



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 30. Juni 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 9. Juni 2004 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Dezember 2002 bis Mai 2004 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben: Der angefochtene Bescheid wird betreffend die Monate Dezember 2002 bis April 2003 aufgehoben, im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (im folgenden Bw.) ist I. Staatsbürgerin und beantragte mit Eingabe vom 18. Februar 2002 die Gewährung der Familienbeihilfe ab Dezember 2002 für die Tochter T., geb. am Datum. Auf dem Antragsformular gab die Bw. an, dass sie vom Ehemann (Kindesvater), einem österreichischen Staatsbürger, getrennt lebe. Ein an das zuständige Bezirksgericht gestellter Antrag der Bw. vom 20.11.2002 auf Erlassen einer einstweiligen Verfügung (Wegweisung des Ehemannes) wurde in Kopie vorgelegt. Das Finanzamt forderte vom Kindesvater die bezogenen Familienbeihilfenbeträge zurück und gewährte der Bw. die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge ab Dezember 2002.

Mit Bescheid vom 9. Juni 2004 forderte das Finanzamt die von der Bw. für deren Tochter für den Zeitraum vom Dezember 2002 bis Mai 2004 bezogenen Beträge an Familienbeihilfe in Höhe von € 1.897,20 und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von € 916,20 als zu Unrecht bezogen zurück und verpflichtete die Bw. gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs. 4 EStG 1988

den Rückforderungsbetrag in Höhe von € 2.813,40 zurückzuzahlen. Das Finanzamt begründete den Rückforderungsbescheid nach auszugsweiser Zitierung des § 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 damit, dass die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen worden sei, weil die Bw. sich noch keine 60 Kalendermonate in Österreich aufhalte, bei keinem Dienstgeber beschäftigt sei und von Ihrem österreichischen Ehegatten und Vater des Kindes seit 10.11.2002 getrennt lebe bzw. seit 9/2003 geschieden sei.

Mit Eingabe vom 29. Juni 2004 brachte die Bw. Berufung gegen den Rückforderungsbescheid ein und führte in der Begründung im Wesentlichen aus, der Rückforderungszeitraum sei nicht richtig. Die Ehe sei im September 2003 geschieden worden, der Ex-Ehemann sei im April 2003 ausgezogen (Wegweisung durch die Polizei nach Misshandlung der Bw.), dazwischen sei er wieder in der gemeinsamen Wohnung gewesen.

Nach einem Ergänzungsersuchen des Finanzamtes vom 2. Juli 2004 die Bw. möge den gemeinsamen Haushalt mit dem damaligen Ehemann durch geeignete Mittel glaubhaft machen, legte die Bw. eine Heiratsurkunde (zweite Ehe der Bw.) sowie einen Beschluss des Bezirksgerichtes (BG) vom 4.6.2003 in Kopie vor.

Das Finanzamt gab der Berufung teilweise (für den Monat April 2003) statt und begründete die Berufungsvorentscheidung nach Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmungen wie folgt:

„... Sie wurden mit Schreiben vom 2.7.2004 ersucht, mit geeigneten Mitteln nachzuweisen, in welchen Zeiträumen nach Erlassung der einstweiligen Verfügung vom 20.11.2002 betreffend das Verlassen der gemeinsamen Wohnung des damaligen Ehepartners ein gemeinsamer Haushalt mit diesem wieder gegeben war.

Sie konnten nach Vorlage des Beschlusses des Bezirksgerichts H. S. vom 4.6.2003 glaubhaft machen, dass die häusliche Gemeinschaft in der Zeit vom 6.4. bis 21.4.2003 wieder aufrecht war. Es können daher die Bestimmungen des § 3 Abs. 3 FLAG für den Monat April 2003 zur Anwendung kommen. Die Rückforderung wurde daher um den Betrag der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für April 2003, das sind um € 156,30 reduziert.“

Mit Eingabe der Bw. vom 16.9.2004 – bezeichnet als Berufung gegen die Berufungsvorentscheidung und vom Finanzamt als Vorlageantrag gewertet (mit gleichem Schreiben stellte die Bw. auch einen Antrag gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967) - führte die Bw. ergänzend aus (auszugsweise Wiedergabe):

„Ich habe am 9.6.2004 einen Bescheid über die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum ab 1.12.2002 bis zum 1.5.2004 erhalten. Begründet wird dieser Bescheid damit, da der gemeinsame Haushalt mit meinem früheren Ehemann aufgrund einer Wegweisung und schließlich wegen der Scheidung weggefallen ist, und ich persönlich das rechtliche Erfordernis für die Zuerkennung von der Familienbeihilfe nicht erbringen konnte.

Ich lebe aufgrund der Eheschließung am 7.8.2001 mit dem gebürtigen österreichischen Staatsbürger, Herrn Exm. seit dem 2.9.2001 in Österreich. Ich habe am Datum meine Tochter, To., geboren, die österreichische Staatsbürgerin ist.

Kurze Zeit nach der Eheschließung stellte sich heraus, dass mein Ehemann mir gegenüber sowohl in physischer als auch in psychischer Hinsicht wiederholt massiv gewalttätig wurde. Diese Gewalttätigkeiten sind bei der Polizei bekannt.

Im Zuge einer solchen Auseinandersetzung habe ich am 10.11.2002 und auch nach diesem Zeitraum z.B. am 6.4.2003 Wegweisungen (Beilagen) gegen meinen damaligen Ehemann erwirken müssen, diesen Wegweisungen wurde auch stattgegeben. Im Wissen, der finanziellen und existentiellen Abhängigkeit zu meinem damaligen Ehemann habe ich mich immer wieder bemüht, die Beziehung trotzdem fortzusetzen und habe auf Besserung der Situation gehofft. Ich habe Herrn ... daher trotz Wegweisung wieder in die Wohnung einziehen lassen.

Kurze Zeit später am 21.4.2003 kam es wieder zu einer Auseinandersetzung, wie dies bereits öfter der Fall war und infolge dessen zum Einschreiten der Polizei.

Das Bezirksgericht Adresse, hat diesem weiteren Antrag auf Wegweisung nicht stattgegeben und den diesbezüglichen Beschluss damit begründet, dass wegen der Streitigkeiten und des übermäßigen Alkoholkonsums, sowie Belästigungen seitens des Ehemannes die strenge Maßnahme einer einstweiligen Verfügung (Wegweisung) nicht angemessen war, da es zu keinen Tötlichkeiten gekommen wäre.

Nach weiteren Auseinandersetzungen, die ebenfalls Polizeieinsätze erforderten, verließ er die Wohnung um nach mehreren Tagen wieder in der ehelichen Wohnung einzuziehen.

Insgesamt wohnte mein geschiedener Ehemann, Herr Exm., trotz der wiederholt notwendig gewordenen Polizeieinsätze, die eine Wegweisung zum Ziel gehabt haben, weiterhin überwiegend in der ehelichen Wohnung.

Mein geschiedener Ehemann ist seinen Unterhaltspflichten gegenüber unserem Kind und mir nicht bzw. nicht im ausreichenden Maße nachgekommen. Ich war daher gezwungen ihn schon während der aufrechten Ehe auf Unterhalt zu klagen (Beilage 30.5.2003).

Erschwerend kommt hinzu, dass mein früherer Ehemann sich wiederholt in stationärer psychiatrischer Behandlung (A.) befunden hat.

Wegen all dieser Vorkommnisse war ich gezwungen die Scheidung zu betreiben. In der Folge wurde die Ehe am 29.9.2003 geschieden, dies ist seit 6.11.2003 rechtskräftig. Die Obsorge über das Kind To. steht alleine mir zu. Der Kindesvater ... ist zur Leistung des Unterhaltsanspruches verpflichtet.

Mein früherer Ehemann muss für das gemeinsame Kind ... einen Unterhaltsbetrag in der Höhe von € 50.- pro Monat leisten. Dieser Betrag ist keinesfalls lebenskostendeckend. Herr ... ist arbeitslos und bezieht derzeit Notstandshilfe.

Da ich noch nicht 5 Jahre in Österreich lebe, habe ich gemäß § 3 des FLAG auch keinen eigenständigen Anspruch auf Familienbeihilfe. Ich kann und konnte wegen der Betreuungspflichten keiner Erwerbstätigkeit nachgehen.

Herr ..., der im gemeinsamen Haushalt gelebt hat, erbrachte die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe alleine schon wegen seiner Staatsbürgerschaft.

Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag wurden daher, ebenso wie der Anspruch auf Kinderbetreuungsgeldanspruch von meinem Ehemann abgeleitet. Dieser Zustand hat mich von ihm verstärkt abhängig gemacht.

Der § 3 Abs. 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) legt folgendes fest:

Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt kein österreichischer Staatsbürger, genügt für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist und die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 2 FLAG (ua. Vorliegen des gemeinsamen Haushalt) erfüllt.

Es wurde daher von Seiten des og. Finanzamtes die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag ab dem Monat Dezember 2002 bis Mai 2004 zurückgefordert. Die Rückforderung hat damit auch Zeiträume erfasst, in denen die Ehe noch aufrecht war, und mein früherer Ehemann zumindest noch überwiegend im gemeinsamen Haushalt gewohnt hat. Dies ist dadurch belegbar, weil ich auch nach der ersten Wegweisung noch einige Male einen Antrag auf Wegweisungen infolge von Gewalttätigkeiten des ... stellen musste (Beilage).

... hat die Wohnung nicht von einem Tag auf den anderen Verlassen, sondern hat abwechselnd immer wieder wo anders z.B. in der K. oder in einer Unterkunft der M. tageweise Quartier genommen. Dieses Hin und Her erstreckte sich über einen längeren Zeitraum, es stimmt daher nicht, dass der gemeinsame Haushalt tatsächlich schon am 1.12.2002 weggefallen wäre.

Erst aufgrund der Scheidungsvereinbarung ist endgültig mit all seinen Fahrnissen aus der ehelichen Wohnung ausgezogen, nachdem er die Mietrechte an der ehelichen Wohnung an mich im Zuge der Scheidung abgetreten musste.

Ich bin des weiteren der Ansicht, dass ich aufgrund der Bestimmung des § 2 Abs. 2 FLAG aus folgender Überlegung für meine Tochter, die österreichische Staatsbürgerin ist, Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben ist:

Im § 2 Abs. 2 des FLAG ist bestimmt, dass Anspruch auf Familienbeihilfe die Person hat, 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 anspruchsberechtigt ist.

Der Kindesvater hat aufgrund der Scheidungsvereinbarung (Beilage) eine Unterhaltsverpflichtung gegenüber dem gemeinsamen Kind. Dieser Unterhaltsverpflichtung kommt der Kindesvater zwar nur in sehr geringen Umfang und äußerst schleppend nach, doch ist der vom Gericht vorgeschriebene Geldbetrag höher, als die Geldmittel, die mir persönlich für das Kind zur Verfügung stehen. Damit bestreitet der Kindesvater - zumindest dem Gesetz nach - überwiegend den Unterhalt. Abgeleitet von dieser Bestimmung und von der Unterhaltsverpflichtung des Kindesvaters würde für mein Kind, das österreichische Staatsbürgerin ist, meiner Ansicht nach die Familienbeihilfe zustehen.

Ich konnte im Zeitpunkt der Antragstellung auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag noch nicht erkennen, dass das Verhalten meines Ehemannes unausweichlich zur Scheidung und zum Wegfall des gemeinsamen Haushaltes führen würde. Ich bin daher der Ansicht, dass ich die Familienbeihilfe keinesfalls zu Unrecht erhalten habe.

Ich sah mich jedenfalls gezwungen Schritte zur Beendigung dieser zerrütteten Ehe, die durch Gewalttätigkeiten gekennzeichnet war zu setzen. Eine Weiterführung des gemeinsamen Haushaltes konnte ich schon meinem Kind nicht zumuten.

Zu meiner aktuellen persönlichen Situation möchte ich folgendes festhalten:

Ich verfüge derzeit über keine eigenen Einkünfte. Ich bin seit Datum3 in zweiter Ehe mit dem österreichischen Staatsbürger ... verheiratet. Aus dieser Ehe entstammt das Kind, ... das ich am ... geboren habe.

Mein jetziger Ehemann ... ist bei einer Personalvermittlungsfirma beschäftigt und verdient brutto € 476,82 und netto € 390,28. Aufgrund der aussichtslosen finanziellen Situation bin ich nicht in der Lage den rückgeforderten Betrag zurück zu erstatten. Auch eine Rückzahlung in Raten ist mir aus den angeführten Gründen nicht möglich. Selbst kleine monatliche Beträge würden sich bereits existenzgefährdend auswirken.

Ich stelle daher den ANTRAG auf neuerliche Überprüfung der Sachlage auch in Hinblick einer Prüfung der Bestimmungen des § 2 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes bzw. einer Behebung des Bescheides und Zuerkennung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages aus den genannten Gründen.

Sollte die Behörde zu einer anderen Rechtsauffassung kommen, stelle ich gleichzeitig den ANTRAG auf das Absehen von der Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag aus Gründen der Billigkeit gemäß § 26 Abs. 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG), betreffend den Zeitraum ab dem 1.12.2002 in der Höhe von € 2.500,80 da ich mich derzeit in einer finanziell völlig aussichtslosen Lage befinde. Darüber hinaus stelle ich den Antrag, dass mir die Familienbeihilfe wieder im vollen Umfang ausbezahlt wird.

Ich habe neuerlich den Antrag auf Kinderbetreuungsgeld für mein jüngeres Kind gestellt. Über diesen Antrag liegt noch keine Entscheidung vor.

Arbeitsverdienst meines Ehepartners: netto € 390,28

Sozialhilfe seitens der MA 12: Ausstellung liegt bei

Meine monatlichen Fixkosten belaufen sich auf folgende Beträge: € 350,00 Miete, € 95,00 Heizung, € 85,00 Strom.

Ich ersuche Sie meine Einwände sowie meine derzeitige Situation bei der Entscheidung entsprechend zu berücksichtigen.“

Das Finanzamt legte die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Im Berufungsfall ist nach den Angaben der Bw. und den von ihr vorgelegten Unterlagen für den strittigen Zeitraum von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die Bw. ist l. Staatsbürgerin, seit Datum⁴ verheiratet und hält sich laut eigenen Angaben seit 2.9.2001 in Österreich auf.

Der damalige Ehemann der Bw. (Ex) ist österreichischer Staatsbürger, die gemeinsame Tochter wurde am Datum geboren und ist ebenfalls österreichische Staatsbürgerin.

Die Ehe der Bw. wurde am 29.9.2003 geschieden, davor kam es aufgrund ehelicher Streitigkeiten mehrmals zu polizeilichen Betretungsverboten bzw. einer Wegweisungen des Ehemannes.

Laut Einstweiliger Verfügung des Bezirksgerichtes H. vom 11.12.2002, GZ xx wurde dem Ehemann - nach einem Polizeieinsatz wegen Gewalttätigkeit am 10.11.2002 - u.a. die Rückkehr in die eheliche Wohnung für die Dauer von drei Monaten verboten.

Laut Beschluss des BG H. GZ xy vom 4.6.2003 war die häusliche Gemeinschaft vom 6.4. bis 21.4.2003 wieder aufrecht; danach hat der Ehemann die Wohnung (die häusliche Gemeinschaft) unter Mitnahme seines gesamten persönlichen Eigentums verlassen.

Laut Beschluss des BG H. GZ yyy vom 15.12.2003 steht die Obsorge für die mj. Tochter der Bw. zu.

Seit Datum³ ist die Bw. in zweiter Ehe mit dem österreichischen Staatsbürger Ehemann² verheiratet, aus dieser Ehe entstammt ein Datum² geborenes Kind.

Die Bw. war laut eigener Angabe nie bei einem Dienstgeber beschäftigt und bezog laut vorgelegtem Beschluss BG H. vom 29.9.2003 über die Bewilligung von Verfahrenshilfe (übereinstimmend mit einem Sozialversicherungsdatenauszug vom 19. Mai 2004) nur Kinderbetreuungsgeld.

Strittig ist im Berufungsfall, ob die Bw. für den Zeitraum von Dezember 2002 bis Mai 2004 nach den Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 selbst bzw. - aufgrund der Zugehörigkeit des Kindes zum gemeinsamen Haushalt der Kindeseltern - nach § 3 Abs. 3 bzw. iVm § 2a Abs.1 FLAG 1967 einen „abgeleiteten“ Anspruch auf Familienbeihilfe hatte.

Die maßgebliche Rechtslage (Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der für den strittigen Zeitraum jeweils geltenden Fassung) stellt sich wie folgt dar:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) haben Personen, die die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt. Der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, kann nach § 2a Abs. 2 FLAG 1967 zugunsten des anderen Elternteiles verzichten.

§ 3 FLAG 1967 idF BGBl.Nr. 367/1991 (in Geltung vom 1.1.1992 bis 30.04.2004) lautet:

(1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.

(2) Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974.

(3) Ist ein Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2 a Abs 1), nicht österreichischer Staatsbürger, genügt für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs 1 oder 2 erfüllt.

§ 3 FLAG 1967 idF BGBl.Nr. 142/2004 (die für den strittigen Zeitraum im Mai 2004 geltende Fassung) enthält keine für den gegenständlichen Fall relevanten Änderungen.

Die Familienbeihilfe wird gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 nur auf Antrag gewährt. Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird 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.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 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.

Im gegenständlichen Fall muss die Bw. - als nicht österreichische Staatsbürgerin (und auch nicht Staatsbürgerin eines EU-Mitgliedstaates) - für den Anspruch auf Familienbeihilfe jedenfalls eine Voraussetzung nach § 3 FLAG 1967 in der für den strittigen Zeitraum anzuwendenden Fassung erfüllen.

Im Rückforderungszeitraum war die Bw. unbestritten weder bei einem Dienstgeber im Bundesgebiet beschäftigt noch hatte sie im genannten Zeitraum Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung, sodass die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs.1 leg.cit. nicht vorlagen.

Der Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 2 FLAG 1967, wonach für nicht österreichische Staatsbürger ein 5 jähriger, ständiger Aufenthalt in Österreich auch zum Anspruch führt, ist im gegenständlich strittigen Zeitraum ebenfalls nicht vorgelegen, da sich die Bw. unbestritten erst seit 2. September 2001 in Österreich aufhält. Ebenso ist die Bw. kein Flüchtling iSd des § 3 Abs. 2 FLAG 1967.

Für den Anspruch nach § 3 Abs. 3 FLAG 1967 ist es erforderlich, dass das Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört. Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteiles wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt (§ 2 a Abs 1 FLAG). Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt, nicht österreichischer Staatsbürger, genügt gem. § 3 Abs. 3 FLAG 1967 für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere im gemeinsamen Haushalt lebende Elternteil österreichischer Staatsbürger ist.

Für den Anspruch der Bw. ist somit erforderlich, dass das Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört. Die Haushaltszugehörigkeit des Kindes zur Bw. ist im gegenständlichen Fall nicht in Frage gestellt. Die Frage ist, ob die Bw. mit dem Kindesvater, der aufgrund seiner österreichischen Staatsbürgerschaft den Anspruch auf die Familienbeihilfe vermittelte, weiterhin im gemeinsamen Haushalt lebte.

Im Berufungsfall wurde der Anspruch auf Familienbeihilfe deshalb verneint, weil zufolge der einstweiligen Verfügung kein gemeinsamer Haushalt mit der Bw. vorgelegen sei, wie er von § 3 Abs. 3 FLAG durch den Verweis auf § 2a Abs. 1 leg. cit. gefordert werde. Das Finanzamt geht davon aus, die Bw. habe vom Kindesvater seit 10.11.2002 getrennt gelebt und habe - aufgrund des Beschlusses des Bezirksgerichts Innere Stadt Wien vom 4.6.2003 – nur für den Zeitraum vom 6.4. bis 21.4.2003 glaubhaft machen können, dass die häusliche Gemeinschaft der Kindeseltern wieder aufrecht war.

Die Bw. bringt dazu vor, sie habe am 10.11.2002 und auch nach diesem Zeitraum z.B. am 6.4.2003 Wegweisungen gegen den damaligen Ehemann erwirken müssen, weil dieser gegen die Bw. physische und psychische Gewalt ausgeübt habe. Im Wissen der finanziellen und existentiellen Abhängigkeit habe sie sich immer wieder bemüht, die Beziehung trotzdem fortzusetzen und habe auf Besserung der Situation gehofft. Sie habe den Ehemann daher

trotz Wegweisung wieder in die Wohnung einziehen lassen. Insgesamt habe der Kindesvater, trotz der wiederholt notwendig gewordenen Polizeieinsätze, die eine Wegweisung zum Ziel gehabt hätten, weiterhin überwiegend in der ehelichen Wohnung gelebt.

Gemäß § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat die Abgabenbehörde mit Ausnahme von offenkundigen Tatsachen und solchen Tatsachen, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Dabei hat die belangte Behörde bei mehreren Möglichkeiten diese gegeneinander abzuwägen und zu begründen, warum sie ihrer Feststellung jene Möglichkeit zugrunde legt, die sie für wahrscheinlicher hält als die andere (vgl. u.a. VwGH 20.04.2004, 2003/13/0165). Ein Vorbringen muss, um als glaubhaft zu gelten, in sich schlüssig sein, muss plausibel sein, dh. mit den Tatsachen oder der allgemeinen Erfahrung übereinstimmen. Dass dabei Zweifel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen wären, ist nicht erforderlich. (VwGH 2002/15/0020, 23.11.2004).

Die erste Wegweisung des damaligen Ehemannes der Bw. im Dezember 2002 war laut den vorgelegten Unterlagen für die Dauer von drei Monaten ausgesprochen worden („Einstweilige Verfügung“ durch das BG H. vom 11.12.2002). Nach diesen drei Monaten (im April 2003) kehrte der damalige Ehemann der Bw. jedenfalls wieder in die eheliche Wohnung zurück.

Laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird ein bestehender gemeinsamer Haushalt etwa durch gewisse durch Lebensumstände bedingte, auf nicht allzu lange Zeit berechnete Unterbrechungen des Zusammenlebens (wie etwa Krankenhaus- und Erholungsaufenthalte) nicht beseitigt (vgl. VwGH 24.01.2007, 2003/13/0141 zur Verhängung einer Untersuchungshaft)

Laut den Angaben der Bw. hat der damalige Ehemann die Wohnung auch nicht von einem Tag auf den anderen verlassen, sondern hat abwechselnd immer wieder wo anders z.B. in der K. oder in einer Unterkunft der M. tageweise Quartier genommen. Dass mit der gerichtlich verfügten Wegweisung nicht unbedingt sofort die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes erfolgte, ist nach den Ausführungen der Bw. glaubhaft. Im April (vom 6.4. bis 21.4.2003) war laut Beschluss des BG H. GZ xy die häusliche Gemeinschaft wieder aufrecht. Für den Zeitraum von Dezember 2002 bis April 2003 kann - iSd vorstehend erwähnten Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes – trotz befristeter Abwesenheit des Ehemannes vom Bestehen eines gemeinsamen Haushaltes noch ausgegangen werden.

Wie bereits ausgeführt, war die häusliche Gemeinschaft im April vom 6.4. bis 21.4.2003 laut Beschluss des BG H. vom 4.6.2003 wieder aufrecht; laut der den neuerlichen Antrag der Bw.

auf eine Schutzmaßnahme gem. § 382b EO abweisenden Begründung des Beschlusses gab die Bw im Antrag an das Bezirksgericht selbst an, dass der Ehemann nach dieser kurzfristiger Wiederaufnahme der häuslichen Gemeinschaft unter Mitnahme seines gesamten persönlichen Eigentums die Wohnung am 21.4.2003 verlassen hat.

Es entspricht der Lebenserfahrung, dass Angaben ohne Kenntnis eines Verfahrens bzw. die ersten Angaben in einem laufenden Verfahren der Wahrheit am Nächsten kommen (VwGH 20.4.2006, 2005/15/0147). Die in der Berufung bzw. im Vorlageantrag dargestellte Behauptung der Bw., der damalige Ehemann habe bis zur Scheidung weiterhin „überwiegend“ im gemeinsamen Haushalt mit der Bw. und der Tochter gelebt und sei erst aufgrund der Scheidungsvereinbarung endgültig mit all seinen Fahrnissen aus der ehelichen Wohnung ausgezogen, erweist sich damit nicht mehr als glaubhaft.

Für den Zeitraum nach der Scheidung (Oktober 2003 bis Mai 2004 wird von der Bw. selbst die Auflösung des gemeinsamen Haushaltes nicht bestritten, sie sieht jedoch ihre Anspruchsvoraussetzung wegen „überwiegender Kostentragung“ durch den Kindesvater (€ 50/Monat) gegeben. Die Bw. übersieht dabei, dass gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 nur bei gemeinsamen Haushalt der Kindeseltern ein abgeleiteter Anspruch iSd § 3 Abs. 3 FLAG 1967 möglich ist.

Somit sind nach den vorstehenden Ausführungen die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Mai 2003 bis Mai 2004 zu Unrecht bezogen worden und die Rückforderung erfolgte gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs. 4 EStG 1988 für den genannten Zeitraum zu Recht.

Da die Regelung der Rückzahlungspflicht im Sinne des § 26 FLAG nur auf den objektiv vorliegenden Sachverhalt der zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe abgestimmt ist, sind persönliche oder sonstige Umstände, die zum unrechtmäßigen Bezug geführt haben, nicht zu berücksichtigen. Derjenige, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat diese rückzuerstatten auch ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen worden sind oder nicht und ob die Rückgabe eine Härte bedeutet, eine subjektive Sichtweise ist nicht vorgesehen. Nach der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 8/1998 gestalteten Rechtslage steht einer Rückforderung auch nichts entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist (VwGH 25.01.2001, 2000/15/0183; 28.11.2002, 2002/13/0079)

Wenn die Bw. das Ersuchen stellt, auf die Rückforderung zu verzichten, ist dazu auszuführen dass auf eine nach § 26 Abs.4 FLAG 1967 bestehende Möglichkeit der Oberbehörden, von einer Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe Abstand zu nehmen, kein

Rechtsanspruch besteht und zudem eine solche Maßnahme nicht Gegenstand dieses Verfahrens sein kann, weil die Abgabenbehörde zweiter Instanz nicht Oberbehörde ist.

Soweit die Bw. eine Abgabennachsicht nach § 236 BAO ins Spiel bringt, ist sie darauf hinzuweisen, dass ein solcher Schritt durch die Abgabenbehörde eines Antrags der Bw. bedürfte, über welchen die Abgabenbehörde erster Instanz zu entscheiden hat. Der angefochtene Bescheid spricht jedenfalls nicht eine (im Instanzenzug erfolgte) Abweisung eines derartigen Antrages aus, weshalb die auf Abgabennachsicht gerichteten Ausführungen der Bw. ins Leere gehen (VwGH 09.07.2008, 2005/13/0142).

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 2. Dezember 2010