

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesfinanzgericht hat durch  
den Richter  
R.

in der Beschwerdesache Name, Adresse, vertreten durch Dr. Christa Kohl-Rupp, Rechtsanwältin, 8225 Pöllau/Hartberg, Lamberggasse 8a, gegen den Rückforderungsbescheid des Finanzamtes Oststeiermark vom 11.12.2012, betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum September 2012 bis Dezember 2012 zu Recht erkannt:

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

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

### Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin bezog für ihren Sohn Vorname, geb. TT.MM.JJJJ, bis Dezember 2012 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Auf Grund eines vom Kindesvater im Dezember 2012 eingebrachten Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe wegen Änderung der Haushaltszugehörigkeit des Kindes überprüfte das Finanzamt die Anspruchsvoraussetzungen und forderte von der Beschwerdeführerin mit Bescheid vom 11. Dezember 2012 die für den Zeitraum September bis Dezember 2012 bezogenen Beträge unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 zurück.

In der von der steuerlichen Vertreterin der Beschwerdeführerin eingebrachten Berufung wurde Folgendes ausgeführt:

*Richtig ist, dass der mj. Vorname, geb. am TT.MM.JJJJ, Versicherungsnummer xxxx TT.MM.JJJJ, der leibliche Sohn der Berufungswerberin Name ist und dass die Berufungswerberin für die Zeit vom September 2012 bis inkl. Dezember 2012 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bezogen hat.*

Zu Unrecht geht die Behörde davon aus, dass der KM diese Beträge nicht zustehen würden. Der mj. Vorname wird von der KM versorgt, welche die Unterhaltskosten für den mj. Vorname überwiegend trägt. Der mj. Vorname befindet sich lediglich im Haus des KVs Name1, zumal Vorname in diesem Haus ein eigenes Zimmer hat und nach dem Auszug der KM am 10.09.2012 aus dem Haus des KVs Name1 vorerst in die doch kleine Wohnung der KM ziehen wollte.

Die KM hat den mj. Vorname für die gesamte in Rede stehende Zeit, nämlich September 2012 bis zum heutigen Tag, immer betreut, hat für dessen Wäsche und Verpflegung gesorgt, hat sämtliche Einkäufe für ihn getätigt, hat seine Bedürfnisse für das Berufsschulinternat abgedeckt und ihm auch das notwendige Taschengeld sowie Fahrgeld mitgegeben. Des weiteren hat die KM in der Zeit der Berufsschule vom 10.09.2012 bis zum 16.11.2012 den mj. Vorname von dem Haus des KVs zur Berufsschule gefahren und wieder zurück, woraus sich pro Woche eine Kilometerleistung von 360 km für die Dauer der Berufsschulzeit ergeben hat.

Die KM gibt dem mj. Vorname seit September 2012 darüber hinaus € 40,00 bis € 50,00 an Taschengeld pro Woche und fährt täglich von Montag bis Freitag seit seiner Rückkehr aus der Berufsschule 25 km, um ihm das von ihr selbst zubereitete Essen zu bringen. Damit die KM am Wochenende nicht zum Haus des KVs fahren muss, in welchem sich dieser am Wochenende sehr oft aufhält, gibt sie dem mj. Vorname darüber hinaus jeweils für das Wochenende zumindest € 20,00, damit sich dieser ein Essen wie z.B. eine Pizza kaufen kann.

Der KV selbst sieht sich keineswegs dazu veranlasst Bedürfnisse des mj. Vorname abzudecken, er gestattet lediglich, dass dieser im Haus wohnt, dies auch nach dem Auszug der KM.

Die KM wurde vom KV in der Nacht vom 09.09. auf den 10.09.2012 verletzt, weshalb es auch zu einem entsprechenden Verfahren vor dem Landesgericht für Strafsachen Graz gekommen ist. Bei der Hauptverhandlung am 06.12.2012 wurde der KV gemäß der §§ 83 Abs. 1, 84 Abs. 1 StGB zu 180 Tagsätzen a € 15,00 und 5 Monaten Freiheitsstrafe, dies unter Festsetzung einer Probezeit von drei Jahren verurteilt. Der KM wurde aus dem Titel des Schmerzengeldes ein vorläufiger Schmerzengeldteilbetrag von € 500,00 zugesprochen. Die nunmehrige Behauptung des KVs, dass ihm die Familienbeihilfe zustehen würde, ist daher unter dem Lichte dieses Strafverfahrens zu sehen und ist wohl eine "Racheaktion" des KVs für seine Verurteilung. Ergänzend sei auch noch ausgeführt, dass es zu einer weiteren Körperverletzung, nämlich Bruch des Unterarmes gekommen ist, und zwar am 21.11.2012; diesbezüglich werden derzeit noch Erhebungen gepflogen und ist damit zu rechnen, dass es auch hier ein weiteres Strafverfahren gegen den KV geben wird.

Ergänzend sei weiters noch angeführt, dass das Urteil zu 12 Hv 165/2012a des Landesgerichtes für Strafsachen Graz betreffend den Vorfall vom 09.09./10.09.2012 mittlerweile in Rechtskraft erwachsen ist.

*Aus dem ob Gesagten ergibt sich daher, dass die KM in der fraglichen Zeit - September 2012 bis Dezember 2012 - sowohl Familienbeihilfe als auch Kinderabsetzbetrag zu Recht bezogen hat und keinerlei Berechtigung für die Behörde besteht, die aus diesen Titeln geleisteten Beträge von insgesamt € 808,40 von der KM rück zu fordern.*

*Der mj. Vorname2, geb. am TT.M.JJJJ lebt mit der KM in deren Wohnung in Adresse1 und werden auch für diesen Sohn sämtliche Verpflegungsleistungen und dergleichen durch die KM alleine bewerkstelligt.*

*Zur Ergänzung der gegenständlichen Berufung wird eine eidesstättige Erklärung des mj. Vorname der gegenständlichen Berufung beigeschlossen, aus welcher die Leistungen der KM sowie die Berufsschulzeit hervorgehen.*

*Aus den obgenannten Gründen wird daher gestellt der*

**Antrag**

*die hohe Berufungsbehörde möge den Bescheid vom 11.12.2012 betreffend die Rückforderung zu unrecht bezogener Beträge - Familienbeihilfe - Kinderabsetzbetrag über den Rückforderungsbetrag von € 808,40 ersatzlos aufheben  
in eventu den vorgenannten Bescheid aufheben und an die erste Instanz zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidungsfassung zurückverweisen.*

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufsvorentscheidung vom 25. Jänner 2013 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 mit der Begründung ab, dass die Haushaltzugehörigkeit maßgebend ist.

Weiters wurde ausgeführt, dass nach Rücksprache mit der Jugendwohlfahrtsabteilung der Bezirkshauptmannschaft Weiz Vorname vom Kindesvater in ausreichender Weise "grundversorgt" ist und die zusätzliche finanzielle persönliche Unterstützung durch die Kindesmutter freiwillig erfolgt und daher über die notwendige "Grundversorgung" hinausgeht.

Mit Schriftsatz vom 21. Februar 2013 wurde der Antrag auf Entscheidung durch die zweite Instanz gestellt. Die Begründung ist im Wesentlichen gleich gehalten wie in der Berufung. Zusätzlich wurde noch das Fahrtenprotokoll der Kindesmutter (Fahrten zur Berufsschule) für den Zeitraum 2.9. bis 21.12.2012 sowie der Dienstplan des Kindesvaters von September bis Dezember 2012 vorgelegt. Hingewiesen wurde auch auf einen Vorfall, der sich am 19.2.2013 ereignet hatte, wobei Vorname vom Kindesvater verletzt worden ist (Hautabschürfungen, Hämatome und Prellungen).

**Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (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. Nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt

einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, 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.

Im gegenständlichen Fall ist folgender Sachverhalt unbestritten vorgelegen:

Das Kind lebte nach dem Auszug der Kindesmutter (am 10. September 2012) weiterhin im Hause des Kindesvaters. An der Adresse des Kindesvaters ist das Kind seit 16.8.2004 mit Hauptwohnsitz gemeldet. Der Kindesvater beantragte am 11. Dezember 2012 mittels des Formulares Beih 1 die Gewährung der Familienbeihilfe.

Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltsgehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann.

Strittig ist ob überhaupt eine Haushaltsgehörigkeit des Kindes von September bis Dezember 2012 vorgelegen ist oder ob nur eine reine Wohngemeinschaft bestanden hat.

Die Bedingungen einer Haushaltsgehörigkeit 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. 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 erbringt (u.a. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120). Ein Anspruch auf Geldunterhalt spielt bei der Haushaltsgehörigkeit nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 in Verbindung mit Abs. 5 erster Satz keine Rolle (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).

Im vorliegenden Beschwerdefall steht fest, dass das Kind im Hause des Kindesvaters nächtigt.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass ihr Sohn seit September 2012 beim Kindesvater wohnt, allerdings schreibt sie in ihrer Berufung, dass der Sohn vom Kindesvater nicht versorgt wird und dass sie ihren Sohn immer betreut, verpflegt und für die Wäsche gesorgt habe. Es wurde von ihr auch ein Fahrtenprotokoll beigelegt, aus dem hervor geht, dass sie ihren Sohn für den Zeitraum 2.9. bis 21.11.2012 regelmäßig zur Berufsschule gebracht und dabei ca. 2.300 Kilometer zurückgelegt hat.

Der Kindesvater hat im strittigen Zeitraum überwiegend auswärts gearbeitet und auch häufig (wegen großer Entfernung) am Arbeitsort genächtigt (dies geht aus den Reisekostenabrechnungen des Arbeitgebers hervor).

Hervorzuheben ist eine eidesstattliche Erklärung des Sohnes, die mit der Beschwerde am 20.12.2012 an das Finanzamt gesandt worden ist und in der Folgendes ausgeführt wurde:

*Ich, Vor-Zuname, geb. am TT.MM.JJJJ erkläre an Eides statt, dass ich in den Monaten September 2012 bis Dezember 2012 laufend von meiner Mutter, Frau Name, versorgt worden bin. Meine Mutter Name ist für meine Unterhaltskosten aufgekommen. Mein Vater Name1 hat lediglich gestattet, dass ich in seinem Haus ein Zimmer nutze, Bad, WC und Küche mitbenutze.*

*Meine Mutter hat mich in der Zeit vom 10.09.2012 bis 16.11.2012, somit für die Dauer der Berufsschule, ständig hin und her gefahren. Von meiner Mutter werden mir auch die Mahlzeiten zubereitet und bringt sie mir diese mit ihrem Auto. Meine Mutter gibt mir darüber hinaus ca. € 50,00 pro Woche an Taschengeld. Wenn ich von meiner Mutter am Wochenende die Mahlzeit zubereitet nicht gebracht erhalten, gibt sie mir rund € 20,00 für das Wochenende, damit ich mir ein Essen kaufen kann.*

*Von meiner Mutter wird auch meine gesamte Wäsche versorgt und kommt sie auch für alle Bedürfnisse, die ich im Zusammenhang mit dem Beruf sowie dem Alltag habe, auf.*

Seitens des Finanzamtes erfolgte in der Berufsvorentscheidung keine Würdigung dieser Erklärung.

In der Begründung der Berufsvorentscheidung wurde auf eine Rücksprache mit der Jugendwohlfahrtabteilung der Bezirkshauptmannschaft Weiz verwiesen, worin ausgeführt wurde, dass Vorname vom Kindesvater in ausreichender Weise "grundversorgt" sei. Dazu wird bemerkt, dass nach einer telefonischen Rücksprache vom 10. März 2014 die Referentin der Jugendwohlfahrt befragt wurde, wie dieser Termin vereinbart worden ist. Dazu gab sie an, dass der Termin des Kontrollbesuchs am 6.12.2012 seitens der Jugendwohlfahrt angekündigt war.

Somit kann diese Aussage bzw. Einschätzung der Jugendwohlfahrtsbehörde nicht als verlässlich und allgemein zutreffend bezeichnet werden.

Anzumerken ist noch, dass der Sohn nach dem 19. Februar 2013, nach der Körperverletzung durch den Vater, nicht mehr in das Haus des Vaters zurückgekehrt ist und seither bei seiner Mutter wohnt.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Kind bei keinem Elternteil haushaltsgleichzeitig war (beim Kindesvater lag nur eine Wohngemeinschaft aber keine Wirtschaftsgemeinschaft vor), aber die überwiegende Betreuung und Unterhaltsleistung durch die Kindesmutter gegeben war und daher der Anspruch gemäß § 2 Abs. 2, 2. Satz iVm § 2 Abs. 5 FLAG auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den strittigen Zeitraum bestand.

Gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche

Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Das Bundesfinanzgericht ist nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) vgl. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120.

Da im gegenständlichen Beschwerdeverfahren keine Rechtsfragen aufgeworfen worden sind, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme, ist eine Revision nicht zulässig.