

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf. , gegen den Bescheid des Finanzamtes Y vom 17.06.2013, betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für K1, für die Zeit von September 2012 bis Jänner 2013 in Höhe von insgesamt Euro 1.046,50 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 17.6.2013 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die minderjährige Tochter des Beschwerdeführers für den Zeitraum September 2012 bis Jänner 2013 in Höhe von insgesamt Euro 1.046,50 (FB: Euro 754,50; KG: Euro 292,00) unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zurückgef ordert.

Die dagegen eingebrachte Berufung vom 24.6.2013 wird wie folgt begründet:

"Sie haben mir einen Bescheid über die Rückforderung der FB und KG meiner Tochter K1a zugestellt. Ich möchte dagegen Einspruch erheben und zwar aus folgenden Grund: Meine Tochter war seit 2012 bis einschließlich Anfang April mit dem Hauptwohnsitz bei mir gemeldet. Diverse Aufenthalte bei der KM hat es sehr wohl gegeben jedoch nur tageweise mit meiner Zustimmung, über einen längeren Zeitraum jedoch nicht. Ein Rechtsstreit mit der KM entstand welchen die KM und ich vor dem BZG Xx austragen mussten. Die alleinige Obsorge oblag bis dahin mir wonach mir das Wohn- und Aufenthaltsbestimmungsrecht zuteil ist und sich somit meine Tochter RECHTSWIDRIG bei der KM über mehrere Tage befand. Dies wurde von mir auch nachweislich angezeigt sowie die Polizei zum Wohnsitz der KM bestellt. Von einer gewaltsamen Kindesabnahme wurde seitens Polizei jedoch Abstand genommen jedoch war dieser Zustand rechtswidrig da meine Tochter wieder in meinen Haushalt kommen sollte da jeder andere Zustand eines Kindesentzuges gleichzustellen war. Darum blieb mir und der KM nichts anderes übrig als auf den Spruch des zuständigen Familiengerichts, in diesem Fall das BZG

Xx zu warten, welches um sich abzusichern auch eine Stellungnahme der JWF XXX einholen wollte. Dieses Gericht kam am 24.04.2013 um 11:20 Uhr zu dem Schluss einer gemeinsamen Obsorge zuzustimmen sowie dem RECHTSMASSIGEN Wohnsitzes von K1b bei der Mutter. Somit stellt sich folgender Sachverhalt dar: K1b wurden im September-Oktober diverse Besuchstage bei der KM zugebilligt aufgrund Ferien und anderer Wünsche des Kindes. Wohnsitz und rechtlicher Wohnort aufgrund des alleinigen Sorgerechts bei mir. Als K1b Anfang November anfing nicht mehr heimzukommen meldete ich diesen Umstand umgehend sämtlichen relevanten Behörden inkl. Polizei, JWF YY sowie zuständiger Richterin am BZG Xx Frau Mag. Name. Sämtliche Kosten die durch K1b in meinem Haushalt, durch Handy, Freizeit, Abzahlung des neu angeschafften Jugendzimmers, usw. anfielen, musste ich natürlich dennoch tragen da der Aufenthalt von K1b bei der KM ja rechtswidrig war und bis zur Klärung vor Gericht über den weiteren Verlauf ich alleine von Rechtswegen mit der Obsorge und somit auch für sämtliche anfallenden Kosten für meine Tochter zuständig war. Als Anfang Jänner ersichtlich war das meine Tochter bei der KM verbleiben möchte, meldete ich mich selbst beim Finanzamt YY und teilte ihnen mit dass ich bis auf weiteres keine Familienbeihilfe mehr beziehen möchte da mir das Gerichtsurteil bzw. der Rechtstreit zu lange dauert, ich deren Ausgang nicht kenne (ich wollte meine Tochter wieder bei mir) und nicht zu Unrecht Geld beziehen möchte falls meine Tochter bei der KM verbleibt was wiederum vom bevorstehenden Gerichtsurteil abhängig ist. Aus diesem Grund bin ich zwischen Jänner 2013 bis April 2013 (Datum des Urteils des BZG Xx) für sämtliche anfallenden Kosten zur Gänze aus eigener Tasche aufgekommen (was durchaus zu den Pflichten eines Vaters gehört, bitte nicht missverstehen) und habe auf jegliche Forderungen und Beihilfen in diesem Zeitraum verzichtet. Mir geht es keineswegs darum mich zu bereichern oder Geld welches mir nicht zusteht zu erhalten, jedoch gibt es erst seit April 2013 dieses Urteil welches erst ab diesem Zeitpunkt meiner Tochter das Wohn- und Aufenthaltsrecht bei der KM zuteilt (inkl. damit einhergehender gemeinsamer Obsorge). Somit ist hinkünftig erst ab diesem Zeitpunkt die KM BERECHTIGT meine Tochter bei sich wohnen zu lassen und keinen Tag davor. Daher sollte der KM auch ab diesem Zeitpunkt zum Wohle meiner Tochter die FB und KG zuerkannt werden da sie erst ab diesem Zeitpunkt rechtlich betrachtet für die volle Erziehung und Pflege des Kindes zuständig ist. Und die KM dabei zu unterstützen sich jetzt im Nachhinein (Zeitraum vor dem Urteilsspruch) Geld anzueignen welches ihr von Rechtswegen weder zusteht noch jeglicher Grundlage entbehrt bzw. auf Falschaussagen und Behauptungen basieren, liegt mir mehr als fern! Selbstverständlich obliegt mir nun die Zahlung von Alimenten. Dies dürfte aber in diesem Zusammenhang unerheblich sein. Ich bitte Sie daher von der Rückforderung Abstand zu nehmen angesichts des beigelegten Protokolls des BZG Xx welches ab 24.04.2013 ein rechtswirksamer Beschluss ist. Sollten Sie noch diverse Meldungen meinerseits bei der Polizei Xx oder der JWF benötigen bitte ich Sie, mir das mitzuteilen. Ich verbleibe mit freundlichen Grüßen und erbitte eine ehestmögliche Mitteilung über den aktuellen Verlauf der Angelegenheit."

Mit Berufungsvorentscheidung vom 22.10.2013 hat das Finanzamt die Berufung als unbegründet abgewiesen.

"Begründung:

Gemäß § 2 Abs 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen 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.

Laut Stellungnahme der Jugendwohlfahrt im Obsorgeverfahren des Bezirksgerichtes Xx wurde im August 2012 die Jugendwohlfahrt über den Wohnortwechsel der mj. K1b informiert.

Für die Beurteilung der Haushaltzugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (VwGH vom 22.10 1971 Zl. 336/70).

Da K1b ab September 2012 nicht mehr in Ihrem Haushalt war, ist Ihre Berufung abzuweisen."

Der Vorlageantrag vom 13.11.2013 wird wie folgt begründet:

"Ich hatte gegen den 1. von ihnen gestellten Bescheid schon Einspruch erhoben weil sie mir Kinderabsetzbetrag sowie Familienbeihilfe für meine Tochter K1b als zu Unrecht bezogen zurückforderten. Den ganzen und ordentlichen Ablauf und Sachverhalt hatte ich im letzten Einspruch deutlich und ausführlich erläutert.

Nun wurde mir mitgeteilt dass dies unerheblich sei wo sich das Kind aufgehalten hat da man von der JWF YYY erfahren hat das meine Tochter schon ab September 2012 bei der KM und nicht mehr in meinem Haushalt gewohnt hat. Dies mag zwar den Tatsachen entsprechen hat jedoch nichts damit zu tun dass dies eine STRAFTAT seitens KM und meiner Tochter war. Die KM hatte vom Staat Österreich keinerlei rechtliche Grundlage das Kind bei sich aufzunehmen bzw. wohnen zu lassen oder zu beherbergen da die alleinige Obsorge mir zukam und ich strikt dagegen war. Ich erstattete daher sogar bei der Polizei Anzeige und forderte eine Rückbringung meiner Tochter. Somit kann auch im Rechtsstaat Österreich niemand Gelder beanspruchen die ihm laut Recht nicht zustehen weil laut Recht die KM nicht berechtigt war meine Tochter bei sich wohnen zu lassen und dadurch auch noch Geld zu machen. Während ich noch die neuen Zimmermöbel meiner Tochter welche ich kürzlich vor ihrem Untertauchen bei der KM eigens für sie gekauft habe noch nicht einmal abbezahlt habe (diese wurden zum Großteil der Kinderbeihilfe bezahlt und Rechnungen vorhanden!) sowie bis Jahresende die Telefonrechnungen meiner Tochter bezahlen musste.

Im Jänner des Jahres 2013 meldete ich mich selber um die Familienbeihilfe erst einmal stilllegen zu lassen da ich sah dass die RECHTLICHE Klärung dieser UNRECHTLICHEN Situation noch dauern kann.

Wegen diesem unrechtswirksamen Zustandes konnte die KM ja auch meine Tochter nicht bei sich melden weil der Staat verbietet dass man Personen die sich unrechtlicher Weise als nicht Erziehungsberechtigter ohne Gerichtsurteil an anderen Wohnorten aufhalten.

Und bis April 2013 war ich alleiniger Obsorge Träger was erst ab diesem Zeitpunkt der KM erlaubt das Kind bei sich aufzunehmen und wohnen zu lassen. ALLES ANDERE war RECHTSWIDRIG! Und nur DARÜBER war das Jugendamt informiert was mit keinerlei Recht oder Gesetz zu tun hat (Zuständigkeit des jeweiligen Gerichts an dem WOHNORT des Kindes daher auch BZG Xx zuständig) sondern nur mit der Informationspflicht bzgl. Minderjährigen (auch über angestrebte rechtliche Vorgehensweise wurde JWF informiert hat aber damit nichts zu tun). Und man möchte mir doch sicherlich nicht mitteilen dass das Finanzamt jemanden (KM) Gelder zuspricht für einen gesetzeswidrigen Tatzeitraum/Zustand (Zeitraum September 2013-April 2014) bzw. mir das Geld weggenommen werden soll wo ich bis April 2013 berechtigt dazu war sowie bis dahin sämtliche Kosten für meine Tochter (neu gekauftes Jugendzimmer-alleine dieses kostete über 1000 Euro welche ich noch bezahlen musste, Handy, usw.) noch zu tragen hatte! Die Rechtsgültigkeit erlangte der Aufenthalt meiner Tochter bei der KM erst im April 2014 und bis dahin stellte dieser Aufenthalt eine Gesetzeswidrigkeit dar und ich bin überzeugt, dass das Finanzamt niemandem Geld wegnimmt, der laut Gesetz Anspruch darauf hat (und dies auch wirklich gebraucht hat-siehe Rechnung der Möbel zB.) und jemanden der sich gesetzeswidrig verhält Geld zugesprochen bekommt.

Mir geht es keinesfalls um Geld welches ich noch haben möchte oder beanspruche sondern vielmehr darum dass ich für das Jahr 2013 das erhaltene Geld für das Jugendzimmer oder andere anfallenden Kosten meiner Tochter wirklich gebraucht habe und darum nicht hinnehmen kann und werde, dass man mir dieses zustehende und sinnvoll gebrauchte Geld wegnehmen möchte während man jemanden der sich gesetzeswidrig verhält dieses Geld zugesteht. Und laut Gesetz war ich als Einziger bis April dazu berechtigt für meine Tochter zu sorgen bzw. für ihre Bedürfnisse aufzukommen und auch den Wohnort für die Minderjährige zu bestimmen weswegen ich auch den Aufenthalt bei der KM untersagte und Rückkehr der Tochter forderte (siehe Meldung bei der Polizei und Jugendamt).

Ich hoffe diese Angelegenheit wird noch einmal genau geprüft und gehe davon aus das für das Finanzamt ein Gerichtsurteil und das Gesetz (Gesetzeswidrigkeit) genauso oberste Priorität hat wie für jeden ordentlichen österreichischen Staatsbürger."

Die Kindesmutter beantragte im Juni 2013 die Familienbeihilfe für ihre Tochter für die Zeit ab September 2012, weil diese bis 20.8.2012 bei ihrem Vater gelebt habe und danach bei ihr gelebt habe.

Die Tochter führte in einem Schreiben vom 11.6.2013 Folgendes aus.

"Ich K1c lebe seit August 2012 bei meiner Mutter KM in Ort1. Mit diesem Schreiben bezeuge ich, dass meine Mutter in der Zeit von August 2012 bis Juni 2013 weder Alimente noch Beihilfen für mich bezogen hat und für mich alles Nötige bezahlt hat und aufgekommen ist."

Aus der Stellungnahme der Jugendwohlfahrt vom 13.2.2013 geht hervor, dass diese im August 2012 über den Wohnortwechsel der Tochter des Beschwerdeführers informiert worden sei. Dies sei angeblich zwischen beiden Elternteilen abgesprochen gewesen.

Aktuell sei es der ausdrückliche Wunsch der Tochter bei der Kindesmutter dauerhaft zu wohnen.

Weiters liegt auch ein Protokoll des Bezirksgerichtes vom 24.4.2013 vor, aus dem hervorgeht, dass die Eltern es für akzeptabel halten, dass sie die Obsorge gemeinsam haben und der Aufenthalt des Kindes bei der Mutter ist. Auch die Tochter erklärte sich damit ausdrücklich einverstanden.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Es wird von folgendem Sachverhalt ausgegangen.

Der Beschwerdeführer hatte die Obsorge über seine Tochter, die bis August 2012 auch tatsächlich bei ihm wohnhaft war. Für die Zeit ab September 2012 beantragte die Kindesmutter die Familienbeihilfe für ihre Tochter, weil diese nun bei ihr gelebt habe. Dies wurde auch schriftlich von der Tochter bestätigt. Aus der Stellungnahme der Jugendwohlfahrt geht ebenfalls hervor, dass diese im August 2012 über den Wohnortwechsel der Tochter informiert worden sei. Im April 2013 wurde die Obsorge über die Tochter vom Bezirksgericht beiden Elternteilen übertragen. Der Aufenthalt des Kindes ist bei der Mutter.

Das Finanzamt ging davon aus, dass die Tochter des Beschwerdeführers seit August 2012 im Haushalt der Kindesmutter lebte der Beschwerdeführer daher die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen habe.

Der Beschwerdeführer ist der Ansicht, dass sich seine Tochter rechtswidrig bei der Kindesmutter aufgehalten habe, weil ihm die Obsorge übertragen worden sei.

Der § 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) lautet - auszugsweise - wie folgt:

"§ 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,

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind 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 Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; ...

Ein Kind gilt bei beiden *Elternteilen* als haushaltzugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört."

Das Gesetz geht erkennbar davon aus, dass das Kind nur einem Haushalt angehören kann. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs 2 und 4 FLAG 1967 entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098).

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

Für die Beurteilung der *Haushaltzugehörigkeit* 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 (Berufsschule, Arbeitsstelle) 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 haushaltzugehörig, 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 *Haushaltzugehörigkeit* 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 haushaltzugehörigen 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 Anspruchswwerber wohnt; vgl. VwGH 23.2.1981, 17/1388/80).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 18.4.2007, 2006/13/0120, Folgendes ausgeführt:

"Wie sich aus Abs. 2 der eben dargestellten Bestimmung ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die *Haushaltzugehörigkeit* des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar 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 Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider *Elternteile* angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist. Die Bedingungen einer *Haushaltzugehörigkeit* sind in § 2 Abs. 5 FLAG näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, vgl. das hg. Erkenntnis vom 18.3.1997, 96/14/0006) an."

Wie der VwGH weiters feststellt, hängt die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, ganz wesentlich davon ab, 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 (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt.

Berücksichtigt man nun die schriftliche Erklärung der Tochter, jene der Kindesmutter und die Stellungnahme der Jugendwohlfahrt, so ist davon auszugehen, dass ab August 2012 eine Haushaltsgemeinschaft zwischen der Tochter des Beschwerdeführers und der Kindesmutter vorlag. Dies wird auch vom Beschwerdeführer - siehe Vorlageantrag - nicht bestritten. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass dabei das Erziehungsrecht keine Bedeutung hat.

Damit lag dann aber folglich eine Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt des Beschwerdeführers (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) nicht vor. Somit fehlten die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge (§ 33 Abs. 3 EStG 1988).

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Zulässigkeit 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.

Da das Erkenntnis nicht von der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, ist eine Revision unzulässig.

Linz, am 1. September 2016