



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des KV, geb. GebDat, Adresse, vom 18. Mai 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23, vom 10. Mai 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum März 2005 bis Oktober 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

KV, in der Folge mit Bw. bezeichnet, hat für seine minderjährige Tochter KdVN, geboren 2003, im Zeitraum vom März 2005 bis Oktober 2006 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag in der Höhe von insgesamt 3.147,90 € bezogen, und zwar vom März 2005 bis Juli 2006 Familienbeihilfe in Höhe von 105,40 monatlich und vom August bis Oktober 2006 in Höhe von 112,70 monatlich sowie Kinderabsetzbetrag von 50,90 € monatlich im gesamten Zeitraum.

Das Finanzamt hat den ausbezahlten Betrag mit Bescheid vom 10.5.2007 zurückgefördert und die Rückforderung damit begründet, dass das Kind bei der Kindesmutter haushaltsgerechtig ist, weshalb dieser der Anspruch ausschließlich zusteht.

Gegen diesen Bescheid hat der Bw. berufen und ausgeführt, die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag seien nicht zu Unrecht bezogen worden. Die betreffenden Anträge seien jeweils mit einer Verzichtserklärung der Kindesmutter, Dr. NN\_KM versehen und der Antrag von ihm als Kindesvater gestellt worden.

Die Berufung wurde mit Berufungsvorentscheidung abgewiesen und die Abweisung u.a. damit begründet, dass das Kind Kd1.VN weder beim Bw. haushaltsgleich sei noch ein gemeinsamer Haushalt der Eltern mit dem Kind vorliege, weshalb ein Verzicht zugunsten des anderen Elternteiles nicht möglich sei.

Der Bw. hat einen Vorlageantrag gestellt und ausgeführt, es könne nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, dass für das in Österreich geborene Kind mit österreichischem Vater und ordentlichem Wohnsitz im Bundesgebiet seit der Geburt weder dem Vater noch der Mutter Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbetrag zustehen solle und die für März 2005 bis Oktober 2006 ausbezahlten Beträge rückzuführen wären.

Die Wohnsituation der Familie NN\_KV NN\_KM sei deshalb eine besondere, da die Wohnung in Wien Nr.\_Bezirk für vier Personen zu klein sei und deshalb eine Aufteilung des Lebensmittelpunktes von Kind und Eltern auf tagsüber in der Adresse2 und nachts sowie an Wochenenden in Wien Nr.\_Bezirk notwendig sei.

Die Aberkennung und Rückforderung sei nicht berechtigt und stelle eine unverhältnismäßige Härte für das Kind und die Eltern dar und würde die Finanzkraft des Bw. völlig aushöhlen.

Dem Kindesvater wurde Folgendes vorgehalten:

*Bezug nehmend auf Ihre oben angeführte Berufung wird mitgeteilt, dass die Rückforderung nach Ansicht der Referentin der geltenden Rechtslage entspricht, weil KdVN, dem Haushalt der Kindesmutter angehört hat und Sie mit ihrer Tochter nicht in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben. Eine überwiegende Tragung der Unterhaltskosten durch Sie wurde bisher nicht nachgewiesen. Im Hinblick darauf, dass das Gebäude, in dem die Kindesmutter die Tochter betreut hat, wenn sie dort war, die Gesellschaft, die das Gebäude betrieben hat und die Eigentumswohnung, in der die Kindesmutter mit ihrer Tochter im gemeinsamen Haushalt gelebt hat, der Kindesmutter gehörten, wird davon ausgegangen, dass die Wohnkosten von der Kindesmutter getragen wurden, sodass eine überwiegende Tragung der Unterhaltskosten durch Sie nicht wahrscheinlich ist. Die von Ihnen angesprochenen finanziellen Verhältnisse, die Ihnen keine Zurückzahlung des angeführten Betrages ermöglichen, könnten allenfalls im Wege eines Zahlungserleichterungs- bzw. Nachsichtsverfahrens berücksichtigt werden, wobei ein Ansuchen um Zahlungserleichterung oder Nachsicht beim Finanzamt einzubringen wäre. Darüber kann im gegenständlichen Verfahren nicht entschieden werden. Rechtlich wäre die einzige Möglichkeit, dass ein Anspruch Ihrerseits anerkannt werden könnte, die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten durch Sie im angeführten Zeitraum.*

Der Bw. hat in der Folge Belege in Form von Rechnungen, Kontoauszügen und Kreditkartenbelastungen vorgelegt zum Nachweis dafür, dass er die Kosten für den täglichen Bedarf an Lebensmitteln, Kleidung, Restaurant, Bedarfsartikeln, Medikamenten, Arztrechnungen, Krankenversicherung, Geschenken und die Reisekosten für Urlaube für die ganze Familie trage. Weiters trage er die Betriebskosten (Strom, Wasser, Gas, Rauchfangkehrer) des Haushaltes.

Die vorgelegten Ausgabennachweise seien nur jene, von denen eine Rechnung oder Zahlungsbeleg für diesen Zeitraum noch existierten. Darüber hinaus gebe es noch eine Reihe von Barausgaben für die Familie, die ohne vorhandene Rechnungen konsumiert werden, wie zB Transportkosten U-Bahn, Taxi, Treibstoffkosten seien nur teilweise in Belegform vorhanden.

Den unsortiert vorgelegten Belegen war großteils nicht zu entnehmen, wer die Zahlungen getätigt hat. Teilweise handelte es sich um Barzahlungen, teilweise wurde unbar bezahlt, jedoch konnte nur in zwei Fällen eine Übereinstimmung mit den unvollständig vorgelegten Kontoauszügen hergestellt werden. Bei den Kontoauszügen fehlten die zugrunde liegenden Rechnungen. So ist zB bei der Bezahlung der Krankenversicherung nicht hervorgegangen, für wen die Versicherung abgeschlossen wurde und bei den Zahlungen der Wienstrom nicht, für welches Objekt die Zahlungen erfolgt sind. Da die Kontoauszüge nur teilweise vorgelegt wurden, ist auch unklar, ob es nicht zu Rückflüssen gekommen ist. Bei den Rechnungen bzw. Kassabons handelte es sich teilweise auch um ganz alltägliche Bedarfsgegenstände. Den Restaurantrechnungen ist nur zu entnehmen, dass meistens drei Personen gegessen haben, jedoch nicht, um welche Personen es sich dabei gehandelt hat. Der Bw. ist Vater von zwei Kindern aus erster Ehe.

Mit Frau VN\_NN, Finanzamt BezFA, wurde Rücksprache gehalten wegen des Familienbeihilfenanspruches der Kindesmutter für VN\_Kd. Nach Ansicht des Finanzamtes waren bei Mutter und Kind die Anspruchsvoraussetzungen ab Oktober 2005 gegeben, auf die UFS-Entscheidung werde gewartet.

Die Kindesmutter ist im Beisein des Bw. als Zeugin einvernommen worden und hat die Kosten für den Unterhalt der Tochter im Jahr 2005 wie folgt bekanntgegeben:

Kosten für	Betrag
Windeln	40,00 €
Nahrungsmittel	60,00 €
Kleidung	30,00 €
Arzt, Versicherung	19,00 € monatlich für die Versicherung, drei Mal jährlich 80,00 € für den Kinderarzt
Gesamt	169,00 € pro Monat

Weiters erklärte die Kindesmutter zunächst, dass von den vorgelegten Belegen die meisten Ausgaben sie getragen habe, was vom Kindesvater bestritten wurde. Sodann erklärte die Kindesmutter zunächst, dass der Vater die meisten Kosten des Unterhalts für das Kind getragen habe, widerrief jedoch in der Folge ihre Aussage.

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

Die im gegenständlichen Fall anzuwendende Rechtslage lautet wie folgt:

Gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 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. Zurückzuzahlende Beträge können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a) EStG 1988 idgF steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 € für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind 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.

Das genannte Kind des Bw. hat im Rückforderungszeitraum unstrittig nicht in einem gemeinsamen Haushalt mit diesem gewohnt. Zu prüfen war daher einerseits, ob keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt war, ferner ob der Bw. im Zeitraum, in dem keine andere Person anspruchsberechtigt war, die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend getragen hat.

§ 3 FLAG in der bis 31.12.2005 geltenden Fassung lautet:

Gemäß Abs. 1 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nicht selbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen.

Gemäß Abs. 2 gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Gemäß Abs. 3 genügt, wenn der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2 a Abs. 1), nicht österreichischer Staatsbürger ist, für dessen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

§ 3 FLAG in der ab 1.1.2006 geltenden Fassung lautet:

Gemäß Abs. 1 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß Abs. 2 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthalts gesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gemäß § 2a Abs. 1 FLAG geht im Falle der Zugehörigkeit eines Kindes zum gemeinsamen Haushalt der Eltern der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

Gemäß § 2a Abs. 2 FLAG kann in den Fällen des Abs. 1 der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

Da laut Finanzamt die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe an die Kindesmutter ab Oktober 2005 erfüllt sind, ist die Rückforderung für den Zeitraum von Oktober 2005 bis Oktober 2006 unabhängig davon zu Recht erfolgt, wer die überwiegenden Kosten des Unterhalts getragen hat. Ein Verzicht des anderen Elternteils auf die Familienbeihilfe ist nur für den Fall eines gemeinsamen Haushalts vorgesehen.

Für den Zeitraum vom März bis September 2005 war daher für die subsidiäre Anspruchsberechtigung des Bw. zu prüfen, ob dieser die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend getragen hat. Die Kosten des Unterhalts haben laut Aussage der Kindesmutter bei ihrer Einvernahme als Zeugin rund 169,00 € monatlich betragen. Diese Kosten entsprechen in etwa dem Regelbedarf für das Jahr 2005.

Bezüglich der Kostentragung liegen widerstreitende Aussagen der Kindesmutter und des Bw. vor. Die unsortiert vorgelegten, vom Unabhängigen Finanzsenat geordneten Belege können nicht als Nachweis für die Tragung der Kosten durch eine bestimmte Person angesehen werden. Zum einen handelt es sich bei vielen Belegen um Rechnungen für Barzahlungen. Von den Zahlungen, die über das Konto getätigt wurden, konnten für das ganze Jahr 2005 nur zwei Zahlungen den vorgelegten Kontoauszügen zugeordnet werden. Da auch von den Kontoauszügen nur einige wenige Blätter vorgelegt wurden, ist nicht überprüfbar, ob es zu Rückflüssen gekommen ist. Die Belege betreffen zT Restaurantrechnungen. Diese sind schon deshalb nicht geeignet, eine überwiegende Tragung der Kosten des Unterhalts des Kindes nachzuweisen, weil Kinder in diesem Alter in der Regel bei den Erwachsenen mitessen.

Das Kind hat unstrittig im Haushalt der Kindesmutter gewohnt. Diese hat bei ihrer Einvernahme als Zeugin unter Wahrheitspflicht insgesamt einen glaubwürdigen Eindruck hinterlassen, auch wenn sie zunächst unter dem Druck eines persönlichen Gespräches mit dem Bw. eine überwiegende Kostentragung durch diesen erklärt hat. Sie hat diese Aussage unmittelbar darauf korrigiert und wird ihrer Aussage mehr Glauben geschenkt als den Angaben des Bw.. Der Unabhängige Finanzsenat geht daher davon aus, dass der Bw. im Zeitraum von März 2005 bis September 2005 die Kosten des Unterhalts für KdVN nicht überwiegend getragen hat und dass der Großteil der Kosten von der Kindesmutter getragen wurde.

Der Berufung konnte daher insgesamt nicht Folge gegeben werden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 26. August 2008