



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der C. B., P, vertreten durch Dr. Kleinszig/Dr. Puswald, Rechtsanwälte, 9300 St. Veit a.d. Glan, Unterer Platz 11, gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Juli 2007 bis 31. Dezember 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungserberin (Bw.) bezog für die Kinder X und Y bis Dezember 2007 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag.

Mit Beschluss des Bezirksgerichtes Mödling vom 5. November 2007 wurde dem Kindsvater das alleinige Sorgerecht übertragen; dieser Beschluss lautet auszugsweise:

„...Mit Antrag vom 29.6.2006 beantragte der Vater die Übertragung der alleinigen Obsorge für beide Kinder an ihn. Er führte hiezu im Wesentlichen zur Begründung aus, dass die Mutter ihm seit 2001 laufend und unbegründet sein Besuchsrecht zu den beiden Töchtern verweigern würde, obwohl bereits zwei Vergleiche über das Besuchsrecht (...) hierüber abgeschlossen worden seien. Auch nach der letzten Besuchsrechtsvereinbarung am 9.3.2004 habe die Mutter sich neuerlich über die vereinbarten Besuchszeiten hinweggesetzt. Die Mutter sei im August 2004 nicht bereit gewesen das vereinbarte Sommerbesuchsrecht im Ausmaß von drei Wochen zuzulassen. Auch in den folgenden Monaten sei das Besuchsrecht nur sehr unregelmäßig eingehalten worden...“

Nach Vorliegen des SV-Gutachtens schlossen die Parteien in der Tagsatzung am 29.6.2007 einen Teilvergleich, wonach die beiden Mj. bis zur rechtsskräftigen Entscheidung des Verfahrens ihren Lebensmittelpunkt und hauptsächlichen Aufenthalt beim Vater haben. Der Mutter wurde ein Besuchsrecht 14-tägig von Freitag nach der Schule bis Sonntag 18.00 Uhr eingeräumt. Die Mutter räumte dem Vater das volle Mitsprache- und Informationsrecht betreffend aller schulischen und ärztlichen Belange die Kinder betreffend ein. Der Vater wurde von der Mutter berechtigt, sich Informationen über schulische

Belange der Kinder bei den Lehrkörpern sowie Auskünfte bei den zuständigen Ärzten einzuholen. Bei medizinischen Entscheidungen, die die Zustimmung eines Obsorgeberechtigten erfordern, verpflichteten sich die Eltern im Einvernehmen vorzugehen. Der Vater erklärte, für den Fall, dass es der Wunsch von X oder Y sei, in den Haushalt der Mutter zurückzukehren, er diesem Wunsch nachkommen werde.

Seit 1.7.2007 halten die Kinder sich hauptsächlich beim Vater auf. Von 1.7.2007 bis 22.7.2007 befanden die Kinder sich gemeinsam mit dem Vater auf Urlaub, vom 4.8.2007 bis 26.8.2007 befanden sich die Kinder mit der Mutter auf Urlaub..."

Auf Grund des vom Kindesvater eingebrachten Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juli 2007 forderte das Finanzamt von der Bw. für die Zeit Juli bis Dezember 2007 die für X und Y bereits bezogenen Beträge mit folgender Begründung zurück:

„Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen 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.“

Da Ihre Kinder X und Y seit 1.7.2007 nicht mehr bei Ihnen haushaltsgerecht sind, besteht ab diesem Zeitpunkt kein Anspruch auf Familienbeihilfe.“

In der von der Bw. fristgerecht eingebrachten Berufung wurde Folgendes ausgeführt:

„...Erst mit Beschluss des BG Mödling vom 5.11.2007, zugestellt am 13.11.2007, rechtskräftig per 27.11.2007, wurde die Obsorge von der Berufungswerberin auf den Kindesvater übertragen. Schon aus rein rechtlichen Gründen ist daher erst ab 1.12.2007 davon auszugehen, dass die Kinder sich im Haushalt der Mutter nicht mehr aufhalten.“

Zu welchem Haushalt die Kinder im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes „gehören“ knüpft rechtlich an diesen Beschluss an...“

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

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

Nach § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) hat bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 FLAG die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist. Nach § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgerechtigkeit gilt nach lit. a nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des FLAG Familienbeihilfe gewährt wird, steht nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich € 50,90 für jedes Kind zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG anzuwenden.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat, wer zu Unrecht Familienbeihilfe bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine

unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des FLAG genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Strittig ist im vorliegenden Berufungsfall, ab welchem Zeitpunkt die Kinder beim Vater haushaltsgerecht sind.

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 (keine gesetzliche Rangordnung, keine formalen Regeln) 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 (Ritz, BAO-Kommentar, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN).

Der unabhängige Finanzsenat nimmt es in freier Beweiswürdigung als erwiesen an, dass die Kinder tatsächlich bereits seit Juli 2007 dem Haushalt des Vaters angehört haben; aus dem Beschluss des BG Mödling vom 5. November 2007 geht nämlich hervor, dass dem Kindesvater zwar erst mit Beschlussdatum das Sorgerecht für die Töchter X und Y übertragen wurde, dass sich aber die Kinder bereits seit 1. Juli 2007 hauptsächlich beim Vater aufhalten. Auch im Rückforderungsbescheid führt das Finanzamt diesen Umstand ausdrücklich an.

Die Bw. bestreitet in ihrer Berufung dieses Faktum auch keineswegs; sie bringt aber als einziges Argument gegen die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag vor, dass die Haushaltsgerechtigkeit an das Datum der Rechtskraft des Beschlusses über das Obsorgerecht anknüpfe.

Damit unterliegt sie einem Rechtsirrtum; aus dem klaren Wortlaut des § 2 Abs. 2 und 5 FLAG ist eindeutig ersichtlich, dass es für den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließlich auf die **tatsächliche** Haushaltsgerechtigkeit ankommt (in diesem Sinn sh. auch VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120; 28.2.2002, 2001/15/0207). Wem das Obsorgerecht übertragen wurde, ist bei dieser Rechtslage ohne Bedeutung. Dies ist auch insoweit verständlich, als die Gewährung von Familienbeihilfe die mit Kindern zusammenhängenden finanziellen Lasten abgelten soll; diese fallen aber typischerweise bei der Person an, deren Haushalt die Kinder tatsächlich angehören.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Leistung des gesetzlichen Unterhalts für nicht haus-haltszugehörige Kinder durch den Unterhaltsabsetzbetrag des § 33 Abs. 4 Z 3 lit. b EStG ab-gegolten wird.

Die Bw. erfüllte somit im Streitzeitraum nicht die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe sowie Kinderabsetzbetrag, weshalb das Finanzamt den an-gefochtenen Bescheid zu Recht erlassen hat.

Wien, am 22. April 2008