



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau NK, geb. 21. September 1979, wohnhaft in 1-w, W-Str., vom 12. Juni 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 2. und 20. Bezirk, vertreten durch ADir.P, vom 4. Juni 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Jänner 2008 bis 30. Juni 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Im Zuge der Überprüfung des Beihilfenanspruches für das Kind ML, geb. am tt. Monat 2003, gelangte das Finanzamt zur Auffassung, dass ein Familienbeihilfenanspruch für den Zeitraum von Jänner bis Juni 2008 auf Grund der Tatsache, dass das Kind seit 4. Dezember 2007 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt der Berufungserwerberin (im Folgenden kurz mit Bw bezeichnet) gemeldet gewesen wäre, nicht zugestanden sei, weshalb die für den genannten Zeitraum ausbezahlten Beihilfenbeträge einschließlich der Kinderabsetzbeträge mit Bescheid vom 4. Juni 2008 zurückgefordert wurden.

In der gegen den Rückforderungsbescheid eingebrachten Berufung beantragte der Vertreter der Berufungserwerberin die ersatzlose Aufhebung des Bescheides, in eventu die Anweisung, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges gemäß § 26 Abs. 4 FLAG abzusehen, weil die Rückforderung unbillig sei. Begründend wurde ausgeführt, dass die Obsorge für die

mj M nach der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung vom 1. Dezember 2006, GZ.XX, vereinbarungsgemäß beiden Elternteilen zukomme, wobei sich der hauptsächliche Aufenthalt des Kindes bei der Berufungswohlerbin (Bw) befände. Der Kindesvater und die Bw hätten eine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass sich das Kind teilweise beim Kindesvater und teilweise bei der Bw aufhalte. Nach und nach habe der Kindesvater sodann versucht, der Bw die Obsorge für das Kind zu entziehen. Er habe es beispielsweise im Dezember 2007 ohne Einvernehmen mit der Bw an deren Wohnsitz ab- und an seiner Wohnadresse angemeldet und mehrfach versucht, der Mutter den Kontakt zu ihrer Tochter zu verwehren, weshalb die Bw mit Schriftsatz vom 16. Mai 2008 einen Antrag auf Aufhebung der gemeinsamen Obsorge, auf Betrauung mit der alleinigen Obsorge sowie einen Antrag auf vorläufige Übertragung der Obsorge bei Gericht eingebracht habe. Der Pflegschaftsakt sei daraufhin vom Bezirksgericht XX an das Wohnsitzgericht der Bw in WX überwiesen worden und werde dort zu EEE geführt. Bislang habe die Bw auf Grund der Hauptzugehörigkeit ihrer Tochter zu ihrem Haushalt immer Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) erhalten, wobei sie dem Kindesvater den Anteil an diesen Geldleistungen für Zeiten des Aufenthaltes bei ihm habe zukommen lassen. Die Bw leiste den überwiegenden Unterhalt für die Tochter, sie bezahle beispielsweise auch den Kindergarten und erfülle daher alle gesetzlichen Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 2 und § 2 Abs. 5 FLAG. Aus der pflegschaftsgerichtlich genehmigten Obsorgevereinbarung gehe hervor, dass die Tochter jedenfalls dem Haushalt der Bw angehöre, weil sich deren hauptsächlicher Aufenthalt bei der Bw befindet und entspreche dies auch den tatsächlichen Gegebenheiten, da M jedenfalls bei einheitlicher Wirtschaftsführung mit der Bw eine Wohnung teile. Der Aufenthalt beim Kindesvater sei lediglich vorübergehend im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG und habe die einseitig durch ihn veranlasste Ummeldung auf die tatsächliche Haushaltzugehörigkeit des Kindes keinen Einfluss bzw. sei durch die Ummeldung entgegen der Auffassung der Abgabenbehörde ein Ende der Haushaltzugehörigkeit bei der Bw nicht eingetreten. Selbst wenn aber ihre mj Tochter nicht zu ihrem Haushalt gehören sollte, was im vorliegenden Fall nicht zutreffe, stehe der Bw die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit a EStG auf Grund der überwiegenden Kostentragung für das Kind zu und seien die Voraussetzungen für eine Rückzahlungsverpflichtung gemäß § 26 FLAG bzw. § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a iVm § 26 FLAG nicht erfüllt. Wenn die Behörde zur gegenteiligen Auffassung gelangen sollte, sei die Oberbehörde verpflichtet, in Ausübung ihres Aufsichtsrechtes die Anweisung zu erteilen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges gemäß § 26 Abs. 4 FLAG abzusehen, weil die Rückforderung im vorliegenden Fall unbillig wäre. Die Bw habe die Verpflichtung zur Entrichtung des gesamten Kindergartenbetrages übernommen, leiste erhebliche Zahlungen für

die Tochter und gewähre ihr Naturalunterhalt. Ein interner Ausgleich mit dem Kindesvater sei auf Grund der angespannten Situation ausgeschlossen.

Mit 7. Oktober 2008 wurde von der Bw ein Schriftsatz (24. September 2008) über die von ihr getragenen Kosten für das Kind (Kindergarten, Unfallversicherung, Pensionsvorsorge, Ausbildungsversicherung, Bausparvertrag, sonstige Kosten pauschal etc) eingereicht. Die Kindergartenkosten seien aus den Beihilfenbeträgen beglichen und der verbleibende Betrag jeweils zu gleichen Teilen auf die Eltern aufgeteilt worden. Die übrigen Kosten beträfen nur das Haushaltsbudget der Bw und würden sich auch die sonstigen Ausgaben nach ihrem jeweiligen Einkommen richten. Gleichzeitig wurde ein an das Bezirksgericht L gerichteter Replizierender Schriftsatz (Pflegschaftssache EEE) vom Juli 2008 vorgelegt, wonach der Bw anlässlich einer am 9. Juli 2008 vor dem Jugendamt stattgefundenen Besprechung mitgeteilt worden sei, dass sie für den Fall des Fehlschlagens einer Obsorgeeinigung ihre Tochter weiterhin nicht sehen könnte bzw. der Kindesvater es in der Hand hätte, ihr den Kontakt zum Kind zu ermöglichen oder zu verwehren. Obwohl die Bw die Obsorge beantragt habe, habe sie der sodann getroffenen Besuchsregelung zugestimmt, weil dies nach Auffassung des Jugendamtes die einzige Möglichkeit gewesen sei, das Kind bis zur endgültigen Entscheidung über die Obsorge weiterhin zu sehen. Im Übrigen seien die vom Antragsgegner und vom Jugendamt in der nunmehr vorliegenden Niederschrift angegebenen Punkte der getroffenen Vereinbarung unrichtig wiedergegeben. Es sei nicht vereinbart worden, dass die Bw ihre Tochter alle zwei Wochen von Freitag Abend bis Montag Früh sehen, sondern, dass sie sie jede Woche am Freitag bis spätestens 19.30 Uhr abholen könne. Unrichtig sei die Behauptung, dass die Festlegung des Besuchsrechtes vor dem Jugendamt für YY die Zuständigkeit des BGX begründen würde und sei dies auch für die Entscheidung über die vorläufige Übertragung der Obsorge völlig unerheblich. Die Behauptung, die Bw würde sich wochenlang nicht um ihre Tochter kümmern und würde das Kind von der Mutter der Bw abgeholt werden, entbehre jeder Grundlage. Nur in Ausnahmefällen, in denen eine Abholung durch die Bw aus beruflichen Gründen nicht möglich gewesen sei, wäre das Kind von der Mutter der Bw abgeholt worden. Der Bw sei der Kontakt zu ihrer Tochter von Seiten des Kindesvaters mehrfach verwehrt worden und könne ihr dieser Umstand nicht zum Vorwurf gemacht werden. Sämtliche Kontaktversuche der Bw zum Kindesvater seien gescheitert. Die vor dem Jugendamt getroffene Vereinbarung über ein „Besuchsrecht“ stelle einen von der Bw unternommenen Versuch einer einvernehmlichen Lösung dar, was am Willen des Vaters, die getroffenen Vereinbarungen einzuhalten, gescheitert sei. Die Bw habe niemals darauf verzichtet, M am Wochenende zu sehen, sondern sei dies vom Kindesvater verwehrt worden. Beispielsweise hätte die Bw die im Kindergarten gebastelten Muttertagsgeschenke nicht erhalten, weil die Tochter an diesem Tag vom Kindesvater abgeholt worden sei. Die

Behauptungen des Kindesvaters, die Bw hätte kein Interesse an ihrer Tochter, seien unrichtig. Die Bw habe keinen Antrag auf Sperrre der beim Kindesvater befindlichen E-Card gestellt, sondern sei nach Auskunft der Krankenkasse zur Wahrnehmung von Facharztterminen die Ausstellung einer neuen Karte notwendig gewesen. Der Umstand der gleichzeitigen Sperrre der alten Karte im Zuge der Neuausstellung sei der Bw nicht bewusst gewesen. Im Übrigen habe der Kindesvater unmittelbar danach eine neue E-Card bestellt, sodass die bei der Bw befindliche wiederum gesperrt worden sei. Die Tochter habe das vergangene Wochenende endlich wieder bei der Bw verbracht. Das Kind habe panische Angstzustände gehabt, was darauf zurückzuführen sei, dass es im Haushalt des Kindesvaters einer erheblichen Gefährdung ausgesetzt sei. Der Kindesvater habe unter Androhung der Einschaltung der Polizei darauf bestanden, dass die Bw ihre Tochter vereinbarungswidrig am Montag, 14. Juli 2008 vor 8.00 Uhr zu ihm zu bringen hätte. Das Angebot der Bw, die Tochter selbst zur Laboruntersuchung zu bringen, habe er abgelehnt. Überdies verweigerte der Kindesvater nach wie vor Aussagen über den Gesundheitszustand der Tochter, deren schlechtes Aussehen auf die dem Kindeswohl abträgliche einseitige Ernährung beim Kindesvater zurückzuführen sei. Insgesamt sei davon auszugehen, dass das Kind im Haushalt der Bw besser aufgehoben sei, weil der Kindesvater keine Kompromissbereitschaft zeige und der Kindesmutter sicherlich niemals einen ungehinderten Kontakt zu den vereinbarten Zeiten ermöglichen werde. Die Obsorge im Haushalt der Bw werde ua auch wegen der Gewährleistung des Kontaktes zum im Haushalt der Bw lebenden Sohn der Bw beantragt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 10. November 2008 wies das Finanzamt die Berufung gegen den Rückforderungsbescheid mit der Begründung ab, für ein Kind, das im Haushalt eines Elternteiles betreut werde, könne unabhängig davon, ob und wie viel an Unterhalt geleistet werde, kein Anspruch auf die Familienbeihilfe aus dem Titel der überwiegenden Kostentragung vorliegen.

Im dagegen eingebrachten Vorlageantrag wurde unter Vorlage des Beschlusses des Bezirksgerichtes XX vom 1. Dezember 2006, GZ.CC über die pflegschaftsbehördliche Genehmigung der zwischen den Eltern getroffenen Vereinbarung vorgebracht, dass der hauptsächliche Aufenthalt der mj Tochter M bei der Kindesmutter gewesen sei und diese die Familienbeihilfe deshalb weiterhin bezogen habe. Im Beschluss wurde festgestellt, dass der Kindesvater in weiterer Folge versucht habe, der Bw die Obsorge für das Kind nach und nach zu entziehen. Aus dem Umstand, dass der Vater das Kind ohne Einvernehmen mit der Bw an seiner Wohnadresse angemeldet habe, könne das Fehlen der Haushaltzugehörigkeit bei der Mutter nicht abgeleitet werden. Im Übrigen habe die Bw den dem Aufenthalt beim Kindesvater entsprechenden Anteil an Familienbeihilfe an diesen bar ausbezahlt, was dieser nun bestreite. Weil der Kindesvater die Beträge im Falle einer Rückzahlungsverpflichtung der

Bw nochmals im Wege des Finanzamtes ausbezahlt bekäme, wäre der vorliegenden Berufung bereits aus Billigkeitsgründen stattzugeben. Sofern die Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Auffassung gelange, dass die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen wurde, ergebe sich aus § 26 Abs. 4 FLAG die Unbilligkeit der Rückforderung.

Die bei der Abgabenbehörde nachgereichte vorläufige Besuchsrechtsregelung (Protokoll des Bezirksgerichtes XX vom 10. November 2008) wurde dem UFS vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 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.

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. Die Haushaltsgleichheit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Nach dem Beschluss des Bezirksgerichtes F-XX vom 1. Dezember 2006 wurde die zwischen den Kindeseltern getroffene Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge und des hauptsächlichen Aufenthaltes des Kindes bei der Mutter pflegschaftsbehördlich genehmigt.

Mit Beschluss des LG vom 25. September 2008 wurde dem Rekurs des Kindesvaters gegen die Beschlüsse des Bezirksgerichtes XX ON S-13 und -14 stattgegeben und die Beschlüsse dahingehend abgeändert, dass der Antrag der Mutter, die Pflegschaftssache an das Bezirksgericht L zu übertragen, abgewiesen wurden. In der Begründung führte die gefertigte Behörde aus, dass die Mutter in ihrem Antrag auf Übertragung der vorläufigen Obsorge an sie und die Übertragung der Pflegschaftssache an das Bezirksgericht L vom 26. Mai 2008

vorgebracht hat, nach der pflegschaftsbehördlichen Genehmigung der Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge und des hauptsächlichen Aufenthaltes bei der Mutter (1. Dezember 2006) mit dem Vater eine außergerichtliche Regelung dahin getroffen zu haben, dass sich M unter der Woche bei ihrem Vater und am Wochenende (Freitag bis Sonntag Abend) bei der Mutter aufhalten sollte. Diese Regelung ist (lt. oa Beschluss) dahingehend modifiziert worden, dass die Mutter M am Freitag vom Kindergarten abholte und am Montag in der Früh wieder dorthin brachte, wobei der Vater versuchte, davon abzugehen, sodass die Mutter ihr Kind lediglich alle 14 Tage am Wochenende sehen konnte. Mit dem angefochtenen Beschluss ON S-13 übertrug das Bezirksgericht XX die Zuständigkeit zur Besorgung der Pflegschaftssache an das Bezirksgericht L und sprach aus, dass das Kind seinen hauptsächlichen Aufenthalt im Haushalt der Mutter hatte. Mit dem angefochtenen Beschluss ON S 14 übernahm das Bezirksgericht L die Zuständigkeit zur Besorgung der Pflegschaftssache. Im Rekurs gegen die Beschlüsse führte der Vater dazu im Wesentlichen aus, es wäre zwar ursprünglich vereinbart worden, dass die Tochter den gewöhnlichen Aufenthalt bei der Mutter haben sollte, tatsächlich wäre es dazu jedoch nicht gekommen. Entgegen der Regelung betreffend die gemeinsame Obsorge wäre zwischen ihm und der Mutter vereinbart worden, dass die Tochter jedenfalls weiter bei ihm wohnen sollte. In der Rekursbeantwortung gab die Mutter an, dass sich das Kind teilweise beim Vater und teilweise bei ihr aufgehalten hätte, der Vater aber versucht habe, ihr die Obsorge zu entziehen, indem er das Kind beispielsweise im Dezember 2007 ohne Einvernehmen und Wissen der Mutter an seinem Wohnsitz angemeldet hätte. Dass sich M in letzter Zeit möglicherweise zu einem größeren Teil im Haushalt des Vaters aufgehalten hätte, wäre auf die vereinbarungswidrige Vorgangsweise des Vaters zurück zu führen, wodurch dieser den Aufenthalt von M in seinem Haushalt erzwungen hätte. Die Einigung über den hauptsächlichen Aufenthalt wäre deshalb erfolgt, weil die Eltern gewährleisten wollten, dass sich die Minderjährige die meiste Zeit, in der sie nicht den Kindergarten besuchte (also am Wochenende) im Haushalt der Mutter aufhalten sollte.

Laut vorliegendem Beschluss des LGW war der Rekurs deshalb berechtigt, weil aus der Aktenlage eine Änderung des Lebensmittelpunktes nicht ersichtlich war und die Mutter in ihrem Vorbringen selbst zugestanden hat, dass sich das Kind bereits nach Vereinbarung der gemeinsamen Obsorge unter der Woche im Haushalt des Vaters, an den Wochenenden jedoch in jenem der Mutter aufgehalten hat. Geändert hatte sich – dem Vorbringen der Mutter folgend –, dass der Vater versucht hat, die Kontakte der Mutter an den Wochenenden einzuschränken. Das Kind besuchte einen Kindergarten in 1-x, somit im Sprengel des übertragenden Gerichtes. Insgesamt betrachtet handelte es sich daher nach Auffassung des Landesgerichtes um einen stabilen Aufenthalt der Minderjährigen im Sprengel des übertragenden Gerichtes XX. Zusammenfassend wird im Beschluss festgehalten, dass die

Minderjährige ihren gewöhnlichen überwiegenden Aufenthalt bereits zur Zeit des Obsorgeantrages der Mutter im Sprengel des Bezirksgerichtes XX hatte und sich daran nichts geändert hat.

Nach der am 8. Juli 2008 beim Amt für Jugend und Familie aufgenommenen Niederschrift wurde zwischen den Eltern die folgende Besuchsregelung getroffen: „Die Mutter wird M jeden zweiten Freitag bis spätestens 19.30 Uhr von der Wohnung des Kindesvaters abholen. Bis 19.30 Uhr wird sie dem Kindesvater bekannt geben, ob es sich für sie zeitlich ausgeht (Arbeitsende freitags zwischen 17.00 Uhr und 20.00 Uhr). Alternativ wird die Mutter das Kind am Samstag um 8.00 Uhr abholen, wenn freitags eine rechtzeitige Abholung nicht möglich ist. Das Kind wird jeweils am Montag darauf in den Kindergarten zurück gebracht.“.

Laut nachgereichtem Protokoll des Bezirksgerichtes XX vom 10. November 2008 wurde zwischen den Eltern vereinbart, dass das Kind bei Aufrechterhaltung der gemeinsamen Obsorge die Zeit von Freitag nach dem Kindergarten bis Dienstag Früh bei der Bw verbringt, der hauptsächliche Aufenthalt jedoch weiterhin beim Kindesvater verbleiben soll.

Ein insbesondere im Rückforderungszeitraum Jänner bis Juni 2008 bestehender überwiegender Aufenthalt des Kindes bei der Berufungswerberin lässt sich aus den hier angeführten Unterlagen betreffend den Obsorgestreit nicht ableiten. Vielmehr geht daraus schlüssig hervor, dass das Kind entgegen der ursprünglich getroffenen Vereinbarung über die gemeinsame Obsorge (oa Pflegschaftsbehördliche Genehmigung vom 1.12.2006) weiterhin beim Vater gewohnt, von dort aus den Kindergarten besucht und lediglich die Wochenenden (Freitag Abend bis Montag Früh) bei der Mutter verbracht hat. Explizit hat die Bw insbesondere im an das Bezirksgericht L gerichteten replizierenden Schriftsatz (vom Juli 2008, vgl. oben) selbst ausgeführt, dass die Mutter „niemals darauf verzichtet“ hat, „M am Wochenende zu sehen“, sondern der Kontakt vielmehr vom Kindesvater mehrfach verwehrt worden ist. Dieser hat das Kind laut Angaben der Bw ohne ihr Einverständnis mit Ende 2007 an seinem Wohnsitz an- und am Wohnsitz der Bw abgemeldet. Auch aus dem weiteren Vorbringen der Mutter im genannten Schriftsatz, wonach das Kind „sehr schlecht aussieht, was auf die dem Kindeswohl abträgliche einseitige Ernährung beim Antragsteller zurückzuführen“ sei bzw. den Angaben, dass sich die Vereinbarung über das Besuchsrecht entgegen der Niederschrift „nicht auf jedes zweite, sondern auf jedes Wochenende“ bezogen habe, lassen sich bezüglich des tatsächlichen hauptsächlichen Aufenthaltes bzw. der Haushaltzugehörigkeit des Kindes keine Hinweise ableiten, denen im Sinne des Berufungsbegehrens Rechnung zu tragen wäre.

Was die Einwendungen der Bw hinsichtlich der überwiegenden Kostentragung für das Kind betrifft, ist entgegen zu halten, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe aufgrund der

Unterhaltsleistung gegenüber dem Anspruch aufgrund der Haushaltsgehörigkeit subsidiär ist (vgl. VwGH 28.2.2002, 2001/15/0207), weshalb eine diesbezügliche Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen unterbleiben konnte.

Nach § 26 Abs. 4 FLAG 1967 sind die Oberbehörden ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre. Eine derartige Maßnahme fällt in den Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend. Es liegt an der Berufungswerberin, sich mit einer entsprechenden Anregung an dieses Ministerium zu wenden. Es muss aber beachtet werden, dass es sich dabei um eine Maßnahme des Aufsichtsrechtes handelt, auf die kein Rechtsanspruch besteht.

Weiters wird auf die Möglichkeit hingewiesen, beim Finanzamt einen Antrag gemäß § 212 Bundesabgabenordnung (BAO) auf Zahlungserleichterung und gemäß § 236 BAO auf Nachsicht einzubringen.

Aus den angeführten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 29. Juni 2009