

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. über die Beschwerde des Bf., X., gegen den Bescheid des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten vom 12. Juni 2012, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum vom 1. Juni 2008 bis 30. November 2011, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.) bezog für seinen Sohn S., geb. 2001, im Streitzeitraum Juni 2008 bis November 2011 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Das Finanzamt forderte nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit Bescheid vom 12. Juni 2012 die für den Streitzeitraum bezogenen Beträge unter Hinweis auf die Bestimmungen der §§ 2 Abs. 2 und 26 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) zurück.

Der Bf. erhob gegen den Rückforderungsbescheid mit folgender Begründung Berufung:

*"Der mj. S.... ist mein Sohn aus erster Ehe und mir wurde die Obsorge allein zugesprochen. Ich hatte Anspruch auf Familienbeihilfe. Im Juni 2008 wurde er temporär ins K. M., später in die STA/PZA Heilpädagog. Zentr. H. verlegt, er wurde auch umgemeldet. Wegen der Ummeldung habe ich mich bezüglich Weitergewährung/ Anspruch auf Familienbeihilfe informiert in den aufliegenden Veröffentlichungen beim Finanzamt und im Internet, und da ich Unterhalt leistete, hatte ich auch dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn das Kind nicht zum Haushalt gehört und nicht zuletzt auch deshalb, da sonst niemand anderer anspruchsberechtigt ist.*

*Dies steht auch im § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967, daran habe ich mich gehalten.*

*In all seinen Aufenthaltszeiten besuchte ich meinen Sohn regelmäßig und holte ihn auch ab, meist für die Wochenenden im 14-Tage-Rhythmus. Zusätzlich wurde ich seitens der Jugendwohlfahrt aufgefordert zur Unterhaltsleistung von monatlich € 130,--; diesen Unterhalt leiste ich nachweislich verpflichtend. Durch die bürokratischen Aktivitäten der JWF wurde mein Sohn auch im Heim gemeldet.*

*Seit 2008 ist zudem ein offenes Obsorgeverfahren anhängig. Bisher erhielt ich auch nach mehreren Rückfragen in Heim, JWF, Gericht keine Unterlagen seitens Heim oder JWF bezüglich Nachweisen von Besuchszeiten, medizinischen Gutachten meines Sohnes, mein Recht auf Akteneinsicht wurde ebenso verweigert, was auch zu einem bis dato ebenfalls offenem Streitfall meinerseits und der JWF führte...*

*Fakt ist, dass ich für S. ... Unterhalt leiste. Soweit mir bekannt ist, hat die JWF keinen Anspruch auf Familienbeihilfe, und ich bin der einzige Anspruchsberechtigte. In der Zwischenzeit habe ich auch ein Gutachten durch einen gerichtlich beeideten Sachverständigen beantragt, dieses wurde per Bescheid BG St. Pölten v. 17. April 2012 Familiengericht in Auftrag gegeben, und es sollte binnen 12 Wochen erledigt sein. Das Gutachten ist aktuell noch nicht erledigt. Meiner Unterhaltsleistung muß ich jedoch weiter nachkommen, so wie es aussieht, bis zur Erledigung der nunmehr vierjährig dauernden Obsorgeangelegenheit.*

*Behauptungen seitens Heimen und JWF bezüglich "angeblichen" oder "erledigten" Kindesbeurlaubungen, Besuchen, Abholungen weisen Unregelmäßigkeiten und nicht korrekte Aussagen auf, weshalb ich auch dies schon mehrmals bei Gericht deponiert habe und ich deren Aussagen als nicht ganz zutreffend bezeichnet habe...*

*Aufgrund gesundheitlichen Gründen und auch mehrmaliger Arbeitslosigkeit wurden dann die Unterhaltsleistungen per Unterhaltsvorschuss geregelt, nicht zuletzt auch deshalb, weil die JWF gleich routinemäßig auch Unterhaltsexekution beantragte..."*

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 26. November 2012 unter Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 2 Abs. 2 und 5 sowie 8 Abs. 4 FLAG 1967 mit der Begründung ab, dass sich S. ab 11. April 2008 im Landesjugendheim M. und ab 17. Oktober 2011 im Heilpädagogischem Zentrum H. aufgehalten habe. Es liege dem Finanzamt eine Auflistung des Landesjugendheims M. vor, die während des dortigen Aufenthalts 14 Besuchsfahrten bestätige und eine Auflistung des Heilpädagogischen Zentrums H., die während des dortigen Aufenthalts 3 Besuchsfahrten bestätige. Andere Unterlagen seien nicht vorgelegt worden. Laut Pflegschaftsbeschluss vom 7. Juni 2008 sei der Bf. als Kindesvater zu einem monatlichen Unterhalt von € 130,-- ab 11. April 2008 verpflichtet worden. Nachweise über die tatsächlichen Unterhaltsleistungen seien nicht erbracht worden.

Die unregelmäßigen Besuche des Kindes würden keine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, somit keine Haushaltszugehörigkeit, begründen. Die durchgehende, mehr als zwei Jahre dauernde Heimunterbringung könne nicht mehr als vorübergehender Aufenthalt außerhalb der gemeinsamen Wohnung im Sinne des § 2 Abs.

5 lit. a FLAG 1967 angesehen werden. Aufgrund dessen und der nicht überwiegenden Kostentragung bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der Bf. erhob gegen die Berufungsvorentscheidung eine als Vorlageantrag zu wertende Berufung.

Darin führte er zur Begründung aus, dass das Verfahren beim BG St. Pölten noch nicht erledigt sei und ihm auch auf mehrmaliges Nachfragen nicht sämtliche relevanten Dokumente ausgehändigt worden seien, weshalb er auch nicht alles weitergeben könne. Die Angaben zu den Besuchsfahrten seien nicht den Tatsachen entsprechend.

In der Folge benannte der Bf. einige Personen als Zeugen, da die Angaben zu den "Besuchsfahrten" nicht den Tatsachen entsprechen würden. Weiters mögen die Eingänge der Alimente zum betreffenden Kind und die damit verbundene Auflistung über deren Verwendung der JWF St. Pölten überprüft werden. Dies diene auch dazu, ihm Einblick und Beweise in die Buchhaltung der JWF zu geben. Er habe Akteneinsichtsrecht; das JWF St. Pölten habe ihm dennoch bisher keinerlei Einsicht gewährt und auch nicht die angeforderten Dokumente ausgehändigt.

Er habe in den Jahren 2008 bis 2012 nicht selbst darüber Buch geführt, wie oft und wann genau und wie lange sein Sohn jeweils bei ihm gewesen sei, damit habe er erst im November 2012 begonnen.

Hingewiesen wird darauf, dass die am 31. Dezember 2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängigen Berufungen gemäß § 323 Abs. 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

#### **1. Aktenkundiger Sachverhalt**

Folgende entscheidungsrelevanten Unterlagen liegen im Akt auf und werden der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Unbestritten ist, dass der Sohn des Bf. seit April 2008 nicht mit dem Bf. im gemeinsamen Haushalt lebt (ab 11. April 2008 Landesjugendheim M., ab 17. Oktober 2011 Heilpädagogisches Zentrum H.). Die Aufenthalte erfolgten nicht auf Grund einer Erkrankung oder Behinderung. Der Bf. bezog im Zeitraum August 2007 bis März 2008 für S. erhöhte Familienbeihilfe wegen atopischer Dermatitis (Sachverständigengutachten vom 23. März 2005).

Beschluss des BG St. Pölten vom 7. Juni 2008:

Mit diesem Beschluss wurde der Bw. verpflichtet, beginnend ab 11. April 2008 einen Betrag von monatlich € 130 zum Unterhalt von S. zu bezahlen.

Festgehalten wurde, dass der Vater (Bw.) über ein monatliches Arbeitslosengeld von € 932,10 inklusive dreier Familienzuschläge verfüge (ohne Familienzuschläge € 856,53). Seine Einkünfte könnten für den Unterhalt seines Kindes mit 14 % belastet werden,

sodass monatliche Unterhaltsbeiträge von je € 130 der Leistungsfähigkeit des Vaters angemessen seien.

Bestätigung des Landesjugendheimes M. vom 26. April 2012 über "Urlaube" beim Vater zu Hause im Zeitraum 11. April 2008 bis 17. Oktober 2011:

Aus den Bestätigungen ergibt sich ein Aufenthalt von S. beim Bf. vom 23. bis 24. August und vom 23. Oktober bis 25. Oktober 2010.

Im Jahr 2011 gab es an folgenden Tagen für S. Beurlaubungen:

vom 18. bis 21. April, vom 10. bis 13. Juni, vom 9. bis 12. August und vom 7. bis 9. Oktober.

Bestätigung des Heilpädagogischen Zentrums H. vom 2. Mai 2012:

In diesem Schreiben wird bestätigt, dass S. am 17. Oktober 2011 im Heilpädagogischen Zentrum H. aufgenommen wurde. Beurlaubungen erfolgen von 5. bis 7. Jänner, vom 10. bis 12. Jänner und vom 3. bis 5. März 2012.

## **2. Gesetzliche Bestimmungen**

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes 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 1967 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).

Der Verwaltungsgerichtshof differenziert in seiner Judikatur nicht zwischen den Begriffen "Heimerziehung" und "Anstaltspflege"; bei den Kosten des Unterhalts ist auf die materiellen Leistungen abzustellen, also in der Regel auf den Geldunterhalt (sh. VwGH 16.12.2009, 2009/15/0207).

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO iVm § 2a BAO). Nach der ständigen

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

### **3. Rechtliche Würdigung**

#### **3.1 Haushaltszugehörigkeit**

Unstrittig ist, dass der Sohn des Bf. seit April 2008 nicht mehr in dessen Haushalt lebt, sondern sich in Heimerziehung befindet (ab 11. April 2008 Landesjugendheim M.; seit 17. Oktober 2011 Heilpädagogisches Zentrum H.). Es gibt keinerlei Hinweis darauf, dass der Aufenthalt wegen eines Leidens oder Gebrechens erfolgt ist. Auch der Bf. hat dies nicht vorgebracht.

Aus den Bestätigungen des Landesjugendheimes M. und des Heilpädagogischen Zentrums H. ergibt sich, dass sich S. im Streitzeitraum nur jeweils einige Tage im Jahr beim Bf. aufgehalten hat.

Auch wenn der Bf. in seiner Berufung (nunmehr Beschwerde) und im Vorlageantrag ausführt, dass die Angaben zu den Besuchsfahrten nicht den Tatsachen entsprechen und selbst wenn das Bundesfinanzgericht davon ausgehen würde, dass Besuche öfter als dokumentiert stattgefunden haben, kann das der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen.

Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes ist nämlich nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, wobei die Bedürfnisse des Kindes in dieser einheitlichen Wirtschaftsführung entsprechend Berücksichtigung finden müssen. Bei einer Besuchsfrequenz, wie sie oben dargestellt wurde, kann nicht von einer Haushaltszugehörigkeit im Sinne des § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 gesprochen werden. Daran würde sich auch nichts ändern, wenn die Angaben des Bf. in seiner Berufung, der von einem 14-Tage-Rhythmus spricht, zutreffend wären. Die Beweisanträge, die die diesbezüglichen Angaben des Bf. in seiner Berufung offenkundig bestätigen sollen, sind daher als unerheblich iSd § 183 Abs. 3 BAO abzulehnen.

#### **3.2 Überwiegende Tragung der Unterhaltskosten**

Der Bf. ist Vater von drei Kindern, geboren 2001 (= S.), 2005 und 2007. Im Streitzeitraum (1. Juni 2008 bis 30. November 2011) bezog er fast ganzjährig Arbeitslosengeld bzw. Notstandshilfe.

Mit Beschluss des BG St. Pölten vom 7. Juni 2008 wurde der Bf. auf Grund seiner Einkommensverhältnisse verpflichtet, beginnend ab 11. April 2008 einen Betrag von monatlich € 130 zum Unterhalt von S. zu leisten. Einen Nachweis über tatsächlich geleistete Unterhaltszahlungen hat der Bf. nicht erbracht. In seinem Vorlageantrag schreibt der Bf. dazu, dass er in den Alimentationsangelegenheiten nicht alle Kontoauszüge bzw. Arbeitgeber-Lohnzettel aufbewahrt habe. Dass der Bf. als Vater von drei Kindern bei seiner Einkommenssituation außer den angeblich von ihm geleisteten

Unterhaltszahlungen in Höhe von € 130 noch weitere Aufwendungen, zB für Kleidung, Schuhe, Kosmetik, Medikamente etc. getragen hat, kann schon allein deshalb weder angenommen werden noch wurde dies vom Bf. behauptet.

Wenn der Bf. in seinem Vorlageantrag Ausführungen zu den Fahrtkosten, die ihm anlässlich des Besuches bzw. der Abholung seines Sohnes entstanden sind, macht, so wird dazu angemerkt, dass Fahrtkosten, die dem Bf. erwachsen, nicht zu den Kosten des Unterhalts zählen.

§ 2 Abs. 5 lit. c FLAG 1967 setzt tatbestandsmäßig voraus, dass sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet. Nach dem oben dargelegten unstrittigen Sachverhalt war für den Heimaufenthalt aber keineswegs ein Leiden oder Gebrechen der Kinder ausschlaggebend. Eine fiktive Haushaltszugehörigkeit nach § 2 Abs. 5 lit. c FLAG 1967 kann daher nicht vorliegen.

Somit hätte Familienbeihilfe nur dann gewährt werden können, wenn der Bf. nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 überwiegend die Unterhaltskosten für Sohn S. getragen hätte. Dass dies im Streitzeitraum der Fall war, ist allerdings nach der Aktenlage schon allein aufgrund der hohen Kosten einer Heimunterbringung völlig auszuschließen. Somit sind auch die Beweisanträge, die bestätigen sollen, dass der Bf. tatsächlich die ihm auferlegten € 130 Unterhalt gezahlt hat, ebenfalls wegen deren Unerheblichkeit iSd § 183 Abs. 3 BAO abzulehnen.

Da der Sohn des Bf. im Streitzeitraum weder dem Haushalt des Bf. angehört hat noch dieser die überwiegenden Unterhaltskosten für ihn getragen hat, hat das Finanzamt zu Recht für den Zeitraum 1. Juni 2008 bis 30. November 2011 die Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge zurückgefordert.

#### **4. 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 vorliegende Sachverhalt, dass nämlich iSd § 2 Abs. 2 FLAG 1967 weder eine (fiktive) Haushaltszugehörigkeit gegeben war noch überwiegend Unterhalt geleistet wurde, in freier Beweiswürdigung festgestellt wurde. Gegen dieses Erkenntnis ist daher keine (ordentliche) Revision zulässig.

