



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bwin, vom 19. Februar 2007, gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 22. Jänner 2007, betreffend die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum vom 1. Februar 2005 bis 31. August 2005 und für den Zeitraum vom 1. Oktober 2005 bis 30. November 2006 (Gesamtrückforderungsbetrag 3.435,60 Euro), entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Im Zuge der Überprüfung des Beihilfenanspruchs ersuchte das Finanzamt die Berufungswerberin unter anderem, bekannt zu geben, seit wann ihr Sohn R. nicht mehr bei ihr wohnhaft sei.

Dazu teilte die Berufungswerberin im Wesentlichen mit:

„Im September 04 haben sich der Kindesvater und ich getrennt. Die Scheidung wurde im März 05 vollzogen und im Juni 05 rechtskräftig, wobei mit diesem Urteil die Obsorge nicht geregelt wurde. (war auf Grund von Uneinigkeit nicht möglich).

In weiterer Folge gab es eine Verhandlung zur Obsorge inkl. Psychologischem Gutachten. Die alleinige Obsorge wurde mir als Kindesmutter im Juni 06 zugesprochen und mit Oktober 06 per Bescheid bestätigt und rechtskräftig.

In der Zeit zwischen Trennung und Obsorge Bescheid kam es zu diversen Auseinandersetzungen zwischen dem Kindesvater und mir, welche im Grund vom Kindesvater ausgingen. Auf Grund der Tatsache, dass der Kindesvater massiv auf Kosten unseres Sohnes die Streitigkeiten ausgetragen hat, mir das Kind vorenthalten hat und vieles mehr, hatte ich in dieser Phase, wo wir noch die gemeinsame Obsorge hatten, leider keine Möglichkeit ohne meinem Sohn damit Schaden zuzufügen, die Regelung der Tagesaufteilung und des Aufenthaltsortes des Kindes zu beeinflussen. Die Sozialarbeiterinnen des Jugendamtes A. haben alles versucht, den Kindesvater zur Einsicht zu bringen, was allerdings ohne Erfolg blieb. Ebenfalls in dieser Zeitspanne hat der Kindesvater ohne mein Wissen und ohne meine Zustimmung unseren Sohn ständig umgemeldet.

Auch wenn mein Sohn in dieser Zeit nicht regelmäßig bei mir war, so muss ich festhalten, dass ich als Kindesmutter auch in dieser Zeit für alle Zahlungen meinen Sohn betreffend, aufgekommen bin. (z.B. Hortbeitrag, Schulausflüge, Kleidung, Schuhe, etc.) wie es auch in Jahren seit seiner Geburt war und weiterhin sein wird.

Da ich in den letzten neun Jahren, seit mein Sohn geboren wurde, fast ausschließlich für alles aufgekommen bin, erachte ich es für gerechtfertigt, die Familienbeihilfe zu empfangen.“

Mit dem nunmehr angefochtenen (Sammel-)Bescheid forderte das Finanzamt die für die im Spruch genannten Zeiträume ausgezahlte Familienbeihilfe und die entsprechenden Kinderabsetzbeträge mit der Begründung zurück, dass das Kind nicht dem Haushalt der Berufungswerberin angehört hätte.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung führt die Berufungswerberin durch ihre Vertreter auszugsweise aus:

„...Ein Kind gehört gemäß ständiger Rechtssprechung dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

§ 2 Abs. 2 FLAG sieht weiters vor, dass eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, dann Anspruch auf Familienbeihilfe hat, wenn keine andere Person nach dem 1. Satz anspruchsberechtigt ist.

Des Weiteren gilt die Haushaltszugehörigkeit dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält. (beispielsweise VwGH, 28.2.2002, 2001115/0207)

Da die Berufungswerberin in Kenntnis darüber ist, dass von der Judikatur ein gutgläubiger Verbrauch von Familienbeihilfe verneint wird und es nur auf objektive Kriterien ankommt, wird die rechtliche Beurteilung von nachstehenden Fakten ausgehend vorgenommen:

Die Ehe zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Gatten wurde mit 16.3.2005 geschieden. Bereits im September 2004 zog der Ex-Gatte der Beschwerdeführerin aus der gemeinsamen Ehewohnung aus. Der mj. R. verblieb im Haushalt der Kindesmutter.

*Die Problematik, die in der Gesamtsituation lag, ist die, dass trotz faktischer Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und trotz danach erfolgter Scheidung zunächst die gemeinsame Ob-
sorge beider Elternteile aufrecht bleibt, was zur Folge hat, dass an sich jeder Elternteil den
Aufenthalt des Kindes bestimmen könnte. Bereits am 25.4.2005 brachte die
Beschwerdeführerin beim Pflegschaftsgericht einen Antrag auf alleinige Obsorgeübertragung
an sie ein, wobei ihr mit Beschluss vom 19.6.2006 die alleinige Obsorge übertragen wurde.*

*Die dazwischen liegende Zeit war jedoch von großen Konflikten im Zusammenhang mit der
Bestimmung des Aufenthaltes des mj. R. verbunden, wobei diese Konflikte darauf
zurückzuführen waren, dass der Kindesvater das Recht für sich in Anspruch nahm, die
Kontakte zwischen Mutter und Sohn zu bestimmen, Abmachungen zur "Übergabe" des Kindes
nicht einhielt, das Kind ohne Wissen der Beschwerdeführerin mehrmals ummeldete,
telefonische Kontaktaufnahmen verhinderte und teilweise sogar jeglichen Kontakt
vorübergehend unmöglich machte.*

*Dennoch war die Haushaltszugehörigkeit des mj. R. im Haushalt der Kindesmutter und
Beschwerdeführerin nie aufgehoben. Zunächst ist anzumerken, dass der Kindesvater die
Ehewohnung verließ und das Kind im Haushalt der Mutter verblieb. Etwa beginnend mit
Jänner 2005 trafen die Kindeseltern eine damals noch funktionierende Regelung, nach der der
mj. R. die Hälfte der Woche beim Vater und die Hälfte der Woche bei der Mutter verbrachte.
Anzumerken ist auch, dass die gesamten Spielsachen und die Kleidung des Minderjährigen in
der ursprünglichen Wohnung verblieben.*

*Mit Ende April 2005 setzte das oben beschriebene Verhalten des Kindesvaters ein, das dazu
führte, dass der mj. R. tatsächlich mehrere Wochen für die Kindesmutter nicht erreichbar war,
wobei sie zugesteht, dass sie in den Monaten Mai, Juni, Juli und August 2005 ihr Kind nur
etwa drei- bis viermal gesehen hat.*

*Erst über Intervention des Jugendamtes im September kehrte der mj. R. wieder regelmäßig in
den Haushalt der Kindesmutter zurück, wobei ab diesem Zeitpunkt sich das Kind von Freitag
bis Montag jede zweite Woche bei ihr befand. Etwa ab März 2006 war das Kind dann von
Donnerstag bis Sonntag alle zwei Wochen bei ihr. Festgehalten sei, dass dieser doch nicht so
häufige Kontakt nicht auf einen Wunsch der Kindesmutter zurückging, sondern wiederum der
Vater für sich das Recht herausnahm, dies so zu bestimmen und er zu mehr nicht bereit war.
Somit war die Haushaltszugehörigkeit abgesehen allenfalls von den Monaten Mai bis August*

zum Haushalt der Mutter nicht aufgehoben, wobei aber auch von Mai bis August keinerlei Zustimmung der Kindesmutter zu diesem Zustand vorlag und die Rückkehr des mj. R. in ihren Haushalt von ihr jederzeit angestrebt und intensiv betrieben wurde.

Anzumerken ist auch, dass die Kindesmutter gar nicht abschätzen konnte, wann nun endlich eine Entscheidung über die Obsorge getroffen würde und wann oder ob der Kindesvater sein in dieser Sache "diktatorisches" Verhalten allenfalls doch ändern würde.

Festgehalten sei auch, dass die Kindesmutter weiters sämtliche den mj. R. betreffende Kosten zu tragen hatte. So wurden von ihr die Hortrechnungen regelmäßig bezahlt, wurde Kleidung für den Minderjährigen gekauft und wurden im Zusammenhang mit dem Schulbesuch angefallene Kosten von ihr beglichen.

Das Gesetz legt nicht fest, welches Ausmaß an Aufenthaltszeiten vorliegen muss, damit eine Haushaltszugehörigkeit vorliegt. Das Gesetz legt auch nicht fest, ab welcher Abwesenheit bei vorgesehener Rückkehr von einer Haushaltszugehörigkeit nicht mehr gesprochen werden kann.

Im Hinblick darauf, dass nach einer Scheidung oder einer einfachen Trennung der verheirateten Elternteile zunächst jedenfalls ein Schwebezustand eintritt, der Unsicherheit und Ungewissheit schafft, kann jedenfalls von einem Aufheben der Haushaltszugehörigkeit nicht gesprochen werden, wenn sich persönliche Sachen und Kleidung weiterhin in der Wohnung eines Elternteiles befinden, dieses Elternteil weiters sämtliche das Kind betreffende Zahlungen leistet und das Kind regelmäßig wieder in diesen Haushalt zurückkehrt und vom betreffenden Elternteil auch nie eine Übertragung der Obsorge an den anderen beabsichtigt ist.

Der mj. R. ist daher auch in den Monaten, für welche nunmehr die Familienbeihilfe zurückgefordert wird, als zum Haushalt der Kindesmutter und Beschwerdeführerin zugehörig zu sehen, weiters war die Haushaltszugehörigkeit schon deshalb nicht aufgehoben, da sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhielt.

Selbst wenn die Behörde zu dem Ergebnis käme, dass der mj. R. nicht mehr zum Haushalt der Berufungswerberin gehörte, so kann er dann auch nicht als zum Haushalt des Kindesvaters einwandfrei zugeordnet werden, sodass in eventu die Bestimmung des § 2 Abs. 2 FLAG zur Anwendung käme, wonach auch eine solche Person Anspruch auf Familienbeihilfe hat, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, da die Berufungswerberin nach wie vor die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trug. ..."

In einem im selben Schriftsatz gestellten Eventualantrag auf Nachsicht gemäß § 236 BAO wurde auszugsweise ausgeführt:

„...Auch ist der mj. R. niemals wirklich aus ihrem Haushalt ausgezogen und hat sie niemals zugestimmt, dass der mj. R. die überwiegende Zeit beim Kindesvater verbringt.

Deswegen hat sie auch, nachdem sich die Probleme im Zusammenhang mit der Rückgabe des Kindes häuften, sofort einen Antrag auf Übertragung der alleinigen Obsorge eingebracht.

Des Weiteren ist wie unter Punkt 1. dargestellt der mj. R. stets in ihren Haushalt wieder zurückgekehrt und hat diesen somit niemals wirklich verlassen. Für die Kindesmutter war auch nicht vorhersehbar, wann dieser Zustand enden würde und hoffte sie auch stets auf Einsicht beim Kindesvater, dass er nicht alleine über den Aufenthaltsort des mj. R. bestimmen könne.

Im Hinblick darauf, dass sich der mj. R., von den Monaten Mai bis August 2005 abgesehen, regelmäßig bei ihr befand und sie auch den Großteil der Zahlungen für das Kind tätigte, zweifelte sie nie daran, dass sie zum Empfang der Familienbeihilfe berechtigt war.

Auch ist anzumerken, dass die Kindesmutter sehr unter dem gegebenen Zustand litt, nie zu wissen, inwieweit sich ihr geschiedener Gatte an die getroffenen Vereinbarungen bezüglich Kontakt zum mj. R. halten würde und über den oben angeführten längeren Zeitraum gar keinen Kontakt zu ihrem Kind haben zu können. Lediglich da die Kindesmutter ihr eigenes Wohl hinter das Wohl ihres Sohnes stellte, hat sie für sich entschieden, bis zur Entscheidung des Pflegschaftsgerichtes keine drastischen Maßnahmen zu ergreifen, um einen zeitlich ausgeprägteren bzw. dauernden Aufenthalt ihres Kindes bei sich zu erlangen. Es kann nun nicht angehen, dass die Kindesmutter, die lediglich zum Wohle ihres Kindes gehandelt hat zur Rückzahlung der im guten Glauben empfangenen und verbrauchten Familienbeihilfe verpflichtet wird, dies zugunsten des Kindesvaters, der bewusst den Kontakt zwischen Mutter und Kind verhinderte und zeitliche Vorgaben vorgab, wann die Mutter das Kind sehen dürfte.

Es kann auch nicht zu Lasten der Berufungswerberin gehen, dass schon allein im Hinblick auf die weiter bestehende gemeinsame Obsorge trotz getrennten Haushalten und der dann gegebenen Möglichkeit beider Elternteile den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, bezogen auf die Familienbeihilfe und die Anknüpfung an die Haushaltszugehörigkeit eine Rechtunsicherheit gegeben ist. ...“

Dem der Berufungsschrift angeschlossenen Antrag der Berufungswerberin vom 25. April 2005 auf Obsorgeübertragung ist zu entnehmen:

„...Die Situation um den mj. R. im Zusammenhang mit dessen Betreuung hat sich in den letzten Tagen drastisch zugespitzt. Am Sonntag, den 24. April 2005, hat eine Übergabe des mj. R. an die Kindesmutter nicht stattgefunden. Dies, da sich der Kindesvater nunmehr vollends weigert, die Vereinbarung zwischen den Kindeseltern einzuhalten und der Kindesmutter, die Rechte die auch ihr aus der gemeinsamen Obsorge zustehen, zukommen zu

lassen. Die Kindesmutter hat auch den Eindruck, dass der Antragsgegner systematisch versucht, die gute Beziehung zwischen Mutter und Kind zu zerstören und das Kind der Mutter zu entfremden. So hat er sich, als die Antragstellerin anrief, um mit dem Kind zu sprechen, geweigert, das Kind ans Telefon zu holen. Als es einige Tage später doch gelang, das Kind am Telefon zu erreichen, teilte der erst achtjährige R. der Mutter, zu der immer eine gut funktionierende Mutter-Kind-Beziehung bestand, mit, dass er nun zwei Wochen beim Vater bleiben wird und antwortete auf die Frage warum, dass es nichts zu reden gäbe. Eine solche Aussage eines achtjährigen Kindes seiner Mutter gegenüber ist wohl bedenklich. Auch der Antragsgegner erklärte der Antragstellerin, dass sie das Kind die nächsten zwei oder drei Wochen nicht bekommen würde. Ein Beeinflussen des Kindes gegen seine Mutter und ein Unterbinden des Kontaktes zu dieser kann dem Kindeswohl nur abträglich sein. Eine stabile Beziehung zwischen Kind und Eltern ist der beste Nährboden für eine gesunde Entwicklung des Kindes. Es kann nicht angehen, dass eine solche bestehende Beziehung durch einen Elternteil noch dazu bei bestehender beiderseitiger Obsorge sabotiert wird, wohingegen die Antragstellerin, sollte sie mit der Obsorge betraut sein, die Voraussetzungen für einen regelmäßigen Kontakt zum Vater immer wahren und leben wird. Bei Aufrecht-Erhalten dieses Zustandes ist eine Entfremdung zwischen Mutter und Kind vorprogrammiert. Außerdem lässt der Antragsgegner bei seiner Erziehung die - wie oben bereits erwähnt – notwendigen Strukturen vermissen, was bereits seine Wirkung zeigt, hält man sich das Verhalten des Kindes seiner Mutter gegenüber vor Augen. Zusammengefasst kann also gesagt werden, dass der Antragsgegner durch sein Gesamtverhalten schutzwürdige Interessen des Minderjährigen gefährdet. ...“

Mit Beschluss vom 19. Juni 2006, rechtskräftig seit 12. September 2006 wurde die Obsorge dem Kindesvater entzogen und der Berufungswerberin alleine übertragen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 8. Juli 2008 hat das Finanzamt die Berufung abgewiesen. In seiner Begründung wurde unter anderem ausgeführt:

„Ihr Sohn R. war in der Zeit von 10.01.2005 bis 31.08.2005 und in der Zeit von 15.09.2005 bis 07.11.2005 bei seinem Vater, ..., mit Hauptwohnsitz gemeldet. In Ihrer Berufungsschrift bestätigen Sie selbst, dass sich R. im genannten Zeitraum überwiegend im Haushalt des Vaters aufgehalten hat.“

Zufolge des fristgerecht eingebrachten Vorlageantrages gilt die Berufung wiederum als unerledigt. Im Bezug habenden Schriftsatz hat die Berufungswerberin zu den Ausführungen des Finanzamtes in der Berufungsvorentscheidung, der insoweit auch der Charakter eines Vorhalts zukommt, keine Aussagen getätigt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in 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 dessen Abs. 5 gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört."

§ 2a Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

"Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt."

§ 2a FLAG 1967 regelt den "Konkurrenzfall", der vorliegt, wenn das Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, und stellt dabei auf die überwiegende Haushaltsführung ab. Auf die Rechtsfrage, welcher Beihilfenanspruch vorgeht, wenn das Kind innerhalb eines Monats zeitlich hintereinander unterschiedlichen Haushalten angehört, kann diese Wertungsentscheidung des Gesetzgebers per Analogie zur Anwendung gebracht werden. Der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch steht daher, wenn das Kind im Kalendermonat zeitlich hintereinander zu unterschiedlichen Haushalten gehört hat, in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt hat (VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Nach dem geschilderten Sachverhalt kann nach Auffassung des Unabhängigen Finanzsenats kein Zweifel bestehen, dass das Kind in den hier maßgebenden Monaten teilweise dem Haushalt seines Vaters und teilweise dem Haushalt seiner Mutter angehörte, weil das Kind jeweils bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dem betreffenden Elternteil teilte. Der Umstand, dass die Berufungswerberin einen Teil der Unterhaltskosten für das Kind trug, nach ihren Ausführungen sogar die überwiegenden Kosten, kann daran nichts ändern, weil im Zeitraum des Aufenthalts beim Kindsvater jedenfalls eine einheitliche Wirtschaftsführung durch diesen erfolgte.

Der Hinweis der Berufungswerberin auf § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967, wonach die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben gilt, wenn sich das Kind nur vorübergehend

außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, kann der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen, weil diese Norm nur angewendet werden kann, wenn ein Kind zu keinem Elternteil haushaltszugehörig ist, das Kind nach der Aktenlage aber immer zum Haushalt eines Elternteiles gehörte.

Nach dem bereits zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 28.11.2007, 2007/15/0058, steht der Beihilfenanspruch bei der vorliegenden Konstellation für einen Monat demjenigen Elternteil zu, der für den längeren Zeitraum in diesem Monat den Haushalt geführt hat.

Zufolge des von der Berufungswerberin selbst geschilderten Sachverhalts und der aktenkundigen Meldenachweise konnte das Finanzamt nach Auffassung des Unabhängigen Finanzsenats unbedenklich davon ausgehen, dass das Kind in allen hier maßgeblichen Monaten die überwiegende Zeit zum Haushalt seines Vaters und nicht zu dem der Berufungswerberin gehört hat.

Der angefochtene Bescheid des Finanzamtes entspricht daher im Ergebnis der bestehenden Rechtslage, weshalb die dagegen gerichtete Berufung, wie im Spruch geschehen, als unbegründet abgewiesen werden musste.

Graz, am 2. März 2010