiter vorgegangen wird.*

Seitens des Bearbeiters des Finanzamt wurde daraufhin geantwortet:

*... der Rechtsvertreter von Frau B wird in Bälde schriftliche Rücknahmen zu beiden Rechtsmitteln übermitteln.*

## **Erörterung der Sach- und Rechtslage**

Mit dem rechtsfreundlichen Vertreter wurde in der Folge vom Gericht telefonisch die Sach- und Rechtslage erörtert, worauf dieser erklärte, einer Entscheidung des Gerichts den Vorrang zu geben.

Eine wirksame Beschwerdezurücknahme erfolgte nicht.

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Im November 2017 lebten G D und C D und im Dezember 2017 lebte C D bei ihrer Mutter A B im gemeinsamen Haushalt.

### **Beweiswürdigung**

Nach der Aktenlage bestehen eine Vielzahl einander widersprechender Angaben über die Haushaltszugehörigkeit im Beschwerdezeitraum. Dem Ermittlungsauftrag vom 12.2.2019 ist das Finanzamt nur teilweise nachgekommen. Insbesondere wurden die beiden Kinder und die Bf nicht einvernommen.

Die getroffenen Feststellungen beruhen auf dem Bericht des Finanzamts vom 13.3.2019 (Finanzamt: "seit spätestens 06.11.2018 waren beide Kinder wieder dem Haushalt der Bf. zugehörig"). Diese entsprechen den Angaben der Bf im gegenständlichen Verfahren.

## Rechtsgrundlagen

§ 2 FLAG 1967 lautet:

*§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,*

*a) für minderjährige Kinder,*

*b) für volljährige Kinder, die das 24. 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, BGBI. 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, BGBI. 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. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBI. 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 Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBI. 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; Gleiches gilt, wenn alle Lehrveranstaltungen und Prüfungen der Studieneingangs-*

und Orientierungsphase nach § 66 des Universitätsgesetzes 2002, BGBI. I Nr. 120/2002, erfolgreich absolviert wurden, sofern diese mit mindestens 14 ECTS-Punkten bewertet werden. 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,

- c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,
- d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird; für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem ehestmöglichen Beginn eines Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd für längstens drei Monate,
- e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder eines Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd begonnen oder fortgesetzt wird, (Anm.: lit. f aufgehoben durch BGBI. I Nr. 111/2010)
- g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes 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; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer. Diese Regelung findet in Bezug auf jene Kinder keine Anwendung, für die vor Vollendung des 24. Lebensjahres Familienbeihilfe nach lit. I gewährt wurde und die nach § 12c des Zivildienstgesetzes nicht zum Antritt des ordentlichen Zivildienstes herangezogen werden,
- h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25 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; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,

- i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie
- aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und
- bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und
- cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,
- k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am
- aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- dd) Europäischen Freiwilligendienst nach der Verordnung (EU) Nr. 1288/2013 zur Einrichtung von „Erasmus+“, ABl. Nr. L 347 vom 20.12.2013 S. 50.
- (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.
- (3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person
- a) deren Nachkommen,
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,

c) deren Stiefkinder,

d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsförderung.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgeselligkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

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

b) das Kind für Zwecke der Berufsausbildung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausbildung 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 haushaltsgesellig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs. 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 2 und 4) entspricht.

(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.

(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 2a FLAG 1967 lautet:

§ 2a. (1) 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.*

§ 7 FLAG 1967 lautet:

*§ 7. Für ein Kind wird Familienbeihilfe nur einer Person gewährt.*

§ 10 FLAG 1967 lautet:

*§ 10. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.*

*(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) 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.*

*(5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.*

§ 25 FLAG 1967 lautet:

*§ 25. Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person ausgezahlt (§ 12) wird, sind verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, daß der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, bei dem nach § 13 zuständigen Finanzamt zu erfolgen.*

§ 26 FLAG 1967 lautet:

*§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.*

*(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.*

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

§ 177 ABGB lautet:

#### *Obsorge der Eltern*

§ 177. (1) Beide Elternteile sind mit der Obsorge betraut, wenn sie zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes miteinander verheiratet sind. Gleiches gilt ab dem Zeitpunkt der Eheschließung, wenn sie einander nach der Geburt des Kindes heiraten.

(2) Sind die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so ist allein die Mutter mit der Obsorge betraut. Die Eltern können aber vor dem Standesbeamten persönlich und unter gleichzeitiger Anwesenheit nach einer Belehrung über die Rechtsfolgen einmalig bestimmen, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind, sofern die Obsorge nicht bereits gerichtlich geregelt ist. Die Bestimmung wird wirksam, sobald beide Eltern persönlich vor dem Standesbeamten übereinstimmende Erklärungen abgegeben haben. Innerhalb von acht Wochen ab ihrer Wirksamkeit kann die Bestimmung ohne Begründung durch einseitige Erklärung eines Elternteils gegenüber dem Standesbeamten widerrufen werden. Vorher gesetzte Vertretungshandlungen bleiben davon unberührt.

(3) Die Eltern können weiters dem Gericht – auch in Abänderung einer bestehenden Regelung – eine Vereinbarung über die Betrauung mit der Obsorge vorlegen, wobei die Betrauung eines Elternteils allein oder beider Eltern vereinbart werden kann.

(4) Sind beide Elternteile mit der Obsorge betraut und leben sie nicht in häuslicher Gemeinschaft, so haben sie festzulegen, bei welchem Elternteil sich das Kind hauptsächlich aufzuhalten soll. Außerdem muss der Elternteil, in dessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird, vorbehaltlich des § 158 Abs 2, mit der gesamten Obsorge betraut sein. Im Fall des Abs 3 kann die Obsorge des Elternteils, in dessen Haushalt das Kind nicht hauptsächlich betreut wird, auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt sein.

§ 179 ABGB lautet:

*Obsorge bei Auflösung der Ehe und der häuslichen Gemeinschaft*

§ 179. (1) *Wird die Ehe oder die häusliche Gemeinschaft der Eltern aufgelöst, so bleibt die Obsorge beider Eltern aufrecht. Sie können jedoch vor Gericht eine Vereinbarung schließen, wonach ein Elternteil allein mit der Obsorge betraut wird oder die Obsorge eines Elternteils auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt wird.*

(2) *Im Fall einer Obsorge beider Eltern nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft haben diese vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.*

§ 180 ABGB lautet:

*Änderung der Obsorge*

§ 180. (1) *Sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht, hat das Gericht eine vorläufige Regelung der elterlichen Verantwortung (Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung) zu treffen, wenn*

1. *nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft der Eltern binnen angemessener Frist eine Vereinbarung nach § 179 nicht zustande kommt oder*
2. *ein Elternteil die Übertragung der alleinigen Obsorge an ihn oder seine Beteiligung an der Obsorge beantragt.*

*Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung besteht darin, dass das Gericht einem mit der Obsorge betrauten Elternteil unter Aufrechterhaltung der bisherigen Obsorgeregelung für einen Zeitraum von sechs Monaten die hauptsächliche Betreuung des Kindes in seinem Haushalt aufträgt und dem anderen ein derart ausreichendes Kontaktrecht einräumt, dass er auch die Pflege und Erziehung des Kindes wahrnehmen kann. Für diesen Zeitraum sind im Einvernehmen der Eltern oder auf gerichtliche Anordnung die Details des Kontaktrechts, der Pflege und Erziehung sowie der Unterhaltsleistung festzulegen.*

*(2) Nach Ablauf des Zeitraums hat das Gericht auf der Grundlage der Erfahrungen in der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung einschließlich der Leistung des gesetzlichen Unterhalts und nach Maßgabe des Kindeswohls über die Obsorge endgültig zu entscheiden. Zum Zweck der Vorbereitung der Entscheidung kann das Gericht die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung auch verlängern. Wenn das Gericht beide Eltern mit der Obsorge betraut, hat es auch festzulegen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.*

*(3) Ist die Obsorge im Sinn des Abs 2 endgültig geregelt, so kann jeder Elternteil, sofern sich die Verhältnisse maßgeblich geändert haben, bei Gericht eine Neuregelung der Obsorge beantragen. Für die Änderung einer geregelten Obsorge gelten die Abs 1 und 2 entsprechend.*

## **Unwirksame Beschwerdezurücknahme**

Nach ständiger Rechtsprechung kommt im Verfahren vor den Abgabenbehörden des Bundes nach der Bundesabgabenordnung einem E-Mail die Eigenschaft eines Anbringens oder einer Eingabe nicht zu (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0082; VwGH 19.12.2012, 2012/13/0091; VwGH 12.8.2015, Ra 2015/16/0065; VwGH 27.4.2017, Ra 2015/15/0007 oder VwGH 21.11.2017, Ra 2017/16/0141).

Die "Zurücknahme" der Beschwerde mittels E-Mail entfaltet daher keine Rechtswirkungen, das Bundesfinanzgericht kann in der Sache selbst entscheiden.

## **Haushaltzugehörigkeit**

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltzugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Auf die Unterhaltpflicht der diese Unterhaltskosten überwiegend tragenden Person kommt es nicht an (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054).

Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltzugehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25.2.1987, 86/13/0158).

Bei Zugehörigkeit des Kindes zum gemeinsamen Haushalt eines Familienangehörigen gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 i.V.m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 geht gemäß § 2a Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967 der Anspruch des überwiegend haushaltführenden Elternteils dem Anspruch des anderen Elternteils vor. Im Beschwerdefall liegt ein gemeinsamer Haushalt der Eltern der Kinder nicht mehr vor. Die Regelung des § 2a FLAG 1967 ist daher nicht mehr anwendbar.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Bedingungen einer Haushaltzugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben. So kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an (vgl. VwGH 20.4.1995, 95/13/0071; VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Das FLAG 1967 geht davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann (vgl. VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214). Die gleichzeitige Zugehörigkeit zu zwei Haushalten in einem Monat hat der Gesetzgeber im FLAG 1967 nicht vorgesehen.

So wird gemäß § 7 FLAG 1967 für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, auch gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltzugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit (vgl. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Die Familienbeihilfe (und der Kinderabsetzbetrag) sind monatsbezogene Leistungen. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches kann je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. etwa VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098; VwGH 28.11.2001, 96/13/0076).

Mittlerweile ist unstrittig, dass im November 2017 G D und C D und im Dezember 2017 C D dem Haushalt ihrer Mutter A B (und nicht dem Haushalt des Vaters L D) angehört haben.

### **Anspruch auf Familienbeihilfe**

Da die Bf mittlerweile unstrittigerweise einen Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für C D im Dezember 2017 hatte, erweist sich der Abweisungsbescheid für diesen Zeitraum als mit Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) behaftet und ist dieser gemäß § 279 BAO aufzuheben.

§ 13 FLAG 1967 Satz 2 ist i.V.m. §§ 11, 12 FLAG 1967 grundsätzlich so zu verstehen, dass der Bescheidspruch im Familienbeihilfeverfahren bei erstmaliger Erlassung eines Bescheides nur auf (gänzliche oder teilweise) Abweisung eines Beihilfenantrags bezogen auf einen bestimmten Zeitraum lauten kann, während die (gänzliche oder teilweise) Stattgabe eines Beihilfenantrags bezogen auf einen bestimmten Zeitraum grundsätzlich im Wege der Auszahlung nach § 11 FLAG 1967, verbunden mit einer Mitteilung nach § 12 FLAG 1967, zu erfolgen hat. Ist für einen Kalendermonat ein Antrag nicht zur Gänze abzuweisen oder einem Antrag nicht zur Gänze Folge zu geben, sondern einem Antrag nur teilweise Folge zu geben, ist insoweit, als dem Antrag nicht Folge gegeben wird, ein Abweisungsbescheid zu erlassen, ansonsten mit Auszahlung vorzugehen. Die meritorische Erledigung einer gegen einen Abweisungsbescheid erhobenen Beschwerde mittels Beschwerdevorentscheidung oder Erkenntnisses kann, jeweils für einen bestimmten Zeitraum, entweder auf (gänzliche oder teilweise) Abweisung des Familienbeihilfenantrags für Monate, in denen Familienbeihilfe nicht zusteht, oder auf (gänzliche oder teilweise) ersatzlose Aufhebung des den Antrag abweisenden Bescheides für Monate, in denen (ganz oder teilweise) Familienbeihilfe zusteht, lauten (vgl. BFG 16.10.2015, RV/7100657/2015 oder BFG 13.7.2016, RV/7102305/2016).

Das Finanzamt hat daher in weiterer Folge mit Auszahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag vorzugehen.

## **Revisionsnichtzulassung**

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da der hier zu lösenden Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Bundesfinanzgericht folgt der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Wien, am 20. März 2019