

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch RA-Kanzlei Marschitz und Partner, Unterer Stadtplatz 24, 6330 Kufstein, über die Beschwerde vom 14. Oktober 2021 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 11. Oktober 2021 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum September 2018 bis August 2021

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 11. Oktober 2021 forderte das Finanzamt von der Beihilfenbezieherin die an sie für ihre Tochter im Zeitraum September 2018 bis August 2021 ausbezahlte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen zurück. Gleichzeitig erfolgte auch die Rückforderung des Teiles der Familienbeihilfe, um welchen sich die Familienbeihilfe für den Sohn im Zeitraum August 2018 bis Juni 2021 wegen der „Kinderstaffel“ erhöht hat.

Begründet wurde die Rückforderung damit, dass die Tochter im Rückforderungszeitraum bei der Beihilfenbezieherin nicht haushaltszugehörig gewesen sei.

In der als Beschwerde gewerteten Eingabe vom 14. Oktober 2021 führte die Beihilfenbezieherin aus, dass es nach der Scheidung vom Kindesvater zu psychischen Problemen bei der Tochter gekommen sei. Am 27. August 2018 wäre zwischen ihr, dem Kindesvater sowie Tante und Onkel der Tochter eine schriftliche Vereinbarung verfasst worden, nach welcher die Tochter in einem anderen Bundesland bei Tante und Onkel wohnen und dort auch die Schule besuchen solle. Die Beihilfenbezieherin verpflichtete sich, monatlich die „Kinderbeihilfe“ in Höhe von € 200,00 sowie € 50,00 an Taschengeld (auf das Konto der Tante) zu überweisen, es sei denn, die „Kinderbeihilfe“ würde *„auf Grund der Wohnsitzqualität“* direkt an Tante oder Onkel überwiesen. Der Vater der Tochter habe für sich *„außertürllich“* ergebende Kosten aufzukommen und auf *„etwaige Forderungen“* gegen die Beihilfenbezieherin zu verzichten.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdeverentscheidung vom 3. Dezember 2021 als unbegründet ab. Das FLAG 1967 stelle hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruches primär auf die Haushaltszugehörigkeit des Kindes ab. Die Tochter habe im streitgegenständlichen Zeitraum nicht im Haushalt der Beschwerdeführerin gewohnt.

Daraufhin beantragte die Beschwerdeführerin durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter die Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht.

Das Finanzamt beantragte die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

- a) Die Beschwerdeführerin hat für ihre im Streitzeitraum minderjährige Tochter während dieses Zeitraumes Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bezogen. Gleichzeitig wurde für einen (großen) Teil des Streitzeitraumes von ihr auch Familienbeihilfe für ihren Sohn bezogen.
- b) Im August 2018 hat die Tochter den gemeinsamen Haushalt verlassen und wohnte seither im Haushalt ihrer Tante und ihres Onkels in [Bundesland] (vgl die eigenen Angaben der Beschwerdeführerin und die unbestrittenen Ausführungen in der Beschwerdeverentscheidung).
- c) Der Aufenthalt der Tochter war mit den Eltern der Tochter abgesprochen und auf einen unbestimmten, jedenfalls aber längeren Zeitraum angelegt (vgl die Ausführungen der Beschwerdeführerin und den Inhalt der Vereinbarung vom 27. August 2018 zu den gesundheitlichen Problemen der Tochter nach der Trennung der Eltern, der Unmöglichkeit des gemeinsamen Wohnens mit Mutter oder Vater, dem Zukommenlassen der „Geborgenheit einer Familie“, der Anmeldung zum Schulbesuch und dem Abschluss einer Vereinbarung über die Kostenbeiträge der Eltern).

- d) Die Tochter besuchte in [Bundesland] im Schuljahr 2018/19 die Schule und absolvierte ab Oktober 2019 dort auch eine Lehre (vgl die Ausführungen in der Vereinbarung vom 27. August 2018 und den Lehrvertrag mit Lehrbeginn 1. Oktober 2019).
- e) Die Beschwerdeführerin überwies beginnend mit September 2018 monatlich € 200,00 und im September 2020 zusätzlich einen Betrag von € 360,00 an die Tante der Tochter (vgl die von der Beschwerdeführerin vorgelegten ebanking-Ausdrucke). Weitere Zahlungen wurden nicht nachgewiesen.
- f) Im Zentralen Melderegister scheinen hinsichtlich der Tochter mit Stichtag 6.7.2021 folgende Wohnsitzeintragungen auf:

Geburt bis 24.8.2018:	Hauptwohnsitz gemeinsam mit der Beschwerdeführerin
24.8.2018 bis 24.11.2020:	Hauptwohnsitz gemeinsam mit dem Vater
3.9.2018 bis 24.11.2020:	Nebenwohnsitz bei Tante und Onkel
24.11.2020 bis laufend:	Hauptwohnsitz bei Tante und Onkel

2. Beweiswürdigung

Der oben dargestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem unbestritten gebliebenen Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes und den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I.

Nach § 2 Abs 1 lit a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im oben zitierten 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 (§ 2 Abs 2 FLAG 1967).

Gemäß § 2 Abs 3 FLAG 1967 sind Kinder einer Person im Sinne dieses Abschnittes

- a) deren Nachkommen,
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
- c) deren Stiefkinder oder
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind nach § 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 FLAG 1967).

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass die Tochter dem Grunde nach einen Familienbeihilfenanspruch vermittelt. Strittig ist aber, welcher Person dieser Anspruch zufällt.

Dazu bestimmt der oben zitierte § 2 Abs 2 FLAG 1967 seinem klaren und eindeutigen Inhalt nach, dass primär jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat, deren Haushalt das Kind zugehört. Dabei geht das Gesetz erkennbar auch davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann (vgl VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Was unter Haushaltszugehörigkeit zu verstehen ist, bestimmt § 2 Abs 5 FLAG 1967, nämlich das Vorliegen einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft.

Gegenständlich ist unstrittig, dass die Tochter der Beschwerdeführerin seit Ende August 2018 im Haushalt ihrer Tante und ihres Onkels wohnte und letztere ihr „*die Geborgenheit einer Familie zukommen*“ haben lassen. Daraus folgt eindeutig, dass Tante und Onkel die Betreuung und Erziehung der Tochter vollständig übernommen haben und diese in deren Haushalt wie ein eigenes Kind lebte. Mit der Anmeldung zur Schule wird auch belegt, dass der Aufenthalt der Tochter im Haushalt von Tante und Onkel auf einen längeren Zeitraum angelegt war.

Die Beschwerdeführerin hat durch (regelmäßige) Überweisungen an die Tante in Höhe von € 200,00 monatlich und eine Sonderzahlung im September 2020 zum Unterhalt der Tochter beigetragen. Diese Beträge wurden, wie der Vereinbarung vom 27. August 2018 und den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Bankbelegen klar zu entnehmen ist, auf das Konto der Tante überwiesen und gemeinsam mit dem sonstigen Einkommen von Tante und Onkel zur Bestreitung der Kosten des gemeinsamen Haushaltes verwendet. Inwieweit von der Beschwerdeführerin allenfalls zusätzlich € 50,00 an Taschengeld (für die Tochter) überwiesen wurden, ist mangels vorgelegter Beweismittel nicht abschließend feststellbar, aber auch nicht relevant.

Lebt ein Kind nämlich nicht mehr gemeinsam mit einer Person in einer Wohnung, liegt Haushaltszugehörigkeit nicht mehr vor.

Daran ändert für den vorliegenden Fall auch die Bestimmung des § 2 Abs 5 FLAG 1967 nichts. Eine in dieser Gesetzesstelle normierte „fiktive“ Haushaltszugehörigkeit läge nämlich nach

dessen lit a nur vor, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen zwar nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Bei derartigen Unterbrechungen handelt es sich typischer Weise um kurze Phasen, während welchen sich das Kind zB in einem Ferienlager befindet oder mit Verwandten eine Urlaubsreise unternimmt oder sich in den Ferien bei diesen aufhält. Auch vorübergehende Krankenhausaufenthalte können diesbezüglich als Beispiel dienen. Jedenfalls ist diesen Aufenthalten außerhalb des Haushaltes eines gemeinsam, nämlich dass Beginn und Ende, letzters zumindest mit ziemlicher Sicherheit; feststehen bzw keine auf längere Zeit beabsichtigte Aufnahme in den Haushalt einer anderen (potentiell anspruchsberechtigten) Person erfolgt. Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt hingegen vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055).

Für die Frage, ob ein Aufenthalt ein vorübergehender oder ein ständiger ist, ist von einer ex-ante-Betrachtung auszugehen (vgl VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195; VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008). Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt außerhalb des elterlichen Haushaltes nicht nur vorübergehend währen wird, also wenn der Aufenthalt von Anfang an auf längere Zeit angelegt war, dann liegt schon ab Beginn dieses auswärtigen Aufenthaltes ein ständiger Aufenthalt außerhalb des elterlichen Haushaltes vor (vgl nochmals VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Im vorliegenden Fall ist für das Bundesfinanzgericht klar ersichtlich, dass ein längerer Aufenthalt beabsichtigt war, was durch den Abschluss einer diesbezüglich unbefristeten Vereinbarung und die Anmeldung zum Schulbesuch sowie die familiäre Situation, welche sich äußerst belastend auf die Tochter ausgewirkt und zur Unmöglichkeit eines gemeinsamen Wohnens mit der Beschwerdeführerin geführt hat, dokumentiert ist.

In Anlehnung an die bei *Reinalter* in *Lenneis/Wanke* (Hrsg), FLAG² § 5 Rz 9 ff dargestellte Rechtsprechung zu einem ständigen Auslandsaufenthalt des Kindes und an die Regelung des § 26 Abs 2 BAO betreffend den gewöhnlichen Aufenthalt ist davon auszugehen, dass ein Aufenthalt außerhalb des Haushaltes von – geplant - höchstens sechs Monaten die Haushaltszugehörigkeit nicht beendet, ein darüber hinausgehender Aufenthalt (abgesehen von den hier nicht gegebenen Fällen des § 2 Abs 5 lit b FLAG 1967 [die Tochter übte keinen Beruf aus, sondern stand in Ausbildung – s dazu *Reinalter* in *Lenneis/Wanke* (Hrsg), FLAG² § 2 Rz 147] und § 2 Abs 5 lit c FLAG 1967 [keine Anstaltspflege]) hingegen schon.

Im Übrigen liegt bereits dem Grunde nach keine vorübergehende Abwesenheit iSd § 2 Abs 5 lit a FLAG 1967 vor, wenn das gemeinsame Wohnen tatsächlich (und auf eine unbestimmte Dauer) beendet wird. In diese Richtung deutet im vorliegenden Fall einerseits die Bestätigung der Tochter vom 20. Juli 2021, welche ihren „Hauptwohnsitz“ zumindest im Jahr 2019 bei ihrem Vater gesehen hat und damit die Auflösung des gemeinsamen Wohnsitzes mit der

Beschwerdeführerin deutlich darlegt, andererseits die erfolgte Abmeldung des Wohnsitzes bei der Beschwerdeführerin und der Umstand, dass das Wohnen bei der Beschwerdeführerin offensichtlich zu schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen bei der Tochter geführt hat.

Andererseits ist zudem zu berücksichtigen, dass in Fällen, in welchen das Kind - gleichsam als Teil des Familienverbandes - in einem anderen Haushalt wohnt, sowie dort umsorgt und verköstigt wird, eine Anspruchsberechtigung für andere Personen entstehen können. Das FLAG 1967 regelt in diesem Zusammenhang klar, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann (s dazu *Reinalter in Lenneis/Wanke* (Hrsg), FLAG² § 2 Rz 140) und Haushaltszugehörigkeit jedenfalls prioritär zu berücksichtigen ist. Das bedeutet, dass die auf längere Dauer geplante Aufnahme in einen anderen Haushalt die bisher bestehende Haushaltszugehörigkeit jedenfalls endet.

Bei bestehender Haushaltszugehörigkeit (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) zu einer anderen (anspruchsberechtigten) Person ist die Herkunft der Mittel zur Finanzierung dieses gemeinsamen Haushaltes für den daraus abgeleiteten Familienbeihilfenanspruch irrelevant. So ergibt sich aus dem Gesetz klar, dass selbst wenn die Finanzierung des Haushaltes von Mutter und Kind zur Gänze durch zB den geschiedenen Kindesvater erfolgt, die Mutter den Anspruch auf Familienbeihilfe hat. Nichts anderes kann gelten, wenn ein Kind bei einer anderen anspruchsberechtigten Person lebt und Mutter und/oder Vater zum Lebensunterhalt dieses Haushaltes beitragen.

Selbst wenn also die Beschwerdeführerin und der Kindesvater im vorliegenden Fall Beiträge zur Finanzierung des Lebensunterhaltes der Tochter an die Tante geleistet haben, besteht für diese kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn durch Tante oder Onkel die Anspruchsvoraussetzungen für die Familienbeihilfe erfüllt werden.

Ein Familienbeihilfenanspruch besteht nach den Bestimmungen des FLAG 1967 nur für Kinder. Der Begriff „Kinder“ ist in § 2 Abs 3 FLAG 1967 definiert und sind demnach auch Pflegekinder Kinder iSd FLAG 1967. Wie der Verwaltungsgerichtshof in den Erkenntnissen VwGH 14.9.1993, 93/15/0120, und VwGH 20.4.1995, 95/13/0071, ausgesprochen hat, sind nur solche Personen Pflegekinder iSd § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967, bei denen die Pflegeeltern ihre Rechte auf Grund einer Ermächtigung durch die unmittelbar Erziehungsberechtigten oder durch den Jugendwohlfahrtsträger ausüben oder bei denen das Gericht den Pflegeeltern auf ihren Antrag die Obsorge über das Kind ganz oder teilweise übertragen hat (VwGH 21.10.1999, 97/15/0196). Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Pflegeelternschaft nach § 186 ABGB zwei Tatbestandsvoraussetzungen kennt, nämlich die tatsächliche Betreuung und eine bestimmte Qualität der Bindung. Bei Vorliegen beider Komponenten ist die Pflegeelternschaft kraft Gesetzes ohne Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen oder gerichtlichen Begründungsaktes gegeben. Der Tatbestand der Pflegeelternschaft nach § 186 ABGB legt auch nicht fest, dass nur solche Personen als Pflegeeltern auftreten können, denen eine gesetzliche Unterhaltspflicht gegenüber den Pflegekindern obliegt (vgl VwGH 4.3.2009, 2008/15/0314).

Beim vorliegenden unstrittigen Sachverhalt, nämlich dass Tante und Onkel die Tochter der Beschwerdeführerin gleichsam wie ein eigenes Kind in den Haushalt aufgenommen haben und ihr „die Geborgenheit einer Familie“ zukommen ließen, kann kein Zweifel bestehen, dass diese gegenständlich die tatsächliche Betreuung übernommen und auch eine bestimmte Qualität der Bindung aufgebaut haben. Daneben wurde zwischen den Eltern und Tante und Onkel auch eine schriftliche Vereinbarung abgeschlossen. Damit ist die Tochter der Beschwerdeführerin iSd FLAG 1967 als Kind (auch) auch von Tante und Onkel anzusehen und kommt ihnen somit „Elterneigenschaft“ iSd FLAG 1967 zu.

Damit steht für das Bundesfinanzgericht fest, dass die Tante bzw der Onkel, abhängig davon, welche Person den Haushalt überwiegend führt bzw ob die berechtigte Person zugunsten des anderen verzichtet (§ 2a FLAG 1967), alle gesetzlich geforderten Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe und ist entweder Tante oder Onkel im vorliegenden Fall die einzige anspruchsberechtigte Person. Dieser Anspruch kann rückwirkend für fünf Jahre geltend gemacht werden (§ 10 Abs 3 FLAG 1967).

Damit ist die von der Beschwerdeführerin gestellte Frage, wer sonst außer ihr oder dem Kindesvater die Familienbeihilfe hätte erhalten sollen, beantwortet und folgt daraus zwingend, dass die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hatte und diese somit zu Unrecht bezogen hat.

Nach § 26 Abs 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 33 Abs 3 EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des FLAG 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG 1967 anzuwenden.

Die Rückzahlungsverpflichtung des § 26 FLAG 1967 besteht, wenn die Familienbeihilfe bzw die Kinderabsetzbeträge objektiv zu Unrecht, dh ohne darauf einen Anspruch zu haben, bezogen wurden. Subjektive Momente oder mangelndes Verschulden spielen für die Rechtmäßigkeit der Rückforderung ebenso keine Rolle, wie der gutgläubige Verbrauch (vgl *Wanke* in *Lenneis/Wanke* (Hrsg), FLAG² § 26 Rz 12 ff, und die dort angesprochene Judikatur).

Im gegebenen Zusammenhang ist aber darüber hinaus festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin einerseits es unterlassen hat, ihrer Meldeverpflichtung nach § 25 FLAG 1967 hinsichtlich der Anschrift des Kindes nachzukommen und, wie sich aus dem Inhalt der Vereinbarung vom 27. August 2018 ergibt, es ihr auch durchaus bewusst war, dass Tante oder Onkel der Tochter „aufgrund der Wohnsitzqualität“ zumindest anspruchsberechtigt sein könnten. Hier fundierte Auskünfte einzuholen wäre Aufgabe der Beschwerdeführerin gewesen.

Daraus folgt, dass mangels Anspruch auf Familienbeihilfe und auch Kinderabsetzbeträge für die Tochter die entsprechenden Beträge zurückzufordern waren. Die Rückforderung hat auch den zu Unrecht bezogenen Zuschlag zur Familienbeihilfe für den Sohn (§ 8 Abs 3 FLAG 1967) zu umfassen.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

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 ist bei seiner Entscheidung von der einheitlichen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht abgewichen, weshalb keine Rechtsfrage zu lösen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Innsbruck, am 2. Mai 2022