

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerde vom 14. Mai 2019 gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck (nunmehr: Finanzamt Österreich) vom 17. April 2019 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juli 2018 bis März 2019

zu Recht erkannt:

I.

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Mit Bescheid vom 17. April 2019 wurde von der Beihilfenbezieherin die an sie für den Zeitraum Juli 2018 bis März 2019 für ihre Tochter [Tochter] ausbezahlte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen zurückgefordert.

Begründet wurde diese Entscheidung mit dem Umstand, dass sich die Tochter ab Juli 2018 nicht mehr im Haushalt der Beihilfenbezieherin lebe.

In der rechtzeitig eingebrachten Beschwerde gegen diesen Bescheid teilte die Beihilfenbezieherin mit, dass seit Feber 2018 ein Scheidungsverfahren laufe, in welchem es vorrangig um die Frage der Obsorge für die Kinder gehe. Der Kindesvater habe die Tochter „zu Unrecht“ zu sich geholt.

Das Finanzamt ersuchte die Beihilfenbezieherin mit Schreiben vom 30. Juli 2019 um Beantwortung diverser Fragen.

Daraufhin teilte diese mit, dass im Feber 2018 zwischen ihr und ihrem Ehegatten ein Vergleich geschlossen worden sei, nach welchem der Ehegatte für acht Monate das Haus und die unmittelbare Umgebung nicht mehr habe betreten dürfen. Beide Kinder hätten danach bei ihr gewohnt. Ende Juni 2018 habe der Ehegatte die Tochter [Tochter] abgeholt und würden er und die Tochter ab diesem Zeitpunkt bei der älteren Schwester des Ehegatten leben. Durch den Wohnortwechsel wären sowohl der Kindesvater als auch die Tochter nunmehr vom für den Wohnort zuständigen Jugendamt betreut worden, wäre die Tochter im neuen Wohnort gemeldet und eingeschult worden.

Kontakte der Beihilfenbezieherin zur Tochter wären vorerst nur mehr mit „Besuchsbegleitung“ möglich gewesen, ab September 2018 hätte es neue Kontaktregelungen gegeben. Die Tochter würde im Tagesheim der Schule angemeldet sein und sich dort Montag bis Freitag von Schulschluss bis 16:45h aufhalten. Danach fahre sie mit dem Bus in die Wohnung ihrer Tante, welche „zumeist“ für sie und ihren Vater koche und die Wäsche mache. Der Vater würde sie auch zu Arztbesuchen begleiten.

Im Dezember 2018 wäre die Tochter über Weihnachten bei der Beihilfenbezieherin und deren zweiten Tochter gewesen und hätte die Beihilfenbezieherin für diesen Aufenthalt Kleidung und Schuhe sowie verschiedene Pflegeutensilien und Medikamente besorgt. Nachdem beide Kinder über Silvester beim Vater gewesen wären, hätten diese sodann die Ferien wieder bei der Beihilfenbezieherin verbracht. Um gemeinsam Ski fahren bzw am Skitag der Schule teilnehmen zu können, wäre es notwendig gewesen, für die Tochter eine Skiausrüstung teilweise auszuleihen bzw zu kaufen. Auch wären Eintritte durch die Beihilfenbezieherin finanziert worden.

Fünf Tage der Semesterferien habe die Tochter bei der Beihilfenbezieherin verbracht, die restliche Zeit bei ihrer Tante.

Im Rahmen einer nicht näher konkretisierten Gerichtsverhandlung wäre eine Kontaktregelung in der Art getroffen worden, dass die Tochter (jeweils gemeinsam mit ihrer Schwester) die Wochenenden abwechselnd einmal beim Vater, einmal bei der Beihilfenbezieherin verbringen würden. Zum Teil wären Besuchskontakte vom Vater kurzfristig abgesagt worden.

Von der Beihilfenbezieherin wurde auch ein Beschluss des zuständigen Gerichts übermittelt, aus welchem hervorgeht, dass das Gericht die Zustimmung der Beihilfenbezieherin zur Anmeldung der Tochter in der Neuen Mittelschule im (neuen) Wohnort des Kindesvaters ersetzt hat, weil sich diese im unmittelbaren Nahbereich der Wohnung der Tochter befinde.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 14. Oktober 2019 wurde die Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid als unbegründet abgewiesen.

Nach Hinweis auf die einschlägigen Bestimmungen des FLAG 1967 führte das Finanzamt aus, dass primär jener Elternteil Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, zu dessen Haushalt das Kind gehöre. Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit sei ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, nicht aber das Erziehungsrecht entscheidend.

Meldebestätigungen hätten zwar Indizwirkung für das Bestehen einer Wohngemeinschaft, könnten jedoch keinen „vollen Beweis“ über die tatsächlichen Verhältnisse liefern. Gleiches gelte auch umgekehrt.

Nach den im Verfahren vorgelegten Unterlagen und den Eingaben könne nicht angezweifelt werden, dass die Tochter seit Ende Juni 2018 beim Vater haushaltszugehörig sei und bestreite die Beschwerdeführerin diesen Umstand auch nur mit dem Argument, dass der Wohnsitzwechsel gegen ihren Willen erfolgt sei. Für den Anspruch auf Familienbeihilfe wäre aber nicht von Bedeutung, wann eine gerichtliche Bewilligung der Wohnsitznahme erfolge.

Daraufhin beantragte die Einschreiterin die Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht und wiederholte das Argument, dass die Tochter „*rechtswidrig*“ bei der Schwägerin bzw dem Vater wohne.

Das Finanzamt legte die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht vor und beantragte die Abweisung.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Im vorliegenden Fall steht für das Bundesfinanzgericht fest, dass die in Rede stehende im [Geburtsdatum] geborene und somit im Streitzeitraum minderjährige Tochter mit Ende Juni 2018 gemeinsam mit dem Kindesvater in der Gemeinde [Ort] wohnte.

Die Beschwerdeführerin und der Kindesvater lebten zu diesem Zeitpunkt nicht mehr im gemeinsamen Haushalt und führten ein Scheidungsverfahren.

Dort lebten die Tochter und der Kindesvater bei der Schwester des Kindesvaters und Tante des Kindes. Die Tochter besuchte ab Herbst 2018 die Schule in der angesprochenen Gemeinde. Die Tochter war im Zusammenhang mit dem Schulbesuch im angeschlossenen Tagesheim untergebracht, nächtigte aber im Haushalt ihrer Tante, in dem auch ihr Vater lebte.

Die Tochter wurde in dieser Zeit laufend von Mitarbeiterinnen bzw Mitarbeitern des Jugendamtes betreut. Es fanden Besuche der Tochter bei der Beschwerdeführerin, bis September 2018 mit Besuchsbegleitung, statt und verbrachte die Tochter danach einzelne Wochenenden bzw (Teile von) Ferienzeiten im Haushalt der Beschwerdeführerin.

Noch im April 2019 bestätigte die zuständige Kinder- und Jugendhilfe, dass der Kindesvater ab Juli 2018 die Pflege und Erziehung der Tochter übernommen habe und der Aufenthalt beim Vater langfristig sichergestellt sei. Der Kindesvater hat nach dieser Bestätigung ab Juli 2018 die Pflege und Erziehung der Tochter übernommen.

Mit Ende November 2019 wurde der Aufenthalt der Tochter im Haushalt des Kindesvaters und der Tante beendet und bezog ab Dezember 2019 die Beschwerdeführerin wiederum die Familienbeihilfe.

2. Beweiswürdigung

Der oben dargestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Schreiben der zuständigen Kinder- und Jugendhilfe vom 3. April 2019 sowie dem unstrittigen Inhalt des Verwaltungsaktes, insbesondere aus der Vorhaltsbeantwortung vom 20. August 2019 und der Begründung der Beschwerdeentscheidung vom 14. Oktober 2019, und der Familienbeihilfendatenbank.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I.

Nach [§ 2 Abs 5 FLAG 1967](#) gehört ein Kind zum Haushalt einer Person 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 FLAG 1967).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

[§ 2a Abs 1 FLAG 1967](#) bestimmt, dass wenn ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört, der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vorgeht. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

Gemäß [§ 26 Abs 1 FLAG 1967](#) hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Nach [§ 33 Abs 3 EStG 1988](#) steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu.

Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Im vorliegenden Fall steht beim gegebenen Sachverhalt fest, dass das in Rede stehende Kind ab Ende Juni 2018 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit der Beihilfenbezieherin lebte (s dazu die eigenen Ausführungen der Beschwerdeführerin in der oben angeführten Vorhaltsbeantwortung). Vielmehr befand sich der Wohnsitz des Kindes in der Gemeinde [Ort], wo es gemeinsam mit seinem Vater im Haushalt der Schwester des Vaters lebte. Der dortige Aufenthalt war nach Überzeugung des Bundesfinanzgerichtes auch nicht – wie der Beschwerdeführerin vermeint - „rechtswidrig“, da die zuständigen Behörden und auch das zuständige Gericht über diesen Aufenthalt des Kindes stets informiert waren. Würde es nämlich tatsächlich zutreffen, dass der Vater die Tochter widerrechtlich aus dem Haushalt der Beschwerdeführerin verbracht hätte, wäre es die Aufgabe und Verpflichtung der zuständigen Behörden und auch des Gerichtes gewesen, Maßnahmen zu ergreifen, einen rechtskonformen Zustand herzustellen. Indem sowohl weder das Gericht (vgl den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Beschluss vom 24. Juli 2019) noch die zuständige Behörde (vgl das Schreiben der Kinder- und Jugendhilfe vom 3. April 2019) einen Anlass zum Einschreiten gesehen haben, war der Aufenthalt der Tochter keinesfalls rechtswidrig.

Wie ferner unstrittig feststeht, hat die Tochter gemeinsam mit ihrem Vater (und der Tante) in der Gemeinde [Ort] gewohnt und genächtigt (zur Relevanz der Nächtigung siehe VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#)), war dort der tägliche Unterhalt gewährleistet und wurden dort die täglichen Pflege- und Erziehungsmaßnahmen geleistet. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Tochter nach Schulende bis zum Nachmittag in der Tagesbetreuung der Schule befunden hat, da eine derartige Vorgangsweise lediglich Ausfluss der übernommenen Fürsorgepflicht ist, wenn etwa in den Nachmittagsstunden beruflich bedingt noch keine Betreuungsperson im Haushalt anwesend ist. Ebenso unbeachtlich für den hier zu entscheidenden Fall ist, inwieweit sich die Tante an der Betreuung der Tochter beteiligt hat. Die Organisation des Haushaltes, in welchem der Kindesvater und die Tochter leben, sei es durch eigene Leistungen, durch Verwandte oder Freundinnen oder Freunde oder durch angestelltes Personal hat letztlich keine Auswirkungen auf die Haushaltszugehörigkeit. Die zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel wurden für den gemeinsamen Lebensunterhalt verwendet. Dabei kommt es nicht darauf an, von wem die Mittel für die gemeinsame Haushaltsführung stammen (vgl zuletzt VwGH 17.12.2020, [Ra 2018/16/0168](#)). Im Übrigen führt die Beschwerdeführerin zwar einige Zuwendungen an die Tochter an, eine überwiegende Kostentragung wird von ihr jedoch gar nicht behauptet. Auf weitere Feststellungen zur Kostentragung durch die Beschwerdeführerin kann verzichtet werden, da

diese bei Haushaltszugehörigkeit zu einem anderen Haushalt ohnehin nach den klaren gesetzlichen Vorgaben gegenständlich nicht von Relevanz wären.
Damit ist das Vorliegen einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft offensichtlich.

Bei der Prüfung, wem Familienbeihilfe für ein Kind zusteht, ist grundsätzlich zu beachten, dass ein monatlicher Anspruchs- und daher auch Betrachtungszeitraum zu Grunde zu legen ist. Der gemeinsame Haushalt wird jedoch nach § 2 Abs 5 lit a FLAG 1967 nicht aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält. Damit hat der Gesetzgeber unzweifelhaft eine Regelung geschaffen, die verhindern soll, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe (in besonderen Konstellationen) ständig, gegebenenfalls sogar monatlich, zwischen zwei, allenfalls sogar mehreren Personen, wechselt. Ob der Aufenthalt eines Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung nur „vorübergehend“ im Sinne des § 2 Abs 5 lit a FLAG 1967 ist, hängt von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in dem zu § 2a FLAG 1967 ergangenen Erkenntnis VwGH 24.1.2007, [2003/13/0141](#), zu dem dort in Rede stehenden gemeinsamen Haushalt beider Elternteile ausgeführt, dass ein bestehender gemeinsamer Haushalt etwa durch gewisse durch Lebensumstände bedingte, auf nicht allzu lange Zeit berechnete Unterbrechungen des Zusammenlebens (wie etwa Krankenhaus- und Erholungsaufenthalte) nicht beseitigt wird. Dazu hat er auch im damaligen Beschwerdefall die Dauer einer Untersuchungshaft im Ausmaß von knapp drei Monaten gezählt.

Diese Regelung umfasst – unter Beachtung obiger Überlegungen des Höchstgerichtes - beispielsweise aber auch Fälle, in welchen sich Kinder vorübergehend für einen nicht allzu langen Zeitraum im Haushalt des getrennt lebenden anderen Elternteiles, bei den Großeltern oder sonstigen potentiell anspruchsberechtigten Personen aufhalten und diese anderen Personen in dieser Zeit den Beaufsichtigungs- und Betreuungsaufwand tragen. Entscheidend ist die von vornherein bloß vorübergehend gewollte Abwesenheit.

Wenn im gegenständlichen Fall aus den vorliegenden Beweismitteln klar hervorgeht, dass der Aufenthalt der Tochter beim Vater auf einen längeren Zeitraum angelegt war (vgl dazu die zunächst angeordnete Besuchsbegleitung bei Zusammenkünften mit der Beschwerdeführerin, das bereits erwähnte Schreiben der Kinder- und Jugendfürsorge: „... *Aufenthalt beim Vater langfristig sichergestellt* ...“ oder die Entscheidung des Gerichtes über die Wahl des Schulortes), können Wochenend- oder Ferienaufenthalte im Ausmaß von wenigen Tagen bei der Beschwerdeführerin nur als vorübergehende Aufenthalte iSd § 2 Abs 5 lit a FLAG 1967 angesehen werden, die bezogen auf die beihilfenrechtlichen Bestimmungen jedenfalls keine Unterbrechung der Haushaltszugehörigkeit beim Vater darstellen.

Dies – wie oben bereits ausgeführt - auch dann, wenn im Zuge dieser vorübergehenden Aufenthalte von der Beschwerdeführerin bestimmte – von ihr nicht näher bezifferte – Aufwendungen getätigt wurden.

Da somit im vorliegenden Fall wegen der Haushaltszugehörigkeit der Tochter zum Haushalt des Vaters (und der Tante) ab Juli 2018 kein Beihilfenanspruch für die Beschwerdeführerin mehr bestand, dieser aber trotzdem in den Monaten Juli 2018 bis März 2019 die Familienbeihilfe ausbezahlt wurde, erfolgte dieser Bezug zu Unrecht und waren die ausbezahlten Beträge zurückzufordern. Gleiches gilt für die Kinderabsetzbeträge (§ 33 Abs 3 letzter Satz EStG 1988).

Der Bescheid des Finanzamtes erweist sich daher als rechtskonform, weshalb wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden war.

Abschließend darf noch angemerkt werden, dass die in § 26 FLAG 1967 normierte Rückforderungsverpflichtung alleine auf den objektiv zu Unrecht erfolgten Beihilfenbezug abstellt und keine Ermessensentscheidung darstellt. Aus diesem Grund können allfällige Billigkeitsüberlegungen, welche die Beschwerdeführerin durch den Hinweis auf ihre finanzielle Situation möglicherweise anspricht, zu keiner anderen Entscheidung führen.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (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.

Das Bundesfinanzgericht hat im vorliegenden Fall auf Grundlage der bestehenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entschieden. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung war daher nicht zu lösen, weshalb die ordentliche Revision nicht zuzulassen war.

Innsbruck, am 19. Mai 2021