

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Helga Hochrieser in der Beschwerdesache des Bf., Adr., über die Beschwerde vom 09.9.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Gänserndorf Mistelbach vom 10.8.2015, betreffend Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum August 2015) zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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

## Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 10. August 2015 forderte das zuständige Finanzamt vom Beschwerdeführer (Bf.) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Monat August 2015 mit dem Verweis auf § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 zurück. Dagegen brachte der Bf. am 9.9. 2015 eine Beschwerde ein, worin er u.a. einwandte, dass seines Wissens nach sein Sohn L. bis zum 12. August 2015 bei ihm lebte. Er sei während der Ausübung des Besuchrechtes einfach gegen seinen Willen festgehalten worden. Die Kindesmutter sei ihrer Verpflichtung nicht nachgekommen, ihn darüber zu informieren, das Kind einfach umzumelden.

Diese Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 16. August 2016 abgewiesen, worin begründend Folgendes ausgeführt wurde:

*"Strittig ist ein FB-Anspruch für das Kind L., SVNR Nr., im Zeitraum August 2015.*

*Anlässlich der Trennung von der Kindesmutter, Frau M., wurde vereinbart, dass ihr Sohn L. in Hinkunft seinen überwiegenden Aufenthalt bei Ihnen haben wird. Die Trennung erfolgte im April 2015.*

*Der Antrag auf Genehmigung der Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge für die Kinder L., geb. am 2002, und Z., geb.am*

2011, wurde mit Beschluss des BG Gänserndorf (6 Ps 136/15z-99) vom 17.07.2015 abgewiesen. Die alleinige Obsorge der Mutter bleibe aufrecht, wurde ausgesprochen. Ihrem Rekurs wurde vom LG Korneuburg (20 R 216/15b) mit Beschluss vom 06.10.2015 Folge gegeben. Das Verfahren ist noch anhängig.

Begründet wird die Beschwerde, dass der Sohn L. bis dato 12.08.2015 in Ihrem Haushalt gelebt hat und erst mit diesem Tag aus Ihrem Haushalt ausgezogen ist - in Widerspruch zu den Angaben der Kindesmutter, die L. am 18.07.2015 in ihren Haushalt geholt hat.

Dazu wird ausgeführt:

Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe (unter anderem) für minderjährige Kinder.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat nach dessen Abs. 2 die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

§ 2a. (1) FLAG lautet: 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.

Gem. § 7 FLAG 1967 wird Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt.

Gem. § 10 Abs.4 FLAG 1967 gebührt Familienbeihilfe für einen Monat nur einmal.

Gem. § 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.

Damit wird aber keine Anspruchsreihung dahingehend vorgenommen, dass nach den Verhältnissen am Monatsbeginn zu entscheiden wäre, wem der Anspruch auf Familienbeihilfe zusteht.

Dazu VwGH 2007/15/0058 vom 28.11.2007: § 2a FLAG regelt den "Konkurrenzfall", der vorliegt, wenn das Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, und stellt dabei auf die überwiegende Haushaltsführung ab. Auf die Rechtsfrage, welcher Beihilfenanspruch vorgeht, wenn das Kind innerhalb eines Monates zeitlich hintereinander unterschiedlichen Haushalten angehört, kann diese Wertungsentscheidung des Gesetzgebers per Analogie zur Anwendung gebracht werden.

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 (oder nach § 2a FLAG als Haushaltsführender vermutet wird).

Auch wird auf das Erkenntnis in eigener Sache - GZ.RV/7104805/2015 vom 14.07.2016 verwiesen.

*Das Kind L. hat selbst bei einem Aus(Weg)zug am 12.08.2015 im Monat August 2015 überwiegend dem Haushalt der Mutter angehört; es war spruchgemäß zu entscheiden."*

Dagegen brachte der Bf. am 16.9.2016 einen Vorlageantrag ein, der wie folgt begründet wurde:

*"VwGH 2007/15/0058 vom 28.11.2007*

*"Konkurrenzfall", die Beihilfe wird denjenigen gewährt, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt hat bzw. der als Haushaltsführender vermutet wird.*

*Kindesvater 2008 - August 2015*

*Kindesmutter 2008 - April 2015*

*Eine Vermutung gilt nicht als ausreichend im österreichischen Recht.*

*Genauso zu behandeln ist das von den Finanzbehörden seit 2008 L. (Sohn) und 2011 Z. (Tochter) der falschen Person M. die Familienbeihilfe gewährt wurde.*

*Ich, Bf. als haushaltsführende Partei habe laut österreichischen Recht nicht darauf verzichtet und wurde darüber auch nicht in Kenntnis gesetzt.*

*Außerdem wohnt mein Sohn schon seit seiner Geburt bei mir. Er wurde erst 2008 von seiner Mutter umgemeldet. Sie nimmt es mit dem Meldegesetz nicht so genau. Auch jetzt glaube ich noch?"*

#### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

##### **Gesetzliche Bestimmungen:**

Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die in der Beschwerdeentscheidung angeführten maßgeblichen Bestimmungen verwiesen.

##### **Feststehender Sachverhalt und rechtliche Würdigung:**

Strittig ist der Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für das Kind L für den Zeitraum August 2015.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gleichgelagerten Fall (VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058) wie folgt entschieden:

*"Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit 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 potentiell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn das Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. April 2007, 2006/13/0120).*

*Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die beiden Kinder von 1. bis einschließlich 2. Oktober dem gemeinsamen Haushalt der Eltern und ab 3. Oktober dem Haushalt des*

*Mitbeteiligten angehört. Auf Grund der Regelung des § 2a FLAG ist davon auszugehen, dass am 1. und 2. Oktober die Mutter den Haushalt überwiegend geführt hat. Ab 3. Oktober gab es keinen gemeinsamen Haushalt der Eltern mehr; ab diesem Zeitpunkt gehörten die Kinder dem Haushalt an, der ausschließlich vom Mitbeteiligten geführt wurde. Somit ist festzustellen, dass in Bezug auf den Monat Oktober beide Elternteile die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für den Beihilfenanspruch erfüllten. Das Gesetz trifft keine ausdrückliche Aussage darüber, wessen Anspruch vorgeht, normiert aber in § 7 FLAG, dass die Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt wird, und in § 10 Abs. 4 FLAG, dass sie für einen Monat nur einmal gebührt.*

*Im hg Erkenntnis vom 29. September 2004, 2000/13/0103, auf welches sich die belangte Behörde stützt, wird lediglich ausgesprochen, die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zustehe, sei anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe sei der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfeanspruches für ein Kind könne somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein. Den Fall, dass ein Kind in einem Monat zeitlich nacheinander unterschiedlichen Haushalten angehört, betrifft jenes Erkenntnis nicht.*

*Entgegen der Ansicht des beschwerdeführenden Finanzamtes nimmt die Regelung des § 10 Abs. 2 FLAG keine Anspruchsreihung dahingehend vor, dass nach den Verhältnissen am Monatsbeginn zu entscheiden wäre, wem der Anspruch auf Familienbeihilfe zusteht. Der erste Satz der genannten Bestimmung trifft eine Aussage darüber, dass, selbst wenn die Anspruchsvoraussetzungen erst im Laufe des Monats eintreten (beispielsweise die Geburt des Kindes), die Familienbeihilfe trotzdem bereits ab dem 1. des Monats gebührt. Nach dem zweiten Satz gebührt hingegen für den Fall, dass die Anspruchsvoraussetzungen im Laufe des Monats wegfallen, die Familienbeihilfe trotzdem bis zum Ablauf des Monats...*

*Wie oben ausgeführt regelt § 2a FLAG den "Konkurrenzfall", der vorliegt, wenn das Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, und stellt dabei auf die überwiegende Haushaltsführung ab. Auf die im Beschwerdefall anstehende Rechtsfrage, welcher Beihilfenanspruch vorgeht, wenn das Kind innerhalb eines Monats zeitlich hintereinander unterschiedlichen Haushalten angehört, kann diese Wertungsentscheidung des Gesetzgebers per Analogie zur Anwendung gebracht werden. 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 (oder nach § 2a FLAG als Haushaltsführender vermutet wird)..."*

*In Bezug auf das vom Bf. im Vorlageantrag thematisierte Erkenntnis des VwGH 2007/15/0058 vom 28.11.2007, welches auch in der Beschwerdevorentscheidung zitiert wurde, ist klarzustellen, dass sich der "längere Zeitraum" auf den strittigen Monat bezieht.*

In § 2a FLAG 1967 heißt es: "Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt". Somit stimmen die diesbezüglichen Ausführungen im Vorlageantrag bezüglich Vermutung nicht.

Die belangte Behörde ist sohin im Beschwerdefall, bei dem der Bf. vorgebracht hat, dass sein Sohn L. bis zum 12. August 2015 bei ihm lebte, und daher das Kind ab 13. August 2015 nicht mehr seinem Haushalt zugehörig war, richtigerweise davon ausgegangen, dass dem Bf. für den Monat August 2015 Familienbeihilfe nicht zusteht.

### **Zulässigkeit einer 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.

Wien, am 2. November 2017