

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde des Bf., vertreten durch Dr. Alexandra Sedelmayer, Rechtsanwältin in 1030 Wien, Marxergasse 29 /11, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 28.11.2013, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner 2012 bis Oktober 2013, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf) bezog für Sohn Daniel, geboren 2010 , bis Oktober 2013 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe vom 30. September 2013 ersuchte das Finanzamt (FA) den Bf um einen Nachweis des ständigen Aufenthaltes seines Sohnes im Bundesgebiet.

Der Bf gab daraufhin bekannt, dass die Kindesmutter mit Daniel "*seit ca. 2 Jahren in Rumänien*" lebe.

Das FA forderte daraufhin mit Bescheid vom 28. November 2013 die vom Bf für den Zeitraum Jänner 2012 bis Oktober 2013 bezogenen Beträge unter Verweis auf die Bestimmungen des § 26 Abs 1 und § 2 Abs 2 FLAG zurück.

Der Bf brachte gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht Beschwerde ein.

Zur Begründung führte er aus, dass der Bf die Familienbeihilfe für Daniel nicht bezogen habe. Die Familienbeihilfe wäre vielmehr auf das Konto der Kindesmutter AT 123456789 überwiesen worden. Der Bf wäre über dieses Konto nicht zeichnungsberechtigt gewesen.

Der Mutter wäre sohin die Familienbeihilfe direkt zugekommen, sodass der Bf um diesen Betrag nicht bereichert worden sei.

Der vorliegende Bescheid enthalte keine Begründung, aufgrund welcher Umstände die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag nicht zustehen solle. Auch wenn das Kind vorübergehend einen anderen Aufenthalt gehabt habe, habe der Bf für dieses Kind Aufwendungen gehabt und Unterhaltsleistungen erbracht. Auch die Rückforderung des monatlichen Kinderabsetzbetrages sei daher nicht gerechtfertigt. Es werde um Akteneinsicht und sodann um Gelegenheit zur Stellungnahme ersucht.

Das FA wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 3. Juli 2014 mit folgender Begründung ab:

*" Gemäß § 2 (2) 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 Famlllenbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.*

*Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.*

*Als Sachverhalt steht fest, dass die Haushaltsgehörigkeit zu Ihrem Kind Daniel im Zeitraum der Rückforderung bereits aufgehoben war und das Kind bei der Mutter haushaltsgehörig war.*

*Zivilrechtliche Vereinbarungen entfalten jedoch für das Familienlastenausgleichsgesetz keine Bindungswirkung. Es kann also ein bestehender Familienbeihilfenanspruch durch Parteienvereinbarung nicht abgeändert werden (sh. VwGH 16.3.1989, 89/14/0002).*

*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 (VwGH 31.1.2000, 96/15/0001). Die Abgabenbehörde kann zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe somit auch dann zurückfordern, wenn die bezogene Familienbeihilfe zur Gänze dem anderen Elternteil überwiesen worden ist (sh. VwGH 16.2.1988, 85/14/0130).*

*Weiters wird festgestellt, dass nach der Regelung des § 26 Abs 1 FLAG 1967 es der Rückforderung nicht entgegensteht, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig und allein an die Voraussetzung des Fehlens der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug geknüpft; ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (vgl die hg. Erkenntnisse vom 18. April 2007, 2006/13/0174, und 23. September 2005, 2005/15/0080)."*

Der Bf stellte einen Vorlageantrag. Die darin gemachten Ausführungen sind weitgehend ident mit den in der Beschwerde gemachten Ausführungen.

Das BFG übermittelte dem Bf Ausdrucke der dem BFG vom FA elektronisch übermittelten Aktenteile des Familienbeihilfenaktes zur Akteneinsicht und forderte den Bf auf, die in der Beschwerde avisierte Stellungnahme innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens dem BFG zu übermitteln.

Nach gewährten Fristverlängerungen übermittelte der Bf am 26.03.2015 eine Stellungnahme, in der iW ausgeführt wurde, beim FA hätte in den Antrag vom 19.01.2011 nicht Einsicht genommen werden können, da dieser bei der Behörde nicht mehr auffindbar sei.

Da der Bf die Kinderbeihilfe tatsächlich überhaupt nicht bezogen habe und die Familienbeihilfe zur Gänze von der Kindesmutter bezogen worden sei, da das im Verfahren dem Bf vorgehaltene Konto das Konto der Kindesmutter gewesen sei, bestehet der Rückforderungsanspruch nicht zurecht, da der Bf niemals beantragt habe, dass die Kinderbeihilfe auf das Konto überwiesen werden sollte.

Der Bf (Kindesvater) habe vielmehr über Anfrage vom 30.09.2013 wahrheitsgemäß mitgeteilt, dass das Kind bei der Kindesmutter in Rumänien aufhältig sei.

Nachdem daher keine Unterlage vorliege, aus der zu entnehmen sei, dass der Kindesvater und Bf den Antrag auf Überweisung auf das Konto der Kindesmutter gestellt habe, der Kindesvater selbst auch niemals Kinderbeihilfe bezogen habe, sondern die Kinderbeihilfe offenbar direkt auf das Konto der Kindesmutter überwiesen worden sei, werde beantragt, der Beschwerde Folge zu geben und den Rückzahlungsbescheid aufzuheben.

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

#### **Folgender Sachverhalt steht fest:**

Der Bf ist österreichischer Staatsbürger. Er ist mit der Kindesmutter nicht verheiratet. Die Kindesmutter besitzt die rumänische Staatsbürgerschaft.

Der gemeinsame Sohn Daniel C., rumänischer Staatsbürger, geboren 2010, lebt mit der Kindesmutter in einem gemeinsamen Haushalt. Seit November 2011 lebt die Kindesmutter mit Daniel in Rumänien.

Der Bf lebt in Wien. Vor dem Rückforderungszeitraum lebte er in einem gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter, im Rückforderungszeitraum (Jänner 2012 – Oktober 2013) lebte er von ihr getrennt.

Der Bf arbeitete im Jahr 2012 vom 1. Jänner bis 20. September bei der Fa ABC KG und bezog aus dieser Tätigkeit steuerpflichtige Bezüge von rund EUR 6.220,00. Weiters war

er in diesem Jahr vom 1. Jänner bis 31. Dezember bei der Fa DEF KG beschäftigt. Die steuerpflichtigen Bezüge betragen rund EUR 8.760,00.

Im Jahr 2013 war der Bf vom 1. Jänner bis 23. April bei der Fa DEF KG beschäftigt und bezog daraus Einkünfte von rund EUR 2.750,00.

Weiters leistete er im Jahr 2013 Vorauszahlungen an Einkommensteuer in Höhe von EUR 587,00.

Der Bf bezog für Daniel von September 2010 bis Oktober 2013 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge. Die Familienbeihilfe wurde auf das vom Bf bekannt gegebene inländische Konto der Bank IBAN AT 123456789 überwiesen.

### **Beweiswürdigung:**

Die persönlichen Verhältnisse (Staatsbürgerschaft, Familienstand, Wohnsitz) entsprechen den Angaben des Bf und entsprechenden Abfragen aus dem Zentralen Melderegister.

Dass die Kindesmutter mit Daniel in einem gemeinsamen Haushalt und seit ca November 2011 in Rumänien lebt, wurde vom Bf vorgebracht.

Daraus folgt, dass der Bf im Rückforderungszeitraum (er lebt und arbeitet in Wien) von der Kindesmutter getrennt lebt. Dies wurde auch in der Beschwerdevorentscheidung des FA vom 03.07.2014 festgestellt und blieb unwidersprochen.

Die Einkünfte des Bf sind seinen Steuerbescheiden und entsprechenden Abfragen im AIS des Bundes zu entnehmen.

Dass der Bf für Daniel im genannten Zeitraum Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge beantragte und diese ihm aG seines Antrags gewährt wurde, ist unbestritten und den Ausdrucken aus dem Familienbeihilfenakt des FA zu entnehmen. Wenn jemand Familienbeihilfe beantragt und diese wird ihm gewährt, bezieht er Familienbeihilfe. Ebenso unbestritten ist die Auszahlung auf das genannte Konto.

Dass der Bf das nämliche Konto bekannt gegeben hat, wird vom BFG in freier Beweiswürdigung erkannt. Auch wenn der ursprüngliche Antrag auf Familienbeihilfe offenbar unauffindbar ist, so steht aG der Einsichtnahme und der angefertigten Ausdrucke aus dem AIS des Bundes, DB 7 fest, dass der Bf die Familienbeihilfe beantragt hat und dass ihm diese gewährt wurde. Auf dem Antragsformular ist das Konto, auf das die Familienbeihilfe überwiesen werden soll, anzugeben. In der Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe wurde das Konto, das der Bf auf dem Antragsformular offenbar bekannt gegeben hatte, mit BIC und IBAN erwähnt. Das FA kann diese Kontonummer nur vom Bf selbst bekommen haben, zumal kein Familienbeihilfenantrag der Kindesmutter bei der Behörde aktenkundig ist, sodass auch ein diesbezüglicher Irrtum des FA ausgeschlossen ist.

### **Rechtliche Beurteilung:**

*Zum Anspruch auf Familienbeihilfe:*

Gemäß § 2 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Nach Abs 2 der genannten Gesetzesbestimmung hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in 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 Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

§ 4 Abs 1 FLAG 1967 bestimmt, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wobei jedoch eine in den nachfolgenden Absätzen definierte Ausgleichszahlung unter den dort angeführten Bedingungen möglich wäre.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Da sich der Sohn des Bf, Daniel, nach eigener Aussage des Bf im Rückforderungszeitraum im Ausland aufgehalten hat, hat der Bf nach rein innerstaatlichem Recht keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für seinen Sohn.

In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. Nach *Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53*, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Im gegenständlichen Fall ist nicht nur innerstaatliches Recht zu beachten. Vielmehr ist der Bf als in Österreich Erwerbstätiger bei Vorliegen der dort normierten Voraussetzungen auch von der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit erfasst (in der Folge: "VO").

Artikel 2 der VO regelt den persönlichen Geltungsbereich. Danach sind Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen von der VO erfasst.

Nach Artikel 3 Abs 1 lit j umfasst der sachliche Geltungsbereich der VO auch Familienleistungen.

Die VO ist also persönlich und sachlich auf den Bf grundsätzlich anwendbar.

Artikel 67 der VO besagt, dass eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats hat, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Zu prüfen ist deshalb, ob es sich bei dem Sohn des Bf um einen Familienangehörigen iSd der VO handelt.

Nach Artikel 1 Buchstabe i der Verordnung ist "Familienangehöriger"

„1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;  
2. unterscheiden die gemäß Nummer 1 anzuwendenden Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, so werden der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen;  
3. wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird.“

Unstrittig ist, dass der Sohn des Bf seit ca zwei Jahren mit der Kindesmutter in Rumänien im gemeinsamen Haushalt lebt und damit im Streitzeitraum (Jänner 2012 bis Oktober 2013) kein gemeinsamer Haushalt mit dem Bf vorlag.

Der Sohn des Bf wäre also trotz fehlender häuslicher Gemeinschaft mit dem Bf dennoch als bei ihm (fiktiv) haushaltszugehörig (und somit als Familienangehöriger iSd VO) anzusehen, wenn der Bf überwiegend für dessen Unterhalt aufkommt (vgl in diesem Sinne auch *VwGH 19.04.2007, 2004/15/0049* ).

Auch die Tatsache, dass der Bf mit der Kindesmutter nicht verheiratet ist, ändert nichts an der grundsätzlichen Anwendbarkeit der VO.

Ob eine überwiegende Kostentragung in dem für den vorliegenden Fall maßgeblichen Sinn vorliegt, hängt nach herrschender Auffassung (vgl zB *VwGH 21.3.1996, 93/15/0208* ) davon ab, wie hoch die gesamten tatsächlichen Unterhaltskosten für ein Kind in einem bestimmten Zeitraum waren und in welchem Ausmaß im selben Zeitraum von der unterhaltpflichtigen Person Unterhaltsbeiträge tatsächlich geleistet wurden. Die Höhe der gesamten Unterhaltskosten ist dabei als Tatfrage nach den Verhältnissen des Landes zu klären, in welchem sich die Kinder tatsächlich aufhalten. Dabei können sich im Verhältnis zu österreichischen Verhältnissen höhere aber auch niedrigere Unterhaltskosten ergeben.

Das BFG konnte im vorliegenden Beschwerdefall nicht zu der Feststellung gelangen, dass der Bf den überwiegenden Unterhalt für seinen Sohn getragen hat, da der Bf trotz

Aufforderung des FA (Ergänzunguersuchen vom 25.03.2014) keinen derartigen Nachweis erbrachte.

Fest steht nur, dass der Bf im Streitzeitraum nichtselbständig erwerbstätig war und aus seinen Beschäftigungsverhältnissen nur sehr geringe Einkünfte erzielt hat, sodass auch aus diesem Blickwinkel eine überwiegende Unterhaltsleistung nicht angenommen werden kann.

Das Vorbringen, der Bf habe für Daniel (nicht näher bezeichnete) Aufwendungen gehabt und (nicht näher bezifferte) Unterhaltsleistungen erbracht, ist nicht geeignet, eine überwiegende Unterhaltsleistung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen.

Da der Sohn beim Bf im Streitzeitraum (Jänner 2012 bis Oktober 2013) nicht haushaltsgerechtig war und dieser für ihn auch nicht den überwiegenden Unterhalt geleistet hat, ist er kein Familienangehöriger iSd VO.

Daher hat der Bf auch nach Gemeinschaftsrecht keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

*Zur Rückforderung:*

§ 26 Abs 1 FLAG 1967 lautet:

*"Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen."*

Gemäß § 33 Abs 3 EStG 1988 ist § 26 FLAG auch anzuwenden, wenn Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen wurden.

Die Vertreterin führt in der Beschwerde und im Vorlageantrag dazu aus, die Familienbeihilfe sei auf das Konto der Kindesmutter überwiesen worden, der Bf sei nicht zeichnungsberechtigt gewesen und sei nicht bereichert worden.

Dieses Vorbringen kann der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen.

Bezüglich der Rückforderung ist nämlich uneingeschränkt den diesbezüglichen Ausführungen des FA zu folgen.

Zivilrechtliche Vereinbarungen entfalten für das Familienlastenausgleichsgesetz keine Bindungswirkung. Es kann also ein bestehender Familienbeihilfenanspruch durch Parteienvereinbarung nicht abgeändert werden (vgl VwGH 16.3.1989, 89/14/0002 ).

Die Rückzahlungspflicht gemäß § 26 Abs 1 FLAG 1967 trifft ausschließlich den Bezieher der Familienbeihilfe.

Bezieher der Familienbeihilfe war der Bf.

Die 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 31.1.2000, 96/15/0001 ). Die Abgabenbehörde kann zu Unrecht bezogene

Familienbelhilfe somit auch dann zurückfordern, wenn die bezogene Familienbeihilfe zur Gänze dem anderen Elternteil überwiesen worden ist (vgl *VwGH 16.2.1988, 85/14/0130* ).

Weiters wird festgestellt, dass nach der Regelung des § 26 Abs 1 FLAG 1967 es der Rückforderung nicht entgegensteht, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das FA verursacht worden ist. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig und allein an die Voraussetzung des Fehlens der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug geknüpft; ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (vgl *Erkenntnisse VwGH 18.04.2007, 2006/13/0174, und VwGH 23.09.2005, 2005/15/0080* ).

Wem das bekannt gegebene Konto zuzurechnen ist und ob der Bf darüber verfügberechtigt war, ist daher für die Rechtmäßigkeit des Rückforderungsbescheides unerheblich.

#### *Zulässigkeit einer Revision:*

Dass nach Gemeinschaftsrecht Familienleistungen beim vorliegenden Sachverhalt nur dann zustehen, wenn die Kinder haushaltsgleichig sind oder der Beihilfenwerber den überwiegenden Unterhalt für die Kinder geleistet hat, ist durch die ständige Judikatur des VwGH geklärt (siehe zB *Erkenntnisse vom 27.09.2012, 2012/16/0054; 19.4.2007, 2004/15/0049*).

Dass § 26 FLAG 1967 eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, normiert, ist ebenfalls durch die ständige Judikatur des VwGH geklärt (siehe oben).

Andere bedeutsame rechtliche Problemstellungen sind nicht hervorgekommen. Daher liegt keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vor, sodass die ordentliche Revision nicht zuzulassen war.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 1. April 2015