

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache P, Adr, gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 23.05.2013 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum August 2012 bis Mai 2013 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben:

1. Der Beschwerde wird hinsichtlich der für die Monate August 2012 und September 2012 ausgezahlten Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit aufgehoben.

2. Die Beschwerde wird hinsichtlich der für die Monate Oktober 2012 bis einschließlich Mai 2013 ausgezahlten Familienbeihilfe (mtl. € 130,90 x 8 Monate = € 1.047,20) und Kinderabsetzbeträge (mtl. € 58,40 x 8 Monate = € 467,20), sohin im Betrag von zusammen € 1.514,40, als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

Frau P (= Beschwerdeführerin, Bf) hatte nach der Scheidung vom Kindesvater (KV) C im Jahr 2005 für den mj. Sohn M, geb. 11.11.1999, das Obsorgerecht. Der Sohn war bei der Bf aufhältig und bei ihr mit Hauptwohnsitz gemeldet; sie hat für ihn die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag bezogen.

Mit Eingabe vom 7.5.2013 beantragte der KV die Zuerkennung der Familienbeihilfe "ab September 2012" für den Sohn M, der ständig bei ihm wohne. Im Akt erliegen dazu ua. die Geburtsurkunde und Meldebestätigungen, woraus hervorgeht, dass das Kind weiterhin mit Hauptwohnsitz bei der Mutter und seit 21.9.2012 mit Nebenwohnsitz beim KV gemeldet ist. Seitens der Jugendwohlfahrt wurde dem Finanzamt auf Anfrage mitgeteilt, das Kind lebe seit September 2012 im Haushalt des Vaters und wolle auch dort bleiben. Es

behänge ein Obsorgestreit. Der KV teilte auf telefonische Anfrage mit, das Kind halte sich bereits seit Juli 2012 bei ihm auf, was in der Folge vom Jugendamt mit mail am 22.5.2013 ("seit 14.7.2012") bestätigt wurde. Er begehre nunmehr die Familienbeihilfe ab August 2012. Die Bf überweise ihm seit Jänner 2013 monatlich den Betrag von € 280, nämlich € 180 an Unterhalt und € 100 als Anteil der Familienbeihilfe.

Das Finanzamt hat daraufhin mit Bescheid vom 23.5.2013, SV-Nr, von der Bf für den Sohn M zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum August 2012 bis Mai 2013 (zusammen € 1.993) zurückgefördert. In der Begründung wurde nach Darlegung der Bestimmung nach § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) ausgeführt, der Sohn lebe laut Jugendwohlfahrt bereits seit 14.7.2012 nicht mehr im Haushalt der Bf, sodass der Anspruch auf Familienbeihilfe ab August 2012 erloschen sei.

In der dagegen erhobenen Berufung, nunmehr Beschwerde, wendet die Bf ein, der Sohn habe im Sommer 2012 pubertätsbedingt den Wunsch geäußert, eventuell beim Vater leben zu wollen, habe jedoch noch den ganzen Sommer über bei der Bf im gemeinsamen Haushalt gewohnt. Ab Oktober 2012 bis Dezember 2012 habe er dann probeweise beim Vater gelebt und habe anschließend beim Vater bleiben wollen, weshalb die Bf ab Jänner 2013 monatlich die Familienbeihilfe zuzüglich € 100 an Unterhalt dem Ex-Gatten überwiesen habe. Dazu erliegt im Akt die "Einrichtung eines Dauerauftrages" bei der X-Bank am 3.1.2013, wonach die Bf an den KV monatlich den Betrag von € 280 gezahlt hat. Die Rückforderung von der Bf und in der Folge die Überweisung an den Ex-Gatten bedeute, dass dieser die Familienbeihilfe doppelt erhalte. Eine Rückforderung ihrerseits vom Ex-Gatten erscheine aussichtslos, da er über keine finanziellen Mittel verfüge und den Betrag verbraucht habe. Sie sei jedoch damit einverstanden, dass der Ex-Gatte die Familienbeihilfe ab Juni 2013 direkt vom Finanzamt erhalte.

Die abweisende Berufungs-/Beschwerdevorentscheidung (BVE) vom 2.7.2013 wurde unter Verweis auf bezughabende Bestimmungen (§ 2 Abs. 2 und § 25 FLAG) wie folgt begründet:

*"Laut Erhebungen wurde bekannt, dass das Kind ... bereits seit 14.7.2012 im gemeinsamen Haushalt mit dem Kindesvater lebt, somit erlischt der Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des FLAG mit August 2012. Die Weiterleitung der Familienbeihilfe in voller Höhe an den Kindesvater für den Zeitraum Jänner bis Mai 2013 begründet keine fiktive Haushaltsgehörigkeit des Kindes bei der Kindesmutter. ..."*

Im Vorlageantrag bringt die Bf vor, laut BVE stelle sich der Sachverhalt so dar, dass der Ex-Mann ab Jänner 2013 die Familienbeihilfe doppelt bezogen habe, was nicht im Sinne des Gesetzgebers und nicht rechtmäßig sei. Sie weise nochmals darauf hin, dass der Sohn bis Ende September bei ihr gelebt habe, da erst zu Schulbeginn über dessen Wunsch, beim Vater zu leben, diskutiert worden sei und weshalb er von Oktober bis Dezember 2012 vorerst probeweise und erst ab Jänner 2013 fix beim Vater gewohnt habe. Kurz vor Schulbeginn habe sie noch einen zweiwöchigen Urlaub mit dem Sohn verbracht. Wie aus dem ZMR ersichtlich sei der Sohn dann mit Nebenwohnsitz beim

Vater gemeldet gewesen, jedoch sicherlich nicht bereits im Juli oder August 2012. Gegen die Rückforderung für die Monate Oktober bis Dezember 2012 erhebe die Bf keinen Einspruch.

In Beantwortung eines Vorhaltschreibens des Bundesfinanzgerichtes (BFG) zur Frage deren divergierender Angaben zum Zeitpunkt, ab wann das Kind beim Vater gewohnt habe, teilte die zuständige Sachbearbeiterin bei der Jugendwohlfahrt mit Schreiben vom 10.4.2014 mit, der mj. M sei mit 21.9.2012 beim Vater mit Nebenwohnsitz angemeldet worden, und weiter: *"Der Mj. habe sich schon seit 14.7.2012 im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten. Seit diesem Zeitpunkt leiste der KV, laut seinen Angaben, alle wichtigen finanziellen Ausgaben für seinen mj. Sohn".*

Das BFG hat Einsicht genommen in die vom Gericht übermittelten, zur Einsicht zugelassenen Aktenteile aus dem Pflegschaftsakt des Bezirksgerichtes A, ZI1, woraus hervorkommt:

1. Protokoll vom 27.11.2012:

Der beim Amtstag vor Gericht erschienene Kindesvater C gibt ua. an: *"... diese Ehe wurde mit Beschluss ... am 29.12.2005 geschieden. In der Scheidungsfolgenvereinbarung wurde vereinbart, dass die Mutter die alleinige Obsorge für M inne hat. Bisher hat M in ... (Anm.: am Hauptwohnsitz der Mutter) gelebt. Es ist aber nunmehr so, dass er seit 21. September 2012 bei uns in der ... Straße in A wohnt. Er hat seinen Nebenwohnsitz bei uns gemeldet ... Jedenfalls hält er sich seit diesem Datum ständig bei uns auf. ..."*

2. Beschluss des Bezirksgerichtes vom 14.8.2013, womit der Bf das Obsorgerecht entzogen und zur Gänze dem Kindesvater übertragen wurde.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 idgF. haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, nach lit a) für minderjährige Kinder.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung 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 (subsidiär) 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 Haushaltsgehörigkeit gilt ua. nach lit a dieser Bestimmung dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Die Bedingungen einer Haushaltsgehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG näher umschrieben; demnach kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an. Wie sich aus § 2 Abs. 2 ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die

Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann.

Der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch steht, wenn das Kind im Kalendermonat zeitlich hintereinander zu unterschiedlichen Haushalten gehört hat, in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt hat (VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Gleiches gilt für zu Unrecht bezogene und gemeinsam mit der Familienbeihilfe ausbezahlte Kinderabsetzbeträge (§ 33 Abs. 3 EStG iVm § 26 FLAG).

#### 1.) Zeitraum August und September 2012:

An Sachverhalt steht fest, dass der mj. Sohn bei der Mutter/Bf, die das alleinige Obsorgerecht hatte, mit Hauptwohnsitz und ab 21.9.2012 mit Nebenwohnsitz beim Vater gemeldet war, ab welchem Zeitpunkt er nach übereinstimmenden Angaben "jedenfalls" seinen ständigen Aufenthalt beim Vater genommen hatte.

Hinsichtlich der Monate August und September 2012 beharrt die Bf im Zuge des Verfahrens darauf, dass der Sohn den gesamten Sommer 2012 bis zur Übersiedlung zum Vater ab 21.9.2012 nach wie vor bei ihr gelebt und sie mit ihm kurz davor beispielsweise noch einen zweiwöchigen Urlaubaufenthalt verbracht habe.

Damit übereinstimmend hatte der KV zunächst erstmalig in seinem Antrag vom Mai 2013 die Familienbeihilfe "ab September 2012" begehrte, wozu auch seitens der zuständigen Sachbearbeiterin der Jugendwohlfahrt zunächst bestätigt wurde, dass der Sohn "seit September 2012 im Haushalt des Vaters" wohne. In weiterer Folge hat der KV dann im Rahmen telefonischer Anfragen sein Begehrten abgeändert und behauptet, der Sohn lebe bereits seit Juli 2012 bei ihm, er beantrage die Zuerkennung der Familienbeihilfe somit ab August 2012. Dies wurde anschließend wiederum seitens der Jugendwohlfahrt (mail vom 22.5.2013) dahin bestätigt, dass der Sohn seit 14.7.2012 im Haushalt des Vaters wohnhaft sei. Gleichzeitig ist nicht zu übersehen, dass der KV beim Amtstag am 27.11.2012 vor dem Bezirksgericht zu Protokoll gegeben hatte, der Sohn wohne seit dem 21.9.2012 bzw. halte sich seit diesem Datum jedenfalls bei ihm (und seiner nunmehrigen Ehegattin) auf.

Der Vorhaltsbeantwortung durch die Sachbearbeiterin der Jugendwohlfahrt (siehe eingangs) ist – befragt zu den widersprüchlich angegebenen Zeitpunkten - zu entnehmen, dass diese sich auf die jeweils geänderten Angaben von Seiten des KV (*"habe sich schon seit 14.7.2012 im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten ... laut seinen Angaben ..."*) und nicht auf eigene Wahrnehmungen gestützt haben.

Nach § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde - abgesehen von offenkundigen Tatsachen nach Abs. 1 dieser Bestimmung - unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens, ohne an formale Regeln gebunden zu sein, nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Der hierin postulierte Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet

nach ständiger Rechtsprechung, dass es genügt, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder **zumindest als weniger wahrscheinlich erscheinen lässt** (vgl. zB VwGH 26.5.2011, 2011/16/0011). Wenn *nachmaligen* Behauptungen, die unter Berücksichtigung aller Umstände keine Deckung in den übrigen Sachverhaltsmomenten finden, kein Glaube geschenkt wird, dann ist diese freie Beweiswürdigung laut VwGH keineswegs als unschlüssig zu empfinden (vgl. VwGH 31.10.1991, 90/16/0176).

Das BFG gelangt im Rahmen der freien Beweiswürdigung unter Berücksichtigung aller vorliegenden Umstände, nämlich der mit dem Vorbringen der Bf übereinstimmenden erstmaligen Angaben des Kindesvaters in Zusammenhalt mit dessen gleichlautender Aussage vor Gericht sowie der Anmeldung des Nebenwohnsitzes des Kindes (ab 21.9.2012) und insbesondere unter Bedachtnahme darauf, dass der lediglich wiederum auf die Angaben des KV gestützten Auskunft der Jugendwohlfahrt wohl – entgegen der Ansicht des Finanzamtes - keinerlei Aussagekraft beizumessen ist, zu der Überzeugung, dass der Sohn M bis Ende September 2012 bei der Bf haushaltsgehörig war.

Der Beschwerde ist daher betreffend den Zeitraum August und September 2012 Folge zu geben.

## 2.) Zeitraum Oktober bis Dezember 2012:

Wie oben bereits ausgeführt steht fest, dass der Sohn ab Ende September 2012 laut übereinstimmenden Angaben beider Elternteile durchgehend beim Kindesvater aufhältig und laut Meldebestätigung ab dem 21.9.2012 bei ihm mit Nebenwohnsitz angemeldet war, weshalb nach obgenannten gesetzlichen Bestimmungen von der Haushaltsgehörigkeit zum Kindesvater ab dieser Zeit auszugehen ist.

Das Zutreffen der Voraussetzungen für die Rückforderung der Familienbeihilfe ab dem Monat Oktober 2012 bis Dezember 2012 wurde von der Bf mittlerweile im Vorlageantrag außer Streit gestellt ("erhebe ich keinerlei Einspruch").

## 3.) Zeitraum Jänner bis Mai 2013:

Nach eigenen Angaben der Bf hat der Sohn ab dem Jänner 2013 "fix" beim Vater gelebt. Sie hat dem Ex-Gatten aus diesem Grund laut beiderseitigen Angaben und vorliegendem Dauerauftrag monatlich ab Jänner 2013 den Betrag von € 280 an Unterhalt und Familienbeihilfe überwiesen. Dazu, woraus und in welcher Höhe sich dieser Betrag konkret zusammensetzt, gehen die Angaben insoferne auseinander, als der KV behauptet, beim anteiligen Betrag von € 180 handle es sich um Unterhalt, dagegen die Bf, sie habe die gesamte Familienbeihilfe von € 180 sowie € 100 an Unterhalt bezahlt.

Abgesehen von diesem – allerdings nicht entscheidungswesentlichen - Widerspruch wendet die Bf als einziges Beschwerdevorbringen ein, es könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass der KV aufgrund der gegenständlichen Rückforderung und

Zuerkennung der Familienbeihilfe an ihn folglich die Familienbeihilfe "doppelt" beziehe. Zudem sei eine Rückforderung ihrerseits vom KV als aussichtslos zu betrachten.

Unstrittig ist aufgrund der eigenen Angaben, dass das Kind M, für das die Bf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag bezogen hat, im streitgegenständlichen Zeitraum dem Haushalt des KV ("fix") angehörte und dieser sohin anspruchsberechtigt war.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes trifft die Rückzahlungspflicht gemäß § 26 Abs. 1 FLAG den *Bezieher* der Familienbeihilfe. Diese Bestimmung normiert eine *objektive Erstattungspflicht* desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat und ist die Rückerstattungspflicht von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist somit allein, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist völlig unerheblich (VwGH 16.2.1988, 85/14/0130; VwGH 13.3.1991, 90/13/0241; VwGH 31.10.2000, 96/15/0001).

Entgegen dem Dafürhalten der Bf entbindet daher die nachgewiesene Weitergabe der unrechtmäßig erhaltenen Beträge (ob zum Teil oder zur Gänze) an den KV nicht von ihrer Rückzahlungsverpflichtung als Bezieherin der Familienbeihilfe.

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage konnte daher der Beschwerde insgesamt nur ein teilweiser Erfolg beschieden sein und war spruchgemäß zu entscheiden.

### **Zulässigkeit einer Revision:**

Die Lösung der Fragen 1. bei welchem Elternteil das Kind haushaltsgerechtig war und 2. ob bei Weitergabe der Familienbeihilfe dennoch eine Rückerstattungspflicht vorliegt, ergibt sich zu 1. im Wesentlichen anhand der Beurteilung der teils unterschiedlichen Angaben im Rahmen der freien Beweiswürdigung und zu 2. anhand der gesetzlichen Bestimmung nach § 26 FLAG in Zusammenhang mit der angeführten VwGH-Rechtsprechung (zB VwGH 31.10.2000, 96/15/0001). Nachdem sohin keine Rechtsfrage von "grundsätzlicher Bedeutung" zugrunde liegt, ist eine Revision nicht zulässig.

Innsbruck, am 15. Juli 2014