

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A, Adr , gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 23.10.2014 betreffend die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Jänner bis September 2014 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Herrn A (= Beschwerdeführer, Bf) war nach der Scheidung von der Kindesmutter (KM) M im Jänner 2009 lt. Vereinbarung der Eltern und gerichtlicher Amtsbestätigung vom 22.8.2012 das Obsorgerecht für den gemeinsamen mj. Sohn X , geb. 24.5.2006, zugekommen. Der Bf hat für den bei ihm – zuletzt an der Adresse in Adr1 - aufhaltigen mj. Sohn laufend die Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen bezogen.

Im August 2014 beantragte der Bf beim Finanzamt den "Wegfall" der Familienbeihilfe wegen "Obsorge ab 1.9.2014" und gibt an, das Kind wohne bei B an der Adresse in Adr2 . Von dieser als Großmutter väterlicherseits wurde anschließend für den Enkel X die Zuerkennung der Familienbeihilfe zunächst ab August 2014 und im Weiteren geändert auf Zuerkennung ab Jänner 2014 beantragt.

Im Akt erliegt dazu der im betr. Pflegschaftsverfahren am 6.8.2014 ergangene, seit 27.8.2014 rechtskräftige Beschluss des Bezirksgerichtes XY , Zl. xxx , womit dem Bf das Obsorgerecht entzogen und – nach Abweisung der Anträge der KM von Oktober/ November 2013 - im gesamten Umfang des § 158 ABGB der Großmutter (GM) B übertragen wurde. Begründend führt das Gericht ua. aus:

"Aufgrund des gesamten Akteninhalts steht folgender Sachverhalt fest:

... Die Großeltern väterlicherseits ... waren seit X Babyalter viel in dessen Betreuung eingebunden. ... Seit Sommer 2013 lebt mj. X durchgehend bei seinen Großeltern. ... Die Großeltern kümmern sich seit zumindest Sommer 2013 um sämtliche Belange für X Hinsichtlich der Fähigkeit der Großeltern, die Bedürfnisse des Kindes zu erkennen

und es seinen altersspezifischen Bedürfnissen entsprechend zu versorgen, zu fördern und anzuleiten ist festzustellen, dass diese sehr bemüht sind, X in schulischen Belangen gut zu fördern. X hat seine Hausübungen immer vollständig, ist für den Unterricht vorbereitet und bringt alle nötigen Schulmaterialien mit. Auch hinsichtlich der Hygiene und Sauberkeit des mj. X ist nichts zu beanstanden. Seine Bekleidung ist adäquat. ...

Der Vater A leidet seit 2 Jahren an Schizophrenie. Diesbezüglich befindet er sich in ärztlicher Behandlung. Er befürwortet, dass X bei seinen Eltern, somit bei den väterlichen Großeltern ... wohnt, da X nicht mehr bei ihm, nämlich bei seinem Vater wohnen will.

Der Vater hat sich seit Sommer 2013 um die Belange seines Sohnes nicht mehr gekümmert, sondern dies alles seinen Eltern überlassen. Es haben seit dieser Zeit auch kaum mehr Besuchskontakte zwischen X und seinem Vater stattgefunden, obwohl die Wohnung des Vaters lediglich über den Hof gelegen ist. ...

... Ausgehend vom Desinteresse des Vaters an seinem Sohn und seinem Gesundheitszustand ist der Vater derzeit nicht fähig, die Bedürfnisse des Kindes zu erkennen und es seinen altersspezifischen Bedürfnissen entsprechend zu versorgen, zu fördern und anzuleiten. ...

Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt beruht im Wesentlichen auf den unbestrittenen Ausführungen der Stadt XY, Stadtmagistrat Sozialarbeit der öffentlichen Jugendwohlfahrt, vom 5.3.2014 bzw. aus der umfangreichen fachlichen Stellungnahme der Familiengerichtshilfe XY, welche in sich logisch und nachvollziehbar erstattet wurde. Die fachliche Stellungnahme wurde sowohl der Mutter als auch dem Vater und den väterlichen Großeltern zur allfälligen Stellungnahme zugestellt. Einzig die väterliche Großmutter hat sich zur fachlichen Stellungnahme geäußert ... Die Ausführungen der Familiengerichtshilfe ... konnten daher den Feststellungen bedenkenlos zugrundegelegt werden. In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass mehrere Explorationen stattgefunden haben, ...

Darüberhinaus ist der festgestellte Sachverhalt ohnedies nicht strittig ...

Rechtlich folgt daraus:

... Die Erziehungsfähigkeit der Mutter ist derzeit zwar prinzipiell zu bejahen, jedoch entspricht es eher dem Wohl des mj. X, wenn dieser in seinem gewohnten Umfeld, nämlich bei den väterlichen Großeltern verbleibt. ... X ist erst vor ca. 1 Jahr von der Wohnung seines Vaters und der Stiefmutter zu den Großeltern übersiedelt. ...

Unter Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalles erscheint es zum derzeitigen Zeitpunkt im Sinne des Wohles des mj. X geboten, die Obsorge dem Vater zu entziehen und der ... Großmutter, welche die hauptsächliche Bezugsperson ist und auch die wesentliche Betreuungsperson für mj. X darstellt, zu übertragen. ...".

Laut Abfrage im Zentralen Melderegister (ZMR) ist der mj. XX seit 27.8.2014 mit Hauptwohnsitz an der Adresse seiner GM B in Adr2, angemeldet.

Laut telefonischer Rückfrage des Finanzamtes teilte die GM mit, das Kind wohne tatsächlich bereits seit ca. 2 Jahren bei ihr, der Bf habe sich nicht um den Sohn gekümmert, die offizielle Ummeldung sei erst Ende August 2014 erfolgt.

Das Finanzamt hat daraufhin mit Bescheid vom 23.10.2014, SV-Nr , vom Bf zu Unrecht für den mj. Sohn bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Jänner bis September 2014, gesamt € 1.653,70, zurückgefordert. In der Begründung wird nach Darstellung des § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967, wonach der Anspruch nur bei Haushaltszugehörigkeit des Kindes gegeben ist, ausgeführt: Laut Beschluss des Bezirksgerichtes vom 6.8.2014 lebe das Kind seit Sommer 2013 nicht mehr im Haushalt des Bf, dem daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe zustehe.

In der dagegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde wird (soweit verständlich) im Wesentlichen vorgebracht, aufgrund einer Abmachung im Jahr 2014 habe der Bf zum Wohl des Kindes erlaubt, dass der Sohn sich bei den Großeltern aufhalte, da diese Zeit miteinander verbringen und auch Urlaub zusammen haben machen wollen. Er sei täglich mit dem Sohn zusammen und auch in ständigem Kontakt zu seiner Mutter, der GM, gewesen. Allerdings habe seine Mutter eine blühende Fantasie, sei in höherem Alter und gesundheitlich angeschlagen und habe wegen familiärer Hintergründe vor Gericht gelogen, wohl weil sie mit der jetzigen Ehegattin des Bf nicht einverstanden sei und er keine Zeit mehr für seine Mutter habe. Der Sohn X sei bis zum 27.8.2014 beim Bf im Haushalt gewesen, was durch das Meldeamt und den rk. Gerichtsbeschluss vom 27.8.2014 bestätigt werde. Aus diesen Gründen sei er nicht gewillt, die Rückforderung zu akzeptieren.

In Beantwortung eines Ergänzungsersuchens teilte der Bf im Schreiben vom 14.9.2015 dem Finanzamt mit, er habe keine Rechnungen oder sonstige Belege betreffend für den Sohn getragene Kosten, da er diesbezüglich (für Kleidung, Spielsachen, Schule etc.) seiner Mutter (GM) diverse Geldbeträge in bar übergeben habe. Dazu wurde noch ein "Auszug der Kontoumsätze" des Bf im Jahr 2014 vorgelegt, worin verschiedene (geringfügige) Barauszahlungen bzw. Zahlungen zB an eine Lebensversicherung, eine Schuhfirma, eine Bekleidungsfirma etc. farblich angestrichen wurden. Weiters gibt der Bf an, er habe gegen den Gerichtsbeschluss vom 6.8.2014 infolge einer seither bestehenden psychischen Erkrankung keinen Rekurs erhoben, wozu mehrere ärztliche Bestätigungen vorgelegt wurden.

Die abweisende Beschwerdevorentscheidung vom 28.9.2015 wurde nach Darstellung der bezughabenden Gesetzesbestimmungen dahin begründet, dass zufolge der wiederholten Ausführungen im Gerichtsbeschluss, der Sohn habe ab Sommer 2013 bei den Großeltern gewohnt, feststehe, dass dieser somit jedenfalls ab Jänner 2014 bei der Großmutter haushaltszugehörig gewesen sei. Die Haushaltszugehörigkeit begründe primär den Anspruch auf Familienbeihilfe. Behauptete Geldzuwendungen würden daran nichts ändern; die farbliche Markierung von Beträgen und Textpassagen in den vorgelegten Kontoumsätzen sei kein Nachweis für eine tatsächliche Mittelverwendung für den Sohn.

Im Vorlageantrag wird ergänzend vorgebracht, der Sohn habe sich nur zu Besuch bei seiner Großmutter aufgehalten. Aufgrund seines Obsorgerechtes sei dem Bf auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht dahin zugestanden, zu welchen Zeiten der Sohn bei der GM habe sein dürfen. Das sohin zu Recht für den Sohn empfangene und hingeebene Geld sei daher nicht zurückzuzahlen.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

1.) Gesetzliche Bestimmungen:

Gemäß **§ 2 Abs. 1** Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967, BGBl 1967/376 idgF., haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, nach lit a) für minderjährige Kinder.

Nach **§ 2 Abs. 2** FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind diejenige 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 (subsidiär) Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn **keine andere Person** nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Zu den "Kindern einer Person" zählen nach § 2 Abs. 3 lit a FLAG 1967 deren (leibliche) Nachkommen.

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 ua. nach lit a dieser Bestimmung dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 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).

2.) Haushaltszugehörigkeit:

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

Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, hängt 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 (zB Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege, Begleitung zur Schule oä.) erbringt (vgl. VwGH 18.3.1997, 96/14/0006; VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Maßgebend sind die tatsächlichen Verhältnisse. Allein die polizeiliche An- und Abmeldung (§ 1 Abs. 1 MeldeG) ist nicht entscheidend (VwGH 3.7.2003, 99/15/0104), kann aber *in Zweifelsfällen* einen Begründungsanhalt bieten (VwGH 20.6.1990, 89/16/0020).

Meldebestätigungen stellen daher lediglich ein – widerlegbares – Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar, sind jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse (Vorliegen einer Haushaltsgemeinschaft bzw. –zugehörigkeit) zu liefern (VwGH 23.2.1981, 17/1388/80).

Des Weiteren ist für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit das Erziehungsrecht bzw. **Obsorgerecht** (gem. § 144 ABGB aF, entspricht § 158 ABGB nF, in Geltung seit 1.2.2013) ohne Bedeutung. So hat der VwGH im Erkenntnis vom 22.10.1971, 336/70, die Frage, *"ob die Kinder eines geschiedenen Ehegatten, die in der Wohnung seiner geschiedenen Gattin aufwachsen, obzwar dem Ehegatten das ihm gesetzlich zustehende Erziehungsrecht nicht abgesprochen wurde, zu seinem Haushalt gehören"*, verneint und ausgesprochen, dass es *"allein auf das Zusammenwohnen mit dem Haushaltsvorstand und nicht darauf ankommt, wem das Erziehungsrecht nach dem Familienrecht zusteht."* Der gegenteiligen, auf § 144 ABGB aF gestützten Argumentation der belangten Behörde könne daher lt. VwGH nicht gefolgt werden.

3.) Sachverhalt und rechtliche Würdigung:

An Sachverhalt kann im Beschwerdefall unbedenklich von den im gerichtlichen Pflugschaftsverfahren getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ausgegangen werden, die sich auf doch umfassende Erhebungen in Form der eingehenden Befragung aller Beteiligten sowie der Einholung zweier, teils umfangreicher fachlichen Stellungnahmen (Jugendwohlfahrtsstelle beim Stadtmagistrat, Familiengerichtshilfe) gestützt haben. Wie aus dem Gerichtsbeschluss auch hervorgeht, wurde ua. vom Bf gegen die fachlichen Stellungnahmen keine mögliche Gegenäußerung erstattet und ist der vom Gericht festgestellte Sachverhalt unbestritten geblieben.

Davon ausgehend steht fest, dass der Sohn des Bf, mj. X, zumindest **seit dem Sommer 2013 bereits durchgehend** bei seinen Großeltern lebt und sich diese seither um sämtliche Belange des Enkelsohnes kümmern, nämlich ihn in schulischen und sozialen Belangen, hinsichtlich der Hygiene und Sauberkeit und seiner Bekleidung den altersspezifischen Bedürfnissen entsprechend versorgen und fördern. Der Bf hat sich hingegen seit dem Sommer 2013 nicht mehr um die Belange des Sohnes gekümmert und dies alles seinen Eltern überlassen.

Nach Ansicht des BFG liegen damit sämtliche erforderliche Voraussetzungen für die Haushaltszugehörigkeit des Kindes bei seinen Großeltern bzw. der Großmutter ab dem Sommer 2013 zweifelsfrei vor.

Wenn der Bf nunmehr die Behauptung aufstellt, er habe im Rahmen des ihm bis 27.8.2014 zustehenden Obsorgerechtes, das auch ein Aufenthaltsbestimmungsrecht beinhalte, dem Sohn lediglich zeitweise Aufenthalte bzw. Besuche bei der Großmutter erlaubt, so ist dem zu erwidern, dass bei Gericht ausdrücklich festgestellt wurde, dass der Sohn in dem

gesamten Zeitraum **durchgehend** bei den Großeltern gelebt bzw. gewohnt hat, was etwa auch durch die Aussagen der Kindesmutter mehrfach bestätigt wurde. Entgegen seiner Behauptung stellt sich die Sachlage sohin umgekehrt so dar, dass der Bf kein Interesse mehr am Sohn zeigte und seit dem Sommer 2013 kaum mehr Besuchskontakte zwischen ihm und seinem Sohn stattgefunden haben. Von einem täglichen Zusammensein mit dem Sohn und dessen Aufenthalt im Haushalt des Bf sowie von lediglich zeitweise erlaubten Besuchen bei der Großmutter – wie im Zuge des Beschwerdeverfahrens vorgebracht – kann daher keine Rede sein.

Im Übrigen ist nicht zu übersehen, dass sich der Bf selbst widerspricht, wenn er in der Beschwerdeschrift zunächst ausführt, er sei in *ständigem Kontakt* zu seiner Mutter gewesen, und anschließend angibt, die Mutter habe gelogen, weil der Bf wegen familiärer Hintergründe *keine Zeit mehr für sie gehabt habe*.

Entgegen der Ansicht des Bf ist auch ein zustehendes Obsorgerecht nach oben dargelegter VwGH-Judikatur für die Beurteilung der "Haushaltszugehörigkeit" rechtlich ohne jede Bedeutung und kommt es allein auf die tatsächlichen Umstände des Zusammenwohnens, dh. das Vorliegen einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, an.

Der Bf stützt seine Beschwerde daneben im Wesentlichen auf die für den Sohn bis 27.8.2014 vorliegende Meldebestätigung mit Hauptwohnsitz an der Wohnadresse des Bf, welche die Haushaltszugehörigkeit zum Bf bestätige. Nach oben dargelegter hg. Rechtsprechung liefert jedoch eine Meldebestätigung für sich keinen vollen Beweis, ob tatsächlich eine Haushaltsgemeinschaft vorliegt, sondern vermag lediglich in einem *Zweifelsfall* ein Indiz oder einen Anhaltspunkt dafür zu bieten. Ein solcher Zweifelsfall liegt gegenständlich nicht vor.

Ein subsidiäres Anspruchsrecht auf Familienbeihilfe iSd § 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967 kommt beim Bf nicht in Betracht, da sich der Anspruch primär nach der "Haushaltszugehörigkeit" des Kindes richtet und damit der Großmutter zusteht. Insoferne kann es im Hinblick auf die beigebrachten "Kontoumsätze" als nicht entscheidungswesentlich dahingestellt bleiben, ob und in welchem Umfang der Bf allenfalls zu den Unterhaltskosten des Kindes beigetragen hat.

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage konnte daher der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein und war spruchgemäß 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.

Die Lösung der Fragen 1. bei wem das Kind haushaltszugehörig war und 2. inwieweit Obsorgerecht und Meldebestätigung Einfluss auf die Beurteilung der "Haushaltszugehörigkeit" haben, ergibt sich zu 1. aus dem Sachverhalt anhand der im Pflegschaftsverfahren getroffenen, unbestrittenen Feststellungen und zu 2. anhand der oben angeführten, bezughabenden VwGH-Rechtsprechung. Nachdem sohin zu 1. keine *Rechtsfrage* und zu 2. keine solche von *grundsätzlicher Bedeutung* vorliegt, ist eine Revision nicht zulässig.

Innsbruck, am 21. Jänner 2016