



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der VNM\_N, Adresse, vom 30. Mai 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23 vom 21. Mai 2012 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Monate November und Dezember 2010 hinsichtlich der Kinder N\_Kd1 und N\_Kd2 sowie für den Monat November 2010 hinsichtlich des Kindes N\_Kd3 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

VNM\_N, in der Folge mit Bw. bezeichnet, verließ Anfang November 2010 das bis dahin gemeinsam mit ihrem Ehemann benutzte Haus und übersiedelte in eine Dienstwohnung. Sie wollte ihre drei ehelichen Kinder mitnehmen, was diese jedoch zunächst ablehnten. In der Folge kam es zu gerichtlichen Auseinandersetzungen, weil sich die Bw. scheiden lassen wollte und auch wegen der Obsorge und den Unterhaltszahlungen betreffend die Kinder. Im Berufungszeitraum wohnten die Kinder beim Vater, besuchten die Mutter jedoch auch in der Dienstwohnung. Ende November 2010 kehrte der jüngste Sohn der Bw., Kd3 nach einem Besuch bei der Bw. nach dem Wochenende nicht mehr in das bisher gemeinsam mit seinem Vater bewohnte Haus zurück.

Am 24. Februar 2012 erließ das Bezirksgericht Ort einen Beschluss betreffend eine einvernehmliche Erstbemessung des Unterhalts für die gemeinsamen Kinder. Mit diesem Beschluss wurde die Bw. verpflichtet, für November 2010 einen Unterhaltsbeitrag für Kd3 in Höhe von 174,00 € an den Vater der Kinder zu bezahlen. Die Bw. wurde weiters verpflichtet,

für ihre beiden anderen Kinder für die Monate November 2010 und Dezember 2010 monatlich jeweils 202,00 € pro Kind (insgesamt 424,00 € monatlich) zu bezahlen.

Am 1. März 2012 er hob die Bw. beim Bezirksgericht Ort Einwendungen gegen diese Unterhaltsbemessung und erklärte, unter Berücksichtigung der Anrechnung ihrer Betreuungs- und Naturalleistungen für die Kinder für November und Dezember 2010 entfalle ihre Geldunterhaltsverpflichtung für diese Monate. Der Vater der Kinder gab dazu eine Stellungnahme ab und erklärte, es solle bei dem ursprünglichen Geldunterhalt wie im Beschluss bleiben.

Mit Bescheid vom 21. Mai 2012 forderte das Finanzamt die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für die älteren Kinder für November und Dezember 2010 und für Kd3 für November 2010 mit der Begründung zurück, Kd3 befindet sich erst seit 21.11.2010 ständig im Haushalt der Bw.. Die Bw. sei laut Bezirksgericht Ort für November 2010 zu Unterhaltszahlungen an den Vater der Kinder verpflichtet. Für die anderen Kinder sei die Bw. ab November 2010 zu monatlichen Unterhaltszahlungen an den Vater der Kinder verpflichtet, da sich die Kinder im Haushalt ihres Vaters befänden.

Der Rückforderungsbetrag von 1.023,90 € setzt sich wie folgt zusammen:

Kd1	Familienbeihilfe	Kinderabsetzbetrag	Summe
November 2010	€ 130,90	€ 58,40	€ 189,30
Dezember 2010	€ 130,90	€ 58,40	€ 189,30
Kd2	Familienbeihilfe	Kinderabsetzbetrag	Summe
November 2010	€ 130,90	€ 58,40	€ 189,30
Dezember 2010	€ 130,90	€ 58,40	€ 189,30
Kd3	Familienbeihilfe	Kinderabsetzbetrag	Summe
November 2010	€ 112,70	€ 58,40	€ 171,10
Erhöhungsbeträge	für 2 Kinder	für 3 Kinder	
November 2010	€ 12,80	€ 35,00	€ 47,80
Dezember 2010	€ 12,80	€ 35,00	€ 47,80
Rückforderungsbetrag gesamt			€ 1.023,90

Die Bw. ersuchte das Finanzamt um Auskunft, wie sich der Rückforderungsbetrag zusammensetzt. Sie habe für die Monate November und Dezember 2010 mit einem Betrag von 1.309,40 € gerechnet, aber nur 1.195,00 € bekommen. Der von der Bw. errechnete Betrag unterscheidet sich insofern von dem oben errechneten Betrag, als die Bw. für die Monate November 2010 und Dezember 2010 nicht mit dem Erhöhungsbetrag für zwei Kinder (12,80 € pro Monat) und dem Erhöhungsbetrag für drei Kinder (35,00 € pro Monat) gerechnet hat, sondern pro Kind einen Erhöhungsbetrag für drei Kinder von jeweils 35,00 € pro Monat, d.s. insgesamt 105,00 €, angesetzt hat. Anstatt mit einem Betrag von 47,80 € erfolgte die Berechnung daher mit einem Betrag von 105,00 €. Die Differenz zwischen dem Betrag von 47,80 € und 105,00 € beträgt 57,20 €. Multipliziert mit zwei (für November und Dezember)

ergibt sich die Abweichung des von der Bw. errechneten Betrages von 1.309,40 € zum tatsächlich ausbezahlten Betrag von 1.195,00 € in Höhe von 114,40 €.

Die Bw. erhab gegen den Rückforderungsbescheid Berufung und verwies begründend auf den Antrag auf Unterhaltsenthebung. Die Unterhaltsverpflichtung für diese Monate sei noch nicht eindeutig geklärt.

In einem weiteren, gleichzeitig eingelangten Schriftsatz erklärte die Bw., sie habe dem Finanzamt dargelegt, dass ihre drei Kinder im November und Dezember 2010 überwiegend von ihr betreut worden seien und die Angaben des Vaters der Kinder bezüglich der ihr angeblich nicht zustehenden Familienbeihilfe völlig unzutreffend seien. Der Beschluss des Bezirksgerichtes Ort vom 24. Februar 2012, welcher dem Bescheid zugrunde gelegt worden sei, gründe sich auf falsche Tatsachen. Die „einvernehmliche“ Erstbemessung des Unterhalts hätte nicht korrekt zustande kommen können, da die Bw. wegen zu geringer Deutschkenntnisse manche Dinge überhaupt nicht verstanden habe und es viele Missverständnisse gegeben habe. Das habe sie auch in ihrem Rekurs gegen den Beschluss am 1. März 2012 zu Protokoll gegeben. Am 17. April 2012 habe sie noch eine weitere Ergänzung zum Rekurs zu Protokoll gegeben. Die Entscheidung über das Rechtsmittel sei noch nicht erfolgt.

Die Bw. legte Aufstellungen vor, an welchen Tagen die Kinder jeweils bei ihr gegessen bzw. übernachtet hätten. Diese Aufstellungen hat die Bw. unterschrieben. Weiters legte die Bw. Aufstellungen betreffend „Ausgleichszahlungen“ für November 2010 und Dezember 2010 vor, in welchen verschiedene Kosten aufgelistet waren. Diese Aufstellungen hat die Bw. ebenfalls unterschrieben.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung und führte in dieser begründend aus, Kd3 befindet sich erst seit 21. November 2010 ständig im Haushalt der Bw.. Diese sei für ihn laut Bezirksgericht Ort für November 2010 zu Unerhaltszahlungen an den Vater der Kinder verpflichtet, weshalb die Familienbeihilfe für November zurückzufordern gewesen sei. Für die Kinder Kd1\_kurz und Kd2 sei die Bw. ab November 2010 zu monatlichen Unterhaltszahlungen an den Vater der Kinder verpflichtet worden, weil sich die Kinder im Haushalt ihres Vaters befanden.

Die Bw. stellte einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte aus, die Kinder seien vom 7. bis 12. November und dann ab dem 21. November 2010, also insgesamt 16 Tage, in ihrer Obhut gewesen. Die Bw. habe auch die Unterhaltskosten für die Kinder überwiegend getragen.

Das Bezirksgericht Ort gab dem Unabhängigen Finanzsenat bekannt, dass der Beschluss vom 24. Februar 2012 am 21. März 2012 in Rechtskraft erwachsen sei. Die von der Bw. in der Folge gestellten Anträge seien am 27. Juli 2013 von deren Verfahrenshelferin zurückgezogen

worden. Anhaltspunkte, die zur Klärung des Sachverhaltes betreffend den Aufenthalt der Kinder zweckdienlich sein könnten, fänden sich im Protokoll des Bezirksgerichtes Ort vom 20. Oktober 2011.

Über Vorhalt erklärte die Bw., man könne keineswegs davon ausgehen, dass die Kinder in diesen Monaten dem Haushalt ihres Vaters angehört hätten. Aufgrund des gesamten Sachverhaltes, wie er sich aus dem übermittelten Protokoll des BG Ort vom 20. Oktober 2011 ergebe, sowie aus der Tatsache, dass die Bw. im gegenständlichen Zeitraum die meisten Kosten für die Kinder getragen habe, müsse vielmehr davon ausgegangen werden, dass die Kinder ihrem Haushalt zuzurechnen seien und sie die Familienbeihilfe zu Recht bezogen habe. Dem Protokoll vom 20.10.2011 ist zum berufungsgegenständlichen Zeitraum die Aussage der Bw. zu entnehmen, dass der Vater der Kinder die Bw. am 1. November 2010 vor die Tür gesetzt habe. Sie hätte alle drei Kinder zu sich nehmen wollen, diese hätten aber nicht mitgehen wollen. Seit 22. November 2011 sei Kd3 bei ihr. Der Vater der Kinder führte dazu aus, Kd3 sei Ende November 2010 von einem Wochenendbesuch bei der Mutter nicht mehr zurückgekommen und sei seitdem bei der Mutter. Kd2 und Kd1\_kurz seien seit der Trennung bei ihm. Die restlichen Angaben im Protokoll beziehen sich auf das Jahr 2011 und auf Vereinbarung des persönlichen Verkehrs zwischen den Elternteilen mit den jeweils beim anderen Elternteil aufhältigen Kindern.

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

Gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

§ 26 Abs. 1 FLAG normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Diese Verpflichtung zur Rückerstattung 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 (vgl. VwGH vom 22. April 2009, 2008/15/0323).

Gemäß § 2 Abs. 1 lit a FLAG haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, 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.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushalts-

zugehörigkeit gilt gemäß lit. a nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltsgerechtig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Im gegenständlichen Fall ist strittig, ob die Kinder der Bw. im Berufungszeitraum deren Haushalt oder dem Haushalt des Vaters der Kinder angehört haben.

Die Bw. beruft sich auf von ihr vorgelegte Aufstellungen und Unterlagen, aus denen jeweils ersichtlich sei, wann sich die Kinder bei ihr aufgehalten haben bzw. bei ihr versorgt worden sind. Es wurden auch Aufstellungen der von ihr getragenen Kosten vorgelegt. Auch der Vater der Kinder hat im Gerichtsverfahren betreffend die Festsetzung der wechselseitigen Unterhaltszahlungen auf von ihm geleistete Zahlungen verwiesen.

Zunächst ist festzuhalten, dass die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten nur dann entscheidend für den Anspruch auf Familienbeihilfe ist, wenn das Kind keinem Haushalt eines Elternteils angehört. Eine genaue Prüfung, welcher Elternteil welche Kosten getragen hat, ist daher nur dann geboten, wenn Kinder bei keinem Elternteil haushaltsgerechtig sind.

Aufgrund der vorliegenden Unterlagen ist davon auszugehen, dass Kd3 bis zum 21. November 2010 dem Haushalt des Vaters angehört hat und dass die beiden älteren Kinder im gesamten Berufungszeitraum dessen Haushalt angehört haben.

Dafür sprechen folgende Umstände:

Den vorgelegten Aufstellungen, welchen die genauen Daten zu entnehmen sind, an welchen die Kinder bei der Mutter gewesen sein sollen, kommt keine besondere Beweiskraft zu. Diese wurden nur von der Bw. selbst abgezeichnet. Die darin aufgestellten Behauptungen betreffend den überwiegenden Aufenthalt bei der Mutter und die überwiegende Versorgung durch diese wurden vom Vater der Kinder bestritten. Nur insoweit stimmen die Angaben überein, als Kd3 ab Ende November 2010 bei der Bw. gewohnt hat.

Die Bw. spricht in den Aufstellungen selbst davon, dass die Kinder „nachhause gegangen“ bzw. „nachhause gefahren“ seien, wenn sie wieder zu ihrem Vater gingen. Laut Protokoll vom 20.10.2011 führte die Bw. aus, sie hätte alle drei Kinder zu sich nehmen wollen, diese hätten aber nicht mitgehen wollen. Seit 22. November 2011 sei Kd3 bei ihr.

Die Bw. hat sich auch in einem Vergleich zu Unterhaltszahlungen für die Kinder für den Berufungszeitraum verpflichtet.

Gemäß § 140 Abs. 1 ABGB haben die Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen.

Gemäß § 140 Abs. 2 ABGB leistet der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut, dadurch seinen Beitrag. Darüber hinaus hat er zum Unterhalt des Kindes beizutragen, soweit der andere Elternteil zur vollen Deckung der Bedürfnisse des Kindes nicht imstande ist oder mehr leisten müsste, als es seinen eigenen Lebensverhältnissen angemessen wäre.

Die Übernahme der Verpflichtung durch die Bw., für die Kinder im Berufungszeitraum Geldunterhalt an den Vater der Kinder zu leisten, spricht ebenfalls dafür, dass sich diese in dessen Haushalt befunden haben. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt ist der Unterhaltsfestsetzungsbeschluss für den Berufungszeitraum bereits in Rechtskraft erwachsen. Die Verfahrenshelferin der Bw. hat deren Anträge auf Enthebung von der Unterhaltsverpflichtung zurückgezogen.

Auch wenn die Kinder auch in diesen Monaten v.a. im Rahmen von Besuchen bei der Mutter von dieser betreut wurden, ist für den Berufungszeitraum nicht davon auszugehen, dass durch diese Betreuungstätigkeit die grundsätzliche Zugehörigkeit der Kinder zum Haushalt des Vaters der Kinder aufgehoben worden ist.

Aufgrund der im Berufungszeitraum gegebenen Haushaltzugehörigkeit der Kinder zum Haushalt ihres Vaters hatte dieser Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge. Der Anspruch des Vaters der Kinder schließt den Anspruch der Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge im selben Zeitraum aus.

Der Berufung konnte daher keine Folge gegeben werden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 11. Dezember 2013