



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des F, vertreten durch GPLS Rechtsanwälte, 3100 St. Pölten, Wiener Straße 3, vom 12. Dezember 2011 gegen die Bescheide des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten vom 11. November 2011 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen und Abweisung eines Antrags auf Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 11. November 2011 vom Berufungswerber (Bw.) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die beiden Kinder L für den Zeitraum vom November 2010 bis Jänner 2011 mit der Begründung zurück, dass die Kinder ihren eigenen Angaben zufolge (Niederschrift vom 31.8.2011) in dieser Zeit zum Haushalt der Mutter zugehörig waren. Mit der gleichen Begründung wurde mit Abweisungsbescheid vom 11. November 2011 auch der Antrag des Bw. vom 26.9.2011 auf Familienbeihilfe vom Februar 2011 und Juni bis August 2011 abgewiesen.

Dagegen brachte der Bw. Berufung mit folgender Begründung ein:

"Das Finanzamt stützt sich auf die Niederschrift vom 31.8.2011, wonach die Kinder in der gegenständlichen Zeit zum Haushalt der Mutter zugehörig waren. Das Finanzamt hat diese

Protokollstelle nicht richtig interpretiert. Die Obsorge für die beiden Kinder liegt nach wie vor beim Kindesvater RF. Vorgelegt wird die diesbezügliche Vereinbarung zu 11Ps7/10x des BG St. Pölten vom 21.07.2010. Dieser Vereinbarung, die zwischen den Kindeseltern abgeschlossen wurde, ist auch (beiliegende Urkunde Seite 2) pflegschaftsbehördlich genehmigt worden. Demnach halten sich die beiden Kinder hauptsächlich beim Vater RF auf. Schon aus dem Wort "hauptsächlich" folgt: Die Kinder halten sich teilweise auch bei der Kindesmutter auf. Wenn sich nun die Kinder teilweise bei der Kindesmutter aufhalten, vor allem wenn der Vater nicht hier ist, dann erscheint dies legitim und rechtfertigt nicht den Entzug der Familienbeihilfe. Dass der Vater zeitweise nicht hier war, erscheint wohl amtsbekannt – er wurde von seinem Unternehmen – der Fa. V – vorübergehend wiederholt nach China zur Arbeitstätigkeit entsendet.

Ob nun während der Abwesenheit des Kindesvaters die Kinder bei einer dritten Person in dieser Zeit der Abwesenheit des Vaters betreut werden oder ob sich die Kinder in dieser Zeit der Abwesenheit des Kindesvaters bei der Kindesmutter befinden (vorübergehend): Das alles ändert nichts am Recht des Bezuges der Familienbeihilfe durch den Kindesvater".

Das Finanzamt sandte dem Unabhängigen Finanzsenat am 13. August 2012 weitere Unterlagen, die am 7.8.2012 von der Kindesmutter beim Finanzamt eingebracht wurden und auch den Berufszeitraum betreffen. Dabei handelt es sich um den (auch dem Bw. zugegangenen) Beschluss des Bezirksgerichts St. Pölten vom 16. Juli 2012., 2 Meldebestätigungen der beiden Kinder ab 31.7.2012, eine Bestätigung des Magistrats der Landeshauptstadt St. Pölten, Abteilung Schulen und Kindergärten, über die Bezahlung von Kosten für die Kinderbetreuung im Kindergarten (Spiel- und Fördermaterial, Mittagessen und Nachmittagsbetreuung) für die beiden Kinder für 2010 und 2011 durch die Kindesmutter sowie einen Rekurs des Bw. vom 20.7.2012 gegen den Gerichtsbeschluss vom 16. Juli 2012 (Obsorgeübertragung an die Kindesmutter).

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben für minderjährige Kinder.

Nach Abs. 2 leg. cit. 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 Abs. 4 leg. cit. umfassen die Kosten des Unterhaltes bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung.

Gemäß Abs. 5 leg. cit. gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes, wobei es unmaßgeblich ist, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt. Wohl kommt es 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 (VwGH vom 22.10.1971, Zl. 6/70).

Im Streitfall ist gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Frage zu klären, zu welchem Haushalt die beiden Kinder L im Streitzeitraum gehörten. Bestand mit dem Haushalt der Kindesmutter oder mit dem Haushalt des Kindesvaters eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft?

Sachverhaltsmäßig ist unbestritten:

-) die Obsorge der Mutter für die beiden minderjährigen Kinder ab 16. Juli 2012 (vgl. Pflegschaftsbeschluss des Bezirksgerichtes St. Pölten vom 16. Juli 2012); vorher gemeinsame Obsorge (lt. Vereinbarung vom 21.7.2010)

-) Der Kindesvater hielt sich in der Zeit vom 24. Oktober 2010 und 29. August 2011 beruflich in China auf. Die beiden Kinder LL blieben in Österreich in der Obhut zweier Au-Pair-Mädchen und der geschiedenen Ehefrau, die in dieser Zeit die Wohnung des Bw. nutzte. Der Bw. überwies das Taschengeld für die Au-Pairs und den Unterhalt für die Kinder an die geschiedene Ehefrau, die die Verwaltung übernahm. Die Kinder waren beim Bw. in China vom 25. Februar bis 18. März 2011

-) Die Kinder waren ihren eigenen Angaben zu Folge im Streitzeitraum zum Haushalt der Kindesmutter zugehörig.

Aufgrund dieses Sachverhalts gelangt der unabhängige Finanzsenat zu dem Ergebnis, dass die beiden Kinder bei der Kindesmutter haushaltszugehörig waren und der Kindesmutter insgesamt die zeitlich überwiegende Aufsicht für die Kinder zukam und zukommt. Die Bedürfnisse der Kinder werden (wurden) im Rahmen einer einheitlichen Wirtschaftsführung berücksichtigt. Im Berufungsfall liegt (lag) jedenfalls eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zwischen den Kindern und ihrer Mutter vor. Die Kinder gehörten zum Haushalt ihrer sie überwiegend betreuenden Mutter. In diesem Sinn sei auf die Rechtsprechung des VwGH verwiesen: für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der

Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht das Erziehungsrecht. Selbst die Meldung des Hauptwohnsitzes beim Kindesvater mag bestenfalls ein Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft darstellen. Angesichts des Umstandes, dass die Kinder bei ihrer Mutter überwiegend wohnen, von ihr (wenn auch mit Hilfe von Au-Pair-Mädchen) betreut, versorgt, gepflegt, erzogen werden und ihre Bedürfnisse in einer einheitlichen Wirtschaftsführung Berücksichtigung finden, ist die polizeiliche Meldung beim Vater für die Berufung irrelevant.

Der Bw. verwies in der Berufung darauf, dass die Obsorge der beiden Kinder zum damaligen Zeitpunkt bei ihm lag und dass sich die Kinder laut einer pflegschaftsbehördlich genehmigten Vereinbarung vom 21.7.2010 hauptsächlich bei ihm und teilweise auch bei der Kindesmutter aufhielten. Wie bereits ausgeführt, kommt es für die Frage der Haushaltsführung auf die tatsächliche Wohn- und Wohnwirtschaftsgemeinschaft und nicht auf das Erziehungsrecht (Obsorge) an. Überdies hat das Gericht inzwischen der Kindesmutter die alleinige Obsorge zugesprochen.

Auch aus dem Vorbringen, dass es nichts am Recht des Bezuges der Familienbeihilfe ändere, ob die Kinder bei einer dritten Person in der Zeit der Abwesenheit des Vaters betreut werden oder ob sich die Kinder in dieser Zeit bei der Kindesmutter befinden, kann für die Berufung nichts gewonnen werden. Da der Vater sich im Streitzeitraum in China aufhielt und die Mutter gemeinsam mit den Kindern in einem Haushalt wohnte, kommt es nicht darauf an, dass die Kindesmutter und die beiden Kinder in dessen Abwesenheit in der Wohnung des Bw. wohnten und dass zusätzlich Au-Pair-Mädchen unterstützend in der Kinderbetreuung tätig waren. Ausschlaggebend ist allein die Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft der Kinder mit der Mutter. Im Berufungsfall ist es aus den genannten Gründen als erwiesen anzusehen, dass die Kinder zum Haushalt der Kindesmutter gehörten.

Der Umstand, dass überwiegend finanzielle Aufwendungen getragen werden, begründet nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person diesen Anspruch wegen gemeinsamer Haushaltsführung hat. Dies trifft aber im Streitfall nicht zu.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: die Kinder gehören dem Haushalt der Kindesmutter an. Aus diesem Grunde steht dem Kindesvater ein Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 nicht zu.

Hinzuweisen ist der Bw. in diesem Zusammenhang darauf, dass die Leistung des gesetzlichen Unterhaltes an ein nicht haushaltszugehöriges Kind durch Gewährung des Unterhaltsabsetzbetrages bei der Einkommensteuer- bzw. Arbeitnehmerveranlagung berücksichtigt werden kann.

Es war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 12. September 2012