



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 5

GZ. RV/2695-W/07

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., W, vertreten durch Dr. Monika Linder, Rechtsanwältin, 1070 Wien, Bernardgasse 28, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. April 2006 bis 31. Juli 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog für ihren Sohn E., geb. 1999, im Zeitraum April 2006 bis Juli 2006 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Jänner 2007 beantragte der Kindesvater für E. die Familienbeihilfe ab März 2006 mit der Begründung, dass E. seit diesem Zeitpunkt bei ihm wohne.

Nach durchgeführten Ermittlungen (Auszug aus dem Zentralen Melderegister, Beschluss des Bezirksgerichtes X über Sorgerecht) forderte das Finanzamt mit Bescheid vom 2. Mai 2007 von der Bw. für den oben genannten Zeitraum die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge mit der Begründung zurück, dass gemäß § 2 Abs. 2 FLAG Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hätten, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehöre, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage, habe dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt sei.

Die Bw. erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte darin unter anderem aus:

„...Während der Monate April 2006 bis Juli 2006 gehörte der mj. E. ... jedenfalls zum Haushalt seiner Mutter, der Berufungswerberin. Während dieser Zeit besuchte der mj. E. noch den Kindergarten im 1.. Bezirk und wurde dort – abgesehen von den Besuchstagen seines Vaters – von seiner Mutter abgeholt und lebte in ihrem Haushalt. Dazu kommt, dass die Mutter des mj. E. auch die Kosten des Kindergartens bezahlte. Der mj. E. lebte während dieser Zeit im Haushalt seiner Mutter, wurde von ihr dort betreut und auch von ihr angekleidet.

Der Hauptwohnsitz des mj. E. wurde während dieser Zeit nur deshalb geändert, weil der mj. E. den für ihn vorgesehenen Schulplatz bekam. Daraufhin schlug der Kindesvater, Herr Ing.Z., eine Schule in der Nähe seines Wohnortes vor und war die Kindesmutter damit einverstanden. Der Kindesvater erklärte, dass der mj. E. diesen Schulplatz nur unter der Voraussetzung bekommen könne, wenn er in der Nähe der Schule auch gemeldet wäre. Dies war der einzige Grund für die Ummeldung des mj. E..

Tatsächlich lebte er während des Zeitraumes von April 2006 bis Juli 2006 aber ständig im Haushalt seiner Mutter.

Erst seit September 2006 hält sich der mj. E. aufgrund des Schulbesuches häufiger im Haushalt seines Vaters auf. Zwischen den Kindeseltern wurde am 19.5.2006 vor dem Bezirksgericht X zu ... eine Vereinbarung abgeschlossen, wonach sich die Kindesmutter verpflichtete, ab 1.9.2006 einen monatlichen Unterhaltsbeitrag an den Kindesvater zu bezahlen. Dies deswegen, weil sich der mj. E. mit Schulbeginn im September 2006 auch häufiger im Haushalt seines Vaters aufhalten sollte...

Das Finanzamt erließ am 12. Juli 2007 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung – unter Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 2 Abs. 2 und 10 Abs. 4 FLAG - mit der Begründung ab, dass die Familienbeihilfe auf Grund der Vereinbarung des Bezirksgerichtes X vom 29. Mai 2006 dem Kindesvater bereits gewährt worden sei.

Die steuerliche Vertreterin der Bw. stellte fristgerecht einen Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte darin unter anderem aus:

„...Die Obsorge für den mj. E.... kommt beiden Elternteilen, also sowohl der Kindesmutter und Einschreiterin, als auch dem Kindesvater, ..., zu.

Anspruch auf Familienbeihilfe hat demgemäß grundsätzlich die Person, zu deren Haushalt ein Kind gehört. Wenn die Eltern mit ihrem Kind im gemeinsamen Haushalt leben, gilt aufgrund der gesetzlichen Vermutung gemäß § 2 Abs. 1 FLAG die Mutter als haushaltsführende Person und hat somit vorrangig Anspruch auf die Familienbeihilfe. Dem anderen Elternteil kann die Beihilfe dann gewährt werden, wenn er nachweist, dass er den Haushalt überwiegend führt, oder die Mutter auf ihren Anspruch schriftlich verzichtet.

Entscheidend für den Anspruch auf Familienbeihilfe ist demgemäß nicht die polizeiliche Meldung, sondern die einheitliche Wirtschaftsführung jenes Haushaltes, in dem das Kind tatsächlich lebt.

- Mit Vereinbarung vom 29.5.2006 vor dem Bezirksgericht X zu ... vereinbarte die Einschreiterin mit dem Vater des mj. E...., dass sich der mj. E. ... künftig hauptsächlich beim Vater aufhalten wird
- und verpflichtete sich die Einschreiterin ab 1.9.2006 zu monatlichen Unterhaltszahlungen für den mj. E. ... deswegen, weil sich der mj. E. ... tatsächlich erst seit 1.9.2006 im Haushalt seines Vaters in der Weise aufhält, dass er bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit ihm teilt.

Wenn nun in der Berufungsvorentscheidung darauf hingewiesen wird, dass die Familienbeihilfe für den Zeitraum von April 2006 bis Juli 2006 dem Kindesvater, Herrn..., aufgrund der Vereinbarung vom 29.5.2006 bereits gewährt wurde, so ist nicht nachvollziehbar, aus welchem Grund die Familienbeihilfe dem Kindesvater bereits ab April 2006 aufgrund einer Vereinbarung vom 29.5.2006 gewährt wurde. Aus dieser Vereinbarung geht in keiner Weise hervor, dass der mj. E. bereits seit April 2006 zum Haushalt seines Vaters gehört.

Die Einschreiterin hat bereits in ihrer Berufung ausgeführt, dass der Hauptwohnsitz des mj. E. noch vor seinem Schuleintritt nur deshalb geändert wurde, um für den mj. E. den für ihn vorgesehenen Schulplatz zu erreichen. Tatsächlich lebte der mj. E. während des Zeitraumes von April 2006 bis Juli 2006 in der Weise im Haushalt seiner Mutter, dass er bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Woh-

nung mit ihr teilte. Erst seit Schulbeginn, nämlich seit September 2006 ist der mj. E. als haushaltszugehörig zum Haushalt seines Vaters anzusehen...”

Mit Schreiben vom 9. April 2008 wurde Herr Ing.Z. ersucht, die folgenden Fragen als Zeuge zu beantworten und die angeforderten Unterlagen vorzulegen:

„Aufgrund Ihres Antrages wurde Ihnen Familienbeihilfenbeihilfe für E. Z. ab April 2006 zuerkannt; in weiterer Folge hat das Finanzamt bei der Kindesmutter Bw. Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. April 2006 bis 31. Juli 2006 rückgefordert. In der dagegen gerichteten Berufung bringt sie vor, es sei zwar zutreffend, dass das Kind ab September 2006 bei Ihnen wohne. Für Zeiträume davor sei allerdings E. bei der Kindesmutter haushaltszugehörig gewesen. Überdies habe sie die Kosten des Kindergartens getragen, habe ihn betreut und eingekleidet.

Dem unabhängigen Finanzsenat liegt weiters die Vereinbarung vom 29.5.2006 vor, vor dem BG X abgeschlossen zwischen Ihnen und der Kindesmutter. In Punkt 1 dieser Vereinbarung heißt es zwar, dass sich das Kind künftig hauptsächlich beim Vater aufhalten soll; absolute Klarheit darüber, bei wem das Kind bis zum Schuleintritt tatsächlich überwiegend gewohnt hat, lässt sich aber auch hieraus nicht gewinnen, da lt. Punkt 2 das Kind jeweils genau die Hälfte der Zeit bei Mutter und Vater verbringt. Weiters ist die im Vorlageantrag getroffene Angabe zutreffend, wonach aufgrund der Vereinbarung nicht beurteilt werden kann, wo sich E. im April und Mai 2006 aufgehalten hat.

Sie werden daher um Bekanntgabe gebeten, welche Zeiten E. in den Monaten April bis Juli 2006 tatsächlich bei Ihnen und der Kindermutter verbracht hat. Entscheidungsrelevant kann weiters sein, wer in diesem Zeitraum für E. überwiegend Unterhalt geleistet hat. Sie werden daher gebeten, die Ihnen erwachsenen Kosten aufzulisten und allenfalls – soweit vorhanden – Belege hierfür vorzulegen...”

Herr Ing. Z. machte dazu folgende schriftliche Zeugenaussage:

„Zur Beurteilung der Berechtigung eines Anspruches auf Familienbeihilfe für den Zeitraum von 1. April 06 bis 31. Juli 06 gebe ich die von **Fr. B tatsächlich konsumierten Besuchszeiten** im Folgenden bekannt (Kiga = Kindergarten, KigaAbhol- und Kiga-Bring-Tage werden der Einfachheit halber als 0,5 Tage betrachtet).

Allein aufgrund der Art der Aufteilung ist ersichtlich, dass es sich um das Besuchsrecht von Fr. B handelt. **Es ist somit klar ersichtlich, dass E. auch während des Zeitraumes vom 1. April 06 bis 31. Juli 06 bei mir wohnte.**

April:	von: 5. Kiga abholen	bis: 11. Kiga bringen	entspricht:	6 Tage
	von: 18. Kiga abholen	bis: 24. Kiga bringen	entspricht:	6 Tage
	von: 26. Kiga abholen	bis: 28. Kiga bringen	entspricht:	2 Tage
			ergibt:	14 Tage
Mai:	von: 3. Kiga abholen	bis: 9. Kiga bringen	entspricht:	6 Tage
	von: 13. NM zu Fr. Ü. bringen	bis: 14. Mittag	entspricht:	1 Tag
	von: 24. Kiga abholen	bis: 28. VM	entspricht:	4 Tage
	von: 29. Kiga abholen	bis: 31.	entspricht:	2,5 Tage
			ergibt:	13,5 Tage
Juni:	von: 1.	bis: 2. früh v. Fr. 0. abh.	entspricht:	1 Tag
	von: 8. Kiga abholen	bis: 11. früh v. Fr. 0.	entspricht:	2,5 Tage
	von: 14. NM zu Fr. Ü. bringen	bis: 16. Kiga bringen	entspricht:	2 Tage
	von: 17. abends zu Fr. 0. bringen	bis: 19. Kiga bringen	entspricht:	1,5 Tage
	von: 26. Kiga abholen	bis: 30. NM	entspricht:	4,5 Tage
			ergibt:	11,5 Tage
Juli:	von: 8. NM zu Fr. Ü. bringen	bis 18. früh v. Fr. Ü.	entspricht:	9,5 Tage
	von: 28. Mittag zu Fr. U. bringen	bis 31.	entspricht:	3,5 Tage

			ergibt:	13 Tage
--	--	--	---------	----------------

Die Aufenthalte von E. sind aufgrund von Kalendereintragung im entsprechenden Zeitraum genau nachvollziehbar. Die Behauptung von Fr. B, E. sei im Zeitraum von 1. April 06 bis 31. Juli 06 bei ihr haushaltszugehörig gewesen, ist demnach sachlich unrichtig.

Im Folgenden stelle ich meine Aufwendungen für E., sofern noch Belege aus diesem Zeitraum vorhanden sind, dar.

Ich lege die **Kopien von Rechnungen über Bekleidung (Beilagen 1 bis 3)** bei, sofern ich die entsprechenden Rechnungen aus dem Jahr 2006 aufbewahrt habe.

Ich lege die **Kopien von Rechnungen über Spielsachen, Bastelmaterial u.ä. Ausgaben (Beilagen 4 bis 16)** bei, sofern ich die entsprechenden Rechnungen aus dem Jahr 2006 aufbewahrt habe.

Ich lege die **Kopien von Rechnungen über Ausstattungen u.ä. Ausgaben (Beilagen 17 bis 24)** bei, sofern ich die entsprechenden Rechnungen aus dem Jahr 2006 aufbewahrt habe.

Ich lege die **Kopien der Rechnungen (Beilagen 26 bis 35)** bei, die belegen, dass ich **das Zimmer von E. komplett ausgebaut habe, was ein weiterer aussagekräftiger Hinweis dafür ist, dass der hauptsächliche Aufenthalt von E. tatsächlich bei mir war**, da ich, wäre es nicht so, kein Zimmer für E. komplett ausbauen müsste.

Ich lege die **Kopien der Arzthonorare (Beilagen 36 bis 37)** bei, die ich für E. bezahlt habe. **Dass ich mich um die medizinische Betreuung von E. gekümmert habe und die Rechnungen dafür bezahlt habe, ist ein weiterer aussagekräftiger Hinweis dafür, dass ich mich hauptsächlich um E. gekümmert habe**, und nicht Fr. B, wie diese sachlich unrichtig behauptet...

Mit Schreiben vom 1. Juli 2008 wurden der Bw. die entscheidungswesentlichen Teile der schriftlichen Zeugenaussage des Kindesvaters vom 7. April 2008 zur Kenntnis gebracht, derzufolge E. Z. sich auch in den Monaten April bis Juli 2006 überwiegend bei ihm aufgehalten und er überdies die überwiegenden Kosten getragen habe.

Die Bw. nahm mit Schreiben vom 28. Juli 2008 hierzu wie folgt Stellung:

„...Die Darstellung des Kindesvaters Ing.Z., wonach sich der mj. E. Z. während der Monate April bis Juli 2006 überwiegend bei ihm aufgehalten und er überdies die überwiegenden Kosten getragen habe, ist **unrichtig**.

1. Die Einschreiterin und Kindesmutter hat anhand ihrer Kalenderaufzeichnungen die Zeiträume, während der sich der mj. E. Z. in ihrem Haushalt aufgehalten hat, wie folgt nachvollzogen:

<u>April 2006:</u>	
Von 5. (vom Kindergarten abholen) bis 11. (in Kindergarten bringen) entspricht	6 Tage
Von 12. (vom Kindergarten abholen) bis 14. (in Kindergarten bringen) entspricht	2 Tage
Von 18. (vom Kindergarten abholen) bis 24. (in Kindergarten bringen) entspricht	6 Tage
Von 26. (vom Kindergarten abholen) bis 28. (in Kindergarten bringen) entspricht	2 Tage
zusammen	16 Tage
<u>Mai 2006:</u>	
Von 3. (vom Kindergarten abholen) bis 9. (in Kindergarten bringen) entspricht	6 Tage
Von 10. (vom Kindergarten abholen) bis 12. (in Kindergarten bringen) entspricht	2 Tage
Von 13. (Nachmittag zu Hause) bis 14. (Mittag zu Hause) entspricht	1 Tag
Von 17. (vom Kindergarten abholen) bis 22. (in Kindergarten bringen) entspricht	2 Tage
Von 29. (vom Kindergarten abholen) bis 31. (in Kindergarten bringen) entspricht	2 Tage
zusammen	18 Tage
<u>Juni 2006:</u>	
Von 1. (vom Kindergarten abholen) bis 3. (zu Hause) entspricht	2 Tage
Von 6. (vom Kindergarten abholen) bis 11. (zu Hause) entspricht	4,5 Tage
Von 14. (in der Früh) bis 29. (in Kindergarten bringen) entspricht	5 Tage

Von 26. (vom Kindergarten abholen) bis 30. (in Kindergarten bringen) entspricht	4 Tage
zusammen	15,5
Juli 2006:	
Von 4. (vom Kindergarten abholen) bis 18. (zu Hause) entspricht	13,5 Tage
Von 28. (Mittag) bis 31. (abends) entspricht	3 Tage
zusammen	16,5
August 2006:	
Von 8 bis 30. entspricht	22 Tage

Demnach hat sich der mj. E. Z. während des Zeitraumes von 1. April 2006 bis einschließlich August 2006 überwiegend im Haushalt der Einschreiterin aufgehalten. Die Darstellung des Kindesvaters Ing.Z. entspricht daher nicht den Tatsachen. Vermerkt sei dazu, dass der mj. E. Z. während dieser Zeit am Mittwoch immer in Begleitung seiner Mutter Klavierunterricht besucht hat. Daher hat er sich am Mittwoch stets bei der Einschreiterin aufgehalten.

- Der Kindesvater Ing.Z. hat auch keineswegs die überwiegenden Kosten während dieser Zeit getragen. Während der Monate April 2006 bis Juni 2006 hat die Einschreiterin die Kindergartenbeiträge für den mj. E. Z. von monatlich jeweils etwa € 80,00 getragen. Im Juli und im August 2006 sind keine Kindergartenkosten angefallen.

Unrichtig ist auch, dass der Kindesvater Ing.Z. sich um die medizinische Betreuung des mj. E. gekümmert hätte. Tatsächlich war der mj. E. Z. während der Monate April bis Juli 2006 - mit Ausnahme einer Leistenbruchoperation am 11. Juni 2006 - nicht krank. Der Kindesvater Ing.Z. wollte aber unbedingt, dass der mj. E. einen Homöopathen wegen eines Schnupfens aufsucht. Die Einschreiterin war - im Gegensatz zum Kindesvater - der Meinung, dass ein Kind wegen eines Schnupfens nicht unbedingt einen Arzt aufsuchen muss.

Tatsächlich hat die Einschreiterin die überwiegenden Kosten für den mj. E. während der Monate April bis Juli 2006 getragen. Unter Einem legt sie aber die noch vorhandenen Rechnungen über folgenden Aufwand vor:

01.04.2006 Spielwaren	44,99 €
07.04.2006 Bastelbedarf	4,33 €
25.04.2006 Fotos	17,00 €
27.05.2006 Kinderschuhe	54,90 €
06.06.2008 Kinderschuhe	44,90 €
16.06.2006 Kleidung	91,60 €
30.06.2006 Schulranzen	94,49 €
01.07.2007 Schuhe	24,95 €
26.07.2007 Reisekoffer für ein Kind	190,00 €
01.08.2008 Kleidung	47,20 €
02.08.2006 Kleidung	303,35 €
03.08.2006 Regenschirm	22,90 €
04.08.2006 Kleidung	47,95 €
14.08.2006 Spiel	149,90 €
14.08.2006 Kleidung	55,00 €
14.08.2006 Spiele	106,75 €
14.08.2006 Kleidung	60,00 €
18.09.2006 Kinderschreibtisch	73,99 €
02.11.2006 Kleidung	44,90 €
16.11.2006 Kleidung	130,50 €

Bei den angeführten Kosten handelt es sich nur um einen kleinen Teil des von der Einschreiterin für den mj. E. tatsächlich getragenen Aufwandes. Dies deswegen, weil die Einschreiterin nicht mehr sämtliche Rechnungen für diese Kosten aus dem Jahr 2006 aufbewahrt hat.

Beweis: Einvernahme von Frau Bw., Zahlungsbelege für die angeführten Ausgaben für den Zeitraum April bis November.“

Weiters liegt die zwischen der Bw. und dem Kindesvater vor dem Bezirksgericht X getroffene Vereinbarung im Akt auf, die wie folgt lautet:

„...1) Die Obsorge für den mj. E. Z. verbleibt weiter beiden Eltern.

Das Kind soll sich künftig **hauptsächlich beim Vater** aufhalten.

2) Bezüglich der Kontakte des Minderjährigen zur Mutter wird vereinbart, dass E. **bis Schuleintritt** in einem 14 Tage-Rhythmus am Mittwoch Nachmittag von der Mutter vom Kindergarten abgeholt wird und am darauf folgenden Montag früh wieder in den Kindergarten gebracht wird. In der Folgewoche wird E. wieder Mittwoch Nachmittag von der Mutter vom Kindergarten abgeholt und am darauf folgenden Freitag früh wieder dorthin zurückgebracht.

Ab Schuleintritt wird E. im 14 Tage-Rhythmus von der Mutter Freitag Nachmittag von der Schule/Nachmittagsbetreuung abgeholt und am folgenden Montag früh wieder in die Schule gebracht. In der darauf folgenden Woche wird E. durch die Mutter am Montag Nachmittag von der Schule/Nachmittagsbetreuung abgeholt und am Mittwoch früh wieder in die Schule gebracht.

Für den Fall, dass die Kindesmutter aufgrund beruflicher Notwendigkeiten einzelne Termine nicht einhalten kann, werden zwischen den Eltern nach Maßgabe der Möglichkeiten Ersatztermine frei vereinbart.

3) **Die Mutter** verpflichtet sich, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag für den mj. E. Z., geb. 1999, von € 200,-- ab 1.9.2006 bis auf weiteres, längstens bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit, zuhanden des jeweiligen Vertreters, das ist derzeit der Vater, zu bezahlen, fällig am Ersten des jeweiligen Monats im voraus...“

Der Kindesvater hat ferner eine inhaltsgleiche Vereinbarung zwischen den Kindeseltern, datiert bereits mit 6.4.2006, vorgelegt, die offensichtlich danach vom Bezirksgericht X pflegschaftsbehördlich genehmigt wurde.

Laut Abfrage aus dem Zentralen Melderegister hatte E. vom 31. Mai 2002 bis 6. März 2006 einen Hauptwohnsitz in 1180 Wien, S-Gasse (Unterkunftgeber: Bw.). Seit 6. März 2006 lautet der Hauptwohnsitz auf 1220 Wien, DP (= Hauptwohnsitz Kindesvater). Des Weiteren war E. vom 6. März 2006 bis 9. Mai 2007 mit einem Nebenwohnsitz bei der Bw. in 1180 Wien, S-Gasse, gemeldet.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gesetzliche Bestimmungen

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) hat die Person 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.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Nach der ständigen Recht-

sprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes, wobei es unmaßgeblich ist, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt. Wohl kommt es darauf an, dass über diese Mittel im Rahmen einer einheitlichen Wirtschaftsführung verfügt wird. Die Bedürfnisse des Kindes müssen daher in dieser einheitlichen Wirtschaftsführung entsprechend Berücksichtigung finden.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG erlischt der Familienbeihilfenanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine in § 46 FLAG genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, dass die Rückzahlungspflicht gemäß § 26 Abs. 1 FLAG ausschließlich den Bezieher der Familienbeihilfe trifft. Diese Bestimmung normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist somit lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (VwGH 15.5.1963, 904/62; 16.2.1988, 85/14/0130, 31.10.2000, 96/15/0001).

Gemäß § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist.

Im vorliegenden Fall kommt es nicht auf die gemeinsame Obsorge an, sondern vielmehr auf die tatsächlich vorliegenden Verhältnisse in Bezug auf die Haushaltszugehörigkeit (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft). Steht nämlich fest, dass gemäß § 2 Abs. 5 FLAG zu einem Elternteil Haushaltszugehörigkeit vorliegt, so hat jedenfalls dieser Anspruch auf Familienbeihilfe.

Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (VwGH 22.10.1971, 336/70). Polizeiliche Meldebestätigungen stellen lediglich ein - widerlegbares - Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar, sind jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern (VwGH vom 23.3.1981, 17/1388/80).

Angenommener Sachverhalt

Die Berufungsbehörde nimmt es als erwiesen an, dass E. im strittigen Zeitraum (April bis Juli 2006) als dem Haushalt seines Vaters zugehörig anzusehen war.

Diese Beurteilung gründet sich auf folgende Umstände:

Unstrittig ist, dass sich E. von April bis Juli 2006 teilweise im Haushalt seines Vaters und teilweise im Haushalt seiner Mutter aufgehalten hat. Unstrittig und glaubwürdig ist weiters, dass die Kindeseltern für ihren Sohn diverse Aufwendungen getätigt haben.

Aus dem Beschluss des Bezirksgerichtes X ergibt sich Folgendes:

Bis Schuleintritt erfolgten die Kontakte in einem 14 Tage-Rhythmus.

Mutter	Mittwoch nachmittag	Montag früh	4 ½ Tage
Vater	Montag nachmittag (Vormittag Kindergarten)	Mittwoch früh	1 ½ Tage
Mutter	Mittwoch nachmittag	Freitag früh	1 ½ Tage
Vater	Freitag Nachmittag (Vormittag Kindergarten)	Mittwoch früh	4 ½ Tage

Vergleicht man nun die vom Kindesvater in der schriftlichen Zeugeneinvernahme angegebenen Besuchstage bei der Bw. mit denen von ihr selbst in der Stellungnahme vom 28. Juli 2008 angegebenen, so ergeben sich Divergenzen, und zwar:

April:

Laut Angaben des Kindesvaters war E. vom 5. bis 11., vom 18. bis 24. und vom 26. bis 28. April im Haushalt der Bw. Laut Bw. war E. auch vom 12. bis 14. April (2 Tage) bei ihr. Dies würde bedeuten, dass E., nicht wie vom Kindesvater angegeben 14, sondern 16 Tage bei der Bw. verbracht hat.

Mai:

Laut Kindesvater befand sich E. vom 3. bis 9., 13. nachmittag bis 14. Mittag, 24. bis 28. vormittag und vom 29. bis 31. Mai im Haushalt der Bw. Laut Bw. befand sich E. zusätzlich vom 10. bis 12. und vom 17. bis 22. Mai bei ihr. Demgemäß hätte E. sich, nicht wie vom Kindesvater angegeben, 13,5 Tage, sondern 20,5 Tage in ihrem Haushalt befunden.

Juni:

Laut Kindesvater befand sich E. in diesem Monat vom 1. bis 3., 8. bis 11., 14. bis 16., 17. bis 19. und vom 26. bis 30. im Haushalt der Bw.

Den Angaben der Bw. zufolge, befand sich E. vom 1. bis 2. und vom 6. bis 11. (Angaben KV) in ihrem Haushalt. Betreffend der anderen Besuchstage besteht Übereinstimmung. Dies bedeutet einen Tag Unterschied zu Gunsten der Bw.

Juli:

Laut Kindesvater hielt sich E. vom 8. bis 18. früh bei der Bw. auf. Laut Angaben der Bw. befand sich E. vom 4. bis 18. in ihrem Haus. Betreffend 28. bis 31. stimmen die Angaben der Bw. mit jenen des Kindesvater überein. Somit hätte E. in diesem Monat nicht wie vom Kindesvater angegeben 13, sondern 17 Tage bei der Bw. verbracht.

Daraus ergibt sich, dass sich E. bei der Bw. wie folgt aufgehalten hat:

Monat	Angaben Bw.	Angaben Kindesvater
April	16	14
Mai	20,5	13,5
Juni	12,5	11,5
Juli	<u>17</u>	<u>13</u>
	66	52

Anmerkung: Der unabhängige Finanzsenat ist bei der Berechnung der Besuchstage so vorgegangen, dass jeweils die Übernachtungen mit einem Tag berechnet wurden.

Da die Berechnung gesondert für jeden Monat vorzunehmen ist, ergibt sich, dass sich E. im Juni **nicht** überwiegend bei der Bw. aufgehalten hat. Für die übrigen Monate divergieren die Angaben der Eltern teilweise beträchtlich. Somit konnte in diesem Punkt absolute Klarheit nicht erreicht werden; auch die Aufstellungen der Eltern über ihre jeweils im Interesse des Kindes geleisteten Zahlungen lassen keinen eindeutigen Rückschluss zu, von wem die höheren Beiträge zur Wirtschaftsführung geleistet wurden.

Um im vorliegenden Berufungsfall zu einem exakten Ergebnis zu gelangen, müsste wohl nicht nur die Anzahl der Besuchstage, sondern auch die pro Tag angefallenen Besuchsstunden von E. bei der Bw. berechnet werden.

Es kann aber nicht im Sinn des Gesetzgebers sein, eine derartige Berechnung vorzunehmen. Abgesehen davon wäre eine stundenweise Berechnung nur dann sinnvoll, wenn nachweislich feststehen würde, dass E. sich tatsächlich zu den von der Bw. bzw. dem Kindesvater angegebenen Zeiten in deren Haushalten befunden hätte. Die Besuchszeiten wurden aber sowohl von der Bw. als auch vom Kindesvater nur in Form von Kalenderaufzeichnungen festgehalten. Somit musste hilfsweise auf die Indiziencharakter darstellende polizeiliche Meldung sowie die Vereinbarung zwischen den Eltern zurückgegriffen werden.

Den Meldedaten zufolge war E. ab 6. März 2006 bei seinem Vater hauptwohnsitzgemeldet. Es mag zwar durchaus zutreffen, dass dies (vor allem) deshalb geschehen ist, um dem Sohn den für ihn vorgesehenen Schulplatz zu verschaffen. Aber bereits dadurch ist die größere Nahebeziehung zum Haushalt des Vaters augenfällig dokumentiert.

Weiters geht aus Punkt 1 der von den Kindeseltern bereits am 6.4.2006 abgeschlossenen Vereinbarung hervor, dass sich das Kind künftig – also ganz offensichtlich bereits ab April 2006 – hauptsächlich beim Vater aufhalten soll.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus:

Unter Berücksichtigung dieser Umstände kann daher davon ausgegangen werden, dass es wesentlich wahrscheinlicher ist, dass das Kind als zum Haushalt seines Vaters angehörig anzusehen war, wie dies auch ab dem Monat September 2006, der unmittelbar auf den Streitzeitraum folgt, jedenfalls eindeutig gegeben ist.

Wien, am 25. September 2008