

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch

den Richter

Ri.

in der Beschwerdesache Bf. gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 R. Gerasdorf vom 05.03.2013, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Mai 2009 bis November 2009 zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als der Rückforderungszeitraum auf die Monate Juni 2009 bis November 2009 eingeschränkt wird.

### **Rückforderungsbetrag:**

Familienbeihilfe: 1.005,90 €, Kinderabsetzbetrag: 350,40 €, **gesamt daher 1.356,30 €.**

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

### **Entscheidungsgründe**

Die Beschwerdeführerin (Bf.) ist seit Jänner 2009 geschieden. Sie bezog für ihren Sohn D., geb. 1994, im Streitzeitraum Zeitraum Mai 2009 bis November 2009 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Auf Grund des vom Kindesvater beim Finanzamt eingebrachten Schreibens des Kindesvaters, in dem er mitteilte, dass D. seit 29. April 2009 bei ihm wohne und er daher von Mai 2009 bis inklusive November 2009 die Familienbeihilfe beantrage, überprüfte das Finanzamt die Anspruchsvoraussetzungen und forderte von der Bf. mit Bescheid vom 5. März 2013 die für den Streitzeitraum bezogenen Beträge unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 (Haushaltzugehörigkeit) zurück.

Die Bf. brachte gegen den Rückforderungsbescheid Berufung ein und führte, soweit für das gegenständliche Berufungsverfahren relevant, aus, dass sie bei der Scheidung 2009 die alleinige Obsorge für D. erhalten habe. Dieser hätte davor wie auch danach alleine zu ihrem Haushalt gehört. Es habe lediglich eine Besuchserlaubnis an den Wochenenden beim Vater gegeben. Der Vater habe im April 2009 beim Bezirksgericht einen Antrag auf Übertragung der Obsorge an ihn gestellt. Er habe D. vom 29. April bis 5. Mai 2009 ohne ihre Zustimmung aus ihrer Wohnung abgeholt. Bei der Tagsatzung am 5. Mai 2009 beim Bezirksgericht R. sei durch Richter ... vereinbart worden, dass bis zur nächsten Verhandlung die Regelung hinsichtlich Wohnort bei der Mutter und Besuchskontakte am Wochenende beim Vater wiederhergestellt werde. D. sei noch am selben Tag in ihren Haushalt zurückgekehrt und sie habe auch die Unterhaltskosten über weite Zeiträume alleine für ihn getragen, da der unterhaltsverpflichtete Vater erst mittels Exekution seinen Unterhaltspflichten nachgekommen sei. Ebenso habe D. im Mai 2009 während einer Begutachtung in der Kinder- und Jugendpsychiatrie zugestimmt, dass er bis zur weiteren Klärung bei der Mutter wohne und sei auch nach diesem Termin zu ihr nach Hause entlassen worden.

Auf Grund des vom Kindesvater herbeigeführten Verhaltens habe es im gegenständlichen Zeitraum auch Besuch von der Vertreterin des Jugendamts in ihrer Wohnung gegeben, wodurch auch der regelmäßige Aufenthalt von D. in ihrem Haushalt nachgewiesen werden könne.

Richtig sei, dass im Juni 2009 eine Vereinbarung hinsichtlich Ausweitung des Besuchsrechts von D. bei seinem Vater getroffen worden sei, die sie jedoch unmittelbar darauf widerrufen habe müssen, da für sie erkennbar gewesen sei, dass der Kindesvater Inhalt und Verpflichtung aus einer solchen Vereinbarung zu verstehen nicht im Stande gewesen sei. Ziel der damaligen Vereinbarung sei es gewesen, so war dem Vater von Gericht und Jugendamt aufgetragen, für ein Akzeptieren der gerichtlich festgesetzten Obsorge- und Aufenthaltsbestimmung seitens des mj. D. bei ihr zu sorgen. Damit sollte eine Entspannung der allgemeinen Situation in der Familie erreicht werden.

Es sei davon auszugehen, dass der Kindesvater diese damals getroffene – und sogleich widerrufene – Vereinbarung zur Untermauerung falscher Behauptungen heranzieht. Einem ständigen Aufenthalt des mj. D. beim Kindesvater habe die Bf. als obsorgeberechtigte Mutter nicht zugestimmt.

Aus den Meldedaten gehe ganz klar hervor, dass D. bis 15.3.2011 in ihrem Haushalt gemeldet gewesen sei.

Die Bf. legte zum Beweis ihrer Ausführungen auf das Polizeiprotokoll vom 29. April 2009, das beim BG R. am 5. Mai 2009 aufgenommene Protokoll sowie auf den ambulanten Befund der Abteilung Kinder- und Jugendpsychiatrie vom 8. Mai 2009 vor.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsentscheidung vom 9. Juli 2013 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ab und führte weiters aus, dass

Sohn D. sich seit 29. April 2009 nachweislich im Haushalt des Kindesvaters befindet. Diese sei auch vom Jugendamt schriftlich bestätigt worden.

In dem dagegen eingebrachten Vorlageantrag führte die Bf. aus, dass es nicht richtig sei, dass sich ihr Sohn seit dem 29. April 2009 im Haushalt des Kindesvaters befindet. Der Kindesvater hätte ihren Sohn vom 29. April bis 5. Mai 2009 ohne ihre Zustimmung aus ihrer Wohnung geholt. Bei der Tagsatzung am 5. Mai 2009 beim BG R. sei durch Richter ... vereinbart worden, dass bis zur nächsten Verhandlung die Regelung hinsichtlich Wohnorts bei der Mutter und Besuchskontakte am Wochenende beim Vater wiederhergestellt werde. D sei noch am selben Tag in ihren Haushalt zurückgekehrt und sie habe auch die Unterhaltskosten für ihn getragen. Ebenso habe D. im Mai 2009 während einer Begutachtung in der Kinder- und Jugendpsychiatrie zugestimmt, dass er bis zur weiteren Klärung bei der Mutter wohne und sei auch nach diesem Termin zu ihr nach Hause entlassen worden. Auf Grund des vom Kindesvater herbeigeführten Verhaltens hätte es im gegenständlichen Zeitraum auch Besuch von der Vertreterin des Jugendamts in ihrer Wohnung gegeben, wodurch auch der regelmäßige Aufenthalt in ihrem Haushalt nachgewiesen werden könne. Sie habe erst am 8. Juni 2009 zugestimmt, dass D. seinen Vater bis auf Widerruf besuchen dürfe. Erst ab diesem Tag sei D. von seinem Vater in dessen Haushalt versorgt worden.

Für die Berufungsvorentscheidung habe man einzig und alleine nur die Bestätigung vom Amt für Jugend und Familie... als Beweis gelten lassen, seit wann D. im Haushalt seines Vaters voll versorgt werde. Die diplomierte Sozialarbeiterin, Frau H., Amt für Jugend und Familie für den 23. Bezirk, die diese Bestätigung ausgestellt habe, sei erst im Oktober 2010 mit dem Fall betraut worden. Für den strittigen Zeitraum sei das Amt für Jugend und Familie Wien-Umgebung zuständig gewesen.

Die Bf. verwies weiters darauf, dass der Kindesvater psychisch krank sei. So sei scheinbar im Glauben, seine Angaben seien richtig, von Frau H. diese Bestätigung zur Vorlage beim Finanzamt ausgestellt worden. Bei näherem Studium des sehr umfangreichen Aktes hätte Frau H. nachlesen müssen, dass der Vater den Sohn am 29. April 2009 widerrechtlich aus der Wohnung der Mutter zu sich geholt habe und D. seit dem 5. Mai 2009 weiter in ihrem Haushalt gelebt habe.

Sie ersuche um Richtigstellung und Rücküberweisung der Familienbeihilfe, auf die sie zumindest bis zum 8.6.2009 Anspruch erhebe.

Folgende relevanten Schriftstücke liegen im Akt bzw. wurden vom Bundesfinanzgericht angefordert:

Bestätigung des Jugendamtes vom 15.10.2010: „Trotz alleiniger Obsorge bei der Mutter lebt der Minderjährige seit 29.4.2009 mit einer Unterbrechung vom 19.5.2010 bis 8.7.2010 (Krisenzentrum) im Haushalt des Vaters ... und wird von diesem voll versorgt.“

Polizeiprotokoll vom 29.4.2009: „...Daraufhin erlaubte die Mutter ... eine Besuchsregelung‘ in der Form, dass sie ihrem Sohn D. gestattet, bis zum Termin der

Anhörung am 5. Mai 2009 beim Bezirksgericht R. bei seinem Vater ... zu bleiben und dort zu wohnen.“

Protokoll vor dem BG R. vom 5.5.2009: „...Nunmehr spricht der Richter mit D. ohne Anwesenheit der Eltern. Der Richter informiert D., dass ein Gutachten über die Zuteilung der elterlichen Rechte eingeholt wird, und dass bis zum Einlangen dieses Gutachtens faktisch die Regelung (unter der Woche bei der Mutter und an den Wochenenden beim Vater) wiederhergestellt wird.“

Beschluss des BG R. vom 10.6.2010: In diesem Beschluss wird zunächst auf die oben wiedergegebene Regelung vom 5.5.2009 verwiesen und sodann ausgeführt: „Aufgrund der bisher durchgeführten Beweisaufnahmen ist derzeit folgender Sachverhalt bescheinigt: Der mj. D. ... lebt seit 8.6.2009 über seinen eigenen Wunsch bei seinem Vater.“

Beschluss des LG I. vom 2. Juli 2013: „Noch vor Genehmigung des Scheidungsvergleiches beantragte der Vater, ihn von der Unterhaltpflicht für D. zu entheben, weil er seit 08.06.2009 in seinem Haushalt betreut werde... Mit Beschluss vom 7.1.2010 ... hat das Erstgericht den Vater ab 01.07.2009 von seiner Unterhaltpflicht gegenüber D. entheben, weil er seit 08.06.2009 vom Vater allein betreut werde...“

Hingewiesen wird darauf, dass die am 31.12.2013 beim unabhängigen Finanzsenat anhängigen Berufungen gemäß § 323 Abs. 38 BAO vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden iSd Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

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

#### **Gesetzliche Bestimmungen:**

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 Haushaltsgeschäftigkeitszugehörigkeit ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft.

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

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO iVm § 2a BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

**Folgender Sachverhalt ist als erwiesen anzunehmen und wird der Entscheidung zu-  
grunde gelegt:**

Die Ehe der Bf. wurde 2009 rechtskräftig geschieden. Die Bf. erhielt das Sorgerecht.

Das Bundesfinanzgericht nimmt es in freier Beweiswürdigung als erwiesen an, dass D. vom 29.4.2009 bis 5.5.2009 beim Kindesvater, vom 6.5.2009 bis 7.6.2009 bei der Bf. und ab 8.6.2009 beim Kindesvater als haushaltszugehörig anzusehen ist.

Diese Annahme gründet sich auf folgende Umstände:

Die Bf. führt im Vorlageantrag an, der Kindesvater hätte ihren Sohn vom 29. April bis 5. Mai 2009 ohne ihre Zustimmung aus ihrer Wohnung geholt und verweist diesbezüglich auf das Polizeiprotokoll vom 29. April 2009.

Dem Polizeibericht vom 29. April 2009 ist allerdings auf Seite 2 zu entnehmen, dass die Bf. nach nochmaligem eindringlichen Klarmachen der rechtlichen Situation des Kindesvaters durch die Polizeibeamten eine Besuchsregelung in der Form erlaubt habe, dass sie ihrem Sohn gestattet hätte, bis zum Termin der Anhörung am 5. Mai 2009 beim BG R. bei seinem Vater bleiben zu dürfen und dort zu wohnen. Vater und Sohn hätten daraufhin Dinge, die D. gehörten, mitgenommen und D. hätte der Mutter den Wohnungsschlüssel zurückgegeben. Der vorgefallene Sachverhalt sei am 29. April 2009 der Sozialarbeiterin der BH Wien-Umgebung, Außenstelle R., telefonisch mitgeteilt worden, die dieser Vorgangsweise zugestimmt hätte.

Aus dem Protokoll vor dem BG R. vom 5.5.2009 geht hervor, dass D. ab diesem Zeitpunkt unter der Woche bei der Mutter und an den Wochenenden beim Vater gewohnt hat. Dass er ab 8.6.2009 nur mehr beim Vater gewohnt hat, geht aus sämtlichen im Sachverhaltsteil zitierten Dokumenten hervor und wird auch von der Bf. im Vorlageantrag nicht mehr bestritten.

Dass D. auch vom 6.5.2009 bis zum 7.6.2009 beim Kindesvater gewohnt hat, geht nur aus der Bestätigung des Jugendamtes hervor und könnte damit zu erklären sein, dass das Jugendamt über die aktenkundige Unterbrechung des Aufenthaltes nicht informiert war.

Die Gerichtsbeschlüsse und sonstigen Unterlagen, an deren Richtigkeit nicht gezweifelt werden kann, sprechen jedenfalls eindeutig für den angenommenen Sachverhalt.

**Rechtlich folgt daraus:**

Im Mai und im Juni 2009 hat somit D. innerhalb der jeweiligen Monate zeitlich hintereinander unterschiedlichen Haushalten angehört.

Der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch steht daher, 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).

Daraus ergibt sich, dass für Mai 2009 noch der Bf. Familienbeihilfe zusteht und ab Juni 2009 dem Kindesvater.

Der angefochtene Bescheid war daher insoweit abzuändern, als der Rückforderungszeitraum auf die Monate Juni 2009 bis November 2009 eingeschränkt wird.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG ist eine Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da keine Rechtsfragen strittig sind, sondern der vorliegende Sachverhalt in freier Beweiswürdigung ermittelt wurde. Gegen dieses Erkenntnis ist daher keine Revision zulässig.