



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., M., gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Oktober 2005 bis März 2011 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird, soweit er über den Zeitraum Oktober bis Dezember 2005 abspricht, aufgehoben.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Rückforderungsbetrag:

	bisher	Verminderung um	neu
Familienbeihilfe	€ 9.032,10	€ 392,70	€ 8.639,40
Kinderabsetzbetrag	€ 3.561,90	€ 152,70	<u>€ 3.409,20</u>
Gesamt			<b>€ 12.048,60</b>

### Entscheidungsgründe

Im vorliegenden Berufungsfall bezog die Berufungswerberin (Bw.) für das Kind Kind, geb. am 1994, die Familienbeihilfe.

Die zwischen der Bw. und dem Kindesvater am 4. September 2000 geschlossene Ehe wurde mit November 2002 geschieden. Die Obsorge für den mj. Kind wurde der Bw. übertragen.

Mit 11. November 2009 beantragte der Kindesvater die Übertragung der alleinigen Obsorge und brachte im Wesentlichen vor, dass der mj. Kind bereits seit mehr als 5 Jahren bei ihm wohnhaft sei, dies mit Einverständnis der Mutter. Die Bw. habe der Übertragung der Obsorge an den Kindesvater zugestimmt und dies mit ihrer schlechten wirtschaftlichen Situation begründet (Beschluss des BG Mödling in der Pflegschaftssache mj. Kind vom 22. Februar 2010).

Kind ist (erst) seit 6. Oktober 2010 mit einem Hauptwohnsitz im Haushalt seines Vaters gemeldet.

Auf Grund des vom Kindesvater im Oktober 2010 eingebrachten Antrages auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe ab Oktober 2005 kam es bei der Bw. zu einer Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen.

Ein vom Finanzamt an die Bw. gerichtetes Ergänzungsersuchen wurde von dieser mit Schreiben vom 10. April 2011 wie folgt beantwortet:

"Auf Wunsch und zum Wohlergehen unseres Sohnes haben wir, die Elternteile, uns geeinigt, das Kind wochentags in seinem gewohnten Umfeld zu belassen, damit sein Schulweg möglichst kurz bleibt, und sein Freundeskreis keinerlei Beeinträchtigungen erleidet.

Mein Sohn hat sowohl beim Kindesvater als auch bei mir sein eigenes, nach seinen Wünschen eingerichtetes Zimmer.

Die Wochenenden sowie Ferien (zum Großteil) hat mein Sohn mit und bei mir verbracht.

Auf Wunsch und zum Wohlergehen meines Sohnes habe ich, nach langen Gesprächen mit ihm, dem Obsorgebeschluss zugestimmt.

Die Zustimmung erfolgte, um meinem Sohn ein finanziell gesichertes Leben und einen exklusiven Schulabschluß zu ermöglichen.

Die Kinderbeihilfe wird seit Geburt meines Sohnes für eine Versicherung verwendet, die zum 18. Lebensjahr meinem Sohn zugutekommt. Die Versicherung besteht aus zwei Policen, die jeweils auf die elterlichen Namen lauten, was bedeutet, daß ich sowohl für den Kindesvater als auch für mich diese Versicherung monatlich einbezahle.

Weiters habe ich, soweit es mir finanziell möglich war, gerne und selbstverständlich für Kleidung, Essen und andere Annehmlichkeiten gesorgt."

Das Finanzamt legte die Ermittlungsergebnisse seiner Entscheidung zugrunde und forderte von der Bw. mit Bescheid vom 30. Juni 2011 die von ihr im Zeitraum Oktober 2005 bis März 2011 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge unter Verweis auf [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) (Haushaltszugehörigkeit) zurück.

Die Bw. erhob gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht Berufung und begründete diese wie folgt:

"- Herr F. hätte jederzeit die Möglichkeit und das Recht gehabt, mich darauf aufmerksam zu machen, daß ich die FB und KG abmelden soll, weil er sie beantragen möchte.

- Ich weder in bereichernder oder böswilliger Absicht die Beihilfe bezogen habe. Jeder mir zur Verfügung stehende Cent wird von mir gerne für meinen Sohn ausgegeben.

- Da ich seit Jänner 2010 arbeitslos und wirklich in einer finanziell schwierigen Situation bin, ist es mir ohnedies nicht möglich, einen Betrag von € 12.594,00 zu bezahlen..."

In einem Nachhang zur Berufung machte die Bw. noch folgende Ausführungen:

"...Die Gesetzeslage ist nicht klar geregelt und auch offenbar von den beiden Gerichtshöfen nach öffentlichem Recht nicht geklärt.

§ 2 FLAG knüpft an den Tatbestand der Zugehörigkeit zu einem Haushalt an. Gem. § 2 Abs. 2 FLAG haben Personen 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.

Mein Sohn hat zwar überwiegend bei meinem Exgatten Dr. PF gewohnt, aber regelmäßig – wenn auch nicht den überwiegenden Teil des Monats in meinem Haushalt, wenn das Besuchsrecht ausgeübt wurde. Sohin hat das Kind in 2 Haushalten gewohnt. Der Fall ist aber im Gesetz nicht geregelt, weil der 2. Satz nicht anwendbar ist, zumal dieser die Rechtslage regelt, dass das Kind nicht dem Haushalt des Beziehers angehört, dieser aber überwiegend den Unterhalt trägt und keine andere Person anspruchsberechtigt ist. Der Fall, wo ein Kind 2 Haushalten angehört, ist im Gesetz nicht bzw. jedenfalls nicht klar geregelt.

Die Finanzbehörden lehnen in ständiger Judikatur einen gutgläubigen Verbrauch von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ab und verweisen zu Billigkeitsgründen auf die sachlich in Betracht kommende Oberbehörde, die aber weder der UFS noch das Bundesministerium für Finanzen ist, sondern das angerufene Bundesministerium für Arbeit, Familie und Wirtschaft, das nach Billigkeit solche Rückforderungsansprüche des Fiskus auch erlassen kann.

Ein Rückforderungsanspruch der Finanzbehörde muss im Gesetz klar umschrieben sein, ein Analogieschluss ist mit dem Legalitätsprinzip des Art. 18 B-VG nicht vereinbar. Der Gesetzgeber hat aber die Fälle nicht geregelt, bei welchem das Kind nicht einem Haushalt, sondern 2 oder gar mehreren Haushalten entweder zu gleichen Teilen oder überwiegend einem von mehreren Haushalten angehört. Ein Analogieschluss vom 2. Satz des § 2 Abs. 2 FLAG, wo das Kind nicht dem Haushalt des Beziehers angehört, der aber überwiegend für den Kindesunterhalt aufkommt, ist nach dem Legalitätsgrundsatz und dem Umstand, dass ein Anspruch des Fiskus klar geregelt und eindeutig gesetzlich determiniert sein muss, unzulässig.

Ich habe diesen Umstand erst jetzt erfahren und gebe diesen der Finanzbehörde noch nachträglich bekannt. Eine Rechtsprechung des VwGH im Zusammenhang mit dem gutgläubigen Verbrauch besteht offenbar nur im Zusammenhang mit dem A1VG, nicht aber mit dem FLAG..."

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

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

## **1. Zeitraum Oktober bis Dezember 2005**

### **1.1 Gesetzliche Bestimmungen**

Nach [§ 207 Abs. 4 BAO](#) verjährt das Recht, die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern, in fünf Jahren. Soweit eine Abgabe hinterzogen ist, beträgt die Verjährungsfrist zehn Jahre (§ 207 Abs. 2 iVm Abs. 5 BAO). Die Verjährung beginnt nach [§ 208 Abs. 1 lit. c BAO](#) mit dem Ablauf des Jahres, in dem die rückzufordernden Beihilfen geleistet wurden. Werden innerhalb der Verjährungsfrist nach außen erkennbare Amtshandlungen zur Geltend-

machung des Abgabenspruchs oder zur Feststellung des Abgabepflichtigen von der Abgabenbehörde unternommen, so verlängert sich die Verjährungsfrist nach [§ 209 Abs. 1 BAO](#) um ein Jahr.

## **1.2 Sachverhalt**

Sachverhaltsmäßig ist aus dem Familienbeihilfenakt ersichtlich, dass das Finanzamt, bei dem der Kindesvater einen rückwirkenden Antrag auf Familienbeihilfe eingebracht hat, das Finanzamt der Bw. hierüber mittels e-Mail am 23.2.2011 informiert hat. Im März 2011 wurde ein Ergänzungsauftrag und im Juni 2011 der angefochtene Bescheid erlassen.

## **1.3 Rechtlich folgt daraus:**

Die Verjährungsfrist hat mit Ablauf des Jahres 2005 begonnen. Um eine Rückforderung von Familienbeihilfenbeträgen auch für den Zeitraum Oktober bis Dezember 2005 vornehmen zu können, wäre es erforderlich gewesen, dass der Rückforderungsbescheid noch im Jahr 2010 erlassen oder in noch in diesem Jahr taugliche Verlängerungshandlungen worden wären. Da dies nicht der Fall war und auch kein Hinweis für das Vorliegen einer Abgabenhinterziehung besteht, ist die Verjährung Ende 2010 eingetreten. Der angefochtene Bescheid war daher insoweit aufzuheben.

## **2. Zeitraum Jänner 2006 bis März 2011**

### **2.1 Gesetzliche Bestimmungen**

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) 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 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 1967](#) gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Haushaltsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß [§ 25 FLAG 1967](#) sind Personen, denen Familienbeihilfe gewährt wird, verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, innerhalb eines Monats zu melden.

Gemäß [§ 26 FLAG 1967](#) hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

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.

## **2.2 Angenommener Sachverhalt:**

Aus dem Beschluss des Bezirksgerichtes Mödling vom 22. Februar 2010 geht hervor, dass der Sohn der Bw. bereits seit mehr als sechs Jahren im Haushalt des Vaters wohnt.

Dies wird auch von der Bw. nicht bestritten. Unterhaltsleistungen hat die Bw. nach eigenen Angaben nur in der Form erbracht, dass sie – soweit es ihr finanziell möglich war – für Kleidung, Essen und andere Annehmlichkeiten gesorgt habe. Die Familienbeihilfe sei seit Geburt des Sohnes für eine Versicherung verwendet worden, die ihrem Sohn zum 18. Geburtstag zugutekomme.

Die Bw. führt im Nachhang zu ihrer Berufung aus, dass ihr Sohn zwar überwiegend bei ihrem Exgatten gewohnt habe, sie habe aber regelmäßig – wenn auch nicht den überwiegenden Teil des Monats – das Besuchsrecht ausgeübt. Sohin habe das Kind in zwei Haushalten gewohnt. Dieser Fall sei im Gesetz nicht geregelt.

## **2.3 Rechtlich folgt daraus:**

### **2.3.1 Haushaltszugehörigkeit**

Dass „die Gesetzeslage ... nicht klar geregelt und auch offenbar von den beiden Gerichtshöfen nach öffentlichem Recht nicht geklärt“ ist, wie dies die Bw. in ihrer Berufungsergänzung vorbringt, ist unrichtig.

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. Wie sich aus [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar auch davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß [§ 7 FLAG 1967](#) für ein Kind FB nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt „Haushaltszugehörigkeit“ keine Regelung über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit (VwGH 28.10.2009, [2008/15/0214](#); VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#)).

Insbesondere wird entscheidend sein, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, 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 (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt (VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#)).

Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, hängt ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (zB Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt. Anderes ist auch nicht dem Erkenntnis vom 18.3.1997, 96/14/0006, zu entnehmen (VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#)).

Ein Anspruch auf Geldunterhalt spielt bei der Haushaltszugehörigkeit nach § 2 Abs 2 erster Satz FLAG 1967 iVm Abs 5 erster Satz keine Rolle (sh. VwGH 15.12.2009, [2006/13/0092](#)); sh. auch *Nowotny* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 2 Rz 140).

Da also der Sohn der Bw. im Rückforderungszeitraum überwiegend im Haushalt des Kindesvaters gewohnt hat, er überdies überwiegend die laufenden Ausgaben für ihn getragen und auch die altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen erbracht hat, war der Sohn (nur) beim Kindesvater als haushaltszugehörig iSd § 2 Abs. 2 und 5 FLAG 1967 anzusehen.

### **2.3.2 Rückforderung**

Festgehalten sei zunächst, dass die Bw. ihre Meldepflicht nach [§ 25 FLAG 1967](#) verletzt hat, da sie den Umstand, dass das Kind nicht mehr (überwiegend) bei ihr wohnt, nicht innerhalb eines Monats dem Finanzamt bekanntgegeben hat.

Aus [§ 26 Abs 1 FLAG 1967](#) ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind nach ständiger Rechtsprechung des VwGH für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (sh. zB VwGH 24.6.2009, [2007/15/0162](#); *Hebenstreit* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 26 Rz 3). Ohne Bedeutung ist es daher auch, ob die Bw., wie sie dies vorbringt, die Familienbeihilfebeträge für eine Versicherung verwendet hat, die ihrem Sohn zugutekommt.

Es sei der Bw. zugestanden, dass es eigenartig anmutet, wenn der Kindesvater jahrelang den Bezug der Familienbeihilfe durch seine Ex-Gattin akzeptiert hat, dann aber dennoch einen (rückwirkenden) Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe stellt. Das Gesetz sieht aber keine Handhabe für diesen Fall vor, da es stets möglich ist, bei Vorliegen der Anspruchs-

voraussetzungen bis zu fünf Jahre rückwirkend den Familienbeihilfenanspruch geltend zu machen.

Wien, am 28. Oktober 2011