



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., X., vertreten durch Goldsteiner Strebinger Rechtsanwälte GmbH, 2700 Wr. Neustadt, Wiener Straße 14 - 16, gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. April 2009 bis 31. Mai 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes.

Die Berufungswerberin (Bw.) gab dem Finanzamt mit Schreiben vom 16. September 2010 bekannt, dass ihr Sohn M., geb. 1996, seit 1. April 2009 im Haushalt seines Vaters in Wr. Neustadt wohnt. Er sei aber bei ihr gemeldet gewesen. Die von ihr bezogene Kinderbeihilfe habe sie für M. in Form von Kleidung, Schulaufwand, Schikurs, Musikschule etc. aufgewendet.

Das Finanzamt forderte nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit Bescheid vom 15. Oktober 2010 von der Bw. die von April 2009 bis Mai 2010 bezogenen Beträge unter Verweis auf die Bestimmung des [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) (Haushaltszugehörigkeit) zurück.

Die Bw. brachte dagegen am 28. Oktober 2010 ein gerade noch als Berufung zu wertendes Schreiben ein:

„M. ... hat 2/3x bei Vater in der Woche übernachtet. Rest der Woche war er bei mir (od. meinen Eltern od. meinen Töchtern). M. war bei mir gemeldet! Ich habe sämtliche Kosten der Schule, Musikschule – Schikurs – Kleidung – Schuhe bezahlt. M. hatte seine persönlichen Sachen in meinem Haushalt! (teilw. bis heute).“

Am 3. Dezember 2010 übermittelte die Bw. – nunmehr anwaltlich vertreten – dem Finanzamt folgendes Ergänzungsschreiben:

„...Der minderjährige M. B. ist das außereheliche Kind der Betroffenen, sowie des Ing. AB. Das Kind lebte jedenfalls bis April 2009 ständig bei der Kindesmutter. In weiterer Folge kam es zur Vereinbarung dahingehend, dass das Kind sich unter der Woche beim Vater befindet, am Wochenende bei der Mutter. Hinsichtlich der Alimentation traf man die Vereinbarung, dass wechselseitig keine Alimente zu bezahlen waren, die Kindesmutter sämtliche Aufwendungen für den Minderjährigen für Kleider, Schulgeld, Schikurs, Schuhe, Musikschule etc. bezahlt und dafür unter Aufrechterhaltung der Hauptmeldung die Familienbeihilfe bezieht. Die Vereinbarung wurde mündlich getroffen, Herr Ing. AB stimmte ausdrücklich der Ausbezahlung der Familienbeihilfe an die Kindesmutter zu. Es handelte sich um eine einvernehmliche Vorgangsweise, die im Zusammenhang mit der Sicherheit des Lebensunterhaltes steht...“

Herr Ing. B. als Kindesvater vergisst, dass das Kind am Wochenende bei der Mutter war, diese Naturalunterhalt leistete, seine Zielsetzung ist nun die, die Familienbeihilfe im Nachhinein zu bekommen, weiters begehrt er nun Alimente für das Kind rückwirkend, nimmt jedoch ohne darauf einzugehen gerne die Tatsache an, dass die Kindesmutter sämtliche Aufwendungen für den Minderjährigen tätigte. Eine Rückforderung ist nicht gerechtfertigt, weil die Ausbezahlung an die Kindesmutter im Einvernehmen erfolgte und die Familienbeihilfe nachweislich nicht missbräuchlich verwendet wurde, sondern in Absprache mit dem weiteren allenfalls berechtigten, nämlich dem Kindesvater.“

Das Finanzamt erließ am 26. November 2010 eine abweisende Berufungsvorentscheidung und begründete diese wie folgt:

„Gemäß [§ 2 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967](#) 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.

Laut VwGH v. 23.2.1981, Z. 17/1388/80, stellen polizeiliche Meldungen lediglich ein – widerlegbares – Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar, sind jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern.

Aus dem vorgelegten Protokoll des Bezirksgerichtes XY vom 10.6.2010 und vom 6.7.2010 wird festgehalten, dass das Kind Max ab 1.4.2010 bei dessen Vater lebt.

Weiters wurde von Ihnen ebenfalls bestätigt, dass M. ab 1.4.2009 nicht mehr in Ihrem Haushalt lebt.

Laut Zentralem Melderegister ist M. ab 25.6.2010 an der Adresse des Kindesvaters gemeldet.

Allein die Tatsache, dass M. bis 25.6.2010 noch bei Ihnen hauptgemeldet ist, sagt nichts über die tatsächlichen Verhältnisse aus.

Es ist daher als erwiesen anzusehen, dass sich M. ab 1.4.2009 nicht mehr in Ihrem Haushalt aufhält...”

Die steuerliche Vertretung der Bw. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag und begründete diesen wie folgt:

„...Festzuhalten ist, dass über die Familienbeihilfe disponiert werden kann.

Aus dem Protokoll des Bezirksgerichtes Wiener Neustadt geht hervor, dass der grundsätzlich anspruchsberechtigte Vater, Ing. AB, dies mit der Berufungswerberin so absprach, dass jener Elternteil,

der für sämtliche Kosten im Zusammenhang mit Schule und Kleidung aufkommt, die Familienbeihilfe beziehen solle. Bestätigt wurde im Protokoll, dass für diese Kosten die Mutter aufkam. In rechtlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass sämtliche in Frage kommende Personen einvernehmlich die Mutter, Bw., als Zahlstelle bezeichneten. Es erscheint unzulässig, dass gegenüber dem Staate Österreich zunächst im Einvernehmen die Familienbeihilfe an die Mutter ausbezahlt wird, der Vater nunmehr nochmals die Familienbeihilfe ausbezahlt bekommen will, während die Beträge von der Mutter voraussichtlich nicht einbringlich sind. Entscheidung ist im gegenständlichen Fall nicht alleine die Frage, in wessen Haushalt M. überwiegend lebte, sondern die unbestrittene Vereinbarung zwischen den Eltern zur Überweisung an die Mutter..."

Folgende weitere für das Verfahren relevante Unterlagen liegen im Familienbeihilfenakt auf:

Auszug aus dem mit Ing. AB (Kindesvater) beim Bezirksgericht XY aufgenommenen Protokoll vom 10. Juni 2010:

„Die Obsorge für den mj. M. ... steht nach wie vor der Mutter ... zu. Im Vergleich vom 31. Mai 2010... hat sich die Kindesmutter ausdrücklich damit einverstanden erklärt, dass M. bis auf weiteres in meinem Haushalt lebt.

M. lebt seit 1.4.2009 ständig in meinem Haushalt. Damals wäre mein Ziel gewesen, dass beide Eltern zu gleichen Teilen für M. aufkommen und für M. sorgen. Leider konnte dieses Ziel nicht erreicht werden, da die Kindesmutter angeblich aus zeitlichen und finanziellen Gründen und vor allem auch aus Gründen ihrer Lebensverhältnisse für M. nicht entsprechend sorgen konnte bzw. wollte. Als M. im April 2009 in meinen Haushalt wechselte, war mit der Mutter auch abgesprochen, dass jener Elternteil, der die Familienbeihilfe bezieht, somit die Mutter, für sämtliche Kosten im Zusammenhang mit der Schule und Kleidung aufkommt. Für diese Kosten ist die Mutter auch aufgekommen und wurden diese Kosten von der Familienbeihilfe finanziert. Die Kindesmutter hat die Familienbeihilfe bis einschließlich 31.5.2010 bezogen.

Kindesunterhalt wurde jedoch von der Kindesmutter seit 1.4.2009 keiner bezahlt...

Ich stelle namens des mj. M. den Antrag, die Kindesmutter ... ab 1.4.2009 zur Leistung eines mtl. Unterhaltes von EUR 334,-- für M. zu verpflichten.

Weiters stelle ich den Antrag, mich von meiner Geldunterhaltspflicht für den mj. M. ab 1.4.2009 zu entheben, da ich für M. seit 1.4.2009 Unterhalt in natura leiste, zumal sich der hauptsächliche Aufenthalt des mj. M. seit 1.4.2009 bei mir befindet."

Auszug aus dem mit der Bw. beim Bezirksgericht XY am 6. Juli 2010 aufgenommenen Protokoll:

„...Die alleinige Obsorge für M. steht mir zu. Mit dem Kindesvater wurde im Frühjahr 2009 vereinbart, dass Max zu ihm zieht. Es wurde damals zwischen dem Kindesvater und mir vereinbart, dass ich die Familienbeihilfe für M. weiter beziehe und dass ich für sämtliche Kosten ... des mj. M. aufkomme. Ich bin dieser Verpflichtung auch wie vereinbart nachgekommen...

Am 31.5.2010 wurde vor Gericht ... ein Vergleich geschlossen. Es wurde vereinbart, dass M. weiterhin beim Vater lebt und dass die Familienbeihilfe für M. ab 1.6.2010 vom Vater bezogen wird. M. lebt eigentlich nur von Montag bis Freitag mittags beim Vater. Die Wochenenden verbrachte M. eigentlich fast immer bei meinen Eltern oder bei meinen Töchtern..."

Aktenvermerk des Finanzamtes vom 26. November 2010:

„Laut tel. Rücksprache mit dem Bezirksgericht XY,..., lebt das Kind M. tatsächlich beim Vater. Die vom Kindesvater vorgelegte Bestätigung v. 16.9.2010 ist laut Frau R. echt..."

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

Gemäß [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) hat Anspruch auf Familienbeihilfe 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.

Zum Haushalt einer Person gehört nach [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt unter anderem nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält oder das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Gemäß [§ 10 Abs. 2 FLAG 1967](#) erlischt der Familienbeihilfenanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ausschließlich die Tatsache einer nachgewiesenen Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung (vgl. VwGH vom 18.03.1997, [96/14/0006](#)). Nicht von Bedeutung sind hingegen das Erziehungsrecht (vgl. VwGH 22.10.1971, 336/70), ebenso polizeiliche Meldebestätigungen; sie stellen lediglich ein widerlegbares Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar, sind jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern, ebenso wie das Unterbleiben einer polizeilichen Meldung kein unwiderlegbares Indiz dafür ist, dass das Kind nicht beim Anspruchswerber wohnt (vgl. VwGH 23.2.1981, 17/1388/80).

Darüber hinaus ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, an Hand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des [§ 10 Abs. 2 und 4 FLAG 1967](#) entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (ständige Rechtsprechung; sh. VwGH 8.2.2007, [2006/15/0098](#)).

Nach Ansicht der Berufungsbehörde wird der Begriff der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes von Merkmalen verschiedenster Art geprägt. Die Haushaltszugehörigkeit leitet sich aus dem Zusammenwirken örtlicher Gegebenheiten sowie materieller und immaterieller Faktoren ab. Ein Kind gilt als haushaltszugehörig, wenn es in einem bestimmten Haushalt wohnt, betreut und versorgt wird. Es ist dabei nicht erforderlich, dass das Kind ständig in diesem Haushalt

(Familienwohnung) anwesend ist. Sie verlangt jedoch sowohl einen Familienwohnsitz (Haushalt), der vom Elternteil und dem Kind gemeinsam regelmäßig genutzt wird, als auch, dass der Elternteil die Verantwortung für das materielle Wohl (Wirtschaftsführung und -tragung) des haushaltszugehörigen Kindes trägt.

Auf Grund der im Akt aufliegenden Unterlagen (siehe ua die im Sachverhaltsteil wiedergegebenen mit der Bw. und dem Kindesvater beim Bezirksgericht Wiener Neustadt aufgenommenen Protokolle sowie Aktenvermerk des Finanzamtes vom 26. November 2010) ist als erwiesen anzunehmen, dass der Sohn der Bw. seit 1. April 2009 bei seinem Vater wohnt, was von der Bw. auch nicht in Abrede gestellt wird. Ihre Ausführungen sind aber insofern widersprüchlich, als sie in der Berufung vom 28. Oktober 2010 angibt, M. würde zwei bis drei Mal pro Woche beim Vater übernachten und den Rest der Woche bei ihren Eltern oder ihren Töchtern. In dem beim Bezirksgericht Wiener Neustadt am 6. Juli 2010 aufgenommenen Protokoll führt sie aus, dass M. von Montag bis Freitag Mittag beim Vater sei und die Wochenenden eigentlich fast immer bei ihren Eltern oder bei ihren Töchtern verbringen würde. Sie hätte wirklich wenig Zeit für M. gehabt, da sie nach Geschäftsschluss am Freitag und Samstag Abend Taxi gefahren sei.

Im Ergänzungsschreiben zur Berufung vom 2. Dezember 2010 führt die steuerliche Vertretung wiederum aus, dass das Kind jedenfalls bis April 2009 ständig bei der Kindesmutter gelebt habe und es in weiterer Folge zur Vereinbarung dahingehend gekommen sei, dass das Kind sich unter der Woche beim Vater befinde und am Wochenende bei der Mutter.

In einem im Akt aufliegenden Schriftsatz, in dem die Bw. Ausführungen zu ihren Einkommensverhältnissen macht, schreibt die Bw., dass sie das Geschäft alleine führe und daher von montags bis freitags von 9:00 bis 18:00 Uhr und samstags von 9:00 bis 13:00 Uhr im Geschäft stehe.

Aus diesem Sachverhalt geht somit hervor, dass die Bw. nur an den Samstagen ab 13.00 Uhr und an den Sonntagen ganztägig für ihren minderjährigen Sohn Zeit gehabt hätte; sie selbst führte aber aus, dass M. an den Wochenenden entweder bei ihren Eltern oder bei ihren Töchtern gewesen sei.

Nach [§ 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 oder nicht. 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.

Im vorliegenden Fall hält sich das Kind – was im Übrigen im Zuge einer Rücksprache mit dem Bezirksgericht XY bestätigt wurde – tatsächlich überwiegend beim Vater auf. Die Bw. ist auch den diesbezüglichen Feststellungen in der Berufungsvorentscheidung, der nach Einbringung des Vorlageantrags der Charakter eines Vorhalts zukommt, nicht entgegen getreten. Selbst wenn M. die Bw. am Wochenende besucht bzw. allenfalls bei ihr genächtigt hat, kann das der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen, weil durch derartige Besuche die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben gilt.

Auch der Umstand, dass die Bw. mit dem Kindesvater im Frühjahr 2009 eine Vereinbarung getroffen hatte, dass sie auch nach dem Auszug von M. im April 2009 die Familienbeihilfe weiter beziehe und damit nach ihren Angaben Schulgeld, Kleidung etc. bezahlt hat, kann der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen. Es handelt sich dabei um eine zivilrechtliche Vereinbarung, die in Hinblick auf die zwingenden Vorschriften des FLAG ohne rechtliche Relevanz ist.

Der unabhängige Finanzsenat teilt somit in freier Beweiswürdigung die schlüssig begründete und im Einklang mit den aktenkundigen Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens stehende Meinung des Finanzamtes in der Berufungsvorentscheidung vom 26. November 2010, dass im Rückforderungszeitraum vom 1. April 2009 bis 31. Mai 2010 die Zugehörigkeit von M. zum Haushalt seines Vaters gegeben war.

Wien, am 23. Februar 2011