

Innrain 32  
6020 Innsbruck  
[www.bfg.gv.at](http://www.bfg.gv.at)  
DVR: 2108837

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter\*\*\*\*\* in der Beschwerdesache Mag.\*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Lothar Stix, Kärntnerstraße 10, 1010 Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 4. Juli 2012, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Juni bis September 2010 zu Recht erkannt:

I.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

II.

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

## Entscheidungsgründe

### 1. Verfahrensgang:

Mit Bescheid vom 17. November 2010 wurde von Beihilfenbezieher die an ihn für die Kinder M\*\*\*\*\* und A\*\*\*\*\* für den Zeitraum Juni bis September 2010 ausbezahlte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen rückgefordert. Da dieser Bescheid trotz bestehender Zustellvollmacht direkt an den Beihilfenbezieher versendet wurde, musste der Unabhängige Finanzsenat die gegen diesen Bescheid gerichtete Berufung mit Berufungsentscheidung vom 22. Juni 2012, RV/0354-I/11, als unzulässig zurückweisen.

Datiert mit 4. Juli 2012 erließ das Finanzamt einen neuerlichen Rückforderungsbescheid, der nunmehr rechtswirksam am 9. Juli 2012 zugestellt wurde. Gegen diesen Bescheid wurde rechtzeitig Berufung erhoben.

Das Finanzamt legte die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat mit 30. August 2012 ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung vor. Diese war am 31. Dezember 2013 noch unerledigt anhängig und ist daher nach § 323 Abs 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerde iSd Art 130 Abs 1 B-VG zu erledigen.

## **2. Sachverhalt:**

Aus dem Verwaltungsakt ergibt sich, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2008 die Auszahlung der Familienbeihilfe an ihn beantragte, da seine Ehegattin den gemeinsamen Haushalt auf Dauer verlassen habe. Aus diesem Grund könne die Ehegattin und Kindesmutter auch nicht zu seinen Gunsten auf die Auszahlung der Familienbeihilfe verzichten. Das Finanzamt kam diesem Antrag nach.

Im August 2010 stellte die Ehegattin einen Antrag auf Auszahlung der Familienbeihilfe ab Juni 2010. Sie habe sich in den Jahren 2007 bis 2010 für mehrere Monate in I\*\*\*\*\* aufgehalten, um dort ein "Business-Projekt" umzusetzen. Seit Mai 2010 sei sie jedoch auf Dauer wieder nach Österreich zurückgekehrt und beabsichtige auch keine weiteren länger andauernden Auslandsaufenthalte mehr. Sie lebe gemeinsam mit ihren Kindern unter der Adresse\*\*\*\*\*.

Unbestritten ist, dass die Kindesmutter seit ihrer Rückkehr tatsächlich in der Wohnung unter der genannten Adresse lebte.

Im Juli 2010 brachte der Beschwerdeführer eine Scheidungsklage ein.

Der Beschwerdeführer vertritt die Ansicht, die Kindesmutter führe trotz dem Leben in der gemeinsamen Wohnung weder mit ihm noch mit den Kindern einen gemeinsamen Haushalt. Sie weigere sich eine Arbeit aufzunehmen und sich eine Wohnung zu suchen. Er habe sich "notgedrungen" bereit erklärt, ihr vorübergehend während der Dauer der anhängigen Verfahren eine Unterkunft zur Verfügung zu stellen. Sie kümmere sich nicht um die Kinder, sie pflege, versorge und erziehe diese nicht, sondern gehe ihre eigenen Wege. Die Kindesmutter wäre mit rechtskräftigem Beschluss des zuständigen Bezirksgerichtes verpflichtet worden, Geldunterhalt für die Tochter zu bezahlen, woraus folge, dass die Naturalunterhaltsleistungen nicht erbracht habe. Weiters habe sie im Scheidungsverfahren vorgebracht, dass sie arbeitsunfähig sei. Aus dem erstellten Gutachten ergäbe sich ein deutlicher Hinweis auf eine fehlende Geschäftsfähigkeit. Mit der Prozess- und Geschäftsfähigkeit hänge auch die Arbeitsfähigkeit unmittelbar zusammen. Tatsache sei, dass die Kindesmutter die Wohnung primär für die eigene Wohnversorgung nütze, eine generelle Haushaltsführung und Betreuung der im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder finde nicht statt. Sie habe (nur) dann für sich und die Kinder gekocht, wenn sie vor Ort anwesend gewesen sei. Sie wäre jedoch öfters mehrtägig abwesend. Zudem habe sie während der Arbeitswoche am Abend regelmäßig die Wohnung verlassen, wo hingegen der Beschwerdeführer anwesend gewesen sei. Die

Kinder hätten sich auf Grund ihres fortgeschrittenen Lebensalters vielfach selbst versorgt, der Beschwerdeführer habe seinen Haushalt und damit auch den Haushalt der Kinder selbst geführt.

In diesem Sinne äußerte sich der Beschwerdeführer auch in der Einvernahme durch das Finanzamt am 13. Mai 2011.

Dem gegenüber stehen die Angaben der Kindesmutter in ihrer Einvernahme vom 4. Mai 2011. Der Beschwerdeführer würde morgens die Wohnung verlassen und zur Arbeit gehen. Abends käme er in die Wohnung, gehe mit dem Hund spazieren und "verschwinde" dann wieder. Irgendwann in der Nacht käme er wieder zurück. Der Haushalt würde von der Kindesmutter geführt. Sie wasche (für die Kinder und sich selbst), kuche und putze. In Ausnahmefällen würde der Beschwerdeführer auch die Wäsche der Kinder waschen. Es treffe zu, dass sie sich in den Jahren 2007 bis 2010 jeweils für mehrere Monate in I\*\*\*\*\* aufgehalten habe. Zwischen diesen Auslandsaufenthalten habe sie jedoch im gemeinsamen Haushalt gelebt. Nach ihrer (endgültigen) Rückkehr aus I\*\*\*\*\* im Mai 2010 habe sie sich Geld von Bekannten und Freunden geliehen und so zum Unterhalt der Kinder beigetragen.

Auf Grund der voneinander abweichenden Angaben der Eltern wurden auch die Kinder A\*\*\*\*\* und M\*\*\*\*\* vom Finanzamt einvernommen.

A\*\*\*\*\* gab dabei an, dass sich die Mutter seit ihrer Rückkehr im Mai 2010 durchgehend in der gemeinsamen Wohnung aufgehalten habe und sofort alle Tätigkeiten im Haushalt übernommen habe. Daran habe sich bis zum Zeitpunkt der Einvernahme nichts geändert. Auch würde die Mutter kochen, soweit Vorräte vorhanden seien. Wenn ihr das Essen nicht schmecke, kuche sie sich selbst etwas. Für ihren Bruder würde der Vater, wenn das gekochte Essen nicht schmecke, etwas kaufen. Der Vater sei wenig zu Hause. Er komme wochentags um ca. 18:00h von der Arbeit, sei dann kurz anwesend und gehe dann wieder zum Sport oder zur Freundin. Während der Woche komme er dann zwischen 22:00h und 23:00h zurück und schlafe in der Wohnung. Am Wochenende schlafe er bei seiner Freundin.

M\*\*\*\*\* sagte aus, dass er sich seit der Rückkehr der Mutter nicht daran erinnern könne, dass diese längere Auslandsaufenthalte gehabt habe. Die Mutter kuche, der Vater nicht mehr, Wäsche waschen würden beide Elternteile, Abstauben, Staubsaugen, Fensterputzen und andere alltägliche Hausarbeiten mache die Mutter. Er selbst komme erst am Abend von der Schule nach Hause; die Mutter würde für ihn auch jederzeit Essen zubereiten. Geld bekomme er vom Vater. Der Vater gehe einkaufen, kümmere sich um den Hund. Er wecke ihn in der Früh auf, zum Frühstück bleibe jedoch keine Zeit. Abends komme der Vater zwischen 22:00h und 23:00h in die Wohnung, die Wochenenden verbringe er bei seiner Freundin. Wenn er telefonisch etwas bestelle, bringe der Vater ihm auch Essen (zB eine Pizza) von unterwegs mit. Für die finanziellen Dinge komme der Vater auf, da die Mutter nicht arbeite.

Auf Grund des Inhaltes des Verwaltungsaktes und den im Verfahren erstatteten Vorbringen geht das Bundesfinanzgericht von folgendem Sachverhalt aus:

Die Kinder und die Kindesmutter lebten im streitverfangenen Zeitraum gemeinsam in einer Wohnung an der Adresse\*\*\*\*\*. Längere Abwesenheiten der Kindesmutter können nicht festgestellt werden. Auch der Kindesvater lebte - ab wann sich die Anwesenheiten auf die Arbeitswoche beschränkten, ist nicht exakt feststellbar - unter dieser Adresse, wobei seine Anwesenheiten - unter anderem auch berufsbedingt - im Wesentlichen in den Abend- bzw Nachtstunden gegeben waren.

Der Kindesvater kam (zumindest überwiegend) für den finanziellen Unterhalt der Kinder und (teilweise) auch der Kindesmutter auf, indem er die Miet- und Betriebskosten für die Wohnung getragen hat und auch für die Nahrung und sonstigen Lebenshaltungskosten im Wesentlichen getragen hat. Das Bundesfinanzgericht geht davon aus, dass die der Kindesmutter zur Verfügung gestandenen (geringen) finanziellen Mittel aus nachgewiesenen Ausleihungen bei Freunden bzw der Familienbeihilfe von dieser auch zumindest für Einkäufe zur Zubereitung der Mahlzeiten, welche auch von den Kindern eingenommen wurden, verwendet wurden.

Die Kindesmutter erledigte - zumindest überwiegend - die im Haushalt anfallenden Arbeiten. Den in diesem Punkt gegenteiligen Aussagen des Beschwerdeführers stehen die Aussagen der beiden Kinder, welche sich mit den Angaben der Kindesmutter in den wesentlichen Bereichen decken, entgegen. Es ist für das Bundesfinanzgericht kein Grund ersichtlich, den Aussagen der Kinder nicht zu glauben. Wenn der Beschwerdeführer zur Untermauerung seiner Sachverhaltsdarstellung auf den Beschluss des zuständigen Bezirksgerichtes verweist, mit welchem der Kindesmutter die Leistung von Geldunterhalt für die Tochter auferlegt wurde, ist dazu festzuhalten, dass dieser Beschluss ausschließlich auf Basis der Angaben des Kindesvaters erfolgte, weil sich die Kindesmutter in diesem Verfahren nicht äußerte. Diese Tatsache lässt jedoch keinesfalls den Schluss zu, dass die Kindesmutter den Sachverhalt außer Streit gestellt hätte, was der in der Folge durch die Kindesmutter eingebrachte Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die dortigen Vorbringen deutlich zum Ausdruck bringen.

Auch das im Jahr 2012 erstellte Gutachten zur Arbeitsfähigkeit der Kindesmutter und die Ergebnisse des Verfahrens beim zuständigen Bezirksgericht zur GZ\*\*\*\*\* sind für den vorliegenden Fall nicht einschlägig von Bedeutung. Zum einen wird im Gutachten ausschließlich eine Aussage zum Zustand der Kindesmutter im Jahr 2012 und nicht für den Streitzeitraum getroffen. Zum zweiten resultierte die diagnostizierte Beeinträchtigung aus der Traumatisierung auf Grund der familiären Belastung und den finanziellen Nöten und ist daher daurchaus anzunehmen, dass sich das Befinden der Kindesmutter nach Einbringung der Scheidungsklage und dem Verhalten des Beschwerdeführers zunehmend verschlechtert hat. Aus den Aussagen der Kinder ist jedenfalls nicht ableitbar, dass die Kindesmutter nicht in der Lage gewesen wäre, ihren Obliegenheiten im Haushalt und in der Kinderbetreuung im streitverfangenen Zeitraum - und lediglich dies ist von Relevanz - nicht nachzukommen.

### **3. Würdigung:**

Nach § 2 Abs 2 FLAG 1967 hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das anspruchsvermittelnde Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person auf Grund von Haushaltzugehörigkeit anspruchsberechtigt ist.

Gemäß § 2 Abs 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. ... Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltzugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

§ 2a Abs 1 FLAG 1967 normiert sodann weiter, dass, wenn ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört, der Anspruch auf Familienbeihilfe des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vorgeht. Bis zum Nachweis des Gegenteiles wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

In § 2 Abs 2 FLAG 1967 hat der Gesetzgeber eine Grundsatzentscheidung getroffen. Nach dieser ist für den Anspruch auf Familienbeihilfe primär die Haushaltzugehörigkeit eines Kindes entscheidend. Dabei geht das Gesetz erkennbar auch 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 "Haushaltzugehörigkeit" keine Regelung 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). Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG 1967 einen "Konkurrenzfall", der in § 2a FLAG 1967 geregelt ist.

Ist ein Kind zu einer Person haushaltzugehörig, ist ein (allein) aus der Tragung von Unterhaltskosten abgeleiteter Anspruch in jedem Fall nachrangig (vgl zB VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054).

Zum Begriff "Haushaltzugehörigkeit" und der in § 2 Abs 5 FLAG 1967 angeführten Definition hat der Gerichtshof (vgl nochmals VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120) ausgeführt, 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 erbringt.

Zu diesem Gesichtspunkt der gemeinsamen Wohnung komme, so der Gerichtshof weiter, der Aspekt der Wirtschaftsführung, wer nämlich 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 sowie für Bekleidung ankommt. Aus dem Gesetzeszusammenhang, insbesondere der Regelung der Priorität der Haushaltzugehörigkeit gegenüber der Kostentragung in § 2 Abs 2 FLAG 1967, steht für das Bundesfinanzgericht fest, dass eine gemeinsame Wirtschaftsführung nicht voraussetzt, dass die finanziellen Mittel, die im

Haushalt zur Verfügung stehen und verwendet werden, auch von der haushaltsführenden Person selbst erarbeitet werden müssen. Vielmehr ist die Herkunft der finanziellen Mittel nicht ausschlaggebend und spielt es daher keine Rolle, ob diese durch eigenes Erwerbseinkommen, Transfer- oder Unterstützungsleistungen von Versicherungen, der öffentlichen Hand oder dritten Personen oder aus vorhandenem Vermögen lukriert werden. Entscheidend ist ausschließlich, ob die im Haushalt vorhandenen finanziellen Mittel für das gemeinsame Zusammenleben verwendet werden. Dieser Ansatz ergibt sich deutlich aus der unbestreitbaren Tatsache, dass - bei getrennt lebenden Elternteilen - die Familienbeihilfe jenem Elternteil zusteht, bei dem das Kind lebt; dies auch dann, wenn der andere Elternteil sämtliche Lebenshaltungskosten in Form von Unterhaltszahlungen bestreitet.

Auf Grund der Aussagen der Kinder steht fest, dass die Kindesmutter regelmäßig in der gleichen Wohnung wie die Kinder lebte und nächtigte und sie die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen erbracht hat. Den Aussagen der Kinder ist auch zu entnehmen, dass sie die mit der Haushaltsführung verbundenen Aufgaben übernommen und durchgeführt hat. Somit ist davon auszugehen, dass die Kindesmutter mit den Kindern in einem gemeinsamen Haushalt lebte, zu dem auch der Kindsvater gehörte.

Selbst wenn es bereits im Streitzeitraum zutreffen sollte, dass der Kindsvater einige Nächte der Woche außerhalb der Wohnung verbracht haben sollte, kann alleine aus diesem Umstand noch nicht auf eine Auflösung der Wohngemeinschaft geschlossen werden (vgl VwGH 28.1.2005, 2001/15/0199).

Wenn sich weiter aus der Aussage des Sohnes ergibt, dass der Vater einkaufte, und die Tochter aussagte, dass die Mutter kochte, soweit Vorräte vorhanden seien, ergibt sich, dass die im Haushalt vorhandenen finanziellen Mittel gemeinsam verwendet wurden und somit auch eine gemeinsame Wirtschaftsführung vorgelegen ist.

Somit bestand in der gegenständlich vorliegenden Situation nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes im Streitzeitraum jedenfalls ein gemeinsamer Haushalt von Eltern und Kindern.

Eine andere Sichtweise würde nicht zuletzt der Intention des Gesetzgebers widersprechen. Mit dem BGBI 367/1991 wurde durch die Einfügung des § 2a FLAG 1967 in den Fällen, in welchen die Kinder mit den Elternteilen in einem Haushalt leben, dem haushaltsführenden Elternteil ein vorrangiger Anspruch auf die Familienbeihilfe eingeräumt und die gesetzliche Vermutung aufgestellt, dass bis zum Beweis des Gegenteiles die Mutter vorrangig anspruchsberechtigt ist. In der Erläuterungen zur Regierungsvorlage (GP XVIII RV 126 AB 166 S. 33) wird angeführt, dass die Aufnahme dieser Vermutung durch den Umstand begründet ist, dass die Kinderbetreuung erfahrungsgemäß in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle tatsächlich durch die Mutter erfolgt. Damit wird klar ausgesagt, dass der Gesetzgeber dem Umstand der Kinderbetreuung Priorität einräumt.

Die Argumentation des Beschwerdeführers läuft im Ergebnis darauf hinaus, dass der über ein Einkommen verfügende Ehepartner durch ein Zurückhalten der finanziellen Mittel und die Behauptung der bloßen Duldung des einkommenslosen anderen Ehepartners in der gemeinsamen Wohnung, den Umstand der Kinderbetreuung durch diesen in den Hintergrund drängen und so einseitig die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes iSd FLAG 1967 und den Verlust des Anspruches auf Familienbeihilfe herbeiführen könnte. Ein Ergebnis, das vom Gesetzgeber zweifelsfrei nicht beabsichtigt sein kann.

Im Übrigen hat der Verwaltungsgerichtshof klar festgestellt, dass § 2 Abs 5 FLAG 1967 nur den "gemeinsamen Haushalt" anspricht und daraus die Haushaltzugehörigkeit ableitet. Aus diesem Grund wurde im Erkenntnis VwGH 28.1.2005, 2001/15/0199, auch der Argumentation, die (damals) Kindesmutter hätte nur dann Anspruch auf die Familienbeihilfe, wenn sie tatsächlich ihren Aufgaben "als Mutter" nachgekommen wäre, keine Entscheidungswesentlichkeit beigemessen.

Abgesehen davon, dass im nun zu entscheidenden Fall auf Grund des festgestellten Sachverhaltes keine Rede davon sein kann, dass die Kindesmutter ihren Aufgaben "als Mutter" nicht nachgekommen wäre, ergibt sich aus dem Erkenntnis klar, dass emotionale Elemente, die bei Scheidungsverfahren regelmäßig in den Vordergrund treten, in die zu treffende Sachentscheidung über den Anspruch auf Familienbeihilfe nicht einzufließen haben.

Bestand im Streitzeitraum - wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt - ein gemeinsamer Wohnsitz der Eltern zu dem auch die Kinder gehörten, normiert die Regelung des § 2a FLAG 1967 den vorrangigen Anspruch der Kindesmutter auf die Familienbeihilfe. Ein Nachweis, dass der Beschwerdeführer überwiegend den Haushalt geführt hätte, ist nicht erbracht.

Ein zu Gunsten des Beschwerdeführers abgegebener Verzicht der Kindesmutter auf ihren vorrangigen Anspruch nach § 2a Abs 2 FLAG 1967 liegt nicht vor. Das Finanzamt hat die Familienbeihilfe an den Beschwerdeführer ausbezahlt, weil dieser mit Schreiben vom 21. April 2008 mitgeteilt hat, dass sich die Kindesmutter auf unbestimmte Zeit in I\*\*\*\*\* aufhalte und nicht mehr im gemeinsamen Haushalt lebe. In den entsprechenden Anträgen hat der Beschwerdeführer im für die Verzichtserklärung vorgesehenen Formularfeld lediglich angegeben, dass sich die Kindesmutter im Ausland aufhalte, nicht erreichbar und auch in Österreich nicht mehr gemeldet sei. Entgegen der Bestimmung des § 25 FLAG 1967 hat es der Beschwerdeführer unterlassen, die Rückkehr seiner Ehegattin innerhalb der gesetzlichen Frist zu melden.

Da ein Verzicht der Kindesmutter zu Gunsten des Beschwerdeführers niemals erfolgt ist, muss auch nicht geprüft werden, ob allenfalls ein rückwirkender Widerruf eines solchen Verzichts (die Antragstellung der Kindesmutter erfolgte erst im August 2010) möglich ist.

Damit wurde vom Beschwerdeführer im Streitzeitraum die Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen zu Unrecht bezogen.

Nach § 26 Abs 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Nach § 33 Abs 3 EStG 1988 ist § 26 FLAG 1967 auch auch für zu Unrecht bezogene Kinderabsetzbeträge anzuwenden.

#### **4. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:**

Die ordentliche Revision ist unzulässig (Art 133 Abs 4 B-VG), da mit dem gegenständlichen Erkenntnis keine Rechtsfrage zu lösen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Auch weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ab oder fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auf die in der Begründung zitierten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes wird verwiesen.

Innsbruck, am 11. Juli 2014