

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B, Adresse_M, vom 4.9.2017 gegen den Bescheid des Finanzamts Wien 4/5/10, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 16.8.2017, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 1.457,00) und Kinderabsetzbetrag (€ 584,00) für die im Juli 2005 geborene C B und für den im September 2001 geborenen D B jeweils für den Zeitraum April 2017 bis August 2017 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefordert werden, Sozialversicherungsnummer X, Gesamtbetrag der Rückforderung € 2.041,00, im Umfang der Anfechtung durch den Vorlageantrag vom 29.1.2018, also hinsichtlich der Zeiträume April 2017 und Juli 2017, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird im Umfang des Vorlageantrags gemäß § 279 BAO unbegründet abgewiesen, sodass der Spruch des angefochtenen Bescheides in der Fassung des abweisenden Teils der Beschwerdeverentscheidung zu lauten hat:

Es werden zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 582,80) und Kinderabsetzbetrag (€ 233,60), Gesamtrückforderungsbetrag € 816,40, für die im Juli 2005 geborene C B und für den im September 2001 geborenen D B für die Zeiträume April 2017 und Juli 2017 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefordert.

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

Entscheidungsgründe

Rückforderungsbescheid

Mit Bescheid vom 16.8.2017 forderte das Finanzamt von der Beschwerdeführerin (Bf) A B zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 1.457,00) und Kinderabsetzbetrag (€ 584,00) für die im Juli 2005 geborene C B und für den im September 2001 geborenen D B jeweils für den Zeitraum April 2017 bis August 2017 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurück.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hätten Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Da die Kinder C und D nicht mehr haushaltszugehörig seien, sei wie im Spruch des Bescheides ausgeführt zu

entscheiden gewesen. Der Bescheid enthält keine weitere Begründung, auch keine nähere Sachverhaltsdarstellung

Beschwerde

Mit am 7.9.2017 vom Finanzamt eingescannten und mit 4.9.2017 datiertem Schreiben legte die Bf Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid ein. Der ersichtliche Antrag lautet auf dessen Aufhebung:

Sehr geehrte Damen und Herren,

wie Sie im Protokoll vom 3.5.2017, sowie im Beschluss vom 30.8.2017, beide vom Bezirksgericht Favoriten, ansehen können (Kopien beiliegend), wurde für meine Kinder D und C B eine Vereinbarung der Doppelresidenz getroffen. Der hauptsächliche Aufenthaltsort von D und C ist sowohl beim Vater als auch bei der Mutter. Es gibt in unserem Fall eine geteilte Haushaltszugehörigkeit und somit beeinspruche ich Ihren Bescheid vom 16.8.2017.

Der Kindesvater ist nach der Scheidung am 12.2016 mit Mitte März 2017 aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen. Die Kinder D und C blieben bis auf Weiteres und lt. richterlichem Protokoll vom 3.5.2017 mit hauptsächlichem Aufenthaltsort bei mir wohnhaft und auch hauptgemeldet. Mein Ex Mann hat aber bei seinem Auszug alle Dokumente der Kinder ohne mein Wissen und meiner Zustimmung an sich genommen und die Kinder umgemeldet. Seit diesem Zeitpunkt wurden die Kinder jedoch von meinem Ex Mann und mir gemeinsam betreut und aufgrund des großen Unterschieds unserer Einkommen (mein Ex Mann verdient netto € 6.000,-/Monat, ich hingegen netto € 1.200) mir die Familienbeihilfe zugesprochen, da ich auch die haushaltsführende Person bin und meine Kinder aufgrund der Schulnähe zur elterlichen Wohnung fast täglich zum Essen und zur Betreuung nach Hause kommen, bis sie dann von meinem Ex Mann in "seiner" Zeit abgeholt werden. Es gab in dieser Zeit weder Alimente, noch sonstige finanzielle Unterstützungen für die Kinder.

Angeschlossen war ein Protokoll des Bezirksgerichts Favoriten vom 3.5.2017 in der Pflegschaftssache der beiden Kinder:

Für ziemlich genau 75 Minuten wird mit den Kindeseltern - ausgehend von den vorliegenden Anträgen - die Lebenslage der Eltern, die Lebenssituation beider Kinder, das Für und Wider aber auch die Rechtslage und die Möglichkeiten, die sich ergeben, erläutert.

Anträge liegen vor seitens der Mutter: Die Beibehaltung der gemeinsamen Obsorge nach der Scheidung, allerdings mit dem hauptsächlichen Aufenthalt und der hauptsächlichen Betreuung der Kinder durch die Mutter. Der Kindesvater führt hierzu in seiner Eingabe vom 22.1.2017 aus, dass er sich nicht gegen die gemeinsame Obsorge ausspreche, allerdings

solle der hauptsächliche Aufenthalt und die hauptsächliche Betreuung beider Kinder nicht bei der Mutter, sondern viel mehr bei ihm sein.

Die Eltern werden ermuntert und aufgerufen, eine Vereinbarung betreffend Obsorge und vor allem hauptsächlichem Aufenthalt selbst zu treffen, andernfalls die Entscheidung hierüber an das Gericht delegiert wäre. Das Gericht würde als Entscheidungsgrundlage die Kinder hören bzw. vor allem aber die Familiengerichtshilfe um eine fachliche Stellungnahme ersuchen.

Das Für und Wider, vor allem auch die Auswirkungen Streitigkeiten der Eltern auf die Befindlichkeit und die Psyche der Kinder und deren Folgen werden seitens des Gerichtes wiederholend erörtert und auch dargelegt.

Wie gesagt nach fünf Viertelstunden muss man zur Kenntnis nehmen, dass die Eltern in intensive Streitigkeiten und wechselseitige Vorwürfe ausbrechen. Wichtig ist offenbar beiden Selten das Geld. Die Mutter sieht sich kaum in der Lage, ihr Leben bzw. das Leben auch der Kinder zu finanzieren bzw. mitzufinanzieren. Sie bezichtigt den Kindesvater, der aus ihrer Sicht (mindestens) netto EUR 5.000,-- monatlich verdient und nun ein Haus um EUR 1.700,-- monatlich gemietet hätte, alles zu unternehmen, keinen Unterhalt für die Kinder zu bezahlen.

Der Kindesvater schwerpunktmäßig strebt wie gesagt den hauptsächlichen Aufenthalt der Kinder bei sich an, führt aus, dass die Familienbeihilfe nach wie vor von der Mutter bezogen werde, er jedoch sämtliche finanziellen Aufwendungen für die Kinder bestreite, das nun in E angemietete Haus würde EUR 1.600,-- pro Monat an Miete kosten. Es sei ein Haus mit Garten und für die Minderjährigen besonders geeignet und hätte er aus diesen Gründen das Haus auch in dieser Größe und Ausstattung angemietet...

Aus dem beigefügten Beschluss des Bezirksgerichts Favoriten vom 30.8.2017 geht hervor:

1. Gemäß § 180 ABGB wird nachstehende vorläufige und einstweilige Regelung der elterlichen Verantwortung für die Minderjährigen D B, ..., und C B, ..., beginnend mit September 2017 und geltend für 6 Monate, getroffen:

Die Obsorge für die beiden Minderjährigen wird weiterhin von den Eltern A B, ... und Mag. F B, ... gemeinsam ausgeübt.

Die hauptsächliche Betreuung sowohl von mj. D als auch mj. C erfolgt künftig im Sinn einer Doppelresidenz gemeinsam, die Minderjährigen wechseln in einem wochenweisen Rhythmus von einem Elternteil zum anderen. Der hauptsächliche Aufenthalt ist somit sowohl beim Vater als auch der Mutter.

Gemäß § 180 Abs 2 ABGB wird folgende einstweilige Unterhaltsleistung festgelegt: Der Vater ist verpflichtet ab September 2017 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag zu Händen der Kindesmutter am Ersten eines jeden Monats im voraus zu leisten und zwar für:

Mj. D B, ..., von € 300,— und für

Mj. C B, ..., von C € 270,-...

Die Ehe der Kindeseltern ist geschieden, sie leben getrennt. Eine Vereinbarung der Eltern im Sinne § 179 Abs. 2 ABGB betreffend hauptsächlicher Betreuung der Kinder kam nicht zustande, hingegen gibt es einander widersprechende Anträge der Eltern betreffend den hauptsächlichen Aufenthalt und die hauptsächliche Betreuung der Kinder. Nach (mehrfacher) Anhörung der Eltern sowie der Minderjährigen und nach Einholung eines Berichtes des Kinder- und Jugendhilfeträgers (in der Folge KJHT) legt das Gericht dieser Entscheidung, soweit für eine vorläufige Regelung von Relevanz, nachstehenden Sachverhalt zugrunde:

Die Ehe der Kindeseltern wurde mit Urteil vom 12.2016 ... geschieden, ... Im Rahmen des Scheidungsverfahrens trafen die Eltern (unter anderem) eine gerichtlichen Vereinbarung (12.2016) dahingehend, dass die Ehewohnung der Mutter verbleibt, zudem verzichteten beide Parteien wechselseitig auf jede Form von Unterhalt nach Scheidung. Bei den Eltern herrscht insofern Einigkeit, als sie auch weiterhin gemeinsam die Obsorge für ihre Kinder ausüben wollen, Streitpunkt ist die Frage des hauptsächlichen Aufenthaltes bzw. der hauptsächlichen Betreuung der Kinder, einander widersprechende Anträge wurden mit 30.12.2016 (Kindesmutter) und 22.1.2017 (Kindesvater) eingebracht, später erneuert bzw. wiederholt.

Der großgewachsene jugendliche D besucht beginnend mit September die 7. Klasse ... , war bislang ein guter Schüler, diesen Sommer schlägt er sich mit einer Nachprüfung aus Deutsch herum. Der Jugendliche möchte in den Streitigkeiten der Eltern am liebsten eine neutrale Position einnehmen, gleichsam in der Mitte stehen bleiben. In den Ferien wechselt er wochenweise vom Vater zur Mutter und retour, er kann sich das auch für die Schulzeit gut vorstellen, hilfreich ist eine vergleichsweise gute Busverbindung zwischen E und der Schule.

Die 12-jährige, noch recht kindlichen C, besucht das Gymnasium in ... , das von der Wohnung der Mutter deutlich einfacher zu erreichen ist als vom nunmehrigen Wohnsitz des Vaters in E. Sie hat zudem Freundinnen eher in geografischer Nähe der Wohnung der Mutter. Andererseits will sie doch nicht vom Bruder getrennt sein,

Der Vater ist nach der Scheidung im Spätwinter 2017 ausgezogen und hat für rund EUR 1.600,00/EUR 1.700,00 monatlich ein Haus in E angemietet, die Kinder haben bei ihm vergleichsweise mehr Platz (je ein eigenes Zimmer) und auch einen Garten.

Der KJHT kommt in seinem Bericht vom 21.6.2017 (ohne Befragung der Minderjährigen) zum Schluss, dass beide Elternteile offen für eine Doppelresidenz sind und sich im gleichen Maße um die Kinder kümmern wollen.

Die Kindesmutter arbeitet ... und hat mit Nebeneinkünfte als Fitnesstrainerin insgesamt rund EUR 1,500,00 netto monatlich. Der Kindesvater ist bei ... beschäftigt, wo er monatlich mindestens rund EUR 5.400.00 (14mal jährlich) netto ins Verdienen bringt.

Die Kommunikation der Eltern ist weitgehend konfliktbesetzt und endet - zumindest vor Gericht - regelmäßig in gegenseitigen Vorwürfen und Vorhaltungen. Bezüglich der Kinder gibt es kaum/keine sinnvolle Kommunikation zwischen den Eltern. Der Kindesvater hat nach Anmietung des Hauses ... ohne Zustimmung der Mutter die Kinder von der früheren Ehewohnung abgemeldet und bei sich in E angemeldet, ebenso hat er, wieder ohne Zustimmung der Kindesmutter, die wesentlichen Dokumente und den Reisepass der Kinder an sich gebracht.

Der Kindesvater hat in der mündlichen Verhandlung am 19. Juli 2017 angekündigt, nach Kanada auszuwandern und hier alles aufzugeben, sofern er die Minderjährigen (aus seiner subjektiven Sicht) zu wenig bei sich hätte und er zu Unterhaltszahlungen für die Kinder verhalten werde. Demgegenüber war seine bislang letzte Äußerung am 29. 8. 2017 deutlich konzilianter.

Einschränkungen in der Erziehungs- bzw. Betreuungsfähigkeit der Eltern sind derzeit nicht gegeben.

Die Ergebnisse der bisherigen Erhebungen und Anhörungen würdigend hält das Gericht fest:

Beide Elternteile sind zumindest aus heutiger Sicht uneingeschränkt befähigte Eltern und Willens und in der Lage eine gute Mutter bzw. ein guter Vater zu sein, gemeinsam sind sie allerdings derzeit, angesichts der bestehenden Konflikte und Streitigkeiten - pointiert formuliert - keine guten Eltern. Die beiden Minderjährigen sind - nach den ersten Eindrücken - überaus geglückte, freundliche, gut geförderte, offene und sicherlich begabte Kinder. Worüber man als Vater bzw. Mutter durchaus glücklich und stolz sein könnte. Beide Minderjährigen wirkten bei ihrer Anhörung am 19.7. recht unbefangen, weitgehend unbeeinflusst und als „frei von der Leber weg“ plaudernd. ...

Die Frage, die Geschwister tageweise zu trennen, wurde seitens des Gerichtes gegenüber beiden Kindern angesprochen und von der 12-Jährigen C unterschiedlich beantwortet. Eine zeitweise Trennung der Minderjährigen erscheint angesichts des Alters- und Entwicklungsunterschiedes nicht unmöglich, andererseits gilt der Grundsatz Geschwister nach Möglichkeit nicht zu trennen.

Im Sinne des § 179 Abs. 2 ABGB wurde ausführlich und eingehend der Versuch unternommen, nach Auflösung der Ehe der Eltern eine Vereinbarung darüber zu vermitteln, in welchem Haushalt die Kinder künftig hauptsächlich betreut werden sollen, besonders in der Verhandlung am 3. Mai 2017.

Hauptstreitpunkt sind allerdings weniger die Kinder, sondern ganz offenkundig geht es vor allem um Unterhaltszahlungen für die Kinder, die man gerne hätte (Mutter) bzw. aus Sicht des Vaters unter keinen Umständen bezahlen will. In diesem Zusammenhang nimmt der Kindesvater (zuletzt mit der Eingabe vom 30.7.2017) bei der Kindesmutter besonders hohe Einkünfte wahr, wogegen er sich selbst schon im Scheidungsverfahren als nahezu mittellos und bedürftig präsentiert hat, was angesichts seines Einkommens von mehr als EUR 5.000,00 netto, 14-mal monatlich, eher grotesk erscheint. Die Haltung des

Kindesvaters zu Unterhaltsfragen ist höchstwahrscheinlich motiviert durch Kränkungen und Enttäuschungen bei jenen Ereignissen, die letztlich zur Scheidung geführt haben. Zuletzt (29.8.2017) äußerte sich der Kindesvater zur Frage des Kindesunterhalts konzilianter, die Bezahlung eines Ergänzungsunterhalts aufgrund der deutlichen Einkommensunterschiede sei für ihn in Ordnung. ...

Die Eltern waren trotz vielfacher Bemühungen des Gerichtes bislang nicht in der Lage, sich auf einen, hauptsächlichen Aufenthalt bzw. hauptsächliche Betreuung der Kinder zu einigen. ...

Bei der Unterhaltsbemessung wurden die üblichen Prozentsätze (22 % bei D und 20 % bei C, jeweils minus 2 %) und im Sinne einer Provisorialentscheidung grob gerundete Einkommen als Grundlage genommen. So wurde bei der Berechnung von einem derzeitigen Nettoeinkommen des Vaters von EUR 6.000,-- monatlich, und einem der Mutter von EUR 1.500,—, je 12 Mal jährlich, ausgegangen. Die derzeit von der Mutter bezogene Familienbeihilfe wurde berücksichtigt. Berücksichtigt wurde die getroffene "Doppelresidenz" - Lösung, es handelt sich somit um einen Kindesunterhalt aufgrund des großen Unterschieds bei den Einkommen der Eltern. ...

Meldeabfragen

Das Finanzamt führte am 3.10.2017 Abfragen im Zentralen Melderegister durch. So hat seit dem Jahr 2001 die Mutter A B ihren Hauptwohnsitz in Adresse_M. Der Vater Mag. F B hatte seinen Hauptwohnsitz bis März 2017 ebendort, seit März 2017 in Adresse_V. Der Sohn D B und die Tochter C B hatten bis März 2017 ihren Hauptwohnsitz in Adresse_M, seit 2017 dort ihren Nebenwohnsitz und in Adresse_V ihren Hauptwohnsitz.

Ergänzung zur Beschwerde

Am 17.10.2017 übermittelte die Bf in Ergänzung ihrer Beschwerde das Scheidungsurteil (Seite 1) und den Beschluss des Bezirksgerichts Favoriten vom 30.8.2017 und folgende Aufstellung betreffend die beiden Kinder im Zeitraum April bis September 2017, wobei x JA (offenbar bei der Mutter) bedeutet (im Hinblick auf die vor dem BFG nur mehr strittigen Zeiträume April 2017 und Juli 2017 sind nur diese beiden Monate angeführt):

<i>Datum</i>	<i>C</i>	<i>D</i>	<i>Tag</i>	<i>Nacht</i>
01.04.	x	x	x	x
02.04.	x	x	x	x
03.04.	x	x	x	x
04.04.	x	x	x	x

05.04.	x	x	x	x
06.04.	x	x	x	x
07.04.	x	x	x	x
08.04.	nein	nein	nein	nein
09.04.	nein	nein	nein	nein
10.04.	nein	nein	nein	nein
11.04.	nein	nein	nein	nein
12.04.	nein	nein	nein	nein
13.04.	nein	nein	nein	nein
14.04.	nein	nein	nein	nein
15.04.	nein	nein	nein	nein
16.04.	nein	nein	nein	nein
17.04.	nein	nein	nein	nein
18.04.	nein	nein	nein	nein
19.04.	nein	nein	nein	x
20.04.	x	x	x	x
21.04.	x	x	x	x
22.04.	nein	nein	nein	nein
23.04.	nein	nein	nein	nein
24.04.	x	x	x	x
25.04.	x	x	x	x
26.04.	x	x	x	x
27.04.	x	x	x	x
28.04.	x	x	x	nein
29.04.	nein	nein	nein	nein
30.04.	nein	nein	nein	nein
...				
01.07.	nein	nein	nein	nein
02.07.	nein	nein	nein	nein
03.07.	x	x	x	x

04.07.	x	x	x	x
05.07.	x	x	x	x
06.07.	x	x	x	x
07.07.	x	x	x	x
08.07.	nein	nein	nein	nein
09.07.	nein	nein	nein	nein
10.07.	nein	nein	nein	nein
11.07.	nein	nein	nein	nein
12.07.	nein	nein	nein	nein
13.07.	nein	nein	nein	nein
14.07.	nein	nein	nein	nein
15.07.	nein	nein	nein	nein
16.07.	nein	nein	nein	nein
17.07.	x	x	x	x
18.07.	x	x	x	x
19.07.	x	x	x	x
20.07.	x	x	x	x
21.07.	x	x	x	x
22.07.	nein	nein	nein	nein
23.07.	nein	nein	nein	nein
24.07.	nein	nein	nein	nein
25.07.	nein	nein	nein	nein
26.07.	nein	nein	nein	nein
27.07.	nein	nein	nein	nein
28.07.	nein	nein	nein	nein
29.07.	x	x	x	x
30.07.	x	x	x	x
31.07.	x	x	x	x
...				

Aus dieser Aufstellung ergibt sich, dass D und C im April 2017 an 14 von 30 Tagen und im Juli 2017 an 13 von 31 Tagen bei der Bf haushaltszugehörig waren.

Antrag vom 9.11.2017

Mit Schreiben vom 9.11.2017 beantragte die Bf für ihre beiden Kinder Familienbeihilfe (unter Anschluss von mit 6.11.2017 datierten Formularen Beih 1) und gab an:

Ich bin seit dem 12.2016 geschieden und mein Ex-Mann ist mit Ende März 2017 aus der gemeinsamen Ehewohnung ausgezogen. Im Zuge dessen hat er gegen meinen Willen und meines Wissens beide Kinder von der elterlichen Wohnung in Adresse_M abgemeldet und bei seiner neuen Wohnadresse, Adresse_V Haupt gemeldet. Seit diesem Zeitpunkt bezieht mein Ex-Mann zu Unrecht die gesamte Familienbeihilfe für beide Kinder. Wir haben beide die gemeinsame Obsorge für die Kinder und die Kinder leben das Model „Doppelresidenz“ (die Hälfte der Zeit verbringen sie beim Vater, die andere Hälfte bei mir), somit gibt es 2 Hauptwohnsitze, welches das Gesetz aber so nicht vorschreibt. Ausschlaggebend für den Hauptwohnsitz sind der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen und das überwiegende Naheverhältnis zu einem Wohnsitz und dieser ist in beiden Fällen bei mir gegeben. Die Kinder besuchen die Schule in Wien, C im 10. Bezirk, D im 3. Bezirk und haben dementsprechend hier ihren Lebensmittelpunkt zu Familie und Freunden.

Des Weiteren wurde im gerichtlichen Beschluss vom 30.8.2017 entschieden, dass mir die Familienbeihilfe zusteht und somit ersuche ich um diesbezügliche Erledigung, rückwirkend ab dem 1.9.2017.

Aus den beigelegten Antragsformularen geht hervor, dass der Aufenthalt der Kinder und die Kostentragung jeweils zu "1/2 (Doppelresidenz)" bei jedem Elternteil ist.

Beschwerdevorentscheidung

Am 9.1.2018 erließ des Finanzamt eine Beschwerdeentscheidung, mit welcher der Beschwerde teilweise stattgegeben wurde. Die Begründung dafür lautet:

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch steht, 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.

Auf Grund der mit dem Schreiben vom 17.10.2017 übermittelten Aufstellung, kann die Familienbeihilfe (Kinderabsetzbetrag) für die Monate Mai, Juni und August 2017 zuerkannt werden.

Für die Monate April und Juli 2017 ist kein Familienbeihilfenanspruch gegeben.

Der nunmehrige Rückforderungsbetrag errechnet sich wie folgt:

Familienbeihilfe = € 582,80 zuzüglich Kinderabsetzbetrag = € 233,60 ergibt in Summe € 816,40.

Der Beschwerde konnte teilweise stattgegeben werden.

Im Detail ermittelte das Finanzamt an Hand der von der Bf vorgelegten Liste folgende Anwesenheiten der Kinder im Haushalt der Mutter:

C

4/17 14 ja 16 nein keine FB

5/17 28 ja 3 nein FB ja

6/17 23 ja 7 nein FB ja

7/17 13 ja 18 nein FB nein

8/17 17 ja 14 nein FB ja

D

4/17 14 ja 16 nein FB nein

5/17 18 ja 13 nein FB ja

6/17 15 ja 15 nein FB ja

7/17 13 ja 18 nein FB nein

8/17 17 ja 14 nein FB ja

Die Beschwerdevorentscheidung wurde der Bf am 16.1.2018 zugestellt.

Vorlageantrag

Mit Schreiben vom 29.1.2018 stellte die Bf ersichtlich hinsichtlich des abweisenden Teils der Beschwerdevorentscheidung Vorlageantrag wie folgt:

Es ist richtig, dass ich aufgrund der Ihnen übermittelten Aufstellung vom 17.10.2017 die mj. Kinder C, geb. am7.2005 und mj. D, geb. am ...9.2001 in den Monaten April 2017 um 2 Tage und Juli 2017 um 5 Tage weniger betreut habe, jedoch sind die Kinder fast jeden Tag - entweder nach der Schule, die sich unmittelbar in meiner Wohnnähe befindet, oder nach Freizeitaktivitäten - zum Essen und zur Aufsicht zu mir nach Hause gekommen. Es waren zwar nicht ganze Tage, sonst hätte ich es so bekanntgegeben, aber immerhin Stunden und vor allem Verpflegung.

Mein Ex-Mann verdient ca. das 6 fache von meinem Monatsgehalt (Kopien liegen bei) und laut richterlichem Beschluss vom 30.8.2017 wurde auch entschieden, dass mir die Familienbeihilfe zusteht.

Aus diesem Grund beantrage ich die Aussetzung des strittigen Betrages von € 816,40 bis zur Erledigung der Beschwerde.

Des Weiteren bitte ich um Information, wie in Zukunft weiter vorzugehen ist. Muss ich ihnen immer Listen, mit der Bekanntgabe an welchen Tagen und Nächten sich die Kinder D und C wo aufgehalten haben, zukommen lassen?

Vielen Dank im Voraus für die positive Erledigung meiner Beschwerde.

In der Anlage befanden sich Gehaltsabrechnungen für die Bf und für den Vater der Kinder sowie das Scheidungsurteil (Seite 1).

Vorlage

Mit Bericht vom 12.2.2018 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und gab an:

Sachverhalt:

Auf Grund des Schreibens d. Finanzamtes Baden Mödling Team AV 02 vom 14.8.2017 wurde der Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 16.8.2017 erlassen (Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für die Kinder B C, geb. am ..7.2005 und B D, geb. am ...9.2001 für den Zeitraum von April 2017 bis August 2017 im Gesamtbetrag von € 2.041,-. Begründung für die Rückforderung: Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Da die Kinder C und D nicht mehr haushaltszugehörig sind, war wie im Spruch zu entscheiden).

Am 7.9.2017 langte das Rechtsmittel der Beschwerde gegen den gegenständlichen Rückforderungsbescheid beim ho. Finanzamt ein.

Der Beschwerde konnte für die Monate Mai, Juni und August 2017 stattgegeben werden und war für die Monate April und Juli 2017 abzuweisen (nunmehriger Rückforderungsbetrag = € 816,40).

Am 31.1.2018 langte die Beschwerde gegen die BVE vom 9.1.2018 beim ho. Finanzamt ein.

Beweismittel:

Gescannte Dokumente.

Stellungnahme:

Es wird ersucht, die Beschwerde im Sinne der Ausführungen der Beschwerdevorentscheidung vom 9.1.2018 abzuweisen.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Die die im Juli 2005 geborene C B und der im September 2001 geborene D B sind die Kinder von A B und Mag. F B.

Bis März 2017 lebten die vormaligen Eheleute A B und Mag. F B mit den Kindern C und D B im gemeinsamen Haushalt in Adresse_M, wo sie auch ihren Hauptwohnsitz hatten.

Seit März 2017 haben der Vater Mag. F B und die Kinder C und D B ihren Hauptwohnsitz in Adresse_V, die Kinder C und D B ihren Nebenwohnsitz in der vormaligen Ehwohnung in Adresse_M.

Nach den Vorstellungen der Eltern sollen die Kinder bei beiden Eltern haushaltszugehörig sein, wobei unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, bei welchem Elternteil der überwiegende Aufenthalt sein soll. Die Kinder nächtigen einerseits bei der Mutter, andererseits beim Vater. Die Kinder essen auf Grund der Schulnähe auch an Tagen, an denen sie beim Vater nächtigen, überwiegend bei der Mutter zu Mittag und halten sich dort teilweise auch am Nachmittag auf. Laut Beschluss des PflEGschaftsgerichts soll die hauptsächliche Betreuung "im Sinn einer Doppelresidenz gemeinsam" erfolgen, "die Minderjährigen wechseln in einem wochenweisen Rhythmus von einem Elternteil zum anderen. Der hauptsächliche Aufenthalt ist somit sowohl beim Vater als auch der Mutter".

In den Monaten April 2017 und Juli 2017 nächtigten D und C im April 2017 an 14 von 30 Tagen und im Juli 2017 an 13 von 31 Tagen bei der Mutter, an den anderen Tagen beim Vater.

Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Aktenlage und insbesondere aus dem eigenen Vorbringen der Bf. Sie sind nicht strittig.

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, 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 Höchstausmaß 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, 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 Lebensjahres 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; Gleiches gilt, wenn alle Lehrveranstaltungen und Prüfungen der Studieneingangs- und Orientierungsphase nach § 66 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. 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 BGBl. 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 Berufsfortbildung.

(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,

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).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, 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 Ausschlussgrund 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 aufhalten 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.

Streitzeitraum

Der Vorlageantrag vom 29.1.2018 ist so zu verstehen, dass nur der abweisende Teil der Beschwerdeentscheidung bekämpft wird, also die Monate April 2017 und Juli 2017. Die Aufhebung des Rückforderungsbescheids betreffend die Zeiträume Mai, Juni und August 2017 durch die Beschwerdeentscheidung ist daher in Rechtskraft erwachsen.

"Doppelresidenz"

§ 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB bestimmt, dass falls das Gericht beide Eltern mit der Obsorge betraut, es auch festzulegen hat, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.

Der Verfassungsgerichtshof hat § 180 Abs. 2 letzter Satz ABGB im Einklang mit Art. 8 EMRK so ausgelegt, dass eine elterliche Vereinbarung einer zeitlich gleichteiligen Betreuung oder einer entsprechenden gerichtlichen Festlegung in jenen Fällen, in denen dies aus der Sicht des Gerichts dem Kindeswohl am besten entspricht, zulässig ist (VfGH 9.10.2015, G 152/2015).

§ 180 Abs 2 letzter Satz ABGB lasse die Auslegung zu, "dass sie der elterlichen Vereinbarung einer zeitlich gleichteiligen Betreuung oder einer entsprechenden gerichtlichen Festlegung in jenen Fällen, in denen dies aus der Sicht des Gerichtes dem Kindeswohl am besten entspricht, nicht entgegenstehen. Die Bestimmung, die ihrem Wortlaut nach eine Festlegung einer "hauptsächlichlichen Betreuung" anordnet, lässt eine Auslegung zu, der zufolge die Festlegung für diese Fälle insbesondere als Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen dient, wie etwa für die Bestimmung eines Hauptwohnsitzes iSv Art. 6 Abs. 3 B-VG."

Eine sogenannte "Doppelresidenz" (das Kind oder die Kinder wohnen abwechselnd bei dem einen und dann beim anderen Elternteil, vgl. OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d) oder ein sogenanntes "Nestmodell" (das Kind oder die Kinder wohnen ständig in einer Wohnung, wobei die Eltern abwechselnd in der Wohnung die Kinder betreuen, vgl. OGH 4.7.2017, 3 Ob 86/17v) sind zivilrechtlich grundsätzlich zulässig.

Nach der Judikatur des Obersten Gerichtshofes soll bei gemeinsamer Obsorge und Betreuung des Kindes zu gleichen Teilen die Festsetzung eines Hauptaufenthalts (lediglich) als nomineller Anknüpfungspunkt für andere Rechtsfolgen dienen, deren Grundlage ein bestimmter Aufenthaltsort ist, "wie für die Bestimmung des Hauptwohnsitzes des Kindes im Sinn des Melderechts oder die Geltendmachung von Familien- (vgl § 2 Abs 2 FLAG 1967) und Wohnbeihilfe". Dies sei spruchmäßig zum Ausdruck zu bringen (vgl. OGH 27.9.2016, 6 Ob 149/16d; OGH 19.12.2016, 9 Ob 82/16y; OGH 27.7.2017, 4 Ob 113/17x; OGH 4.7.2017, 3 Ob 86/17v; OGH 30.8.2017, 3 Ob 71/17p).

Auch bei Zugrundelegung der vom VfGH vorgenommenen Auslegung ist nach der Rechtsprechung des OGH die Festlegung der hauptsächlichlichen Betreuung durch einen Elternteil, sei diese auch bloß nomineller Natur zur Schaffung eines Anknüpfungspunkts für verschiedene Rechtsnormen, jedenfalls erforderlich (vgl. OGH 24.8.2016, 3 Ob 121/16i; OGH 19.12.2016, 9 Ob 82/16y; OGH 4.7.2017 3 Ob 86/17v).

Nach der Aktenlage ist diese Festlegung weder durch die Eltern noch durch das Gericht getroffen worden. Tatsächlich hat der Vater für seine Kinder eine Hauptwohnsitzmeldung in seinem Haushalt vorgenommen.

Keine Entscheidung des Zivilgerichts über die Familienbeihilfe

Abgesehen davon, dass es nicht Sache der Zivilgerichte ist zu entscheiden, welchem Elternteil Familienbeihilfe zusteht, hat das Bezirksgericht entgegen der Behauptung der Bf nach den von ihr vorgelegten Unterlagen keineswegs "im gerichtlichen Beschluss vom 30.8.2017 entschieden, dass mir die Familienbeihilfe zusteht", sondern nur die (damals bezogene) Familienbeihilfe bei der Unterhaltsbemessung berücksichtigt.

Indizwirkung des Hauptwohnsitzes

Darüber hinaus ist zu bemerken, dass auch im Fall der Festlegung eines nominellen Hauptaufenthalts dieser genauso wie eine Hauptwohnsitzmeldung für das Familienbeihilfeverfahren nur Indizwirkung hat, da das FLAG 1967 weder auf den Hauptwohnsitz noch auf den Hauptaufenthalt, sondern auf primär auf die Haushaltszugehörigkeit und subsidiär auf die überwiegende Kostentragung abstellt (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

Haushaltszugehörigkeit

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltszugehörigkeit 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 Unterhaltungspflicht 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 haushaltszugehörig 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 haushaltsführenden Elternteils dem Anspruch des anderen Elternteils vor. Im Beschwerdefall liegt ein gemeinsamer Haushalt der Eltern seit März 2017 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 Haushaltszugehörigkeit 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).

Eine derartige einheitliche Wirtschaftsführung im Rahmen einer Wohngemeinschaft bestand im Beschwerdezeitraum beim Vater und auch bei der Mutter.

Betreuung in mehreren Haushalten

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 "Haushaltszugehörigkeit" 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).

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

Die beschwerdeführende Mutter räumt ein, dass die beiden Kinder in den Monaten April 2017 und Juli 2017 überwiegend beim Vater übernachtet haben, bringt aber vor, dass sie die Kinder an diesen Tagen wegen der Nähe zur Schule überwiegend zu Mittag verköstigt und am Nachmittag betreut habe.

Damit vermag sie der Beschwerde betreffend die Zeiträume April 2017 und September 2017 nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bei einem Kind, das von mehreren Personen jeweils in deren Haushalten betreut wurde, die Ansicht vertreten, dass "die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, ganz wesentlich davon abhängt, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt" (vgl. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Wird ein Kind von mehreren Personen jeweils in deren Haushalten betreut, ist für die Frage des Überwiegens der Haushaltszugehörigkeit in typisierender Betrachtungsweise im Sinne des Erkenntnisses VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120 darauf abzustellen, bei wem das Kind im jeweiligen Monat überwiegend genächtigt hat.

Die entspricht auch dem Überwiegensprinzip: Rechnet man die Zeiten für Schulweg und Schulbesuch als neutrale Zeiten von den 24 Stunden eines Tages ab, ist die Zeit für Abendessen, Abendbetreuung, Nächtigung, Morgenbetreuung, Frühstück, die jedenfalls mit der Nächtigung verbunden ist, jedenfalls länger als die Zeit der Mittags- und Nachmittagsbetreuung. Auch die Kosten für Mittagessen und allfällige Jause sind nicht höher anzusetzen als die mit der Nächtigung verbundenen Kosten für Nachtmahl, Frühstück und allfällige Verpflegung für den Schulbesuch.

Im Übrigen trifft das Argument mit dem Schulbesuch nur hinsichtlich einiger Tage des Monats April 2017 und für keinen Tag des Monats Juli 2017 zu:

In den Osterferien von 8.4.2017 bis 18.4.2017 nächtigten laut Liste der Mutter die Kinder beim Vater und haben sich wohl auch untertags bei ihm aufgehalten, da sie nicht zur Schule gehen mussten. Die Sommerferien begannen im Jahr 2017 für Wiener Schüler am 1.7.2017, sodass an keinem Tag des Monats Juli 2017 ein Schulbesuch und damit verbunden eine allfällige Mittags- und Nachmittagsbetreuung an Schultagen durch die Mutter erfolgt sein kann.

Verfahrensrecht

Zu den Ausführungen der Mutter betreffend das Erfordernis des Führens von Aufzeichnungen über die Nächtigungen der Kinder ist zu sagen:

Die Regelung des § 10 Abs. 2 FLAG 1967 nimmt 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 oder hier überwiegende Haushaltszugehörigkeit), die Familienbeihilfe trotzdem bereits ab dem 1. des Monats gebührt (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Der zweite Satz des § 10 Abs. 2 FLAG 1967 ist in Verbindung mit § 10 Abs. 4 FLAG 1967 und § 7 FLAG 1967 zu lesen. Da Familienbeihilfe für einen Monat nur einmal gebührt, ist im Fall des bloßen Wechsels des Anspruchsberechtigten im Fall einer "Doppelresidenz" oder vergleichbaren Fällen von Monat zu Monat zu entscheiden und nicht dem Elternteil, der im vorangegangenen Monat bezugsberechtigt war und dies im laufenden Monat nicht mehr ist, gemäß § 10 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967 für das Monat, in dem die Anspruchsvoraussetzung wegfällt, noch zu gewähren. Die Konkurrenz zwischen den Ansprüchen der beiden Eltern ist so zu lösen, dass demjenigen Elternteil, bei dem das Kind im einzelnen Monat überwiegend haushaltszugehörig ist, für dieses Monat Familienbeihilfe zusteht, und dem anderen Elternteil nicht (vgl. i.d.S. auch Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 7).

Da es nach den vorstehenden Ausführungen darauf ankommt, bei welchem Elternteil während eines Monats das Kind (die Kinder) überwiegend genächtigt haben, werden Aufzeichnungen darüber erforderlich sein.

Darüber hinaus ist zu bedenken: Wechselt der Anspruch zwischen den beiden Elternteilen, besteht die Verpflichtung des Elternteils, der bisher die Familienbeihilfe bezogen hat, dies dem Finanzamt gemäß § 25 FLAG 1967 zu melden, und hat der andere Elternteil, will er die Familienbeihilfe beziehen, einen entsprechenden (neuen) Antrag beim Finanzamt einzureichen.

Wollen die Eltern diese sowohl für sie als auch für die Behörde bei einem monatlichen Wechsel aufwendige Vorgangsweise vermeiden, werden sie sich zweckmäßigerweise dahingehend verständigen, dass die Kinder über einen längeren Zeitraum jeweils nur bei einem Elternteil überwiegend haushaltszugehörig sind, also zumindest i.d.R. 16 Tage im Monat bei einem Elternteil nächtigen.

Sofern die Eltern in Bezug auf die überwiegende Haushaltszugehörigkeit für die Zukunft kein Einvernehmen erzielen, wird diese im Nachhinein für jedes einzelne Monat vom Finanzamt (in Koordination mit dem für den anderen Elternteil zuständigen Finanzamt) zu prüfen sein. In diesem Fall wird es zur Vermeidung aufwendiger Rückforderungsverfahren zweckmäßig sein, Auszahlungen nur für im Auszahlungszeitpunkt vergangene Zeiträume (für die das Überwiegen der jeweiligen Haushaltszugehörigkeit feststeht) und nicht auch für künftige Zeiträume (für die ungewiss ist, bei wem das einzelne Kind überwiegend haushaltszugehörig sein wird) vorzunehmen.

Rückforderung

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Diese Rückzahlungspflicht normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu

Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (u.a. VwGH 23.9.2005, 2005/15/0080). Auch ob die Bf im guten Glauben war, ihr stehe Familienbeihilfe zu, ist im Rückforderungsverfahren nicht von Bedeutung.

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu. Fehlt es an einem Anspruch auf Familienbeihilfe, sind auch die Kinderabsetzbeträge zurückzufordern.

Abweisung der Beschwerde im Umfang des Vorlageantrags

Da die Bf für die Monate April und Juli 2017 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für ihre beiden Kinder zu Unrecht bezogen hat, waren diese Familienleistungen zurückzufordern und ist die Beschwerde im Umfang des Vorlageantrags gemäß § 279 BAO als unbegründet abzuweisen.

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.

Antrag vom 6./9.11.2017

Aus dem elektronisch vorgelegten Finanzamtsakt lässt sich nicht entnehmen, ob das Finanzamt über den Antrag der Mutter vom 6./9.11.2017, ihr Familienbeihilfe für ihre beiden Kinder C und D zuzuerkennen, entschieden hat. Sollte dies nicht der Fall sein, wird das Finanzamt diesen Antrag zu erledigen haben.

Wien, am 22. August 2018

