



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Bgld, gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2009 bis 30. April 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog für ihren Adoptivsohn K., geb. 1994, für den sie das alleinige Obsorgerecht hatte, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Auf Grund des vom ehemaligen Lebensgefährten eingebrachten Antrages überprüfte das Finanzamt die Anspruchsvoraussetzungen und forderte in der Folge von der Bw. mit Bescheid vom 15. April 2010 die für K. für den Zeitraum September 2009 bis April 2010 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge mit der Begründung zurück, dass dieser seit 18. August 2009 nicht mehr in ihrem Haushalt lebe.

Die Bw. erhob gegen den Bescheid mit folgender Begründung Berufung:

„Der mj. K. L. ist mein alleiniger Adoptivsohn, der bis Ende Juni 2009 immer in einem gemeinsamen Haushalt mit mir lebte. Seit seiner Adoption hatte ich, bis zum 11.2.2010, ununterbrochen die alleinige Obsorge für ihn.

Am Ende des Schuljahres 2009 bat mein Sohn um die Erlaubnis, meinen ehemaligen Lebenspartner, Herrn T. X., an seinem Wohnsitz in Tirol besuchen zu dürfen, zu dem er immer noch ein gutes

Einvernehmen hat. Ich stimmte dieser Bitte zu. Im Zuge dieses Besuches eröffnete sich für meinen Sohn die überraschende Möglichkeit, am Wohnort von Herrn X. seine Wunschlehre zum Zimmermann anzutreten. Da wir in der Region Dorf trotz Bemühungen keine Lehrstelle in diesem Beruf finden konnten, es aber der erklärte Wunsch meines Sohnes war, diesen Beruf zu erlernen, wurde gemeinsam zwischen ihm, Herrn X. und mir in Erwägung gezogen, diese Möglichkeit im Sinne des Heranwachsenden zu nutzen.

Bereits im August des Jahres 2009 wurde gemeinsam entschieden, dass mein Sohn K. die Lehrstelle in Tirol annehmen darf und während der Lehrzeit im Hause von Herrn X. wohnen darf.

Am 26.8. stellte mein ehemaliger Partner, allerdings ohne mein Wissen und hinter meinem Rücken, den rechtlich unhaltbaren und gleichsam absurden Antrag auf Übertragung der Sorgerechte für meinen Sohn auf ihn. Höchst verärgert nahm ich den unlauteren Akt meines ehemaligen Partners, der sich offenbar insgeheim erhofft hat, auf diesem Weg zu seinem lang ersehnten „Stammhalter“ zu kommen, zur Kenntnis. Allerdings hatte ich nicht im Sinne, mir meinen Sohn auf diese Weise „abluchsen“ zu lassen.

Nach längerem gutem Zureden eines Richters am Gericht in Dorf, welcher mir bestätigte, wie absurd das Ansinnen des Herrn X. ist, ließ ich mich dennoch davon überzeugen, dass eine freiwillige Übertragung der Obsorge an Herrn X. auch für meinen Sohn administrative Vorteile hätte. Im Interesse meines Sohnes, dem ich das Zusammenleben mit Herrn X. nicht erschweren wollte, setzte ich, wenngleich widerwillig, diesen Schritt.

Diese Tatsache manifestierte sich durch Bescheid des Bezirksgerichtes KB nach eingehender Prüfung durch das Jugendamt am 11.2.2010.

Bis zu diesem Zeitpunkt also, dem 11.2.2010, war mein Sohn ausschließlich meinem Haushalt zuzuordnen. Mein ehemaliger Partner, Herr T. X., stand bis zu diesem Zeitpunkt in keinerlei rechtlichem Bezug zu meinem Sohn.

Der Umstand der Abwesenheit meines Sohnes von jenem Wohnsitz, an dem ich selbst lebe, war bis zu diesem Zeitpunkt dem gesetzlich eindeutig geregelten Status gleichzusetzen, der auch jedem anderen Lehrling zugestanden wird, wenn er aufgrund seiner Ausbildung gezwungen ist, an einem anderen als dem Wohnort der Familie, zu leben.

In diesem Fall sagt das Gesetz eindeutig, dass der Lehrling dann auch dem ursprünglichen Haushalt zugehörig ist!...”

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 8. September 2010 mit der Begründung ab, dass K. am 18. August 2009 aus dem Haushalt der Bw. ausgeschieden sei und sie ab diesem Zeitpunkt keine Aufwendungen für ihn gehabt hätte. Des Weiteren sei die Obsorge gerichtlich Herrn X. T. übertragen worden.

Die Bw. stellte mit Schreiben vom 4. Oktober 2010 einen Vorlageantrag.

Zur Begründung führte sie aus, dass aus ihrer Sicht die Vorentscheidung der Abgabenbehörde erster Instanz schon deshalb ungerechtfertigt sei, weil sie bis zur letztendlichen Erledigung der Obsorgeangelegenheiten betreffend ihren Sohn durch die zuständigen Gerichte die alleinige Obsorgepflicht ihres Sohnes gegenüber getroffen habe. Diese Tatsache sei ihr stets bewusst gewesen, weshalb sie auch, und zwar unter finanziellem Aufwand, eine mögliche Wohnsituation für ihn aufrecht erhalten habe, solange nicht geklärt gewesen sei, ob Herr X. die Obsorge tatsächlich zugesprochen wird.

Somit sei die Annahme der Behörde, sie hätte ab dem 18. August 2010 keine Aufwendungen für ihren Sohn mehr gehabt, grundsätzlich unrichtig.

Weiters lasse sie der gesonderte Hinweis der Behörde im „Begründungsspruch“ mit dem Wortlaut „Des weiteren wurde die Obsorge gerichtlich Herrn X. T. übertragen“, davon ausgehen, dass man seitens der Behörde vielleicht meine, man hätte es in ihrer Person mit jemandem zu tun, dem man sein Kind weggenommen habe und deshalb sein Recht nicht zustehen müsse. Vor einer derart motivierten Entscheidungsgrundlage wolle sie sich schon deshalb verwehren, weil dies nicht stimme und sie sich dadurch in ihrem Recht und ihrer menschlichen Würde verletzt sehe.

Sie könne erforderlichenfalls gerne den Beweis antreten, dass sie die Obsorge für ihren Sohn aus freien Stücken und allein im Interesse ihres Sohnes an Herrn X. abgetreten habe. Die Protokolle am PflEGschaftsgericht in Dorf würden dies im Bedarfsfalle einwandfrei belegen.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

#### **Gesetzliche Bestimmungen:**

Nach [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein 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.

Gemäß [§ 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 u.a. dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält ([§ 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967](#)) oder wenn das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt ([§ 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967](#)).

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben; demgemäß ist für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes ausschließlich die Tatsache der einheitlichen Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, vgl. VwGH 18.3.1997, [96/14/0006](#); *Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 2 Rz 143) von Bedeutung, wobei es für die Frage der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes unerheblich ist, wer den Haushalt führt, dem das Kind angehört.

Für das Vorliegen einer Wirtschaftsgemeinschaft ist entscheidend, 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 zB Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt.

## **2. Feststehender Sachverhalt:**

- Die Bw. hatte bis zum 11. Februar 2010 die alleinige Obsorge für ihren Adoptivsohn K. und wurde die Obsorge laut Beschluss des Bezirksgerichtes KB ab diesem Zeitpunkt an Herrn X., den ehemaligen Lebensgefährten der Bw., übertragen.
- K. wohnt seit 18. August 2009 im Haushalt von Herrn T. X. in Tirol und ist dort laut Auszug aus dem zentralen Melderegister mit einem Hauptwohnsitz gemeldet;
- er macht in der Firma von T. X. seit 1. September 2009 (Ende: 31. August 2012) eine Ausbildung zum Zimmerer.

Dass der Bw. Aufwendungen erwachsen sind, die über die „Aufrechterhaltung einer möglichen Wohnsituation“ hinausgehen, wurde von ihr nicht behauptet; auch aus der übrigen Aktenlage ergibt sich hierfür kein Hinweis.

## **3. Rechtliche Würdigung:**

### **3.1 Wohngemeinschaft**

Die Bw. bestreitet nicht, dass ab der Übersiedlung von K. am 18. August 2009 zu ihrem ehemaligen Lebensgefährten, Herrn X., keine Wohngemeinschaft mit ihrem Kind mehr vorliegt. Sie geht in ihrer Berufung und ihrem Vorlageantrag allerdings erkennbar davon aus, dass die fiktive Haushaltszugehörigkeit nach § 2 Abs. 5 lit. a oder b FLAG 1967 gegeben ist.

### **3.2 § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967**

Diese Bestimmung setzt voraus, dass die Abwesenheit von der gemeinsamen Wohnung nur vorübergehend ist. Eine Abwesenheit von drei Jahren kann aber nicht mehr als vorübergehend angesehen werden. Auch der Verwaltungsgerichtshof hat in den Erkenntnissen VwGH 10.12.1997, 97/13/0217; [97/13/0185](#) einen zweijährigen Aufenthalt außerhalb der gemeinsamen Wohnung nicht mehr als vorübergehend erachtet.

### **3.3 § 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967**

Für die Anwendbarkeit dieser Norm wäre erforderlich, dass der Sohn am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt. Schon der Begriff „Zweitunter-

kunft" setzt voraus, dass ein Hauptwohntort beibehalten wird (sh. VwGH 23.6.1998, [97/14/0149](#)), den das Kind regelmäßig aufsucht.

Nun wohnt aber im Berufungsfall der Sohn beim ehemaligen Lebensgefährten der Bw., dessen Haus ihm ganz offensichtlich nunmehr als Hauptwohnsitz dient (was auch durch die Meldedaten des Zentralen Melderegisters, denen allerdings nur Indizcharakter zukommt, bestätigt wird). Somit liegt keine Zweitunterkunft am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung vor.

Noch ein weiterer Punkt spricht gegen den Standpunkt der Bw.; nach Ansicht der Berufungsbehörde substituiert die Bestimmung des [§ 2 Abs. 5 lit. b FLAG 1967](#) nämlich nur die mangelnde Wohngemeinschaft. Daher muss unverändert eine Wirtschaftsgemeinschaft gegeben sein (sh. VwGH 10.12.1997, [97/13/0185](#)). Dies ist im Berufungsfall zu verneinen; die Bw. führt im Vorlageantrag lediglich aus, dass sie unter finanziellem Aufwand eine mögliche Wohnsituation für ihn aufrecht erhalten habe, solange nicht geklärt gewesen sei, ob Herr X. die Obsorge tatsächlich zugesprochen werde. Sie hat aber keineswegs zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen, wobei es sich hierbei – wie oben ausgeführt – 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.

Somit liegt eine fiktive Haushaltszugehörigkeit weder nach [§ 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967](#) noch nach lit. b vor.

Wien, am 11. Oktober 2011