

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B, Adresse, vor dem Finanzamt vertreten durch Dr. Harald Kirchlechner, 1080 Wien, Lange Gasse 48, vom 21.4.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 26.3.2015, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 956,32) und Kinderabsetzbetrag (€ 292,00) für den im Juni 1990 geborenen C B für den Zeitraum Juni 2014 bis Oktober 2014 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefordert werden, Gesamtrückforderungsbetrag € 1.248,32, Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der Spruch des angefochtenen Bescheides bleibt unverändert.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Rückforderungsbescheid

Mit Bescheid vom 26.3.2015 forderte das Finanzamt von der Bf Familienbeihilfe (€ 956,32) und Kinderabsetzbetrag (€ 292,00) für den Juni 1990 geborenen C B für den Zeitraum Juni 2014 bis Oktober 2014 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurück. Die Begründung dafür lautet:

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.

Ihr Sohn C lebt seit 11.5.2014 nicht mehr in Ihrem Haushalt.

Somit ist ab 1.6.2014 kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben.

Beschwerde

Die Bf erhob durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter mit Eingabe vom 21.4.2015 Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid vom 26.3.2015:

...

Gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf vom 26.03.2015, erhebt die Einschreiterin innerhalb offener Frist nachstehende Beschwerde:

Die Einschreiterin wurde zu Unrecht verpflichtet, den für C B im Zeitraum Juni 2014 bis Oktober 2014 erhaltenen Beitrag an Familienbeihilfe von € 956,32 und den Kinderabsetzbetrag von € 292,00, insgesamt daher € 1.248,32 zurückzuzahlen.

Die Behörde führt aus, dass C B seit 11.05.2014 nicht mehr im Haushalt der Einschreiterin leben würde und somit ab 01.06.2014 kein Anspruch auf Familienbeihilfe mehr gegeben sei.

Richtig ist zwar, dass der mj. C B im Mai 2014 zum Kindesvater gezogen ist und der Einschreiterin erklärt hat, dass er dort bleiben möchte, jedoch war damals für die Einschreiterin keinesfalls klar, inwieweit dieser Wunsch bei C tatsächlich endgültig wäre. Bei mj. Kindern kann sich bekanntlich der Wunsch, beim anderen Elternteil zu wohnen, sehr rasch wieder ändern. Bevor man daher von der Aufgabe des Haushalts sprechen kann, muss der Kindesmutter eine gewisse Zeit zugestanden werden, um sich klar zu werden, dass sich der Haushalt tatsächlich endgültig verändert hat. Die Einschreiterin rechnete im Mai 2014 und auch noch in den darauffolgenden Monaten damit, dass sich C nur vorübergehend beim Kindesvater aufhalten würde. Sie hat das BG Fünfhaus um Prüfung ersucht, ob das Wohl von C bei einem Verbleib beim Kindesvater gefährdet wäre. Über die Frage, ob die Obsorge für C B der Kindesmutter verbleibt oder an den Kindesvater übertragen wird, war damals gar nicht entschieden. Es war lediglich im Juni 2014 die Obsorge hinsichtlich der Teilbereiche Vertretung des Kindes gegenüber der Schule sowie medizinische Belange vorläufig dem Kindesvater übertragen worden. Erst mit Beschluss des BG Fünfhaus vom 25.11.2014 wurde der Einschreiterin die Obsorge für den mj. C B entzogen und dem Kindesvater D E übertragen.

Beweis:

Beischaffung der Akten 38 Ps Y und 38 Pu Y des BG Fünfhaus.

Gemäß § 2 Abs 2 FamLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe jene Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Vor Übertragung der Obsorge für C B an den Kindesvater ist es nicht zu einer endgültigen Änderung der Haushaltszugehörigkeit gekommen.

Gemäß § 2 Abs 5a FamLAG gehört ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt gemäß § 2 Abs 5a FamLAG nicht als aufgehoben, wenn sich

das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält. Das Gesetz stellt hier ungeachtet der faktischen Unmöglichkeit des gemeinsamen Wohnens bei einer vorübergehenden Abwesenheit die Fiktion auf, dass die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben gilt (VwGH 2011/16/0195).

Aus den vorangeführten Gründen konnte die Kindesmutter im maßgebenden Zeitraum Juni 2014 bis Oktober 2014 noch annehmen, dass sich C B lediglich vorübergehend beim Kindesvater aufhalten und dann gegebenenfalls wieder zu ihr zurückkehren würde, sodass von einer endgültigen Änderung der Haushaltszugehörigkeit in diesem Zeitraum noch nicht gesprochen werden konnte.

Die Einschreiterin stellt sohin den Antrag, den angefochtenen Bescheid des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Gerasdorf vom 26.03.2015 dahingehend abzuändern, des Gesamtbetrages von € 1.248,32 (Familienbeihilfe € 956,32, Kinderabsetzbetrag € 292,00) abgesehen werde.

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 10.8.2015 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab:

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.

Unter Haushalt ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen, wobei es für die Frage nach der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes unerheblich ist, wer den Haushalt führt, dem das Kind angehört.

Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (VwGH 22.10.1971, 0336/70).

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 nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, oder das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt, oder sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG wird die Familienbeihilfe 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.

Gemäß § 10 Abs. 4 FLAG 19867 gebührt Familienbeihilfe für einen Monat nur einmal.

Unbestritten ist, dass C im Mai 2014 zum Kindesvater gezogen ist, und sich seitdem in dessen Haushalt befindet.

Strittig ist lediglich, ob sich das Kind seit dem Wechsel vom Haushalt der Kindesmutter in jenen des Kindesvaters und bis zur Übertragung der Obsorge nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung mit der Kindesmutter aufgehalten hat.

Um ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Familie aufhält, noch als haushaltszugehörig ansehen zu können, darf der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein „vorübergehender“ sein (§ 2 Abs. 5). Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von ,der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich beschränkte sein darf, und diese zeitliche Beschränkung, damit sie nicht zur Auflösung der Wohnungsgemeinschaft führt, nicht lange Zeit, sondern nur einen vorübergehenden Zeitraum dauern darf, wie dies bei einer Ausbildung oder Schulbesuch der Kinder der Fall ist.

Im vorliegenden Fall liegt jedoch keine vorübergehende Abwesenheit wegen eines auswärtigen Schulbesuchs, sondern die Auflösung der Wohngemeinschaft mit der Kindesmutter und die gleichzeitige Begründung einer neuen mit dem Kindesvater vor.

Lt. Ihren Angaben erfolgte bereits im Juni 2014 eine teilweise Übertragung der Obsorge an den Kindesvater. Auch wenn das Erziehungsrecht lt. VwGH nicht von Bedeutung ist, so stellt dies jedenfalls einen wichtigen Hinweis auf die bereits erfolgte Verlagerung der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zum Kindesvater dar.

Unter Berücksichtigung der Tatsachen, dass der Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe immer ein Kalendermonat ist, dass für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt werden darf (§ 7 FLAG 1967), dass für einen Monat Familienbeihilfe nur einmal gebührt (§ 10 Abs. 4 FLAG 1967) und im Sinne der obigen Ausführungen auch von keinem vorübergehenden auswärtigen Aufenthalt im Sinne des § 2 Abs. 5a FLAG 1967 ausgegangen werden kann, muss Ihre Beschwerde als unbegründet abgewiesen werden.

Laut Rückschein wurde die Entscheidung am 18.8.2015 (Beginn der Abholfrist) durch Hinterlegung zugestellt.

Vorlageantrag

Mit Eingabe vom 7.9.2015 beantragte die Bf durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter die Vorlage ihrer Beschwerde an das Bundesfinanzgericht, ohne sich mit der Argumentation der Beschwerde vorentscheidung auseinanderzusetzen.

Vorlage

Mit Bericht vom 6.10.2015 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und gab dazu an:

Sachverhalt:

Die Rückforderung der zu Unrecht bezogenen Beträge (FB und KG) für Juni bis Oktober 2014 erfolgte, da das Kind vom Haushalt der Kindesmutter in den Haushalt des Kindesvaters zog. Lt. dem Rechtsvertreter lag bis zur endgültigen Obsorge-Übertragung lediglich eine vorübergehende Abwesenheit gem. § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 vor. So sei für die Bf erst mit dem endgültigen Entzug der Obsorge klar geworden, daß sich das Kind nicht nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung, also bei seinem Vater, aufhalten würde.

Beweismittel:

Gerichtsbeschluss

Stellungnahme:

Gemäß dem Beschluss des Bezirksgerichts Fünfhaus, GZ: 38 Ps Y-68, gaben die Eltern des Minderjährigen am Amtstag, den 20.5.2014, bekannt, daß dieser seit dem 11.5.2014 bei seinem Vater wohnt und seiner Mutter auch erklärt hat, daß er bei diesem zukünftig bleiben möchte. Der endgültige Beschluss, mit dem die Obsorge der Kindesmutter entzogen wurde, erfolgte am 25.11.2014.

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft an. Die Bestimmungen des § 2 Abs. 5 FLAG regeln nicht den "Mittelpunkt der Lebensinteressen" einer anspruchsberechtigten Person, sondern die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes, welches den Beihilfenanspruch vermittelt (VwGH 28.10.2009, 2008/15/0325, zitiert in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG Kommentar, § 2, Tz 143).

Um ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Familie aufhält, noch als haushaltszugehörig ansehen zu können, darf der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein "vorübergehender" sein. Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich

beschränkte sein darf, und diese zeitliche Beschränkung, damit sie nicht zur Auflösung der Wohnungsgemeinschaft führt, nicht lange Zeit, sondern nur einen vorübergehenden Zeitraum dauern darf, wie dies bei einer Ausbildung oder Schulbesuch der Kinder der Fall ist (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG Kommentar, § 2, Tz 146).

Darüber hinaus liegt eine zeitlich beschränkte Abwesenheit nur dann vor, wenn diese seitens der potentiell Bezugsberechtigten Personen und auch des Kindes von vornherein nur als vorübergehend geplant war (vgl. VwGH 19.5.1969, 1562/68, zitiert in UFS GZ. RV/1085-W/12 vom 16.8.2012).

Nachdem es im Zusammenhang mit dem Wechsel der Haushaltszugehörigkeit am 11.5.2014 keinen Hinweis auf eine zeitliche Beschränkung gegeben hat, der Minderjährige vielmehr selbst seinen Wunsch, bei seinem Vater zu bleiben, kundgetan hat, und dieser Wechsel der Haushaltszugehörigkeit auch nicht von vornherein als vorübergehend geplant war, ist nicht von einem vorübergehenden, anderweitigen Aufenthalt des Kindes wie im Rahmen einer Ausbildung oder eines Schulbesuchs auszugehen. Es liegt daher keine vorübergehende Abwesenheit gem. § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967, sondern mit 11.5.2014 eine vollständige Verlagerung der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zum Kindesvater vor. Der Zeitpunkt, zu dem sich die Kindesmutter der neuen Haushaltszugehörigkeit bewusst geworden ist, ist wie erläutert nicht weiter maßgeblich.

Es wird daher beantragt, die Beschwerde gem. § 279 Abs. 1 BAO als unbegründet abzuweisen.

Beigefügt war ein PDF der ersten Seite eines seit 19.1.2015 rechtskräftigen Beschlusses des BG Fünfhaus 38 Ps Y-68, wonach die Obsorge für den mj. C B der Mutter A B entzogen und dem Vater D E übertragen wird.

In der Begründung ist zu lesen, dass die Bf anlässlich des Amtstages am 20.5.2014 bei Gericht vorgesprochen und bekanntgeben habe, dass C seit 11.5.2014 bei seinem Vater wohne und ihr gegenüber erklärt habe, dass er dort auch bleiben möchte.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Die Bf A B bezog im Rückforderungszeitraum Juni 2014 bis Oktober 2014 Familienbeihilfe (€ 956,32) und Kinderabsetzbetrag (€ 292,00) für den im Juni 1990 geborenen C B.

C lebte mit der Bf, seiner Mutter, bis 11.5.2014 im gemeinsamen Haushalt. Seine Mutter bezog für ihn Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag.

Am 11.5.2014 zog C zu seinem Vater D E und erklärte seiner Mutter, dass er künftig bei seinem Vater wohnen möchte.

Die Bf rechnete im Mai 2014 und auch noch in den darauffolgenden Monaten damit, dass sich C nur vorübergehend bei seinem Vater aufhalten würde. Sie hat das BG Fünfhaus um Prüfung ersucht, ob das Wohl von C bei einem Verbleib beim Kindesvater gefährdet wäre.

Im Juni 2014 wurde die Obsorge hinsichtlich der Teilbereiche Vertretung des Kindes gegenüber der Schule sowie medizinische Belange vom Pflegschaftsgericht vorläufig dem Vater übertragen worden. Mit Beschluss des BG Fünfhaus vom 25.11.2014 wurde der Mutter die Obsorge für den mj. C entzogen und dem Vater übertragen.

Beweiswürdigung

Der getroffenen Sachverhaltsfeststellungen sind nicht strittig.

Dem Beweisantrag, die Akten 38 Ps Y und 38 Pu Y des BG Fünfhaus beizuschaffen, war gemäß § 183 Abs. 3 BAO nicht nachzukommen, da das Gericht das diesbezügliche Vorbringen der Bf, zu dessen Bestätigung Einsicht in diese Akten genommen werden sollte, wie sich aus den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ergibt, als richtig anerkennt.

Rechtsgrundlagen

§ 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,

b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem

Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,

e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,

f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)

g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des

Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,

i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie

aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und

bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und

cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,

k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am

aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

dd) Europäischen Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007 - 2013.

(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).

(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsbildung.

(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 Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

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

(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs. 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 2 und 4) entspricht.

(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.

(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 5 Abs. 3 FLAG 1967 lautet:

(3) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

§ 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.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

§ 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. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Beschwerdevorbringen

Die Bf sieht die Rechtswidrigkeit des Rückforderungsbescheides darin, dass die Mutter im Zeitraum Juni 2014 bis Oktober 2014 noch annehmen habe können, dass sich ihr Sohn C lediglich vorübergehend bei seinem Vater aufhalten und dann "gegebenenfalls" wieder zu ihr zurückkehren würde, sodass von einer endgültigen Änderung der Haushaltszugehörigkeit in diesem Zeitraum noch nicht gesprochen werden könne.

Mit diesem Vorbringen zeigt die Bf eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht auf:

Subjektive Momente bei Rückforderung nicht zu berücksichtigen

Zunächst ist darauf zu verweisen, dass subjektive Momente im Rückforderungsverfahren nach § 26 FLAG 1967 bzw. § 33 Abs. 3 EStG 1988 nicht zu berücksichtigen sind.

Die Rückforderung gemäß § 26 FLAG 1967 ist keine Ermessensentscheidung. Die Rückforderung ist vorzunehmen, wenn objektiv der Rückforderungstatbestand verwirklicht ist (vgl. Hebenstreit in Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 26 Rz 3).

Ob die Bf subjektiv im guten Glauben Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bezogen hat, ist daher nicht von Bedeutung. Billigkeitsüberlegungen sind im Rückforderungsverfahren vom Bundesfinanzgericht nicht anzustellen.

Haushaltszugehörigkeit

Fest steht, dass C bis Mai 2014 dem Haushalt der Bf und danach jenem seines Vaters angehört hat.

Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. 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. Nur wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG 1967 einen "Konkurrenzfall", der in § 2a FLAG 1967 geregelt ist (vgl. VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben; dem gemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft)

an (vgl. VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058; VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Richtigerweise führt die Bf aus, dass nach § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 die Haushaltszugehörigkeit bei einem vorübergehenden Aufenthalt außerhalb der gemeinsamen Wohnung nicht als aufgehoben gilt. Ungeachtet der faktischen Unmöglichkeit des gemeinsamen Wohnens in diesem Zeitraum stellt das Gesetz bei einer vorübergehenden Abwesenheit die Fiktion auf, dass die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben gilt (VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195 u.v.a.).

Es ist ständige Rechtsprechung, dass ein bestehender gemeinsamer Haushalt etwa durch gewisse durch Lebensumstände bedingte, auf nicht allzu lange Zeit berechnete Unterbrechungen des Zusammenlebens (wie Krankenhaus- und Erholungsaufenthalte) nicht beseitigt wird (VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195 u.v.a.).

Um ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Familie aufhält, noch als haushaltszugehörig ansehen zu können, darf der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein "vorübergehender" sein (§ 2 Abs. 5 FLAG 1967). Aus der Ausdrucksweise des Gesetzes ist zu erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich beschränkte sein darf, und diese zeitliche Beschränkung, damit sie nicht zur Auflösung der Wohnungsgemeinschaft führt, nicht lange Zeit, also nur einen vorübergehenden Zeitraum dauern darf, wie dies bei Ausbildung oder Schulbesuch der Kinder (vgl. VwGH 19.5.1969, 1562/68) oder einer beruflich bedingten Abwesenheit unter der Woche (vgl. VwGH 18.11.2009, 2008/13/0045) der Fall ist. Eine solche vorübergehende Abwesenheit steht der Annahme eines durchgehend gemeinsamen Haushaltes, für den neben dem gemeinsamen Wohnen vor allem der Gesichtspunkt gemeinsamen Wirtschaftens maßgeblich ist, nicht entgegen.

Ein bestehender gemeinsamer Haushalt wird etwa durch gewisse durch Lebensumstände bedingte, auf nicht allzu lange Zeit berechnete Unterbrechungen des Zusammenlebens (wie etwa Krankenhaus- und Erholungsaufenthalte) nicht beseitigt (vgl. VwGH 24.1.2007, 2003/13/0141). Auch Präsenzdienst oder Zivildienst (soweit nach früherer Rechtslage ein Familienbeihilfenanspruch infolge späterem Eintritts der Volljährigkeit bestand) heben die Haushaltszugehörigkeit i.S.d. § 2 Abs. 5 lit a FLAG 1967 nicht auf (vgl. VwGH 9.6.1978, 0941/77).

Die Bf übersieht aber, dass der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zusteht, der für den längeren Zeitraum in einem Monat den Haushalt geführt hat (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Wechselt das tatsächliche ständige Wohnen im Haushalt eines Elternteils zum tatsächlichen ständigen Wohnen im Haushalt eines anderen Elternteils, so wechselt auch die Haushaltszugehörigkeit.

Anders als beispielsweise bei einem Urlaub im Haushalt des anderen Elternteils ist bei einem auf Dauer angelegten Wechsel des Aufenthalts des Kindes von einem Wechsel der Haushaltszugehörigkeit auszugehen.

Es ist zu verstehen, dass die Bf anlässlich des Auszugs ihres Sohnes zumindest eine Zeitlang die Hoffnung gehegt hat, ihr Sohn werde wieder in ihren Haushalt zurückkehren.

Tatsächlich erfolgte aber keine Rückkehr in den Haushalt der Bf.

Die Erklärung ihres damals knapp 14jährigen Sohnes anlässlich des Auszugs, er wolle künftig bei seinem Vater leben, ist angesichts Alters des Kindes durchaus ernst zu nehmen gewesen.

Auch wenn es auf das Recht zur Obsorge grundsätzlich nicht ankommt (vgl. VwGH 22.10.1971, 336/70), spricht die Übertragung von Teilbereichen des Obsorgerechts von der Mutter an den Vater im Juni 2014 dafür, dass der Wohnungswechsel von C nicht bloß vorübergehend war. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Familienbeihilfe für den Unterhaltsberechtigten zu verwenden und liegt der vom Gesetzgeber mit den Regelungen des FLAG 1967 verfolgte Zweck in einem Beitrag zu den mit der Versorgung, Erziehung und Berufsausbildung von Kindern verbundenen Lasten durch die öffentliche Hand (vgl. VwGH 22.3.2011, 2007/18/0689; VwGH 2.9.2008, 2005/10/0194 u.v.a.).

Beachtet man diesen Zweck von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag, ist der angefochtene Bescheid nicht mit Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) behaftet, wenn das Finanzamt auf Grund des Wechsels des Aufenthalts des Sohnes im Rückforderungszeitraum von der Mutter zum Vater der Mutter gezahlte Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ab Beendigung des gemeinsamen Wohnens zurückfordert. Naturalunterhalt hat ab dahin der Vater und nicht die Mutter geleistet, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag sollen daher dem Vater, dessen Haushalt der Sohn seither angehört, zukommen.

Revisionsnichtzulassung

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. Das Bundesfinanzgericht folgt der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, es liegt daher kein Grund für eine Revisionszulassung vor.

Wien, am 8. Februar 2017