

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag.<sup>a</sup> CP über die Beschwerde der Bf., Adresse, vom 13.03.2017 gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel vom 13.02.2017, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Kinder E., geb. xy und N., geb. yx für den Zeitraum Dezember 2016 bis Februar 2017, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

### 1. Verfahrensablauf:

Die Beschwerdeführerin (Bf.) bezog für den strittigen Zeitraum Dezember 2016 - Feber 2017 für ihre mj. Kinder E. (E.) und N (N.) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Der Kindesvater (KV, MH) beantragte mit 1. Februar 2017 die Gewährung der Familienbeihilfe für E. und N. ab 12/2016. Er legte dem Antrag das Schreiben des Magistrates der Stadt W, Amt für Jugend und Familie, Soziale Arbeit mit Familien, vom 30.11.2016 bei. Darin heißt es:

*"Das Amt für Jugend und Familie - Regionalstelle 10A sieht die Kinder N. und E. bei der Mutter Frau Bf., geb..., whft...., aktuell als gefährdet.*

*Es ist anzunehmen, dass die Mutter derzeit psychisch belastet und somit das Wohl der Kinder bei ihr gefährdet ist. Der PI A liegen zudem auch Unterlagen mit der GZ: a vor, in denen im Zuge einer Anzeige der Mutter gegen Unbekannt, Frau Bf. von den diensthabenden PolizeibeamtenInnen als verwirrt beschrieben wird.*

*Zum Schutz der Kinder spricht sich das Amt für Jugend und Familie für den derzeitigen Verbleib von N. und E. beim Kindesvater, Herrn..., aus.*

*Der Vater hat bereits einen Antrag auf alleinige Obsorge beim Bezirksgericht F gestellt. Das Amt für Jugend und Familie wird dies auch befürworten, Stellungnahme und ein gerichtlicher Beschluss sind allerdings noch ausständig."*

Aktenkundig ist eine Überweisungskopie der W Sparkasse. Daraus ergibt sich, dass die Bf. mit 1.12.2016 2.655,00 € an Dr. Schule für die Monate Oktober 2016 - Feber 2017

(jeweils € 585,00) überwiesen hat. Handschriftlich ist angemerkt: "Beleg, damit Sie sehen was mit der FB und KG passiert ist. Da der KV weder Schule noch Kindergarten bezahlt."

Aktenkundig ist ferner eine Kindergartenbesuchsbestätigung 2016/17 für N. und eine Schulbesuchsbestätigung 2016/17 für E.

Datiert mit 13. Februar 2017 erließ das FA den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Dezember 2016 bis Februar 2017. Zur Begründung wurde auf die §§ 2 Abs. 2, 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 verwiesen. Da die Kinder N. und E. seit 30.11.2016 nicht mehr im Haushalt der Mutter lebten, sei spruchmäßig zu entscheiden gewesen.

Laut den Auskunftsdaten des Zentralen Melderegisters waren E. und N. im strittigen Zeitraum (von 16.11.2016 - 05.12.2016) bei der Bf. in der BGasse sowie in der MGasse (05.12.2016 - 08.05.2017) mit ihren Hauptwohnsitzen gemeldet.

Mit 13. März 2017 erhob die Bf. Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid. Die Bf. wendet unvollständige Tatsachenfeststellung und unrichtige rechtliche Beurteilung ein und führte aus:

*"Die vorliegende Begründung des bekämpften Beschlusses ist mangelhaft und unzureichend. Zunächst wird lediglich ausgeführt, was die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe sind, dies erschöpft sich in einer Darstellung der bezughabenden Bestimmung des Familienlastenausgleichsgesetzes. Die einzige konkrete Begründung besteht in der Ausführung, dass die Kinder seit 30.11.2016 nicht mehr in meinem Haushalt wohnen würden.*

*Diese Begründung ist insofern unzureichend, als die belangte Behörde jegliche Feststellungen zu den Gründen sowie zur pflegschaftsrechtlichen Situation unterlassen hat.*

*In concreto hätte die belangte Behörde aus dem Pflegschaftsakt des BG F zu Pflegschaftsakt feststellen sollen, dass ich nach wie vor die alleinige Obsorge hinsichtlich der beiden Kinder ausübe. Weiters wäre festzustellen gewesen, dass die beiden Kinder vom Kindesvater nach Ausübung des Kontaktrechtes nicht mehr zurückgebracht wurden und sich seither offenbar mit Billigung des Amtes für Jugend und Familie, jedoch ohne rechtskräftige Regelung durch das Pflegschaftsgericht sowie gegen meinen ausdrücklichen Willen dort aufhalten.*

*Zu diesen Feststellungen hätte die belangte Behörde jedenfalls nach einem Ermittlungsverfahren kommen müssen, jedenfalls aber nach Beischaffung des oben genannten Pflegschaftsaktes.*

*Der status quo widerspricht damit eindeutig der vom Gesetzgeber im § 2 Abs. 2 FLAG 1967 getroffenen Regelung. Die beiden Kinder gehören nicht zum Haushalt des Kindesvaters, sondern ausschließlich zu meinem Haushalt.*

*Ich stelle daher den Antrag, den vorliegenden Bescheid ersatzlos zu beheben, allenfalls der belangten Behörde eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung*

*aufzutragen. Weiters möge die Einhebung des genannten Betrages bis zur Entscheidung über die Beschwerde ausgesetzt werden."*

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 26.04.2017 wies das Finanzamt die Beschwerde ab. Begründend wurde zunächst die Sachlage dargestellt, die §§ 2 Abs. 2, Abs. 5 und 26 FLAG 1967 zitiert und ausgeführt:

"Im gegenständlichen Fall sind die Kinder lt. ZMR bei Ihnen an der Adresse AM gemeldet. Die polizeiliche Meldung stellt aber lediglich ein Indiz für das Bestehen der Haushaltszugehörigkeit dar, vielmehr ist auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Aus einem Schreiben des Magistrates der Stadt W, Amt für Jugend und Familie vom 30.11.2016 geht hervor, dass die Kinder sich derzeit beim Vater aufhalten, da vorgenannte Stelle das Wohl der Kinder bei Ihnen gefährdet sieht. Auch wenn Ihnen für die Kinder die Obsorgeberechtigung zukommt, kann daraus für das Beschwerdeverfahren nichts gewonnen werden. Das Erziehungsrecht ist für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ohne Bedeutung, es kommt - wie schon oben ausgeführt - ausschließlich auf die Tatsache der gemeinsamen Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft an. Der Umstand, dass sich die Kinder seit November 2016 beim Vater aufhalten wird von Ihnen auch nicht bestritten - dass die Kinder zum Haushalt des Vater gehören, steht somit für die Behörde zweifelsfrei fest."

Die Bf. beantragte in der Folge die Vorlage der Beschwerde beim Bundesfinanzgericht.

Das Bundesfinanzgericht ersuchte mit Faksimile vom 23. Mai 2017 das BG F um Bekanntgabe des Verfahrensstandes.

Das BG übermittelte den rechtskräftigen Beschluss s vom 2. Feber 2017. Daraus geht hervor, dass die Obsorge für die beiden mj. E. und N. vorübergehend und einstweilig alleine vom Vater, M.H., ausgeübt wird. Das BG F folgte dabei dem begründeten Antrag des Kinder- und Jugendhilfeträgers vom 7.12.2016 und gelangte unter Bezugnahme auf

- die Anzeige der Bf. vom 7.11.2016,
- die Zeugenbefragung der Bf. vom 25.11.2016 bei der Polizeiinspektion F,
- die Ausführungen des KJHT,
- die Vorsprache der Bf. am 7.12.2016 bei der PI r,
- die schriftliche Eingabe der Bf. vom 12.12.2016 (RA c),
- die am 29.12.2016 erfolgte gerichtliche Anhörung der Bf.,
- den am 14.4.2016 vom BG H gefassten Beschluss,
- das Gutachten von Mag. P vom 29.12.2015,
- den vom KV mit 29.12.2016 gestellten Antrag auf einstweilige Betrauung der Obsorge,
- die Kurzempfehlung des KJHT vom 30.11.2016

zu dem Beschluss, den KV einstweilig und vorübergehend mit der Obsorge zu betrauen.

## **2. Gesetzliche Bestimmungen :**

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.

Gemäß § 7 FLAG 1967 wird Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt.

§ 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 Ausschließungsgrund hinzukommt.

Gemäß § 10 Abs. 4 FLAG 1967 gebührt für einen Monat Familienbeihilfe nur einmal.

### **3. Feststehender Sachverhalt:**

- Die mj. Kinder E., geb. xy und N, geb. yx, halten sich seit November 2016 durchgehend im Haushalt des KV, MH, dem Ex-Gatten der Bf., auf.
- Im Schreiben des Amtes für Jugend und Familie, Soziale Arbeit mit Familien vom 30.11.2016, spricht sich dieses "zum Schutz der Kinder für den derzeitigen Verbleib von N. und E. beim KV" aus.
- Der KV beantragte mit 1. Februar 2017 rückwirkend ab 12/2016 die Gewährung der FB samt Kinderabsetzbetrag.
- Laut dem rechtskräftigen Beschluss des BG Favoriten s vom 1. Februar 2017 wird die Obsorge für die mj. Kinder E. und N. vorübergehend und einstweilig (bis auf weiteres) alleine vom KV ausgeübt.

### **4. Rechtliche Würdigung:**

Strittig ist die Frage, ob die Familienbeihilfe (inkl. Kinderabsetzbetrag) für die Monate Dezember 2016 - Februar 2017 vom FA zu recht zurückgefordert wurde.

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

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben; demgemäß 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).

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 (Kindergarten 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 Anspruchsgeber wohnt; vgl. VwGH 23.2.1981, 17/188/80).

Für den Anspruch auf Familienbeihilfe kommt es in erster Linie auf die faktische Haushaltszugehörigkeit an. Wechselt das tatsächliche ständige Wohnen im Haushalt eines Elternteils zum tatsächlich ständigen Wohnen im Haushalt eines anderen Elternteils, so wechselt auch die Haushaltszugehörigkeit.

Aufgrund der Gefährdung des Kindeswohles von E. und N. durch die Bf., sprach sich das Amt für Jugend und Familie Soziale Arbeit mit Familien im Bericht vom 30.11.2016 für den Verbleib der Kinder beim KV aus.

Die Kinder E. und N. lebten ab November 2016 durchgehend in der Obhut und der Betreuung des KV, in der gemeinsamen Wohnung in der Adresse1. Die Kinder werden vom KV betreut und im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel (Anm.: der KV bezieht Mindestsicherung und arbeitet gelegentlich geringfügig) entsprechend bedacht. Sie besuchen von der gemeinsamen Wohnung aus die Schule und den Kindergarten.

Es liegt somit eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zwischen dem KV und den Kindern E. und N. vor.

Dass dem KV lt. dem Beschluss des BG F s vom 2. Februar 2017 bislang lediglich die vorübergehende und einstweilige Obsorge übertragen wurde bzw. dass sie von der Bf. nicht mehr ausgeübt wird, ist für den Anspruch auf Familienbeihilfe - angesichts der vorliegenden faktischen Haushaltzugehörigkeit der Kinder zum Haushalt des KV - irrelevant.

Die Bf. rügt die unvollständige Tatsachenfeststellung und die unrichtige rechtliche Beurteilung durch das Finanzamt, hätte es doch aus dem Pflegschaftsakt des BG F zu PAkt feststellen sollen, dass sie nach wie vor die alleinige Obsorge der beiden Kinder habe, dass die Kinder nach Ausübung des Kontaktrechtes nicht mehr zurückgebracht worden seien und mit Billigung des Amtes für Jugend und Familie - aber ohne entsprechende rechtskräftige Regelung durch das Pflegschaftsgericht - sich gegen ihren ausdrücklichen Willen beim KV aufhalten.

Die Rüge der Bf. geht ins Leere. Maßgebend für die Entscheidung des FA waren die o.a. faktischen Verhältnisse, denen zufolge die Kinder sich (nicht nur vorübergehend) im Haushalt des KV aufhielten. Wechselt nämlich das tatsächlich ständige Wohnen im Haushalt eines Elternteils zum tatsächlichen Wohnen im Haushalt des anderen Elternteils, so wechselt auch die Haushaltzugehörigkeit. Nicht richtig ist auch die Ansicht der Bf., dass ihr nach wie vor die alleinige Obsorge zustehe (vgl. o.a. Beschluss des BG F).

Soweit die Bf. einen Überweisungsbeleg der W Sparkasse übermittelte, aus dem hervorgeht, dass sie € 2.655,00 8 (Anm.: für den Zeitraum Oktober 2016 - Feber 2017) an Dr. Schule) überwiesen hat und handschriftlich angemerkt hat: "Beleg damit sie sehen, was mit der FB und dem KG passiert ist. Da der KV weder Schule noch Kindergarten bezahlt", ist zu bemerken, dass auch dieses Vorbringen für das Erkenntnis nicht relevant ist. Eine allfällige Prüfung der von der Bf. geleisteten Zahlungen wäre nur relevant, wenn keine Zugehörigkeit zum Haushalt des Vaters vorliegen würde (vgl. auch VwGH 21.9.2009, 2009/16/0081).

Da somit die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe im Zeitraum Dezember 2016 - Februar 2017 nicht mehr vorlagen, hat die Bf. für den genannten Zeitraum 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.

Da der angefochtene Bescheid des Finanzamtes sohin der anzuwendenden Rechtslage entspricht, musste die dagegen gerichtete Beschwerde der Bf. als unbegründet abgewiesen werden.

## **5. 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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da der Umstand, dass Voraussetzung für einen Familienbeihilfenanspruch primär die Haushaltsgugehörigkeit ist, dem Gesetzeswortlaut entspricht und auch durch die oben zitierte höchstgerichtliche Rechtsprechung klargestellt ist. Gegen dieses Erkenntnis ist daher keine (ordentliche) Revision zulässig.

Klagenfurt am Wörthersee, am 31. Mai 2017