



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Herbert Grün, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 6., 7. und 15. Bezirk in Wien betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum vom 1. September 1997 bis 31. September 1998 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### **Rechtsbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Kontrollmitteilung vom 23. September 2002 wurde dem für die Bw. zuständigen Finanzamt mitgeteilt, dass die Mutter der Bw., Frau A.B., für ihre Enkelin E.W. (Tochter der Bw.) am 23. September 2002 einen Antrag auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe gestellt habe. Unter Hinweis auf ein beigefügtes Schreiben des Amtes für Jugend und Familie vom 9. September 2002, wonach das Kind bereits seit der Pflichtschulzeit bei der mütterlichen Großmutter lebe und von dieser auch versorgt und betreut worden sei, wurde ersucht, die von

der Bw. für den Zeitraum vom 1. September 1997 bis 30. September 1998 bereits bezogenen Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträge rückzufordern. Laut den beigelegten Meldezetteln wurde das Kind E.W. am 13. Jänner 1993 vom Wohnsitz der Bw. abgemeldet und am 14. Jänner 1993 am Wohnsitz der Großmutter angemeldet.

Mit Bescheid vom 7. Oktober 2002 forderte das Finanzamt von der Bw. die zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfen (S 41.600 = € 3.023,19) und Kinderabsetzbeträge (S 9.100 = € 661,32) mit der Begründung zurück, dass E.W. seit 14. Jänner 1993 bis laufend nicht mehr dem Haushalt der Bw. angehöre.

Die gegen den Rückforderungsbescheid eingebrachte Berufung begründete die Bw. damit, dass sie die Mutter von E.W. sei. Die Tochter sei bis zuletzt bei ihr gemeldet gewesen.

Zeitweise habe das Kind jedoch bei der Großmutter gewohnt. Die Bw. habe laufend die von ihr bezogene Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge an ihre Tochter E.W. weitergeleitet.

Sie habe auch wesentlich mehr an Familienbeihilfe weitergeleitet, als nunmehr von ihr gefordert werde. Zum Beweis hierfür wurden diverse Einzahlungsbelege bzw.

Überweisungsaufträge und Kassen-Ausgangs-Belege vorgelegt. Die nunmehr von der Bw. begehrte Rückforderung des angeblich zu Unrecht bezogenen Bezuges sei daher unbillig. Die Bw. stellte den Antrag, die Oberbehörde möge im Sinne des § 26 Abs. 4 FLAG in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordnete Abgabenbehörde anweisen, von der Rückforderung des angeblich zu Unrecht bezogenen Betrages abzusehen. Weiters beantragte die Bw., dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zuzukennen.

Die Großmutter der Kindes (A.B.) gab in dazu in einem Schreiben vom 13. November 2002 im Wesentlichen folgende Stellungnahme ab: Als ihre Tochter, die Bw., im September 1980 Zwillinge bekam, habe sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht gewusst, wer der Vater sei. Als ihre Enkelin 14 Tage alt gewesen sei, habe ihre Tochter bereits beschlossen, das Kind der Großmutter zu überlassen, da der Bw. zwei Kinder zu viel gewesen seien. Die Bw. habe mit beiden Kindern noch zwei Jahre bei den Eltern gewohnt. Im Jahr 1982 sei die Bw. mit dem Enkelsohn zu dessen Vater gezogen, der ein Hotel besessen habe. Die Grundschule habe E.W. von 1987 bis 1993 im Wohnbezirk der Bw. besuchen müssen, da die Bw. gedroht habe, der Großmutter das Kind wegzunehmen. Damit die Bw. die erhöhte Familienbeihilfe für das Kind einreichen und beziehen habe können, habe sie sich einen Meldezettel ausstellen lassen. Von der Bw. habe sie das Versprechen erhalten, dass diese die seit 1980 für das Kind E.W. bezogene Familienbeihilfe an ihre Mutter zurückzahlen würde, wenn die Bw. das Hotel verkauft habe, was sie schon immer vorgehabt habe. Das Versprechen habe die Bw. jedoch nicht eingehalten. Das einzige, was sie zurückgezahlt habe, seien S 70.000 gewesen, die sie der Bw. kleinweise geliehen habe. Da die Bw. das Hotel mit S 1.000.000 mit einem Kredit

belastet hatte, habe die Bw. auflisten müssen, wofür sie das Geld benötigte. Auf dieser Liste habe auch gestanden, dass die Bw. ihrer Mutter S 70.000 schuldet. Das Geld habe sie jedoch erst bekommen, als die Bw. nochmals einen Kredit aufgenommen hatte. Die Bw. habe ihr das Geld über das Konto von E.W. überwiesen. Danach habe sie erfahren, dass die Bw. die Kreditraten mit der Familienbeihilfe zurückgezahlt hatte, wonach sie die Familienbeihilfe im Oktober 1998 auf ihren Namen umgemeldet habe, da die Enkeltochter ohnehin bei ihr gewohnt habe. Sie beziehe nur eine Mindestpension und habe ihr Konto überzogen. Die Bw. habe wiederholt versprochen, dass sie das Geld zurückzahlen werde, was sie aber nicht getan habe. Als die Bw. das Hotel um S 16.000.000 verkauft habe, habe sie E.W. lediglich S 100.000 auf deren Konto überwiesen. Die Bw. habe gemeint, das sei der Betrag, der E.W. zustehen würde. E.W. habe ihrer Großmutter das Geld gegeben, damit diese ihr Konto abdecken habe können und damit ihre Pension wieder beziehen habe können. Frau A.B. betone nochmals, dass sie die Familienbeihilfe erst ab Oktober 1998 bezogen habe und dass E.W. ständig bei ihr gelebt habe.

In einer schriftlichen Stellungnahme vom 13. November 2002 bestätigten die Brüder der Bw., J.B. und F.B., jeweils etwa gleichlautend, dass ihre Nichte E.W. "von ihrer Geburt an bis zum heutigen Tag" bei der Großmutter lebe und umsorgt werde. E.W. habe bei ihrer Mutter, der Bw., weder gewohnt noch genächtigt. Da die Bw. das Sorgerecht gehabt habe, habe sie die Nichte gezwungen, die Grundschule bis 1993 im Wohnbezirk der Bw. zu besuchen, um den Schein zu wahren, obwohl das Kind in einem anderen Bezirk in Wien bei der Großmutter gewohnt habe. Ab Februar 1993 habe E.W. die Hauptschule im Wohnbezirk der Großmutter besucht. Weiters bestätigten die Brüder der Bw., dass nicht die Großmutter, sondern die Bw. die Familienbeihilfe für das Kind E.W. im Zeitraum von 1980 bis Oktober 1998 bezogen habe .

In einer am 14. November 2002 aufgenommenen Niederschrift gab das Kind E.W. an, dass sie sich nach der Schule bei ihrer Großmutter aufgehalten habe, wo sie verköstigt und betreut worden sei. Ihre Großmutter und ihr Onkel seien für die laufenden Ausgaben und den Lebensunterhalt aufgekommen. Geschlafen habe sie bei ihrer Großmutter. Die freien Tage und die Wochenenden habe sie "bei der Oma" verbracht. Gelegentlich, wie etwa zu Geburtstagen, sei sie bei der Mutter auf Besuch gewesen. Sie habe fast seit ihrer Geburt bei der Großmutter gelebt. Sie sei im ersten Lebensmonat zur Großmutter gekommen. Die Mutter habe sie nur dann finanziell unterstützt, wenn diese gewollt habe.

Der Bw. wurden das Schreiben des Amtes für Jugend und Familie vom 9. September 2002, die Meldezettel von E.W. und A.B., die Niederschrift mit E.W. vom 14. November 2002 und die Stellungnahmen von A.B., J.B. und F.B. (jeweils vom 13. November 2002) zur Kenntnis gebracht.

In der Gegenäußerung vom 21. Juli 2003 zu diesen Unterlagen gab die Bw. an, dass die von ihrer Tochter E.W. in der Niederschrift vom 14. November 2002 aufgestellte Behauptung, für die laufenden Ausgaben und den Lebensunterhalt seien deren Großmutter, A.B., sowie ein Onkel aufgekommen, unrichtig sei, da weder die Mutter der Bw. noch die Brüder der Bw. dazu in der Lage gewesen seien. Die Mutter der Bw., A.B., beziehe eine Mindestpension, und die beiden Brüder der Bw. seien arbeitslos bzw. Gelegenheitsmusiker. Zur Unterstützung der Gelegenheitsarbeiten ihrer Brüder hätte sie ihnen ein Fahrzeug im Wert von S 500.000 zuzüglich Haftpflichtversicherung zur Verfügung gestellt. Ihrer Tochter und ihrer Mutter habe die Bw. laufend finanziell Zuwendungen zukommen lassen, da diese weder in der Lage gewesen seien, den laufenden Unterhalt, geschweige denn Arztkosten zu bestreiten. Jedenfalls seien von der Bw. weit mehr Beträge an ihre Tochter und Mutter überwiesen worden, als die Bw. an Familienbeihilfe im fraglichen Zeitraum bezogen hätte. Zu den bereits vorgelegten Überweisungsbelegen lege die Bw. ein Konvolut an Rechnungen vor, die sie für E.W. und ihre Mutter bezahlt habe. Die Bw. beantragte, der Berufung stattzugeben. In der Beilage übersandte die Bw. die in ihrer Äußerung geltend gemachten Belege wie etwa Arztrechnungen, Energierechnungen, Belege über Autoleasing und dergleichen.

Dem Finanzamt wurde diese Äußerung der Bw. sowie die übersandten Belege zur Gegenäußerung mitgeteilt. Die erstinstanzliche Behörde brachte darauf hin vor, dass sich daraus keine neue Sichtweise des Falles ergebe.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder. Kinder einer Person im Sinne des FLAG 1967 sind u.a. deren Nachkommen (§ 2 Abs.3 lit. a FLAG 1967).

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat nach § 2 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 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.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind zum Haushalt einer Person 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.

Gemäß § 26 Abs.1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes ist nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, wobei es unmaßgeblich ist, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt. Wohl kommt es aber 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.

Durch die in der Berufung lapidar vorgetragene Behauptung der Bw., ihre Tochter E.W. sei bis zuletzt bei ihr gemeldet gewesen, konnte für die Berufung nichts gewonnen werden. Eine polizeiliche Meldebestätigung stellt lediglich ein Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft darstellt, ist aber nicht geeignet ist, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern.

Gerade die mangelnde Haushaltszugehörigkeit von E.W. zum Haushalt der Bw. wurde trotz ausdrücklichem Hinweis auf dieses notwendige Erfordernis im zweitinstanzlichen Ergänzungsvorhalt vom 1. Juli 2003 in der Äußerung der Bw. vom 12. Juli 2003 nicht in Abrede gestellt. Es wurde von der Bw. lediglich ausgeführt, dass sie ihrer Tochter und ihrer Mutter laufend finanzielle Zuwendungen zukommen habe lassen. Jemand, der die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend trägt, ohne dass das Kind bei ihm haushaltszugehörig ist, hat jedoch nur dann Anspruch auf die Familienbeihilfe, wenn das Kind bei keinem anderen (Groß-, Stief-, Wahl- oder Pflege-) Elternteil haushaltszugehörig ist. Da

die im strittigen Zeitraum noch minderjährige Tochter der Bw. in der Wohnung der Großmutter gelebt hat und die Großmutter auch für sie gesorgt und sie betreut hat, ist das Kind als zum Haushalt der Großmutter gehörig anzusehen, auch wenn die Kindesmutter finanzielle Zuwendungen getätigt hat. Durch die gegebene Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt der Großmutter hat diese vorrangig Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre Enkelin E.W.

Zu den im Berufungsverfahren vorgelegten Unterlagen sei noch bemerkt, dass die mit der Äußerung vom 21. Juli 2003 vorgelegten Belege, die zum Teil Luxusausgaben (z.B. Nerzmäntel), (Miet-) Aufwendungen für Autos der gehobenen Kategorie oder Rechtsanwaltskosten zum Gegenstand haben und zudem oftmals die Stampiglie des Hotels der Bw. tragen, nicht geeignet wären, die behauptete, – im gegenständlichen Fall aber nicht relevante – Kostentragung nachzuweisen, keinesfalls aber die maßgebliche Haushaltszugehörigkeit der noch minderjährigen Tochter belegen konnten.

Durch die Erklärung der Bw. in der Berufung, sie habe mehr als die bezogene Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge an ihre Tochter E.W. weitergeleitet, als sie selbst bezogen hätte, hat sie selbst zugegeben, dass sie die Beträge jedenfalls im Berufszeitraum bezogen hat, sodass sie schon allein auf Grund eines unrechtmäßigen Bezuges dieser Transferleistungen im Sinne des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 31. Oktober 2002, Zl. 96/15/0001 zur Rückzahlung verpflichtet ist.

Somit entbindet die von der Bw. angeführte Weitergabe der unrechtmäßig erhaltenen Beträge an die Großmutter des Kindes sie nicht von der zwingenden Rückzahlungsverpflichtung. Unbestritten blieb, dass das Kind, für das die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag gewährt wurde, im streitgegenständlichen Zeitraum nicht dem Haushalt der Bw. angehörte. Die Rückzahlungspflicht gemäß § 26 Abs.1 FLAG trifft ausschließlich den Bezieher der Familienbeihilfe. 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 (vgl. VwGH-Erkenntnisse vom 15. Mai 1963, 904/62, und vom 16. Februar 1988, 85/14/0130).

Soweit sich die Bw. auf eine Maßnahme nach § 26 Abs.4 FLAG 1967 beruft, kann dies ihrer Berufung zu keinem Erfolg verhelfen. Auf eine in § 26 Abs. 4 FLAG ermöglichte aufsichtsbehördliche Maßnahme der Oberbehörde besteht nämlich kein Rechtsanspruch (vgl. z.B. das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. April 1998, 98/13/0067).

Betreffend den Antrag auf aufschiebende Wirkung ist die Bw. auf § 254 BAO zu verweisen, dem gemäß durch die Einbringung einer Berufung die Wirksamkeit des angefochtenen Bescheides, insbesondere die Einhebung und zwangsweise Einbringung einer Abgabe nicht aufgehalten wird.

Es war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 12. November 2003