

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Regina Vogt in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerde vom 26. September 2022 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 13. September 2022 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für das Kind

1, geb. ***2***, für Mai 2022, SVNr. ***3***, zu Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO 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 13.9.2022 wurden die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für das im Spruch genannte Kind für Mai 2022 von der Beschwerdeführerin (Bf.) zurückgefordert. Begründet wurde die Rückforderung damit, dass sich das Kind seit 3.5.2022 nicht mehr im Haushalt der Bf. befunden habe:

„Lt. VwGH vom 28.11.2007/15/0058:

Die Familienbeihilfe steht der Person zu, in deren Haushalt sich das Kind im gegenständlichen Monat ÜBERWIEGEND aufhält.“

Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde vom 26.9.2022, in der die Bf. vorbringt, dass Kind habe sich als Krisenpflegekind von 17.12.2021 bis 2.5.2022 in ihrer Obsorge befunden. Das zitierte VwGH-Erkenntnis sei nicht anwendbar, da der dort geschilderte Fall einer Konkurrenz, wenn das Kind dem Haushalt beider Elternteil angehöre, nicht vorliege.

Darüber hinaus sei die Familienbeihilfe bereits vorher genehmigt worden und auch bei allen anderen Krisenpflegekindern gem. § 10 vom Beginn des Monats an gewährt worden.

In der abweisenden Beschwerdeentscheidung vom 17.1.2023 wurde begründend folgendes ausgeführt:

„Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Unter „Kinder einer Person“ im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) sind deren Nachkommen, deren Wahlkinder und deren Nachkommen, deren Stiefkinder, deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches) zu verstehen.

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

Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ausschließlich die Tatsache einer nachgewiesenen Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung (vgl. VwGH vom 18.03.1997, 96/14/0006).

Nicht von Bedeutung hingegen ist das Erziehungsrecht, ebenso polizeiliche Meldebestätigungen; sie stellen lediglich ein widerlegbares Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar, sind jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern.

Die Konkurrenz zwischen den Ansprüchen mehrerer Antragsteller (Pflegeeltern - leiblicher Eltern bzw. mit der Obsorge Betraute) ist so zu lösen, dass demjenigen Antragsteller, bei dem das Kind im einzelnen Monat überwiegend haushaltszugehörig ist, für diesen Monat Familienbeihilfe zusteht, und dem Anderen nicht.

Der für einen Monat nur einfach gebührenden 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. (VwGH 28.11.2007,2007/15/0058)

*Da sich das Pflegekind ***1*** nur bis 02.05.2022 in ihrem Haushalt befand, steht ihnen nach Anwendung des Überwiegensprinzips für Mai 2022 keine Familienbeihilfe zu.“*

Im Vorlageantrag vom 7.2.2023 verweist die Bf. zunächst auf § 2 Abs. 3a FLAG 1967, wonach Anspruch auf Familienbeihilfe auch Krisenpflegepersonen für Krisenpflegekinder hätten. Darauf sei in der Beschwerdeentscheidung nicht eingegangen worden.

1 habe sich als Krisenpflegekind von 17.12.2021 bis 2.5.2022 in ihrer Obsorge befunden.

Der Bescheid aberkenne zu Unrecht die Familienbeihilfe für Mai 2022, welche ihr nach § 10 Pkt I und Pkt2 zustehe. Das Kind sei bis Anfang des Monats Mai bei mir in Obsorge gewesen.

Die Bf. zitierte § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wörtlich:

• *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.“*

Sie verwies weiters darauf, dass alle Anträge auf Bezug von Familienbeihilfe für alle Krisenpflegekinder gleich bis 20. Juni 2022 genau nach § 10 (Bezug ab Anfang des Monats) korrekt bearbeitet worden seien.

Lt. der von der Bf. vorgelegten Bestätigung der MA 11 wurde das Kind am 3.5.2022 seinen Langzeitpflegeltern übergeben.

Weitere Sachverhaltsermittlungen durch die erkennenden Richterinnen führten zu folgendem Ergebnis:

Ab Mai 2022 wurde die Familienbeihilfe an Frau ***4*** ausgezahlt.

Das Kind ist an der gleichen Adresse wie die Beihilfenbezieherin seit 13.5.2022 mit Hauptwohnsitz gemeldet.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Das Kind ***1***, geb. ***2***, lebte als Krisenpflegekind von 17.12.2021 bis 2.5.2022 im Haushalt der Bf.

Am 3.5.2022 wurde er seinen Langzeitpflegeltern übergeben.

Ab Mai 2022 wurde die Familienbeihilfe von der Pflegemutter bezogen.

Das Kind ist seit 13.5.2022 in deren Haushalt gemeldet.

2. Beweiswürdigung

Beweis wurde aufgenommen durch Einsicht in den von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakt und weitere Ermittlungen durch das Bundesfinanzgericht.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I.

Folgende Rechtsvorschriften des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967) kommen im gegenständlichen Fall zur Anwendung:

§ 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,

.....

(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).

(3a) Kinder im Sinne dieses Abschnittes sind auch Kinder, die aufgrund einer akut gefährdenden Lebenssituation kurzfristig von Krisenpflegepersonen betreut werden (Krisenpflegekinder). Krisenpflegepersonen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Personen, die im Auftrag des zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträgers ausgebildet und von diesem mit der vorübergehenden Pflege und Erziehung eines Kindes für die Dauer der Gefährdungsabklärung betraut wurden.

.....

5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

§ 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

(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 Ausschließungsgrund hinzukommt.

.....

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

§ 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.

.....

§ 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.

.....

Zunächst ist festzuhalten, dass die belangte Behörde offenbar nicht in Abrede stellte, dass es sich bei ***1*** um ein Krisenpflegekind handelte, da sie den grundsätzlichen Anspruch der Bf. auf Familienbeihilfe gem. § 2 Abs. 3a FLAG 1967, auch wenn sie diese Norm im bekämpften Bescheid nicht ausdrücklich anführte, nicht in Zweifel zog.

Feststeht, dass das Kind zu Beginn des Monats Mai 2022 im Haushalt der Bf. lebte. Ab dem 3.5.2022 wechselte es jedoch in den Haushalt von Frau ***4***. Dies ergibt sich einerseits aus der von der Bf. vorgelegten Bestätigung der MA 11 und andererseits aus der am 13.5.2022 erfolgten Anmeldung am Hauptwohnsitz von Frau ***5***.

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind ab.

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 stellt nicht auf das Recht zur Obsorge ab. Dass die Bf. unzweifelhaft zu Beginn des Monats Juni noch die Obsorge innehatte ist daher für den Beihilfenanspruch ohne Bedeutung.

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).

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 die Haushaltszugehörigkeit u.a. Voraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 ist, ergibt sich in einem Fall wie dem vorliegenden bei Anwendung des § 10 Abs. 2 FLAG 1967 eine Konkurrenz zwischen der „neuen“ Beihilfenbezieherin, deren Anspruch durch die Begründung der Haushaltszugehörigkeit entsteht (...Familienbeihilfe gebührt vom Beginn des Monats.....) und der bisherigen Beihilfenbezieherin, deren Anspruch wegfällt, weil das Kind ihren Haushalt verlässt (Der Anspruch erlischt mit Ablauf des Monats.....).

Da Familienbeihilfe gem. § 10 Abs. 4 FLAG 1967 für einen Monat nur einmal gewährt wird, ist daher wie folgt vorzugehen (vgl. FLAG, Kommentar, Lenneis/Wanke, 2. Aufl., S. 352):

„Die Regelung des § 10 Abs 2 nimmt keine Anspruchsreihung dahingehend vor, dass nach den Verhältnissen am Monatsbeginn zu entscheiden wäre, wem der Anspruch auf FB 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 FB trotzdem bereits ab dem 1. des Monats gebührt (vgl VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Der zweite Satz des § 10 Abs 2 ist in Verbindung mit § 10 Abs 4 und § 7 zu lesen. Da FB 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 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 FB zusteht, und dem anderen Elternteil nicht (BFG 22.8.2018, RV/7100659/2018).“

Aus dieser Aussage ergibt sich eindeutig, dass entgegen der Ansicht der Bf. dieser nicht deswegen noch für den gesamten Monat Mai die Familienbeihilfe zusteht, weil das Kind zu Beginn des Monats noch ihrem Haushalt angehörte. Vielmehr ist darauf abzustellen, wessen Haushalt das Kind im Mai (zeitlich) überwiegend angehörte.

Da das Kind bereits am 3.5.2022 den Langzeitpflegeltern übergeben wurde und damit den Haushalt der Bf. verließ, gehörte es im Mai eindeutig nicht überwiegend zum Haushalt der Bf..

Polizeilichen Meldungen kommt nur Indizwirkung zu (VwGH 23.2.1981, 17/1388/80), sodass An- und Abmeldedaten im Zentralen Melderegister keinen Nachweis für das Bestehen oder die Dauer einer Haushaltszugehörigkeit liefern.

Zur Rückzahlungsverpflichtung nach § 26 FLAG 1967 ist auszuführen:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind folgende Kriterien maßgeblich:

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 ergibt sich eine objektive Rückzahlungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe (allenfalls in Form einer Ausgleichszahlung / Differenzzahlung) und Kinderabsetzbetrag zu Unrechtbezogen hat (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. 2020 § 26 Rz 12 zitierte Rechtsprechung). Fehlt es an einem Anspruch auf Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung / Differenzzahlung), ist auch der Kinderabsetzbetrag zurückzufordern.

Es kommt nur auf die objektive Rechtswidrigkeit des Bezugs der Familienleistungen an (vgl. etwa VwGH 10. 12. 1997, 97/13/0185; VwGH 22. 4. 1998, 98/13/0067), also auf das Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug (vgl. VwGH 28. 11. 2002, 2002/13/0079; VwGH 9. 7. 2008, 2005/13/0142). Subjektive Momente, wie Verschulden an der (ursprünglichen oder weiteren) Auszahlung der Familienleistungen (etwa durch unrichtige Angaben im Antrag gemäß § 10 FLAG 1967 oder Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 25 FLAG 1967), Gutgläubigkeit des Empfangs der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags oder die Verwendung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Gleiches gilt für den gutgläubigen Verbrauch der Beträge (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. 2020 § 26 Rz 13 zitierte Rechtsprechung). Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047 oder VwGH 24. 6. 2009, 2007/15/0162).

Einer Rückforderung steht auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch das Finanzamt verursacht worden ist (die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. 2020 § 26 Rz 16 zitierte Rechtsprechung). Allerdings kann ein Grund für eine Nachsicht nach § 236 BAO vorliegen (vgl. BFG 13. 6. 2018, RV/7104954/2017; BFG 20. 6. 2016, RV/7100264/2016).

Diese objektive Erstattungspflicht hat zur Folge, dass der Behörde, sobald die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht mehr gegeben sind, hinsichtlich der Rückforderung von bereits bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag kein Ermessensspielraum bleibt (vgl. BFG 13. 6. 2018, RV/7104954/2017).

Zur Rückzahlung eines unrechtmäßigen Bezuges an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ist nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 derjenige verpflichtet, der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047). Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag muss demjenigen, von dem sie zurückgefordert wird, tatsächlich ausbezahlt worden sein.

Die Familienbeihilfe war daher zu Recht für Mai 2022 zurückzufordern.

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.

Hinsichtlich der Frage, wem bei einem Wechsel der Haushaltszugehörigkeit des Kindes während eines Monats die Familienbeihilfe zusteht, liegt bereits Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vor, sodass die ordentliche Revision auszuschließen war.

Wien, am 16. Mai 2023