



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau X in XY, vertreten durch Mag. Dr. Regina Schedlberger, Rechtsanwältin, 8045 Graz, Reichsstr. 42, vom 26. Jänner 2011, gerichtet gegen die Rückforderungbescheide des Finanzamtes Graz-Stadt vom 12. Jänner 2011 von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Mai 2010 bis 31. Jänner 2011 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Die Familienbeihilfe für den Monat Mai wird nicht rückgefordert, im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin bezog für ihre drei Kinder Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bis Jänner 2011. Laut Auszug aus dem Zentralen Melderegister vom 12. Jänner 2011 waren die Kinder ab 6. Mai 2010 mit einem Hauptwohnsitz nicht mehr im Haushalt der Berufungswerberin gemeldet.

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches forderte das Finanzamt von der Berufungswerberin mit Bescheid vom 12. Jänner 2011 die für den Zeitraum Mai 2010 bis Jänner 2011 bezogenen Beträge mit der Begründung zurück, dass die Kinder bei der Berufungswerberin nicht mehr haushaltsgehörig sind und daher gemäß [§ 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

---

Die Rechtsvertreterin der Berufungsverberin erhaben gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht Berufung und führte darin Folgendes aus:

*Der angefochtene Bescheid wird in seinem gesamten Umfange angefochten.*

*Zur Begründung:*

*Im Bescheid wird ausgesprochen, dass die Berufungsverberin Familienbeihilfe in der Höhe von € 3.859,00 sowie Leistungen aus dem Kinderabsetzbetrag in Höhe von € 1.576,80 somit insgesamt € 5.435,80 zurückzuzahlen habe. Berechnungszeitraum ist Mai 2010 bis Jänner 2011.*

*Der angefochtene Bescheid leidet an Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie auch an gravierenden Verfahrensmängeln, welche seine Nichtigkeit begründen.*

*Verfahrensmängel:*

*Dem Bescheid ist kein ordentliches Ermittlungsverfahren voraus gegangen. So hatte die Berufungsverberin keine Möglichkeit, Stellung zum Rückforderungsbegehr zu nehmen. Weiters wurde keine Prüfung auf Vorliegen von Gründen gemäß § 26 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz durchgeführt. Außerdem hat die Berufungsverberin die Beträge bereits gutgläubig verbraucht. Das Geld wurde für die Kinder ausgegeben. Das Amt für Jugend und Familie der BH Graz-Umgebung, welche für die Kinder zuständig ist, hatte moniert, dass die Wohnsituation in Ort nicht kindgerecht gewesen sei. Daraufhin haben die Kindeseltern, nach der Kindesabnahme am 6. Mai 2010 die Wohnsituation kindgerecht gestaltet und sind nach Graz in die Zstraße übersiedelt. Dies natürlich mit dem Antrieb, die Fürsorge und Erziehungsgewalt wieder zurück übertragen zu erhalten. Der Umzug und die Einrichtung der neuen Wohnung wurde natürlich unter Zuhilfenahme der Kinderbeihilfe sowie des Kinderabsetzbetrages finanziert.*

*Weiters wurde die Einkommens- und Lebenssituation der Berufungsverberin in keiner Weise erhoben beziehungsweise rechtlich gewürdigt. Vorbringen konnte sie mangels Beteiligung beziehungsweise Kenntnis des Ermittlungsverfahrens überhaupt nicht erstatten. Auch hierin liegt eine gravierende Verletzung ihres Rechtes auf Parteienehör.*

*Die Berufungsverberin ist Hausfrau und verfügt über kein eigenes Einkommen. Sie ist zusammen mit ihrem Ehegatten bemüht, sämtliche Vorkehrungen zu treffen, damit Kinder wieder in deren Pflege und Erziehung zurückkehren können. Weiters wurde am 06.10.2010 der gemeinsame Sohn Name geboren, welcher sich auch auf einem vorläufigen Pflegeplatz befindet und dessen Rückkehr in die elterliche Gewalt die Ehegatten Familienname betreiben. In der jetzigen Situation - vor allem der Einkommenssituation - der*

*Berufungswerberin wäre es unbillig, eine Rückforderung anzurufen. Dies würde zu einer familiären Insolvenz führen. Es wird sohin gestellt der*

***Antrag***

*die Oberbehörde möge in Ausübung ihres Aufsichtsrechtes die Abgabenbehörde anweisen, von der Rückforderung des Bezuges aufgrund von Unbilligkeit abzusehen.*

*Aus dem oben Gesagten ergibt sich, dass der Wohnungsumzug und die damit verbundenen Kosten aufgrund behördlicher Anordnung der BH Graz-Umgebung erfolgten. Es ist keineswegs so, dass die Berufungswerberin das Geld für eigene Zwecke verbraucht hat. Sie hat damit alles vorgekehrt, um ihren Kindern die Rückkehr in den Familienverband möglich zu machen.*

*Dass dieser Prozess noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird, konnte zum Zeitpunkt des Umzuges in keiner Weise abgesehen werden. Der Berufungswerberin ist daher kein diesbezüglicher Vorwurf zu machen.*

*Der belangten Behörde wäre es ohne weiters zumutbar gewesen, vor Erlassung des Bescheides eben diese Gründe zu erheben und damit das Parteiengehör sowie auch das Legalitätsprinzip zu wahren. Dadurch, dass der Bescheid ohne Beziehung der Partei und ohne Möglichkeit einer Rechtfertigung erlassen wurde, ist er mit Nichtigkeit behaftet.*

***Inhaltliche Rechtswidrigkeit:***

*Die belangte Behörde hat die Frage der "Zugehörigkeit" der Kinder zum Haushalt der Berufungswerberin falsch gelöst. Aus § 2 Abs. 5 lit. a in Verbindung mit lit. c Familienlastenausgleichsgesetz erschließt sich, dass ein Kind nicht schon durch vorübergehende Abwesenheit aus dem Haushalt seine "Zugehörigkeit" gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz verliert. Die Abnahme der Kinder am 06.05.2010 war eine vorläufige, welche erst durch ein nachfolgendes psychologisches Gutachten untersucht worden ist. Jedenfalls bis zur Erlassung des Beschlusses, 4 Ps 137/10a-50, vom 28.10.2010 des BG Frohnleiten war somit die Zugehörigkeit zum elterlichen Haushalt noch nicht unterbrochen, weswegen die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag weiterhin gebühren. Dies erschließt sich aus den Bestimmungen des § 2 Abs. 5 lit. a und lit. c Familienlastenausgleichsgesetz. Vor allem eine vorübergehende Anstaltpflege ist mit der vorläufigen Unterbringung bei Pflegeeltern durchaus vergleichbar. In Analogie zu dieser Bestimmung kommt es zu keiner Aufhebung der Zugehörigkeit des Kindes zum elterlichen Haushalt.*

*Die Behörde geht fehl, wenn sie lediglich auf den Umstand des "Wohnhaftseins" abstellt, dies findet im Buchstaben des Gesetzes keine Deckung; die Formulierung der "Zugehörigkeit",*

---

welche § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz normiert ist weitaus differenzierter zu sehen und findet auch durch die Bestimmung § 2 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz eine noch genauere Ausgestaltung als das von der Behörde ins Treffen gebrachte "Wohnhaftsein".

Weiters hat die Behörde nicht dargelegt, wann sie Kenntnis vom Umstand erhielt, dass die 3 minderjährigen Kinder nunmehr bei Pflegeeltern außerhalb des elterlichen Haushalts "wohnhaft" sind. Dieser Umstand erhält gesteigerte Bedeutung dadurch, dass das Interesse der belangten Behörde auf Rückzahlung der Beträge in direkter Kollision mit dem Interesse der Berufungswerberin steht, diese für die Schaffung eines geeigneten Wohnumfeldes der Familie verwendet zu haben. Einerseits beharrt die Behörde auf dem Standpunkt der bedingungslosen Rückzahlbarkeit; anderseits wendet die Berufungswerberin gutgläubigen Verbrauch zum Wohle der pflegebefohlenen Kinder ein. Hat nun die belangte Behörde bereits zu einem früheren Zeitpunkt als Jänner 2011 von der anderweitigen Unterbringung der Kinder erfahren, so wäre es ihre Pflicht gewesen, sofort Erhebungen einzuleiten und gegebenenfalls eine Aussetzung der Leistungen zu verfügen, anstatt die Berufungswerberin durch Weiterzahlung und nachträgliche Rückforderung in eine finanziell ausweglose Lage zu manövrieren.

Dies wird auch als Verfahrensmangel geltend gemacht insbesondere auch im Hinblick auf die Anwendung des § 26 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz.

Mit Bericht vom 6. August 2011 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

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

Gemäß [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe. 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 Abs. 5 dieser Bestimmung gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Das Gesetz räumt den Anspruch auf Familienbeihilfe somit primär demjenigen ein, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Voraussetzung für eine solche Haushaltzugehörigkeit ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft.

Die Haushaltzugehörigkeit gilt gemäß [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) u.a. dann nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Feststehender Sachverhalt:

Die Kindesabnahme der drei Kinder wurde von der BH Graz-Umgebung verfügt und erfolgte am 6. Mai 2010. Die Kinder wurden bei einer Pflegefamilie in der Gemeinde Wohnort untergebracht. Eine Bestätigung vom 6. Mai 2010 über die Pflegeplatzunterbringung liegt im Akt auf.

Rechtliche Würdigung:

Die Bedingungen einer Haushaltzugehörigkeit sind in [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an. Wie sich aus [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltzugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar auch davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann.

Insbesondere wird entscheidend sein, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt (VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#)).

Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, hängt ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person, die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (zB Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#)).

Ein Anspruch auf Geldunterhalt spielt bei der Haushaltzugehörigkeit nach [§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967](#) in Verbindung mit Abs 5 erster Satz keine Rolle (s VwGH 15.12.2009, [2006/13/0092](#)).

---

Die Daten des Melderegisters haben bei der Beurteilung einer noch vorhandenen Wohngemeinschaft zu den Eltern Indizwirkung, maßgeblich sind jedoch die tatsächlichen Gegebenheiten (siehe *Nowotny in Csaszar/Lenneis/ Wanke*, FLAG, § 2 Rz 140f).

Die Berufungswerberin bestreitet nicht, dass sich ihre Kinder im Streitzeitraum nicht in ihrem Haushalt befunden haben. Auch für eine bloß vorübergehende Abwesenheit ergibt sich kein Hinweis. Sie vertritt die Meinung, dass die Rückforderung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Mai 2010 bis Jänner 2011 deswegen zu Unrecht erfolgt ist, weil kein ordentliches Ermittlungsverfahren vorausgegangen ist und die Berufungswerberin keine Möglichkeit hatte zum Rückforderungsbegehren Stellung zu nehmen. Auch sei keine Prüfung auf Vorliegen von Gründen im Sinne des § 26 Abs. 4 FLAG durchgeführt worden. In diesem Zusammenhang sei auch die Einkommens- und Lebenssituation der Berufungswerberin in keiner Weise rechtlich gewürdigt worden.

§ 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) idGf normiert, dass wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen hat, 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.

Die Rückzahlungspflicht für die strittigen Ansprüche stützt sich auf die o.a. gesetzliche Bestimmung. Diese normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Geldbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (vgl. Verwaltungsgerichtshof vom 23. September 2005, [2005/15/0080](#)).

Gemäß § 26 Abs. 4 leg. cit. sind die Oberbehörden ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

Diese Bestimmung räumt der jeweiligen Partei des Verwaltungsverfahrens keinen Anspruch auf Ausübung dieses Aufsichtsrechtes ein (vgl. Verwaltungsgerichtshof a.a.O.).

Der Vorwurf, das Finanzamt habe die Bestimmung des § 26 Abs. 4 FLAG rechtsirrig nicht angewendet, ist aus folgenden Gründen unberechtigt:

Mit 1.1.2003 wurde mit [BGBI. I Nr. 97/2002](#) der unabhängige Finanzsenat errichtet mit dem Ziel der Errichtung einer unabhängigen Verwaltungsbehörde für die gesamten zweitinstanzlichen Rechtsmittelverfahren für Steuerangelegenheiten, Zoll und Finanzstrafsachen (siehe Bericht des Finanzausschusses zum Antrag 666/A, 1128 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP). Dem Bericht ist weiters zu entnehmen, dass der bisher in den Finanzlandesdirektionen in Mischverwendung mit dem Fachbereich wahrgenommene Rechtsmittelbereich aus den Finanzlandesdirektionen herausgelöst werden sollte. Zu Z 19 (§ 256) wurde ausgeführt: "Der unabhängige Finanzsenat ist keine Oberbehörde" (ebenso zu Z 47 (§ 289)).

Der unabhängige Finanzsenat war demzufolge nie sachlich zuständige Oberbehörde der Finanzämter und kann diesen daher keine Weisungen "in Ausübung des Aufsichtsrechtes" erteilen.

Gemäß [§ 2 Abs. 1 des Abgabenverwaltungsorganisationsgesetzes](#) (AVOG) in der bis zum 30. April 2004 geltenden Fassung hatten die Finanzlandesdirektionen die ihnen durch Abgabenvorschriften und sonstige Gesetze übertragenen Aufgaben zu besorgen und waren unmittelbare Oberbehörde der Finanzämter und Zollämter.

Bestimmte Aufgaben wurden zwar mit Verordnung [BGBI. II 166/2004](#) von den seinerzeitigen Finanzlandesdirektionen an Finanzämter und Zollämter übertragen worden, doch betrifft dies nicht die Ausübung eines Aufsichtsrechtes als Oberbehörde, was sich auch schon aus der Natur der Sache ergibt.

Die sachlich zuständige Oberbehörde, die das Finanzamt anweisen hätte können, wäre daher im gegenständlichen Fall das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend gewesen (vgl. o.a. Loseblattsammlung, zu § 26, "Abstandnahme von der Rückforderung"). Dieses hat eine derartige Weisung nicht erteilt.

Sinn des § 26 Abs. 4 FLAG war, zu verhindern, dass Rückforderungen, die jedenfalls zu einer Nachsicht gemäß [§ 236 BAO](#) führen würden, ausgesprochen werden, zumal darin ein überflüssiger Verwaltungsaufwand zu erblicken ist. So wurde zu 1202 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates, XIII. GP vom 18.6.1974 ausgeführt, es solle aus Verwaltungsvereinfachungsgründen der Aufsichtsbehörde die Möglichkeit eingeräumt werden, in bestimmten Fällen anzuordnen, dass von der Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe abzusehen ist. Voraussetzung für eine solche aufsichtsbehördliche Maßnahme sollte sein, dass der Übergenuss voraussichtlich nachgesehen werden müsste ([§ 236 BAO](#)).

Kommt es hingegen zu einer Rückforderung des Überbezuges, so kann eine Nachsicht gemäß [§ 236 BAO](#) bei Vorliegen der Voraussetzungen in einem ordentlichen Verfahren erwirkt

---

werden, wodurch derselbe Erfolg wie im Falle der Abstandnahme von der Rückforderung erreicht wird (siehe Loseblattsammlung "Der Familienlastenausgleich - Gesetz - Erlässe - Rechtsprechung - Kommentar - Staatsverträge (EWR/EU)", von Dr. Wittmann/ Dr. Papacek).

Soweit sich die Berufungswerberin auf die Unbilligkeit der Rückforderung beruft, ist sie daher darauf hinzuweisen, dass eine Billigkeitsmaßnahme iSd [§ 236 BAO](#) nicht Gegenstand dieses Verfahrens ist (vgl. Verwaltungsgerichtshof a.a.O.).

Da sich die Kinder mit dem Beginn des Monates Mai 2010 (bis 6. Mai 2010) noch im Haushalt der Berufungswerberin befanden, waren für diesen Monat die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge nicht rückzufordern.

Über die Berufung war daher wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Graz, am 6. Juni 2012