

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., Dorf, gegen den Bescheid des Finanzamtes Hollabrunn Korneuburg Tulln vom 22.01.2015, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juli bis Oktober 2014, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## **Entscheidungsgründe**

Die Beschwerdeführerin (Bf.) bezog für Sohn S., geb. 2000, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Auf Grund des vom Kindesvater eingebrachten Antrages für den Zeitraum Juli bis Oktober 2014 überprüfte das Finanzamt die Anspruchsvoraussetzungen und forderte von der Bf. mit Bescheid vom 22. Jänner 2015 die für den genannten Zeitraum bezogenen Beträge mit der Begründung zurück, dass S. in diesen Monaten im Haushalt des Kindesvaters gelebt habe.

Die Bf. brachte gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht Beschwerde ein und führte darin aus, dass dies unrichtig sei; S. habe im besagten Zeitraum überwiegend bei ihr gelebt. Die Bf. verwies diesbezüglich auf die beigelegte Aufstellung.

Der Aufenthalt beim Kindesvater sei in Absprache mit der Jugendwohlfahrt als erweitertes Besuchsrecht vereinbart worden. Mit der Jugendwohlfahrt und dem Kindesvater sei vereinbart worden, dass ein Wohnsitzwechsel angedacht werden könnte, falls das Zusammenleben von S. und dem Kindesvater und auch der Schulbesuch funktionieren sollten. Da das nicht der Fall gewesen sei, sei von einem Wohnsitzwechsel wieder Abstand genommen worden.

Abgesehen davon, dass S. die meiste Zeit bei ihr gewesen sei, habe sie auch in der restlichen Zeit überwiegend die Unterhaltskosten für ihn getragen - Kleidung, Wäsche,

Verköstigung.... Dem Kindesvater seien, in Absprache mit der Jugendwohlfahrt, als Kostenbeitrag ihrerseits die Alimente von August bis Oktober erlassen worden.

Der Aufenthalt von S. bei seinem Vater sei daher als erweitertes Besuchsrecht und nicht als Wechsel des Haushaltes bzw. Wohnsitzwechsel anzusehen und daher sei ihr Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 auch für diesen Zeitraum aufrecht.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdeverentscheidung vom 31. März 2015 mit folgender Begründung ab:

*"Gemäß § 2 Abs 1 lit a FLAG haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.*

*Gemäß Abs 2 leg cit hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist. Gemäß Abs 5 leg cit gehört ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Wie sich aus § 2 Abs 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, hängt ganz wesentlich davon ab, 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 vom 18.4.2007, 2006/13/0120). Bezüglich des Aspektes der Wirtschaftsführung wird insbesondere von Bedeutung sein, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt (vgl UFSL vom 30.5.2011, RV/0211 - L/10).*

*Gemäß Schreiben der Bezirkshauptmannschaft X. vom 24.2.2015 wird bestätigt, dass sich S. in der Zeit von Anfang Juli bis Mitte Oktober während der Woche beim Kindesvater aufgehalten hat. Zudem wird bestätigt, dass der Kindesvater von August bis einschließlich Oktober 2014 keinen Unterhalt an Sie überwiesen hat. An den Wochenenden und für die Dauer von drei Wochen Urlaub sei S. bei Ihnen gewesen. Auch aus Ihrer Aufstellung geht*

*hervor, dass sich S., neben dem dreiwöchigen Urlaub, bis etwa Mitte Oktober vorwiegend lediglich an den Wochenenden bei Ihnen aufgehalten hat. Dieser Sachverhalt wird auch durch die Bezirkshauptmannschaft X. bestätigt. Wenn die Kinder sich aber von Montag bis Freitag im Haushalt des Vaters und von Freitag bis Sonntag im Haushalt der Mutter leben, so liegt die überwiegende Haushaltszugehörigkeit beim Kindesvater (vgl. UFSG vom 2.7.2013, RV/0692-G/12). Vom Kindesvater wurde zudem nachgewiesen, dass wesentliche Kosten für das Kind (insb. Nachhilfeunterricht) in diesem Zeitraum von ihm bezahlt wurden.*

*Aus den vorhandenen Unterlagen wird es daher als erwiesen angenommen, dass S. in der Zeit von Juli bis Oktober 2014 regelmäßig (insb. während der Woche) bei seinem Vater nächtigte und eine einheitliche Wirtschaftsführung mit ihm teilte. Der Urlaub bei Ihnen unterbricht nicht die Haushaltszugehörigkeit beim Kindesvater. Für die Monate Juli bis Oktober 2014 war Ihnen daher aufgrund der Haushaltszugehörigkeit von S. bei seinem Kindesvater kein Anspruch auf Familienbeihilfe zu gewähren. Die Beschwerde war daher abzuweisen."*

Die Bf. stellte einen Vorlageantrag. Darin führt sie aus, dass die Behörde mit keinem Wort darauf eingegangen sei, dass nach der vorgelegten Aufstellung während der Monate Juli bis Oktober 2014 das Kind über 50 % der Tage gesichert im Haushalt der Kindesmutter gelebt habe. Deshalb sei auch von Seiten der Jugendwohlfahrt von vornherein die Zeit, die der Kindesvater aufgewendet habe, als erweitertes Besuchsrecht und keinesfalls als Wechsel des Aufenthaltsortes angesehen worden.

Den Antrag, den der Kindesvater gestellt habe, habe sie bis heute nicht zur Stellungnahme zugestellt erhalten, sodass auch eine Verletzung des Parteiengehörs gegeben sei.

In der Beschwerdeverentscheidung werde darauf hingewiesen, dass es wesentlich sei, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtige und wer die altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen erbringe.

Es sei sogar auf eine Entscheidung des UFSL vom 30. Mai 2011 hingewiesen worden. Bereits in der Beschwerde werde ausgeführt, dass die wesentlichen Auslagen für das Kind, wie Kleidung, Betreuungsleistung und laufende Ausgaben von der Kindesmutter getragen worden seien. Dabei komme es selbst nach der Beschwerdeverentscheidung darauf an, wer im fraglichen Zeitraum zu einem überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen habe.

Schon alleine daraus, dass der Minderjährige zu 52,5% sich bei ihr aufgehalten habe, sie für Kleidung sowie für Gegenstände für den täglichen Bedarf und überwiegend für Nahrung aufgekomen sei, erfülle bereits die Voraussetzung der Tragung der laufenden Ausgaben im überwiegenden Teil.

Die Bf. legte ihrer Beschwerde, neben einer Meldebestätigung von Sohn S., die Stellungnahme der Jugendwohlfahrt X. vom 24. Februar 2015 vor, die wie folgt lautet:

*"Die Bezirkshauptmannschaft X., Rechtsvertretung Minderjähriger, bestätigt, dass S. sich von Anfang Juli bis etwa Mitte Oktober während der Woche aufgrund eines Lerntrainings beim Kindesvater aufgehalten hat.*

*Diese Maßnahme wurde von Herrn ... vorgeschlagen, damit S. in die nächste Klasse aufsteigen kann und wurde auch von Seiten der Kinder- und Jugendhilfe befürwortet.*

*Der Aufenthalt unter der Woche wurde als erweitertes Kontaktrecht bewertet und hat der Kindesvater Herr BD. von August bis einschließlich Oktober 2015 (Anm.: Tippfehler; soll 2014 heißen) keinen Unterhalt an die Kindesmutter überwiesen.*

*An den Wochenenden und für die Dauer von drei Wochen (Urlaub) war S. bei der Kindesmutter und hat diese die Lebenserhaltungskosten für S. getragen..."*

Weiters legte die Bf. eine Aufstellung über die Anwesenheitstage ihres Sohnes S. beim Kindesvater bzw. bei ihr für die Monate Juli 2014 bis Oktober 2014 vor. Laut dieser Aufstellung hielt sich S. im Monat Juli 17,5 Tage bei der Mutter und 13,5 Tage beim Vater auf. Im August hielt sich S. 18 Tage bei der Mutter und 13 Tage beim Vater auf. Im September 2014 war S. 22 Tage beim Vater und 8 Tage bei der Mutter und im Oktober 10 Tage beim Vater und 21 Tage bei der Mutter. Im Zeitraum 27.7. bis 15.8. war das Kind demzufolge bei bzw. mit der Bf. auf Urlaub.

Insgesamt verbrachte S. nach dieser Aufstellung 64,5 Tage bei der Mutter und 58,5 Tage beim Vater.

Der Kindesvater beantragte die Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli bis Oktober 2014, weil Sohn S. in dem genannten Zeitraum seinem Haushalt angehört habe. Die Kindesmutter sei trotz Einbindung der BFH ... Jugendwohlfahrt zu keiner schriftlichen Vereinbarung bereit gewesen, dass Sohn S. bei ihm wohne. Die Haushaltszugehörigkeit sei von der Kindesmutter lediglich als Projekt titulierte gewesen. Die Kindesmutter habe der Behörde zugesagt, bei einem positiven "Projekt"-Abschluss (Abschluss der dritten Klasse des Sohnes) der Rückzahlung der einbehaltenen Familienbeihilfe nachzukommen. Dazu sei die Kindesmutter bisher nicht bereit gewesen.

In einem weiteren Schreiben vom 26. März 2015 führte der Kindesvater aus, dass der überwiegende Aufenthalt von S. in diesem Zeitraum von der BH X., Dr. M., SFH X. und Dir. D., NMS W. recherchiert werden könne.

Im Streitzeitraum seien auch außergewöhnliche Aufwendungen für das Zustandekommen des zwischenzeitlichen Lernerfolges von S. angefallen. Zu einer Beitragsleistung sei seine Ex-Frau nicht bereit gewesen.

Im Akt liegt weiters eine (divergierende) Aufstellung des Kindesvaters über die Aufenthalte des Kindes beim Kindesvater und bei der Kindesmutter; demzufolge hat sich S. wie folgt bei Mutter und Vater aufgehalten: Juli 10 Tage Mutter, 20 Tage Vater; August 16 Tage Mutter, 15 Tage Vater; September: 3 Tage Mutter, 27 Tage Vater; Oktober 13 Tage Mutter, 18 Tage Vater. Weiters ist ersichtlich, dass der Kindesvater für die Nachhilfe seines

Sohnes vier Rechnungen à 500 € (11. Juli, 10. Juli, 22. Juli und 2. September 2014) bezahlt hat.

Zu der über Antrag anberaumten mündlichen Verhandlung ist die Bf. nicht erschienen; der Vertreter der belangten Behörde verwies auf die bisherigen Schriftsätze des Finanzamtes im Beschwerdeverfahren, insbesondere auf die Beschwerdevorentscheidung und den Vorlageantrag. Hieraus gehe hervor, dass in freier Beweiswürdigung den Angaben des Kindesvaters, die mit den Ausführungen in der Bestätigung der BH X. übereinstimmten, höhere Glaubwürdigkeit zukomme als den Angaben der Kindesmutter. Überdies seien die Kosten für die Nachhilfe des Sohnes ebenfalls vom Kindesvater getragen worden.

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

#### **Rechtsgrundlagen**

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes 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.

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 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).

Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes ist nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, wobei die Bedürfnisse des Kindes in dieser einheitlichen Wirtschaftsführung entsprechend Berücksichtigung finden müssen.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erlischt der Familienbeihilfenanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO iVm § 2a BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele 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.

### **Sachverhalt**

Die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruchs für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (sh. VwGH 27.9.2012, 2010/16/0084, mwN).

Sachverhaltsmäßig ist als erwiesen anzunehmen, dass die im Schreiben der Bezirkshauptmannschaft X. angeführten Umstände zutreffend sind; da diese Behörde kein Eigeninteresse an einer unrichtigen Darstellung des Sachverhaltes hat, kann in freier Beweiswürdigung davon ausgegangen werden, dass die dargelegten Angaben der Realität entsprechen. Demzufolge hat sich S. von Anfang Juli bis etwa Mitte Oktober während der Woche aufgrund eines Lerntrainings beim Kindesvater und nur am Wochenende sowie während eines dreiwöchigen Urlaubs bei der Kindesmutter aufgehalten.

### **Rechtlich folgt daraus:**

Die Bf. vermeint, dass die Rückforderung der Familienbeihilfe deswegen zu Unrecht erfolgt sei, weil der Aufenthalt ihres Sohnes bei seinem Vater als erweitertes Besuchsrecht und nicht als Wechsel des Haushaltes bzw. Wohnsitzwechsel anzusehen sei.

Diese Ansicht wird nicht geteilt; vielmehr liegt vielmehr für den Zeitraum des Lerntrainings ein Wohnsitzwechsel vor.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120, Folgendes ausgeführt:

*"Wie sich aus Abs. 2 der eben dargestellten Bestimmung ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist. Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. März 1997, 96/14/0006) an."*

Wie der VwGH weiters feststellt, hängt die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung

das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt. Bezüglich des Aspektes der Wirtschaftsführung wird insbesondere von Bedeutung sein, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt.

Da - wie oben ausgeführt - die Frage, ob Familienbeihilfe zu gewähren ist, pro Anspruchszeitraum, also pro Monat beurteilt werden muss, folgt daraus, dass jedenfalls für September 2014 dem Kindesvater Familienbeihilfe zusteht, da sich der Sohn nach beiden vorliegenden Aufstellungen in diesem Monat überwiegend beim Kindesvater aufgehalten hat.

Gleiches muss auch für die Monate Juli und August 2014 gelten; liegt im gegenständlichen Fall ein Wohnsitzwechsel zum Haushalt des Kindesvater vor, ist die Verbringung des Urlaubes der Bf. mit ihrem Sohn so zu verstehen, dass sich der Sohn in diesem Zeitraum nur vorübergehend außerhalb des damals bestehenden gemeinsamen Haushaltes mit seinem Vater aufgehalten hat. Welche der beiden insoweit nur geringfügig differierenden Aufstellungen zutreffend ist, kann somit auf sich beruhen.

Für Oktober 2014 wird der Aufstellung des Kindesvaters, die mit den Ausführungen der Bezirkshauptmannschaft X. konform geht, höhere Glaubwürdigkeit zuerkannt.

Schließlich spricht auch der Umstand, dass der Ort der Nachhilfe vom Wohnort des Kindesvaters wesentlich rascher und bequemer zu erreichen ist als vom Wohnort der Mutter in Verbindung mit der Tatsache, dass die Kosten für die Nachhilfe vom Kindesvater getragen wurden, für eine Haushaltszugehörigkeit des Kindes zum Vater im hier strittigen Zeitraum.

Letztlich ist auch der Entfall der Alimente ein Indiz dafür, dass S. im Streitzeitraum dem Haushalt des Kindesvaters angehört hat.

### **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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da kein Rechtsproblem gegeben ist, sondern die Frage, ob im Streitzeitraum eine Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt der Bf. gegeben war, in freier Würdigung der vorliegenden Beweise verneint wurde.

Wien, am 1. Februar 2016