

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag.<sup>a</sup> CP über die Beschwerde des Bf., Adresse, vertreten durch Dr. RA, gegen den Bescheid des Finanzamts FA vom 24. Mai 2016 betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge) für das Kind M., geb. yx, für den Zeitraum Jänner bis Mai 2016 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## **Entscheidungsgründe**

### **1. Verfahrensgang:**

KM (Kindesmutter, KM) sowie Ex-Gattin des Beschwerdeführers (Bf.), beantragte die Gewährung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für das Kind M. (M.P.) ab Juni 2016 wegen Haushaltszugehörigkeit.

In dem beiliegenden Schreiben der Tochter vom 13.05.2016 teilte diese mit, dass sie seit 09.01.2016 nicht mehr bei ihrem Vater in Adresse wohne. Sie habe bis 13.05.2016 bei ihrer Großmutter (GM) in S gewohnt. Von ihrer GM sei sie auch versorgt worden. Am 13.05.2016 sei sie wieder zur Mutter in die MG gezogen und werde von ihr auch versorgt. Sie sei Schülerin der 8. Schulstufe des Gymnasiums MS und maturiere und möchte danach ein Studium beginnen.

Vom Vater erhalte sie seit dem Auszug im Jänner 2016 keinen Unterhalt; sie habe lediglich im Jänner und Februar Taschengeld idH von € 50,-- bzw. € 150,00 erhalten. Der KV beziehe weiter die Familienbeihilfe, leite sie aber nicht an sie weiter.

Bis einschließlich Feber 2016 habe ihre Mutter dem KV einen monatlichen Unterhaltsbetrag von € 442,00 überwiesen.

Beigelegt wurden eine Schulbesuchsbestätigung, ein Auszug aus dem Zentralen Melderegister (Hauptwohnsitz seit 13.05.2016 in der MG) und eine Geburtsurkunde.

Das Finanzamt (FA) forderte mit Bescheid vom 24. Mai 2016 die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für M. für den Zeitraum Jänner bis Mai 2016 vom KV zurück. Begründend wurde auf die §§ 26 Abs. 1 FLAG 1967, 33 Abs. 3 EStG 1988 und 2 Abs. 5

FLAG 1967 verwiesen. Da die Tochter M. seit 9.1.2016 nicht mehr im Haushalt des KV wohne, sei der Anspruch auf Familienbeihilfe mit 1.1.2016 erloschen.

Am 31. Mai 2016 erhob der Bf. Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid. Er führte aus, dass es eine Auseinandersetzung wegen des Sorgerechtes für den Zeitraum 1-5/16 gebe. Er habe mit seinem Rechtsvertreter Rücksprache gehalten, der meinte, dass er die Familienbeihilfe keinesfalls zu Unrecht bezogen habe. Ein Auszug der Tochter sei nicht darstellbar, da sie bis zum heutigen Tag bei ihm mit dem Hauptwohnsitz gemeldet sei, die Wahlkarten erhalten habe und er als Vater seit Jänner weiterhin das Schulgeld idH von 140 Euro monatlich bezahle.

Es bestehe derzeit eher die Situation, dass Melanie erhoffe, etwas erpresserisch durchsetzen zu können, was in keiner Weise real oder reif wäre. Er habe das nunmehr rückgeforderte Geld nicht zu Unrecht bezogen.

Im Schriftsatz vom 29.06.2016 teilte der Vertreter des Bf. mit, dass die damals noch minderjährige M. einen Antrag gestellt habe, dass die Obsorge nicht mehr dem KV zukomme, sondern die Obsorge der mütterlichen Großmutter (GM) übertragen werde. Mit Beschluss des BG1 vom 29.02.2016 sei die Obsorge antragsgemäß an die GM übertragen worden. Er habe im Auftrag des KV Rekurs beim LG eingebracht. Infolge des Umstandes, dass M. am 04.05.2016 das 18. Lebensjahr vollendet habe und daher volljährig geworden sei, sei der Rekurs zurückgewiesen worden, weil ein Obsorgewechsel bei einem Volljährigen nicht mehr in Frage käme. Seiner Einschätzung nach sei davon auszugehen, dass der Beschluss des BG1 nicht rechtskräftig geworden sei, sondern sich in Folge von Volljährigkeit der Tochter des Mandanten eine Entscheidung über den Rekurs obsolet geworden sei.

Sein Mandant habe ihn berichtet, dass er weiterhin Schulgeld für M. bezahle und der Hauptwohnsitz (Meldung) noch lange nach dem Auszug der Tochter bei ihm gewesen sei. Nach vorliegenden Informationen sei M. noch immer nicht bei ihrer mütterlichen GM gemeldet, sondern offenbar zu ihrer Mutter zurückgekehrt.

Dem Zentralen Melderegister ist zu entnehmen, dass M. bis 06.05.2016 mit ihrem Hauptwohnsitz beim Bf. in Adresse gemeldet war. Von 06.05. – 13.05.2016 war sie bei der GM und von 13.05.-08.08.2016 bei der Mutter gemeldet. Ab 08.08.2016 ist sie in MG mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet.

Das FA erließ am 28.09.2016 eine Beschwerdeentscheidung. Unter Hinweis auf § 2 Abs. 5 FLAG 1967 führte es aus, dass M. im Mai 2016 bekannt gab, dass sie seit 9.1.2016 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit dem Bf., sondern bis 13.05.2016 bei der Großmutter und anschließend bei ihrer Mutter gelebt habe. Zunächst sei die Großmutter für den Unterhalt aufgekommen und danach die Mutter. Sie habe seit dem Auszug aus dem Haushalt des Bf. im Jänner – bis auf das Taschengeld von 50,00 bzw. 150 € - keinen Unterhalt vom Bf. bekommen. Die Voraussetzungen für die Gewährung der FB für den Bf. lägen nicht vor, weil M. seit Jänner 2016 entweder bei der GM oder der Mutter haushaltszugehörig gewesen sei und diese auch überwiegend ihren den Lebensunterhalt bestritten hätten.

Am 27.10.2016 langte der Antrag auf Entscheidung über die Beschwerde beim Bundesfinanzgericht ein. Der Bf. verwies dabei auf die Ausführungen in der Beschwerde. Der Bf. übermittelte – nach Anforderung der Unterlagen durch das FA – idF nachstehende Unterlagen:

- Obsorgeübertragungsantrag der GM (a) für M.: Im undatierten Schreiben der GM (beim FA mit 22.11.2016 eingelangt), führt sie aus, dass ihre Enkeltochter seit 18.01. bei ihr wohne und sie beantrage die Obsorge der Enkelin bis zum 04.05.2016 – (Volljährigkeit) – zu übernehmen.
- Beschluss des BG1 vom 29.02.2016, a: Darin wurde der GM die Obsorge über M. übertragen. Das Gericht stellte – aufgrund des persönlichen Eindrucks der GM, des KV sowie M. – fest, dass M. seit 19.01.2016 bei der mütterlichen GM wohne. Zuvor habe zwischen der Minderjährigen und der GM kein Kontakt bestanden. Die GM habe M Unterkunft angeboten, weil sie die Obsorgeübertragung an die Cousine L. nicht für zweckmäßig erachtete. Im Februar 2016 habe der Vater Taschengeld überwiesen, wobei er weiter das Schulgeld und die Handyrechnungen bezahlt habe. Die GM habe bisher allein in einer 2-ZimmerWohnung gewohnt, die sie sich schön hergerichtet habe. Sie möchte in dieser Wohnung bleiben. Die GM sei seit 2005 in Pension und beziehe einen Bruttobezug von € 2.127,80. Sie möchte, dass M. bei ihr bleibe zumindest bis sie großjährig sei. Der Vater sei der Meinung, dass es keinen Grund gegeben habe, dass M. ausgezogen sei.

In den rechtlichen Ausführungen weist das BG1 darauf hin, dass die Stellungnahme eines Kindes über 16 Jahren in der Regel von entscheidender Bedeutung sei. Es solle ihm nicht die Obsorge durch einen Elternteil gegen seinen Willen aufgezwungen werden, es sei denn, dass schwerwiegende Gründe dagegen sprechen und der Wunsch gegen offenbar erkennbare Interessen des Kindes gerichtet seien.

- Rekurs des Bf. vom 10.03.2016 gegen den Beschluss des BG1.
- Zurückweisungsbeschluss des LG (b) vom 06.05.2016: Die Zurückweisung erfolgte, weil nach § 158 ABGB die Obsorge Pflege und Erziehung, Vermögensverwaltung und die gesetzliche Vertretung in diesen und allen anderen Bereichen mit dem Eintritt der Volljährigkeit ende. M. habe am 04.05.2016 das 18. Lebensjahr vollendet, sodass mit dem Eintritt der Volljährigkeit die (elterliche) Obsorge beseitigt sei. Ein Eingehen auf die Frage, ob überhaupt die Voraussetzungen für die Entziehung der Obsorge vorliegen, erübrige sich daher.

## **2. Rechtsgrundlagen:**

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in Abs. 1 genanntes Kind 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.

Die Gesetzesbestimmung des § 2 Abs. 5 FLAG 1967 regelt die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit. Demnach gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an.

Die Haushaltsführung gilt gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

§ 10 Abs. 2 FLAG 1967 bestimmt, dass Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt wird, 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.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Gleiches gilt für zu Unrecht bezogene und gemeinsam mit der Familienbeihilfe ausbezahlte Kinderabsetzbeträge (§ 33 Abs. 3 EStG iVm § 26 FLAG).

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenvorgangs nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO iVm § 2a BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

### **3. Als erwiesen angenommener Sachverhalt:**

- M. ist am yx geboren.
- M. war vom 28.08.2013 bis 06.05.2016 beim Bf. mit ihrem Hauptwohnsitz gemeldet.
- M. zog am 08.01.2016 beim Bf. in Adresse aus.
- M. wohnte in der Zeit vom 19.01. - 13.05.2016 bei ihrer Großmutter.
- Lt. Beschluss des BG2 vom 27.08.2013 hatte der Bf. die Obsorge über M.
- Der Bf. entrichtete für M. das Schulgeld, Handyrechnungen bzw. erhielt sie von ihm 50,00/150,00 Euro Taschengeld für die Monate Jänner und Feber 2016.
- Die Großmutter beantragte die Übernahme der Obsorge für M. mit 29.01.2016
- Die Großmutter lebt in einer ca. 58 m<sup>2</sup> großen Wohnung und bezieht 2.127,80 € Pension.
- Am 04.05.2016 erreichte M. die Volljährigkeit
- Mit Beschluss des BG1 vom 29.2.2016, a, wurde die Obsorge über M. der Großmutter übertragen.
- Der Bf. erhob dagegen Rekurs.
- Der Rekurs wurde vom LG am 06.05.2016 infolge Erreichung der Volljährigkeit von M. zurückgewiesen.
- M. wohnte in der Zeit vom 13.05. – 08.08.2016 bei ihrer Mutter.
- Ab 08.08.2016 ist M. in Sl. gemeldet.

Der Sachverhalt basiert auf den im Verfahrensgang vorgebrachten Vorbringen, den vorlegten Urkunden und Datenbanken der Finanzverwaltung.

#### **4. Rechtliche Würdigung:**

Strittig ist die Frage, ob die Familienbeihilfe (inkl. Kinderabsetzbetrag) von Jänner – Mai 2016 dem Vater (Bf.) von M. zugestanden ist.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe jene Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, hat nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind trägt und keine andere Person nach dem ersten Satz des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 anspruchsberechtigt ist.

Das Gesetz geht erkennbar davon aus, dass das Kind nur einem Haushalt angehören kann.

Der Begriff der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes wird von Merkmalen verschiedenster Art geprägt. Die Haushaltszugehörigkeit leitet sich aus dem Zusammenwirken örtlicher Gegebenheiten sowie materieller und immaterieller Faktoren ab.

Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ausschließlich die Tatsache einer nachgewiesenen Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung (vgl. VwGH 18.3.1997, 96/14/0006).

Unter Wohngemeinschaft versteht man das Zusammenleben mehrerer Personen in einer Wohnung, wobei allgemeine Räume wie Badezimmer, Küche oder Wohnzimmer gemeinsam benutzt werden, d.h. in welchem Haushalt das Kind gewöhnlich seinen Alltag verbringt, die Mitteln des Haushalts benutzt und wo es üblicherweise nächtigt und von wo aus es die Schule (Arbeitsstelle etc.) besucht.

Eine Wirtschaftsgemeinschaft liegt dann vor, wenn zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen werden, 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.

Ein Kind gilt somit dort und dann als haushaltszugehörig, wenn es in einem bestimmten Haushalt wohnt, und dort betreut und versorgt wird. Es ist dabei nicht erforderlich, dass das Kind ständig in diesem Haushalt anwesend ist. Der Begriff der Haushaltszugehörigkeit verlangt jedoch sowohl einen Haushalt, der von der "Betreuungsperson" und dem Kind gemeinsam regelmäßig genutzt wird, als auch, dass die "Betreuungsperson" die Verantwortung für das materielle Wohl (Wirtschaftsführung – und -tragung) des haushaltszugehörigen Kindes trägt.

Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, hängt auch davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt.

Nicht von Bedeutung sind hingegen das Erziehungsrecht (vgl. VwGH 22.10.1971, 336/70), 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, ebenso wie das Unterbleiben einer polizeilichen Meldung kein unwiderlegbares Indiz dafür ist, dass das Kind nicht beim Anspruchswerber wohnt (vgl. VwGH 23.2.1981, 17/1388/80)).

Im Beschwerdefall steht unbestritten fest, dass M. am 08.01.2016 von ihrem Vater, dem Bf., ausgezogen ist. Sie ist in der Folge zu ihrer Großmutter gezogen, diese hat sie versorgt, ist für Nahrung und Unterkunft aufgekommen. Eine allfällige sonstige Betreuung reduziert sich bei einem fast volljährigen Kind auf ein absolutes Mindestmaß. Das Bundesfinanzgericht sieht es als erwiesen an, dass M. mit der GM jedenfalls die allgemeinen Räume, wie Bad, WC, Küche oder Wohnzimmer gemeinsam genutzt hat. M. hat bei der GM genächtigt und von dort aus die Schule besucht. Unter Bedachtnahme auf diese Umstände geht das Bundesfinanzgericht davon aus, dass M. bei der GM haushaltszugehörig war. Somit lag eine Haushaltszugehörigkeit von M. bei ihrem Vater ab Jänner 2016 nicht mehr vor.

Dass der Bf. Schulgeld in Höhe von € 140,00 monatlich, Handyrechnungen bezahlt sowie Taschengeld (50 €/ 150 € für Jänner und Feber 2016) M. zugewendet hat, ist für die Beschwerde nicht relevant. § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 verlangt – wie dargestellt – die Haushaltszugehörigkeit des Kindes zu einer Person. M. war im Beschwerdezeitraum nicht haushaltszugehörig zum Bf.

Der Bf. weist in der Beschwerde auf den Sorgerechtsstreit hin und dass ein Auszug rechtlich nicht "darstellbar sei", sei doch M. bis zum 06.05.2016 bei ihm mit dem Hauptwohnsitz gemeldet gewesen. Diese Vorbringen gehen ins Leere. Zum einen sind Erziehungs- bzw. Obsorgerechte im Rahmen der Gewährung der Familienbeihilfe nicht relevant. Daher ist der Umstand, dass der Rekurs des Bf. infolge Eintritt der Volljährigkeit zurückgewiesen wurde, nicht von Belang. Zum anderen ist die polizeiliche Meldebestätigung über den Hauptwohnsitz von M. bis zum 06.05.2016 beim Bf. nicht aussagekräftig, widerspricht sie doch den tatsächlichen Lebensverhältnissen. Polizeiliche Meldebestätigungen stellen lediglich ein widerlegbares Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar, sind jedoch nicht geeignet, den vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern, ebenso wie das Unterbleiben einer polizeilichen Meldung kein unwiderlegbares Indiz dafür ist, dass das Kind nicht beim Anspruchswerber wohnt; vgl. VwGH 23.2.1981, 17/1388/80). Im Beschwerdefall erwies sich eindeutig, dass M., obwohl sie beim Bf. noch hauptwohnsitzgemeldet war, bei der GM haushaltszugehörig war.

Da die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages in den Monaten Jänner – Mai 2016 nicht mehr vorlagen, hat der Bf. für die genannten Monate die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen.

Gemäß § 26 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. § 26 leg. cit. gilt gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag.

Diese Bestimmung normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen wurden oder ob die Rückzahlung eine Härte bedeutet. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist nur, ob der Empfänger die Beträge objektiv zu Unrecht erhalten hat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

## **5. Unzulässigkeit einer 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.

Die Lösung der Frage, ob das Kind bei einem Elternteil oder Großelternteil haushaltszugehörig war, ergibt sich im Wesentlichen anhand der Beurteilung der teils unterschiedlichen Angaben im Rahmen der freien Beweiswürdigung, sohin anhand der Lösung von Tatfragen. Da aus diesem Grund keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gegeben ist, ist gegen dieses Erkenntnis eine (ordentliche) Revision nicht zulässig.

Klagenfurt am Wörthersee, am 4. Jänner 2017