



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder N., Mag. Gertraud Lunzer und Wilhelm Böhm im Beisein der Schriftführerin Ingrid Pavlik über die Berufung der Bw., K., vertreten durch RA, gegen den Bescheid des Finanzamtes X. betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. April 1999 bis 30. November 2001 nach der am 14. April 2011 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

1.1. Die Berufungswerberin (im Folgenden Bw.) bekam für ihre zwei Kinder (T., geb. 1977 und S., geb. 1984) nach der Scheidung im Jahr 1989 das alleinige Sorgerecht zugesprochen (Beschluss des BG A. 1989), die Familienbeihilfe für S. wurde jedoch weiterhin vom Kindesvater F B. bezogen.

Im März 2002 stellte die Bw. erstmalig den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe rückwirkend auf drei Jahre für die Tochter S..

1.2. Das Finanzamt gewährte der Bw. die Familienbeihilfe für die Tochter ab Dezember 2001; für den Zeitraum 1. April 1999 bis 30. November 2001 wies das Finanzamt den Antrag der Bw. vorerst mit Bescheid vom 3. Mai 2002 mit folgender Begründung ab (auszugsweise Wiedergabe):

„... Der Elternteil, der überwiegend den Haushalt führt, hat den vorrangigen Anspruch. Der das Kind überwiegend betreuende Elternteil kann auf den vorrangigen Anspruch verzichten. Bis zum Nachweis

wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt führt. Wird vom Vater der diesbezügliche Antrag gestellt, ist demnach die weitere Gewährung der Familienbeihilfe an die Mutter einzustellen. Bei widerrufenem Verzicht lebt der Anspruch für jene Zeiten, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde, wieder auf.

In Ihrem Fall war die polizeiliche Meldung Ihres Gatten bis 19.11.2001 im gemeinsamen Haushalt. Es ist daher bis zu diesem Zeitpunkt von einem gemeinsamen Haushalt mit den Eltern und Ihrer Tochter S. auszugehen. Für die Zeit vom 01.04.1999 bis 30.11.2001 wird Ihr Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe abgewiesen.“

1.3. Gegen den oa Abweisungsbescheid brachte die Bw. Berufung ein wie folgt (auszugsweise Wiedergabe):

„...Die Behörde hat es, trotz meinen konkreten Angaben unterlassen, nähere Erhebungen dahingehend zu tätigen, ob sich der Kindesvater im gegenständlichen Zeitpunkt im gemeinsamen Haushalt mit mir und meiner Tochter S. B. aufgehalten hat. Wie in meinem Antrag klar dargelegt, hat sich der Kindesvater im maßgeblichen Zeitraum bereits an seiner jetzigen Adresse in F., aufgehalten. Unsere Lebensgemeinschaft war jedenfalls bereits seit Ende 1997 aufgehoben. Dies wurde vom Kindesvater nie bestritten und hat er diesen Umstand auf Seite 4 der beiliegenden Klage gem. § 35 EO, welche er beim BG KW eingebracht hat, außer Streit gestellt. Der bekämpfte Bescheid ist daher rechtswidrig. ... Der Kindesvater hat jedenfalls seit 1997 seinen Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in F., und lebt nicht mehr mit mir und unserer gemeinsamen Tochter im gemeinsamen Haushalt. ... Die mj. S. B. hat im gegenständlichen Zeitraum ausschließlich mit mir und nicht mit dem Kindesvater im gemeinsamen Haushalt im Sinne einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft gelebt. Zudem bin ich mit der alleinigen Obsorge bezüglich der mj. S. B. betraut. Die Familienbeihilfe steht daher ausschließlich mir zu...“

1.4. Das Finanzamt X. erließ am 2. August 2002 eine Berufungsvorentscheidung, gab der Berufung statt und hob den angefochtenen Bescheid auf.

1.5. Die vom Kindesvater (F B.) für diesen Zeitraum bezogenen Beträge wurden vom zuständigen Finanzamt V. mit Bescheid vom 7. Februar 2003 zurückgefordert. Der Kindesvater erhob dagegen Berufung und führte u.a. aus, es habe *"ohne Unterbrechung bis zum Jahre 1997"* **eine Lebensgemeinschaft bestanden. Soweit es den** Rückforderungszeitraum betreffe, hätten beide Parteien ihr Zusammenleben als Lebensgemeinschaft verstanden, darüber sei im November 2000 auch eine Erklärung für das AMS ausgestellt worden.

1.6. Das Finanzamt V. gab der Berufung von F B. statt.

2.1. Das für die Bw. zuständige Wohnsitzfinanzamt X. forderte von der Bw. mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 6. Juni 2003 die Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum April 1999 bis November 2001 mit folgender Begründung zurück:

„Gemäß § 7 Familienlastenausgleichsgesetz in der derzeit geltenden Fassung wird Familienbeihilfe nur einer Person gewährt.

Obiger Betrag wird rückgefordert, da Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für Ihre Tochter S. bereits vor Ihrer Antragstellung dem Kindesvater gewährt bzw. ausbezahlt wurde. Die Beträge wurden regelmäßig als Teil der Unterhaltskosten weitergegeben.“

2.2. Die Bw. brachte gegen den Rückforderungsbescheid mit folgender Begründung Berufung ein:

„...Mit Bescheid vom 05.08.2002, Vers.Nr. 123456, wurde mir nach Überprüfung meines Anspruches Familienbeihilfe für meine Tochter S. B., geb. 1984,, für die Zeit v. April 1999 bis September 2002

gewährt. Seit meiner diesbezüglichen Antragstellung im März 2002 habe ich regelmäßig die Familienbeihilfe für S. erhalten.

Mit dem bekämpften Bescheid vom 06.06.2003 wurde ich verpflichtet, die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für S. B., geb. 1984,, für den Zeitraum v. 01.04.1999 bis zum 30.11.2001 gem. § 26/1, FamLAG 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a bzw. lit. c EStG 1988 zurückzuzahlen.

Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass gem. § 7 FamLAG Familienbeihilfe nur einer Person gewährt wird. Der genannte Betrag werde zurückgefordert, da Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für S. bereits vor meiner Antragstellung dem Kindesvater gewährt bzw. ausbezahlt wurde. Diese Beträge seien regelmäßig als Teil der Unterhaltskosten weitergegeben worden.

Der genannte Bescheid konkret, der Bescheid vom 06.06.2003, Vers.Nr. 123456, wird zur Gänze bekämpft.

Die Behörde hat es unterlassen, mir Gelegenheit zu geben, zu den Angaben des Kindesvaters, er hätte die genannten Leistungen als Teil der Unterhaltskosten weitergegeben, Stellung zu nehmen.

Es ist unwahr, dass der Kindesvater die Familienbeihilfe bzw. den Kinderabsetzbetrag mit seinen Unterhaltszahlungen an S. weitergeleitet hätte. Der Kindesvater, hat bislang immer den monatlichen Unterhaltsbetrag von ATS 10.000,00 (€ 726,73) monatlich bezahlt und hat er weder gegenüber mir noch gegenüber S. jemals behauptet, dass ein Teil dieses Unterhalts Familienbeihilfe oder Kinderabsetzbetrag darstelle.

Auch zahlt er immer noch den der mj. S. zustehenden Unterhaltsbetrag von ATS 10.000,00 (€ 726,73), obwohl ich längst die Familienbeihilfe vom Finanzamt direkt beziehe.

Wie bereits ausgeführt (siehe Berufung vom 10.06.2002 gegen den Bescheid vom 05.05.2002, Vers.Nr. 123456) hat der Kindesvater jedenfalls seit 1997 seinen Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in F., und lebt nicht mit mir und S. im gemeinsamen Haushalt. Er war lediglich bis November 2001 bei mir und S. gemeldet, ohne sich jedoch tatsächlich dort aufgehalten zu haben.

Der Kindesvater hat im noch anhängigen Unterhaltsverfahren beim BG G., GZ. 999, klargelegt, dass er den Unterhaltsbetrag von ca. € 720,00 vereinbart hätte und hat er auch in diesem Verfahren nicht einmal behauptet, dass ein Teil dieses Unterhaltsbetrages Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbetrag darstelle, obwohl das Verfahren bereits seit April 2002 anhängig ist.

Beweis: Beischaffung des P-Aktes zu 999 des BG G.

Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag stehen ausschließlich mir zu, da S. im gegenständlichen Zeitraum ausschließlich mit mir im gemeinsamen Haushalt im Sinne einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft gelebt hat und der Kindesvater die genannten Leistungen nicht an mich oder S. weitergeleitet hat..."

2.3. Das Finanzamt wies die Berufung als unbegründet ab und führte aus, die Familienbeihilfe sei - bereits vor der erstmaligen Antragstellung der Bw. - dem Kindesvater aufgrund überwiegender Kostentragung bzw. Haushaltszugehörigkeit gewährt worden. Die Haushaltszugehörigkeit des Kindesvaters zur Bw. und der gemeinsamen Tochter begründe sich einerseits auf eine schriftliche Erklärung der Bw, abgegeben beim Arbeitsmarktservice (AMS), in dieser Erklärung hätte die Bw. bestätigt, dass eine Lebensgemeinschaft vorliege. Weiters liege eine Meldebestätigung vor, wonach der Kindesvater bis einschließlich 19.11.2001 den Hauptwohnsitz am Familienwohntort in L. gehabt hätte.

2.4. Mit Eingabe von 25. März 2004 beantragte die Bw. – ohne weitere Ausführungen - die Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde Zweiter Instanz.

3.1. Die Berufungsbehörde hat die Tochter der Bw. als Zeugin einvernommen. Sie traf am 13. Jänner 2011 folgende Aussage:

„Gefragt darüber, ob im Zeitraum April 1999 bis November 2001 ein gemeinsamer Haushalt zwischen meiner Mutter und meinem Vater bestanden hat, sage ich aus, dass dies nicht der Fall war. Meiner

Erinnerung nach ist die Lebensgemeinschaft ca. ein Jahr vorher aufgehoben worden. Die Übersiedlung in die C-gasse in G. erfolgte – wie aus den Meldedaten ersichtlich – im November 1999. Bereits vorher war also mein Vater aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen.“

Diese Aussage der Tochter wurde dem Finanzamt zur Kenntnis gebracht.

3.2 In der am 11. Februar 2011 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde von der Bw. bzw. von deren Vertreter ergänzend ausgeführt, es sei zutreffend, dass eine Divergenz zwischen den Meldedaten und der Lebensgemeinschaftserklärung einerseits, und den tatsächlichen Lebensverhältnissen andererseits bestehe. Wie sich aber unter anderem aus einer Erklärung des Kindesvaters vor Gericht ergebe, habe eine Lebensgemeinschaft nur bis zum Jahr 1997 bestanden. Danach habe es zwar immer wieder Besuche des Kindesvaters gegeben, insbesondere um den Kontakt zu den Kindern aufrecht zu erhalten, eine Lebensgemeinschaft habe allerdings nicht bestanden, wie wohl diese von der Bw. allenfalls gewünscht war. Nachträglich könne gesagt werden, dass die Lebensgemeinschaftserklärung vor dem AMS dazu gedient haben könnte, um dem Kindesvater eine etwas höhere Sozialleistung zu verschaffen. Weiters führte die Bw. aus:

„Es ist zutreffend, dass die Erklärung von mir über Initiative des Kindesvaters unterschrieben worden ist. Mir ist aber bewusst, dass sie nicht die tatsächlichen Verhältnisse wiedergegeben hat. Ich hatte damals bis zu einem gewissen Grad Angst, auf eigenen Füßen zu stehen, woraus auch aus diesem Umstand erklärbar ist, dass ich die Erklärung ohne Vorliegen einer Lebensgemeinschaft unterfertigt habe. Ich bin auch bereit, allfällige Konsequenzen aus dieser unzutreffenden Erklärung zu tragen.“

Das Finanzamt brachte ergänzend vor, die Rückforderung sei deshalb erfolgt, weil das für den Kindesvater zuständige Finanzamt seiner Berufung stattgegeben hatte. Der Grund hierfür sei offensichtlich unter anderem darin zu sehen, dass der Kindesvater vorgebracht habe die Familienbeihilfen bzw. Kinderabsetzbeträge an die Kindesmutter weitergeleitet zu haben. Die Vertreterin des Finanzamtes führt auch aus, dass sie - nachträglich gesehen - voraussichtlich an Stelle dieses Finanzamtes nicht in diese Richtung entschieden hätte.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) haben Personen, die die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Gemäß [§ 2 Abs. 2 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 die 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 zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Ein Kind gilt bei beiden

Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht gemäß [§ 2a Abs. 1 FLAG 1967](#) 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.

Der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, kann nach [§ 2a Abs. 2 FLAG 1967](#) 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.

Gemäß § 7 FLAG 1967 wird Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Folgender Sachverhalt ist im gegenständlichen Fall vorgelegen:

- Die Bw. ist vom Vater der gemeinsamen Kinder (Tochter S. und Sohn T.) seit 1989 geschieden, sie erhielt das alleinige Sorgerecht für die Kinder zugesprochen (Beschluss des BG A. 1989, GZ. X5).
- Laut vorgelegter Vergleichsausfertigung (BG A., GZ X6) verpflichtete sich der Kindesvater für die Kinder einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von ATS 3.500,- pro Kind zu leisten, die Bw. verpflichtete sich zur Leistung des Naturalunterhaltes an die beiden Kinder.
- Laut einer Erklärung der Kindeseltern vom 3.11.2000, abgegeben beim AMS, bestand zum Zeitpunkt der Erklärung eine aufrecht Lebensgemeinschaft.
- Laut Meldedaten waren die Kindeseltern zuletzt an der gleichen Adresse (in L.) gemeldet wie folgt:
die Bw. von 24.11.1999 bis 13.12.2002, der Kindesvater von 24.11.1999 bis 19.11.2001 und die Tochter von 24.11.2001 bis 27.12.2002;
an der Adresse in K. sind nur die Bw. und ihre Tochter seit Dezember 2002 aufrecht gemeldet.

Strittig ist im vorliegenden Berufungsfall, ob der Rückforderungsbescheid vom 6. Juni 2003 für den Zeitraum April 1999 bis November 2001 zu Recht ergangen ist. Das Finanzamt begründete die Rückforderung mit dem angefochtenen Bescheid (unter Hinweis auf [§ 7 FLAG 1967](#)) damit, dass die für die Tochter S. bereits vor der Antragstellung durch die Bw.

dem Kindesvater gewährt bzw. ausbezahlt worden sei und die Beträge regelmäßig als Teil der Unterhaltskosten weitergegeben worden seien. In der Berufungsvorentscheidung ergänzte das Finanzamt die Begründung dahingehend, dass sich die Haushaltszugehörigkeit des Kindesvaters zur Bw. und der gemeinsamen Tochter einerseits auf die schriftliche Erklärung der Bw., abgegeben beim Arbeitsmarktservice (AMS) begründe und weiters eine Meldebestätigung vorliege, wonach der Kindesvater bis einschließlich 19.11.2001 den Hauptwohnsitz am Familienwohnsitz hatte.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe knüpft sich, wie sich aus [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) ergibt, primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist (VwGH 28.10.2009, .2008/15/0214). Der Verzicht einer anspruchsberechtigten Person auf Bezug der Familienbeihilfe zugunsten des anderen Elternteiles setzt nach § 2a FLAG jedoch voraus, dass das Kind, für das der Familienbeihilfenanspruch besteht, zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört (VwGH 28.02.2002, [2001/15/0207](#)). Mit dem Auszug eines Elternteiles aus der (bisher) gemeinsamen (Ehe)Wohnung und dem Verbleiben des Kindes in dieser Wohnung fällt für diesen Elternteil die Anspruchsberechtigung weg, weil die Tatbestandsvoraussetzung des § 2 Abs. 2 FLAG nicht mehr gegeben ist. Es liegt dann auch kein Fall des § 2a leg. cit. mehr vor. Unabhängig von einem zuvor allenfalls abgegebenen Verzicht nach § 2a Abs. 2 FLAG kommt der Anspruch auf Familienbeihilfe ab dem dem Auszug folgenden Monat (§ 10 Abs. 2 FLAG) nur mehr dem Elternteil zu, welcher mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt wohnt (VwGH 21.09.2009, [2009/16/0081](#)).

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Im gegenständlichen Berufungsfall ist unbestritten, dass die Tochter im gemeinsamen Haushalt mit der Bw. verblieben ist und der Kindesvater die Wohnung verlassen hat. Zu klären ist somit, ob die Kindeseltern im Zeitraum von 1999 bis 2001 noch einen gemeinsamen Haushalt geführt haben. Die vom Kindesvater getragenen Unterhaltsleistungen bzw. alle im Verfahren vorgebrachten Argumente betreffend die fehlende Weitergabe der vom Kindesvater bezogenen Familienbeihilfenbeträge an die Bw. sind damit ohne Relevanz für den vorliegenden Fall und der diesbezügliche Beweisantrag (Beischaffung des Aktes zu 999 des BG G.) ist ebenso hinfällig.

Zur entscheidenden Frage, wie lange die Kindeseltern einen gemeinsamen Haushalt geführt haben, liegen im vorliegenden Fall widersprüchliche Angaben vor. Gemäß § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (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. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, 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 weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Laut den Angaben der Bw. war die Lebensgemeinschaft seit 1997 (und damit jedenfalls im strittigen Zeitraum ab April 1999) aufgehoben, der Kindesvater habe in F. gewohnt, nur die Meldung am Familienwohntort sei aufrecht gewesen. Es habe zwar immer wieder Besuche des Kindesvaters gegeben, insbesondere um den Kontakt zu den Kindern aufrecht zu erhalten, eine Lebensgemeinschaft habe allerdings nicht bestanden, wie wohl diese von der Bw. allenfalls gewünscht war.

Laut den Angaben des Kindesvaters habe die Lebensgemeinschaft bis 1997 durchgehend bestanden, danach hätten die Kindeseltern ihr Zusammenleben als Lebensgemeinschaft verstanden, dies komme einerseits in der vom Bw. geleisteten (finanziellen) Hilfestellung zum Ausdruck und es sei im November 2000 auch eine diesbezügliche Erklärung für das AMS abgegeben worden.

Zur abgegebenen Erklärung hinsichtlich Lebensgemeinschaft vom 3.11.2000 brachte die Bw. glaubhaft vor, es sei zutreffend, dass sie die Erklärung (über Initiative des Kindesvaters) unterschrieben habe. Sie habe damals bis zu einem gewissen Grad Angst davor gehabt, auf eigenen Füßen zu stehen, woraus auch aus diesem Umstand erklärbar sei, dass sie die Erklärung ohne tatsächlichem Bestehen einer Lebensgemeinschaft unterfertigt habe.

Die Tochter der Bw. gab bei einer Zeugeneinvernahme am 13. Jänner 2011 an, dass im Zeitraum April 1999 bis November 2001 ein gemeinsamer Haushalt der Eltern nicht mehr bestanden habe. Ihrer Erinnerung nach sei die Lebensgemeinschaft ca. ein Jahr vor dem Umzug nach L. (dieser erfolgte im November 1999) aufgehoben worden, der Vater sei jedenfalls bereits vor dieser Übersiedlung aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen.

Im Hinblick auf die Zeugenaussage der Tochter und unter Berücksichtigung der glaubhaften Vorbringen der Bw. in der mündlichen Berufungsverhandlung ist davon auszugehen, dass ein gemeinsamer Haushalt der Kindeseltern im strittigen Zeitraum nicht mehr vorgelegen ist.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 18. April 2011