



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Dr. Steiner & Mag. Isbetcherian, Rechtsanwaltspartnerschaft, 1030 Wien, Hintzerstraße 11/4, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. August 2002 bis 30. Juni 2003 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum März 2003 bis Juni 2003 rückgefordert werden.

Berechnung:

T.K.	FB	523,60 €
	KAB	203,60 €
U.K.	FB	574,80 €
	KAB	203,60 €
S.K.	FB	552,80 €
	KAB	203,60 €
Summe		2.262,00 €

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für drei Kinder bis Juni 2003 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Die Ehe des Bw. wurde mit Beschluss über die Scheidung der Ehe im Einvernehmen (§ 55a EheG) vom 13. Mai 2003 aufgelöst.

In der Begründung wurde ausgeführt, dass nach den übereinstimmenden und glaubwürdigen Aussagen der Parteien die eheliche Gemeinschaft der Antragsteller seit August 2002 aufgehoben und die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft ausgeschlossen ist.

Laut Vergleichsausfertigung des Bezirksgerichtes X. vom 13. Mai 2003 ist der Bw. verpflichtet, für die gemeinsamen minderjährigen Kinder T., geb. am 8.10.1985, U., geb. am 16.12.1987, und S., geb. am 8.11.1996, beginnend ab 1. Juni 2003 Unterhalt zu leisten.

Das Finanzamt erließ am 20. Oktober 2003 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Zeit 1. August 2002 bis 30. Juni 2003.

Zur Begründung führte es aus:

„Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, 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 Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Da die eheliche Gemeinschaft seit August 2002 aufgehoben ist, die Kinder lfd. bei der Kindesmutter wohnen, muss obiger Betrag rückgefordert werden.“

Der Bw. erhob mit Schreiben vom 1. November 2003 Berufung und führte dazu unter anderem aus:

„...Laut Ihren Angaben hat meine von mir gesetzlich geschiedene Frau D.K. den Antrag auf Erstattung der o.a. Beträge zu Ihren Gunsten gestellt. Begründet hat sie diesen Antrag mit der Aussage, dass ich seit August 2002 nicht mehr mit ihr als auch unseren Kindern in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hätte. Ich hätte weder die Miete noch sonstige Ausgaben für die Familie getätigt. Zur Beweisführung wurde von Fr.K. der Protokollübertrag von unserer Scheidung ... vom BG X. vorgelegt. Im Speziellen beruft sie sich hier auf folgende Passage *„Sie bringen beide übereinstimmend vor, dass die eheliche Lebensgemeinschaft seit August 2002 aufgehoben ist,...“* (Zitat).

Hierbei handelt es sich nicht im engeren Sinn um das ursächliche Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt sondern vielmehr um die eheliche Gemeinschaft. Diese umfasst sicher um Vieles mehr als das gemeinsame Bewohnen einer Wohnung.

Den Tatsachen entspricht, dass ich bis Ende März 2003 mit meinen Kindern und Fr.K. in einem gemeinsamen Haushalt gelebt habe und für die Miete als auch alle anderen laufenden Kosten alleine aufgekommen bin. Fr.K. war zum damaligen Zeitpunkt ist auch heute nicht erwerbstätig. Seit 01.06.2003 erhält sie von mir die vorgeschriebenen Unterhaltsbeiträge für sich als auch unsere drei gemeinsamen unterhaltspflichtigen Kinder. Über dies hinausgehend habe ich sogar noch die Miete für die Wohnung meines Sohnes T.K.,... bis Oktober 2003 bezahlt. Im Zeitraum April bis Mai 2003 habe ich zwar nicht mehr im gemeinsamen Haushalt gewohnt, bin aber, wie bereits beschrieben, als Alleinverdiener für alle Ausgaben aufgekommen...”

Vorgelegt wurde auch eine Bestätigung von Frau E.S., P. vom 10. November 2003, in der diese bestätigt, dass der Berufungswerber bis Ende März 2003 in der Wohnung H-Str., gewohnt hat.

Über Ersuchen des Finanzamtes übersandte das BG X. die Akten betreffend Ehescheidung. Ein Aktenvermerk des BG lautet: „Es gibt nur vage Hinweise auf die Aufhebung der Wohngemeinschaft in der Klage vom 20.3.2003, Feuerwehrball 11.1.2003, Vorhalt am nächsten Tag, Auszug des Klägers vorläufig“.

Die vom Bw. beim Bezirksgericht X. eingebrachte Scheidungsklage, datiert mit 17. März 2003, lautet auszugsweise:

„Es gab schon zuvor Ehekrisen zwischen den Parteien, die im Wesentlichen ihren Ursprung darin hatten, dass Streitigkeiten mit den Eltern des Klägers entstanden, in der Zeit als die Parteien im elterlichen Einfamilienhaus des Klägers im 1. Stock wohnten.

Nachdem die beiden Parteien aufgrund einer überraschenden Räumungsklage des Vaters des Klägers aus der vormals ehelichen Wohnung in der Pf-Str. weichen mussten, konnte der Kläger als Mitglied der Freiwilligen Feuerwehr XX eine Feuerwehrwohnung im Hause HStr. bekommen und zog die gesamte Familie in die HStr., sodass der letzte gewöhnliche eheliche Aufenthaltsort und die letzte Ehwohnung die Mietwohnung HStraße wurde.

Anlässlich der Übersiedlung im August des Jahres 2002 war der ehemalige Feuerwehrkommandant war der ehemalige Feuerwehrkommandant G.G. ständig behilflich und bot sich vor allem auch, wenn es zu Reibereien zwischen den Parteien kam, als befreundeter Gesprächspartner für die Beklagte an.

Ursprünglich hatte der Kläger damit kein Problem, weil ja die Ehegatten K und die Ehegatten G als Feuerwehrkameraden befreundet waren, jedoch bemerkte der Kläger bald, dass die Beklagte mit Herrn G.G. mehr als nur ein freundschaftliches Verhältnis pflegte und immer mehr begann ihre Zeit mit G.G. zu verbringen.

Über Hinweise von Freunden wurde der Kläger darauf aufmerksam gemacht, dass die Beklagte mit G.G. bereits an öffentlichen Orten Zärtlichkeiten austauscht.

Anlässlich des Feuerwehrballes am 11.01.2003 tauschten die Beklagte und G.G. in aller Öffentlichkeit Zärtlichkeiten aus, sodass die gesamte Feuerwehrmannschaft zumindest ab diesem Zeitpunkt wusste, dass die Beklagte und G.G. miteinander ein außereheliches Verhältnis pflegen, wodurch der ebenfalls am Feuerwehrball anwesende Kläger in aller Öffentlichkeit gedemütigt wurde.

Als am nächsten Tag der Kläger der Beklagten die Situation vorhielt, meinte die Beklagte zum Kläger, dass dies nichts ernstes sei und der Kläger möge sich nicht so „aufführen“.

Seit diesem Tag aber trifft sich die Beklagte beinahe täglich mit G.G., ist mit diesem fast jeden Abend bis spät nachts unterwegs und machen die beiden kein Hehl mehr daraus miteinander eine Beziehung eingehen zu wollen und sich jeweils von ihren Partnern scheiden lassen zu wollen.

Als Konsequenz des Verhaltens des Feuerwehrkommandanten G.G., nämlich dass dieser einem Kameraden die Frau wegnimmt, wurden von der Mannschaft bereits Neuwahlen durchgeführt.

Die Beklagte bestreitet gegenüber dem Kläger zwar, dass sie mit G.G. eine sexuelle Beziehung unterhält, bestreitet aber nicht, dass sie zu diesem eine Liebesbeziehung unterhält und künftig hin mit G.G. zusammenziehen möchte.

Aufgrund dieser emotionell höchst belastenden Situation ist der Kläger vorläufig in die Wohnung top 3 im gleichen Hause zu seinem Sohn gezogen und nächtigt dort...

Da die Beklagte mit dem Zeugen G.G. eine ehewidrige Beziehung unterhält und den Ehemillen mit dem Kläger bereits aufgegeben hat, ist die Ehe aus dem alleinigen Verschulden der Beklagten unheilbar zerrüttet...”

In einem von der Ex-Gattin des Bw. an das Finanzamt mittels Fax übermittelten handschriftlichen Schreiben vom 15. April 2004 erklärt diese:

"1) ...mein geschiedener Mann O.K. von mir seit Aug. 02 getrennt lebt, d.h.
a) er war noch bei mir Hstraße bis mindestens Dez 03 gemeldet, da er im Wohnmobil, d.h. ohne Anschrift auf verschiedenen Plätzen gelebt hat, bis ca. Nov – Dez 03 (auch im Garten seiner jetzigen Partnerin...
lebte kurze Zeit ca 3 – 4 Wochen (ca Dez 02 – Jan 03) unregelmäßig bei unserem Sohn...)..
5) Gatte war mit allen Sachen Dez. 02 ausgezogen. Auszug vorher nicht möglich wegen Wohnmobil (Beengtheit)."

Das Finanzamt erließ am 8. April 2005 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

„Wie bereits in der Bescheidbegründung angeführt wurde, haben Personen gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

In § 2a Abs. 1 FLAG ist überdies bestimmt, dass der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteils vorgeht, wenn ein Kind zum gemeinsamen Haushalt beider Elternteile gehört. Bis zum Nachweis des Gegenteiles wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt. Es ist auch laut Rechtsprechung grundsätzlich unerheblich, von wem die Mittel stammen und ob die Person, die den Haushalt führt, selbst nennenswerte Mittel beisteuert (VwGH v. 21.10.1959, Z. 1092/56 und vom 19.10.1960, Z. 1634/58).

Z.B. ist maßgebend, dass die zur Verfügung stehenden Mittel im Rahmen einer einheitlichen Wirtschaftsführung verwendet werden (VwGH v. 21.9.1960, Z. 1634/58) – und – es ist für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (VwGH v. 22.10.1971, Z 336/70).

Allein auf Grund Ihrer Berufungsbegründung konnte daher in Anbetracht der gesetzlichen Bestimmungen u.d. unveränderten Rechtsprechung für Ihr gegenständliches Anbringen nichts gewonnen werden. Es können letztlich die in der Begründung des Scheidungsbeschlusses festgehaltenen bzw. von beiden Streitparteien unwidersprochenen („übereinstimmenden und glaubwürdigen.“) Angaben über die seit August 2002 aufgehobene eheliche Gemeinschaft nicht nachträglich vom Finanzamt anders gesehen und rechtlich beurteilt werden, da ja die Scheidung eben in Ansehung u. Würdigung dieser bekannt gegebenen u. rechtlich durchaus relevanten Umstände vollzogen und rechtswirksam wurde. Die Berufung war daher abzuweisen.“

Der Bw., nunmehr steuerlich vertreten, stellte mit Schreiben vom 9. Mai 2005 den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Folgendes wurde ausgeführt:

„1. In der Berufungsentscheidung wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und hierzu ausgeführt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft zwischen dem Berufungswerber und seiner Ex-Frau seit August 2002 aufgehoben ist und dass daher der Berufungswerber seit August 2002 keinen Anspruch auf Auszahlung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages mehr hatte.

2. Die genannte Begründung und dieser zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen sind unrichtig. Hierzu ist auf die Ausführung in der Berufung vom 1.11.2003 zu verweisen, wonach der Berufungswerber bis Ende März 2003 mit seinen Kindern und seiner Ex-Frau D.K. im gemeinsamen Haushalt in XX gewohnt hat. Die eheliche Gemeinschaft ist sohin nicht seit August 2002 aufgehoben. Dies hätte die erstinstanzliche Behörde sowohl durch Einvernahme des Berufungswerbers als auch durch Einvernahme von D.K. sowie der Kinder T.K., geb. 8.10.1985, mj. U.K., geb. 16.12.1987 und mj. S.K., geb. 8.11.1996, feststellen können.

3. Darüber hinaus hätte die erstinstanzliche Behörde auch feststellen können, dass es der Berufungswerber war, der bis zum Zeitpunkt seines Auszuges und darüber hinaus bis 31.5.2003 sämtliche Lebenshaltungskosten getragen hat und für die Kosten der Haushaltsführung alleine aufgekommen ist. Frau D.K. war zum damaligen Zeitpunkt nicht berufstätig und ist dies auch heute nicht. Dies geht auch aus dem aus Anlass der einvernehmlichen Scheidung abgeschlossenen Scheidungsvergleich hervor, welcher unter einem vorgelegt wird. Darin wurde auch eine Unterhaltsregelung betreffend Frau D.K. getroffen und hat sich der Berufungswerber verpflichtet, seiner Ex-Frau beginnend mit 1.6.2003 Unterhalt zu bezahlen. Darüber hinaus wurde im Rahmen des Scheidungsvergleichs auch eine Unterhaltsvereinbarung betreffend die gemeinsamen Kinder getroffen und hat sich der Berufungswerber auch bezüglich der drei Kinder verpflichtet, beginnend mit 1.6.2003 Unterhalt zu bezahlen. Dass die eheliche Gemeinschaft sohin vor dem 1.6.2003 aufgehoben war, ist demnach unrichtig und hätte dies bei Durchführung der beantragten Beweise und richtiger rechtlicher Beurteilung festgestellt werden müssen.

4. Hierzu wird noch ergänzend ausgeführt, dass die eheliche Gemeinschaft bekanntermaßen aus drei Komponenten besteht, nämlich der Wohngemeinschaft, der Wirtschaftsgemeinschaft sowie der Geschlechtsgemeinschaft. Auch bei beidseits behaupteter Aufhebung nur einer Teilkomponente dieser drei Komponenten ist eine Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft gegeben und liegen dann die zeitlichen Voraussetzungen für eine einvernehmliche Scheidung gemäß § 55a EheG vor. Wie vom Berufungswerber und seiner Ex-Frau, Frau D.K., zugestanden, ist die eheliche Gemeinschaft seit August 2002 aufgehoben, dies jedoch nur, was die Geschlechtsgemeinschaft betrifft. Die Wirtschafts- und Wohngemeinschaft bestanden jedoch weiterhin fort. Die Wohngemeinschaft endete erst per 31.3.2003, die Wirtschaftsgemeinschaft erst per 31.5.2003. Auch hierzu wird auf den unter einem vorgelegten Scheidungsvergleich verwiesen.

Aus diesem Grund wurde vom Berufungswerber auch Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ab 1.6.2003 weitergeleitet an die Ex-Frau D.K., dies mit Dauerauftrag vom 27.6.2003, welcher ebenfalls unter einem vorgelegt wird...”

Weiters sind folgende Sachverhaltselemente entscheidungsrelevant:

- Laut Vergleichsausfertigung des BG X. hat die Ex-Frau des Bw. das Obsorgerecht für die drei gemeinsamen Kinder und ist der Bw. verpflichtet an diese – beginnend ab 1. Juni 2003 – Unterhaltszahlungen zu leisten.
- Laut vorgelegten Kontoauszügen bezahlte der Bw. die Mietvorschreibungen für die Monate Juli, August und September 2003, weiters Stromrechnungen (fällig am 10.3.2003) sowie Rechnungen an Versandhäuser (Eingangsstempel der Bank vom 2. April 2003) sowie zwei Rechnungen an T.AG (Eingangsstempel der Bank vom 14.2.2003 und vom 12.5.2003)
- Der Bw. hatte laut Zentralem Melderegister seinen Hauptwohnsitz vom 31. Juli 2002 bis 8. Jänner 2004 in P.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, 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 Haushaltszugehörigkeit gilt unter anderem dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfen ist sehr weitgehend, zumal sie ausschließlich auf objektiven Sachverhalten beruht und auf subjektive Momente, wie Verschulden und Gutgläubigkeit, keine Rücksicht nimmt. Die Rückzahlungspflicht besteht daher auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruht.

Strittig ist im Berufungsfall ausschließlich, wann der Bw. aus der gemeinsamen Ehewohnung ausgezogen ist, und damit, ab welchem Zeitpunkt die Kinder nicht mehr zu seinem Haushalt gehört haben.

Der unabhängige Finanzsenat sieht es als erwiesen an, dass der Bw. gegen Ende Februar 2003 die gemeinsame Ehewohnung verlassen hat. Diese Beurteilung gründet sich auf folgende vorliegende Beweismittel:

Unstrittig ist, dass im Scheidungsbeschluss angeführt ist, nach den übereinstimmenden und glaubwürdigen Aussagen der Parteien sei die eheliche Gemeinschaft der Antragsteller seit August 2002 aufgehoben. Wie der Rechtsvertreter des Bw. in seinem Vorlageantrag richtig ausführt, besteht die eheliche Gemeinschaft aus drei Komponenten, nämlich der Wohngemeinschaft, der Wirtschaftsgemeinschaft sowie der Geschlechtsgemeinschaft.

Dass die eheliche Gemeinschaft seit August 2002 aufgehoben war, bedeutet aber noch nicht, dass sämtliche oben angeführten Elemente zu diesem Zeitpunkt weggefallen sind. Dass die Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft noch darüber hinaus gegeben war, lässt sich aus den im Akt erliegenden Unterlagen eindeutig erkennen.

Besonderes Gewicht kommt in diesem Zusammenhang der eingereichten Scheidungsklage vom 17. März 2003 zu, da diese zu einem Zeitpunkt eingebracht wurde, zu dem der angefochtene Bescheid noch nicht ergangen war, weshalb angenommen werden kann, dass die darin enthaltenen Sachverhaltselementen der Realität entsprechen.

Der Scheidungsklage ist zu entnehmen, dass der Bw. und seine damalige Gattin auf Grund der Räumungsklage seines Vaters im August 2002 in die Mietwohnung P übersiedelt sind. Im Jänner 2003 hätte seine damalige Gattin in aller Öffentlichkeit Zärtlichkeiten ausgetauscht, was der Bw. seiner damaligen Gattin am nächsten Tag vorhielt.

Weiters geht hieraus hervor, dass der Bw. "vorläufig in die Wohnung top 3 im gleichen Hause zu seinem Sohn gezogen" war. Da die Scheidungsklage vom 17. März 2003 datiert, muss daher der Auszug zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt sein, also zwischen Jänner 2003 (= Entdecken der Beziehung der Gattin zu G.G.) und 17. März 2003.

Demgegenüber kommt den doch recht vagen Aussagen der geschiedenen Gattin nicht entsprechende Beweiskraft zu, wobei hinzuzufügen ist, dass sie selbst den Auszug mit Dezember 2002, also ebenfalls nach dem August 2002, datiert.

Auch die Tatsache, dass der Bw. verschiedenste Rechnungen (die Monate Februar, März, April und auch noch die Monate Juli, August und September 2003 betreffend) bezahlt hat, spricht dafür, dass der Bw. wesentlich über den August 2002 hinaus in einer Wirtschaftsgemeinschaft mit seiner damaligen Gattin gelebt hat.

Somit kann in freier Beweiswürdigung angenommen werden, dass der wahrscheinlichste Termin des Endes auch der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft im Februar 2003 gelegen war, also rund drei Wochen vor Verfassung der Scheidungsklage. Angemerkt wird, dass der Rechtsvertreter des Bw. hierzu in einem Telefonat sein Einverständnis bekundet hat.

Der Berufung wird daher insoferne teilweise stattgegeben, als die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge nur für den Zeitraum März 2003 bis Juni 2003 rückgefordert werden.

Wien, am 3. Oktober 2005