



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 18. April 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 9. April 2003 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Dezember 2002 bis März 2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 9. April 2003 forderte das Finanzamt vom Berufungswerber (im Folgenden Bw.) die für dessen Tochter T. B., geb. am Datum, für den Zeitraum vom Dezember 2002 bis März 2003 bezogenen Beträge an Familienbeihilfe in Höhe von € 567,50 und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von € 203,60 als zu Unrecht bezogen zurück und verpflichtete den Bw. gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs. 4 EStG 1988 den Rückforderungsbetrag in Höhe von € 771,10 zurückzuzahlen. In der Begründung führte das Finanzamt aus, dass ab Dezember 2002 kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, weil sich der Bw. seit November 2002 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit der Tochter aufgehalten habe.

Die gegen den Rückforderungsbescheid eingebrachte Berufung begründete der Bw. wie folgt:

*„Da Frau B. F. angegeben hat, das Kind B. T. geb. Datum lebt seit Nov 02 bei ihr, kann ich dazu nur sagen das Frau B. F. die Unwahrheit sagt. Das Kind T. befand sich von der Scheidung 21.10.2001 bis ca 5. Dez. 2002 in meiner Obhut. Danach sorgten meine Eltern V. u. M. B. für T. in einen Zeitraum von ca 5. Dez. 02 bis ca 20. Dez. 02. Weiters 19 Tage im Jänner 2003 und knapp 10 Tage im Februar (Energieferien). Dieses kann von meinen Eltern bestätigt werden. Nach dieser Zeit wurde T. nach einen Besuch bei der Mutter nicht mehr zurück gegeben. Rebecca ist immer noch in Adresse 1 als ordentlicher Wohnsitz Hauptgemeldet.*

*Da wir auch das geteilte Sorgerecht haben und das Kind T. sich laut Gericht bei mir aufhalten sollte bzw zeitweise auch bei der Mutter sich aber Frau B. sich weigert mir das Kind wieder zu geben habe ich bei meinen Anwalt Rechtliche Schritte eingeleitet gegen Frau B. F. . Die Kinderbeihilfe wurde ausschließlich für Anschaffungen für T. verwendet. (Schule, Kleidung, Schuhwerk) Über diese Anschaffungen liegen die Rechnungen bei meinen Anwalt.*

*Da Frau B. F. mit T. in einer nicht gerade Kinderfreundlichen Wohnung lebt (das Kind hat kein eigenes Zimmer bzw Bett) und finanzielle Probleme hat nehme ich an das sie deshalb diese Forderung stellt.*

*Ich befinde die Forderung über 907,20€ zu hoch bzw. besteht die zu unrecht. Die Nachzahlung ab dem 15.02.2003 befinde ich für richtig da sich T. ab diesem Zeitpunkt bei der Mutter aufhält. Die Nachzahlung von 01.12.02 – ca 15.02.03 befinde ich für nicht gerechtfertigt. Da meine Eltern u. ich bzw. meine jetzige Frau für T. gesorgt haben.*

*Ich bitte Sie daher meinen Antrag bzw. meiner Berufung statt zu geben. Meine Eltern und meine Frau G. B. können meine Angaben bestätigen.“*

Das Finanzamt befragte zu den Ausführungen des Bw. die Kindesmutter und hielt deren Aussage mit Niederschrift vom 22. August 2003 wie folgt fest:

*„Ich beantrage die Familienbeihilfe für meine Tochter T. ab Dezember 2002 und begründe meinen Antrag wie folgt:*

*Ich wurde am 21.10.2001 von meinem Mann ... geschieden; in der Zeit von November 2001 bis November 2002 wohnte unsere Tochter gelegentlich bei mir und bei meinem Ex-Mann, welcher sich eine eigene Wohnung suchte und ca. im Juni 2002 fix dort wohnte. In der Zeit bis ca. Juni 2002 wohnte mein Ex-Mann bei verschiedenen Freundinnen und nahm in dieser Zeit auch das Kind T. dorthin mit. Erst ab Dezember 2002 lebte T. ständig bei mir – da seine damalige Lebensgefährtin T. nicht mehr in ihren Haushalt wollte. Da ich als Krankenschwester auch Nachtdienst habe – haben sich die Ex-Schwiegereltern angeboten in dieser Zeit auf T. aufzupassen bzw. konnte sie dort nächtigen. Von diesem Angebot habe ich Gebrauch gemacht – auch ist T. in der Energieferien 1 Woche mit meinen Ex-Schwiegereltern Ski Laufen gefahren, sonst ist T. immer bei mir gewesen und wird auch von mir allein unterhalten.*

*Ich bedauere, dass ich von dem Angebot Gebrauch gemacht habe, da meine Ex-Schwiegereltern mich auf Unterhalt geklagt haben, wo ich seit Juli 2002 150 € pro Monat auf 4 Jahre lang zahlen darf – ich meinerseits muss nun die Alimente von meinem Ex-Mann einklagen – welcher nun behauptet, dass Kind sie nicht von ihm – sodass nun erst die Vaterschaft geklärt muss. Auch das Sorgerechtsverfahren für T. ist daher auch noch nicht abgeschlossen – ich habe das alleinige Sorgerecht für T. beantragt. Das meine Tochter seit Dezember 2002 bei mir im gemeinsamen Haushalt wohnt – in Adresse2 – kann durch meine minderjährige Tochter bestätigt werden – auch eventuell durch Befragung von Nachbarn; sonst kann ich keine Zeugen namhaft machen, da ich aus Ungarn stamme und hier weder Verwandte noch Freunde habe.*

*Die Anmeldung T. in meiner Wohnung erfolgte erst seit ca März 2003 und kann dadurch erklärt werden, das die Jugendrichterin mir angeraten hatte wegen der Pubertät meiner Tochter noch ein halbes Jahr zu warten wo die Tochter lieber wäre – in dieser Zeit hat aber meine Tochter bei mir gewohnt und nach meinem Wissenstand fanden auch keine Besuche bei ihrem Vater statt (ausgenommen am 24.12.2002 wo sie ihre Geschenke holte und in kurzer Zeit wieder bei mir war – da ihr dieses Spannungsverhältnis zwischen mir und meinem Ex-Mann sehr zusetzt). Ob sie ihren Vater an jenen Tagen traf wo meine Ex-Schwiegereltern auf sie aufpassten – kann ich nicht sagen, da ich sie bewusst nicht frage – da die Trennung meine Tochter eben sehr berührt und die ganze Situation (Hick Hack) für alle sehr belastend ist.*

*Da ich – wie bereits erwähnt von meinem Mann keine Alimente bekomme und die Tochter seit Dezember 2002 bei mir wohnt – beantrage ich die Familienbeihilfe seit Dezember 2002.“*

Mit Berufungsvorentscheidung vom 29. September 2003 wies das Finanzamt die Berufung des Bw. wie folgt als unbegründet ab:

*„Gemäß § 2 Abs.2 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt gehört. Ein Kind gehört dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Laut Aktenlage befand sie ihre Tochter T. ab Dezember 2002 bis 14.2.2003 überwiegend im Haushalt ihrer Eltern. Ab 15.2.2003*

*befand sich T. ihren Angaben nach im Haushalt der Kindesmutter. Somit bestand die Rückforderung der zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe für die Monate Dezember 2002 bis März 2003 zu Recht. Ihrem Berufungsbegehren konnte demnach nicht entsprochen werden.“*

Mit Eingabe vom 20. Oktober 2003, bezeichnet als „Berufung über die Berufungsvorentscheidung“ und vom Finanzamt als Vorlageantrag gewertet, gab der Bw. folgendes bekannt:

*„Ich möchte dazu folgendes Richtigstellen:*

*Meine Tochter T. hat von 1993 bis Ende Mai 2002 bei den Großeltern V. u. M. B. , wohnhaft in Adresse3 gewohnt und gelebt. Ab Juni 2002 lebte und wohnte T. bei mir in Adresse4 und teilweise bei den Großeltern, bis 20. Dezember 2002.*

*Im Jänner 2003 war T. ca 20-25 Tage und im Februar 1 Woche(Energieferien) bei den Großeltern. Danach wurde das Kind nach einem Besuch bei der Mutter nicht mehr zurückgegeben. T. ist immer noch in Adresse4 als ordentlicher Wohnsitz hauptgemeldet.*

*Die vom Finanzamt bezogene Familienbeihilfe wurde von mir pünktlich an die Großeltern übergeben. Die Beihilfe wurde ausschließlich für das Kind, für Schule, Ausflüge und sonstigen Bedarf verwendet.“*

Ergänzend sei erwähnt, dass das Finanzamt aufgrund der Angaben des Bw. im Vorlageantrag die Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 1998 bis November 2002 mit Bescheid vom 27.1.2004 ebenfalls rückforderte (weil das Kind nicht im gemeinsamen Haushalt mit dem Bw., sondern bei den Großeltern gelebt habe). Die gegen diesen Rückforderungsbescheid eingebrachte Berufung vom 02.02.2004 wurde laut Vorlagebericht des Finanzamtes nicht iSd § 276 Abs. 6 BAO der Abgabenbehörde zur Entscheidung vorgelegt, die Ausführungen des Bw. sind jedoch z.T. auch für den im gegenständlichen Verfahren strittigen Zeitraum relevant und werden daher nachstehend zitiert:

*„Die von mir gemachten Angaben vom Schreiben am 20.10.2003 über meine Tochter ... sind richtig, aber ich möchte noch festhalten, dass T. von Geburt an im gemeinsamen Haushalt befand, Hauptgemeldet, und ihren ordentlichen Wohnsitz bei mir hat. Das sie bei den Großeltern M. und V. B. gewohnt und auch zum größten Teil gelebt hat, war Arbeitsbedingt. (3 Schichtbetrieb beider Eltern) Bei der Scheidung wurde das gemeinsame Sorgerecht ausgesprochen. T. wohnte auch nach der Scheidung bei mir und den Großeltern. Seit Dez 03 wohnt T. wieder bei mir, welches auch das Jugendamt in L. (Amtshaus) bekannt ist. Von Februar 03 bis Nov 03 wohnte sie bei ihrer Mutter F. B. obwohl sie bei mir Hauptgemeldet war, und der ordentliche Wohnsitz bei mir ist. In diesem Zeitraum bezog ich keine Beihilfe.“*

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

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) 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.

Kinder einer Person sind nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967

a) deren Nachkommen,

- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
- c) deren Stiefkinder,
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

Folgender Sachverhalt ist im gegenständlichen Verfahren laut Aktenlage unbestritten:

- Die Ehe der Kindeseltern wurde im Oktober 2001 geschieden,
- mit Beschluss des BG P. vom 12. April 2002, GZ 999, wurde die Vereinbarung der Kindeseltern, wonach die Obsorge für die minderjährige Tochter den Kindeseltern gemeinsam zukommt und sich das Kind hauptsächlich beim Vater aufhalten wird, pflegschaftsgerichtlich genehmigt, (ein Besuchsrechtsantrag der Mutter vom 26.06.2001 wurde zurückgewiesen);
- die Tochter war von Mitte Februar 2003 bis November 2003 bei Kindesmutter wohnhaft (gegen die Rückforderung für den Monat März hat der Bw. auch nichts eingewendet).

Strittig ist im Berufungsfall die Haushaltszugehörigkeit des Kindes für die Monate Dezember 2002 bis Februar 2003. Dazu liegen unterschiedliche Angaben der Kindeseltern vor.

Laut den Angaben der Kindesmutter (Niederschrift vom 22.08.2003) war die Tochter ab der Scheidung bis November 2002 beim Bw. und ab Dezember 2002 bei ihr, allerdings hätten die Eltern des Bw. im strittigen Zeitraum auf das Kind aufgepasst und konnte die Tochter dort auch nächtigen, weil die Kindesmutter als Z. auch Nachtdienst habe. Die Eltern des Bw. hätten die Kindesmutter mittlerweile erfolgreich auf Unterhalt geklagt.

Laut den Angaben des Bw. im Vorlageantrag hat das Kind von 1993 bis Ende Mai 2002 arbeitsbedingt (Drei-Schichtbetrieb beider Eltern) nur bei den Großeltern gewohnt und gelebt. Ab Juni 2002 lebte und wohnte das Kind beim Bw. und teilweise bei den Großeltern (Zitat: „*T. wohnte auch nach der Scheidung bei mir und den Großeltern*“). Im Dezember 2002 sorgten die Eltern des Bw. von 5. bis 20. Dezember 2002 für das Kind, im Jänner 2003 war T. ca. 20-25 Tage (laut Berufung 19 Tage) und im Februar in den Energieferien (etwa 10 Tage) bei den Großeltern. Danach wurde das Kind nach einem Besuch bei der Mutter nicht mehr „zurückgegeben“.

Hinsichtlich der Haushaltszugehörigkeit des Kindes liegen seitens der Kindeseltern für den strittigen Zeitraum somit insofern widersprüchliche Angaben vor, als beide Elternteile behaupten, das Kind sei bei ihnen haushaltszugehörig gewesen, übereinstimmend geben beide jedoch an, dass das Kind sich sehr oft (laut den Angaben des Bw. in den Monaten Dezember 2002 und Jänner 2003 jedenfalls überwiegend, im Februar 2003 noch etwa 10 Tage) bei den Großeltern aufgehalten habe.

Gemäß § 167 Abs. 2 BAO haben die Abgabenbehörden, abgesehen von offenkundigen Tatsachen und von solchen, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Dabei hat die belangte Behörde bei mehreren Möglichkeiten diese gegeneinander abzuwägen und zu begründen, warum sie ihrer Feststellung jene Möglichkeit zugrundelegt, die sie für wahrscheinlicher hält als die andere (VwGH 20.04.2004, 2003/13/0165). Dass dabei Zweifel mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen wären, ist nicht erforderlich (VwGH 23.11.2004, 2002/15/0020).

Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes ist nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, wobei es unmaßgeblich ist, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt. Wohl kommt es aber darauf an, dass über diese Mittel im Rahmen einer einheitlichen Wirtschaftsführung verfügt wird. Die Bedürfnisse des Kindes müssen daher in dieser einheitlichen Wirtschaftsführung entsprechend Berücksichtigung finden.

Die Beantwortung der Frage, ob ein Kind die Wohnung mit einer Person teilt, hängt somit ganz wesentlich auch 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 erbringt (VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120).

Wenn ein noch minderjähriges Kind - die Tochter des Bw. war im strittigen Zeitraum 12 Jahre alt - von den Großeltern versorgt und betreut wird, sich nach der Schule bzw. am Wochenende meist bei den Großeltern aufhält und in deren Wohnung auch schläft, ist das Kind als zum Haushalt der Großeltern gehörig anzusehen. Dass die Obsorge (das Recht und die Pflicht zur Pflege und Erziehung, Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung) für das Kind den Kindeseltern gemeinsam zukommt, besagt nichts über die tatsächliche Haushaltszugehörigkeit des Kindes. Auch die polizeiliche Meldung (Hauptwohnsitz des Kindes) ist nicht maßgeblich.

Im vorliegenden Fall hat das Kind laut den Angaben des Bw. *„bei den Großeltern gewohnt und auch zum größten Teil gelebt“*. Dass dies durch die Berufstätigkeit der Kindeseltern bedingt war, ändert nichts an dem Umstand, dass das Kind in einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit den Großeltern lebte.

§ 2 Abs. 2 FLAG 1967 geht davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt,

andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist (VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Im Berufungsfall ist nach den vorstehenden Ausführungen in freier Beweiswürdigung davon auszugehen, dass das Kind im strittigen Zeitraum bei den Großeltern haushaltszugehörig war. Über den Monat März 2003 ist in diesem Verfahren nicht abzusprechen, weil der Bw. gegen die Rückforderung für den Monat März nicht berufen hat.

Durch die Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt der Großeltern besteht, auch wenn der Bw. finanzielle Zuwendungen getätigt hat und dadurch allenfalls die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend getragen hat, für den Bw. kein Anspruch auf Familienbeihilfe, sodass die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen wurde.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. § 26 leg. cit. gilt gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag. Die Bestimmung des § 26 Abs.1 FLAG 1967 normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Rückzahlungspflicht trifft ausschließlich den Bezieher der Familienbeihilfe und 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 31.10.2000, 96/15/0001). Damit ist es auch unerheblich, dass der Bw. – wie im Vorlageantrag ausgeführt – die Beträge an die Großeltern weitergeleitet hat.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 16. August 2010