



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der H. X., Y., vertreten durch Dr. Beatrice Strnad, Rechtsanwältin, 1010 Wien, Spiegelgasse 4, gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Mai 2005 bis 31. Juli 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog im Streitzeitraum (Mai 2005 bis Juli 2005) für ihren Sohn D., geb. 1991, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Am 6. Oktober 2005 stellte der Kindesvater R. M. einen Antrag auf Familienbeihilfe für D. ab Oktober 2005. Mit Obsorgebeschluss vom 21. September 2005 wurde der Bw. die Obsorge für ihren Sohn entzogen und dem Vater alleine übertragen.

Mit Bescheid vom 10. April 2008 forderte das Finanzamt die Beträge von der Bw. für die Monate Mai, Juni und Juli 2005 die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge mit der Begründung zurück, dass D. im Rückforderungszeitraum zum Haushalt des Kindesvaters gehört habe.

Die steuerliche Vertreterin der Bw. brachte gegen den Bescheid fristgerecht Berufung ein und begründete diese wie folgt:

„...Es ist unrichtig, dass D. im Mai, Juni und Juli 2005 zum Haushalt des Kindesvaters gehört hätte. Die Obsorge wurde im Oktober 2005 an den Kindesvater R. M. übertragen. Ab diesem Zeitpunkt lebte D. ständig im Haushalt des Kindesvaters und gehörte somit zu seinem Haushalt. In den Vormonaten gab es Gespräche hinsichtlich der beabsichtigten Übertragung der Obsorge, wogegen meine Mandantin

gewisse Bedenken hatte, weshalb sie anregte, dass D. bei seinem Vater „probewohnen“ sollte, um zu sehen, wie wohl er sich bei seinem Vater fühlt. Dies wurde derart gelöst, dass D. im Haushalt seines Vaters schlief und verpflegt wurde, dass meine Mandantin aber sämtliche Kosten, ausgenommen die Lebensmittel, weiter für D. trug. Meine Mandantin kann ihren Aufzeichnungen entnehmen, dass sie im Mai 2005 zwei Sitzungen bei dem von der Schule D empfohlenen Psychologen im Gesamtbetrag von € 200,-- bezahlt hat, sowie D Telefonrechnung in der Höhe von € 18,--. Weiters hat sie ihrem Sohn Taschengeld gegeben. Im Juni 2005 zahlte meine Mandantin D Sprachferien, die er im Juli 2005 absolvierte, in der Höhe von € 1.331,50, sowie eine weitere Sitzung beim Psychologen in der Höhe von € 100,-- und die Telefonspesen in der Höhe € 27,20. Meine Mandantin ist sicher, dass sie weitere Ausgaben für D. getätigt hat, insbesondere Schulsachen und Kleidung, jedoch hat sie über diese Ausgaben keine Aufzeichnungen geführt.

Im Juli 2005 absolvierte D. 14 Tage lang die von meiner Mandantin bezahlten Sprachferien und verbrachte weitere 14 Tage bei seinem Vater, wobei es sich um die Ausübung des längst vereinbarten Besuchsrechtes des Vaters handelte, das bereits durch die Bezirkshauptmannschaft Mödling vermittelt worden war.

Im August und September 2005 lebte D. wieder im Haushalt meiner Mandantin, wobei er mit meiner Mandantin im August auf einer 3-wöchigen Reise war und auch gelegentlich ihre Mutter besuchte, im September 2005 war der normale Schulbetrieb und D. schlief und aß im Haushalt meiner Mandantin. Mit der Übertragung der Obsorge im Oktober 2005 gehörte er tatsächlich zum Haushalt seines Vaters.

Meine Mandantin hat den vom Vater in den Monaten Mai und Juni 2005 an sie überwiesenen Unterhalt jeweils rücküberwiesen, damit davon für D. die Lebensmittel bestritten werden konnten. Andere Ausgaben sind für ihn in diesem Zeitraum im Haushalt seines Vaters nicht angefallen. Im Gegenteil, die Sprachferien stellen einen Sonderbedarf dar, der den Elternteil getroffen hat, in dessen Haushalt D. gelebt hat, also meine Mandantin, die eigentlich berechtigt gewesen wäre, dafür einen Anteil beim Kindesvater einzufordern, was sie nicht getan hat, nachdem sie sich in der Lage sieht, ihrem Sohn die Sprachferien ohne Hilfe seines Vaters zu finanzieren, der ständig den Unterhalt der Höhe nach bekämpft.

Da meine Mandantin im fraglichen Zeitraum die gesamten Kosten für D Leben bestritten hat und er lediglich zu einem „Probewohnen“ im Haushalt seines Vaters war, ist nicht einzusehen, dass meine Mandantin die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag rückerstattet sollte.“

Das Finanzamt erließ am 13. Mai 2008 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung vom 22. April 2008 mit folgender Begründung ab:

„Gemäß § 2 (2) Familienlastenausgleichsgesetz 1967 hat die Person den Anspruch auf Familienbeihilfe, 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.“

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.

Strittig ist im vorliegenden Berufungsfall, ab welchem Zeitpunkt das Kind beim Vater haushaltsgehörig war.

Aus dem klaren Wortlaut des § 2 Abs. 2 und 5 FLAG 1967 ist eindeutig ersichtlich, dass es für den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließlich auf die tatsächliche Haushaltsgehörigkeit ankommt. Wenn bzw. wann das Obsorgerecht übertragen wurde, ist bei dieser Rechtslage ohne Bedeutung.

Es liegt in der Absicht des Gesetzgebers, die Familienbeihilfe dem Haushalt zuzuleiten, in dem das Kind lebt. Die Familienbeihilfe soll die mit der Betreuung des Kindes verbundenen Mehrbelastungen – zumindest teilweise – ausgleichen. Die Betreuung eines Kindes stellt in jedem Fall eine vermögenswerte Leistung dar und steht der Erfüllung der Sorgepflicht durch Geldleistungen gleich.

Es ist somit davon auszugehen, dass die Betreuung, Erziehung und Pflege eines Kindes dem Geldunterhalt des anderen Elternteiles gleichkommt und durch Leistung des reinen Geldunterhaltes keine überwiegende Leistung des Unterhaltes vorliegen kann.

Für ein Kind, das im Haushalt eines Elternteiles betreut wird, kann daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe aus dem Titel der überwiegenden Kostentragung vorliegen, unabhängig davon, ob und wie viel an Unterhalt geleistet wird.

Aus dem Beschluss des BG Mödling vom 21.09.2005 geht hervor, dass dem Kindesvater zwar erst mit Beschlussdatum das Sorgerecht für D. X. übertragen wurde, dass sich aber D. bereits seit April 2005 beim Vater aufgehalten hat.

Auch in einer Stellungnahme der Bezirkshauptmannschaft Mödling an das Bezirksgericht Mödling vom 09.09.2005 wird darauf hingewiesen, dass sich D. ab Mitte April 2005 nachmittags beim Vater aufgehalten hat und ab Mai 2005 ständig bei ihm gewohnt hat. Die Ferien im Jahr 2005 teilten sich die Eltern, wobei D. im August 2005 bei der Mutter war. Auch aus dem neuerlichen Obsorgebeschluss vom 27.11.2007 (Rückübertragung der Obsorge an die Mutter) geht eindeutig hervor, dass D. seit dem Frühjahr 2005 beim Vater lebte.

Das Argument in der Berufungsbegründung, dass im strittigen Zeitraum die gesamten Kosten für D Leben von der Mutter bestritten wurden und D. lediglich zum „Probewohnen“ im Haushalt des Kindesvaters gelebt hat, ist für die Beurteilung des Anspruches auf Familienbeihilfe nicht von Bedeutung.

Unbestritten ist, dass D. im strittigen Zeitraum zum gemeinsamen Haushalt des Kindesvaters gehörte. Dieser hat daher gemäß den Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 im strittigen Zeitraum Anspruch auf Familienbeihilfe für D..“

Die steuerliche Vertreterin der Bw. stellte mit Schreiben vom 16. Juni 2008 fristgerecht einen Vorlageantrag und machte dazu folgende Ausführungen:

„...Die Berufungsvorentscheidung ist insofern unrichtig, als sie den Sondervereinbarungen zwischen dem Kindesvater und meiner Mandantin nicht ausreichend Rechnung trägt. Meine Mandantin hat nicht die Behauptung aufgestellt, den Großteil der Kosten getragen zu haben, sondern dass D. im fraglichen Zeitraum weiterhin zu ihrem Haushalt gehört hat. Ein Kind, das Ferien bei seinem Vater bzw. dem nicht erziehenden Elternteil verbringt, verliert dadurch keineswegs die Zugehörigkeit zum Haushalt des anderen Elternteiles, sondern verbringt eben die Ferien in einem anderen Haushalt. In diesem Fall handelte es sich bei dem „Probewohnen“ gleichfalls um eine Art von Urlaub, welche lediglich dazu dienen sollte, festzustellen, wie wohl sich das Kind im Haushalt seines Vaters fühlt. Es wird schließlich auch dann, wenn ein Elternteil sein Besuchsrecht für die Ferien ausübt und vielleicht mit dem Kind keine Reise unternimmt, sondern das Kind bei sich zu Hause beherbergt, die Familienbeihilfe für diesen Monat oder auch für zwei Monate nicht dem Elternteil, bei dem das Kind zu Gast ist, übertragen.“

Die Finanzbehörden hätten viel zu tun, wenn anlässlich jedes Urlaubes, der sich über einen Monat oder die ganzen Ferien erstreckt, der Bezug der Familienbeihilfe umgeändert werden müsste.

Bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Übertragung der Obsorge war D. zum Haushalt meiner Mandantin zuzurechnen, da er schließlich auch den August 2005 wieder bei meiner Mandantin verbracht hat.

Was den Juli 2005 anbelangt, hat D. 14 Tage den Sprachurlaub konsumiert, den ihm meine Mandantin finanziert hat, die übrige Zeit war er nachweislich zu Besuch bei seinem Vater, da es sich dabei um die Ausübung des Besuchsrechtes für die Ferien gehandelt hat, welches durch das Bezirksgericht Mödling dem Kindesvater zuerkannt war. Für diesen Monat kann überhaupt nicht die Rede davon sein, dass D. in irgendeiner Form zum Haushalt des Kindesvaters gehört hätte, nachdem es um ein gerichtlich vereinbartes Besuchsrecht ging und auch in diesem Fall die Zugehörigkeit zum Haushalt des anderen Elternteiles nicht besteht.

Im Übrigen weist meine Mandantin darauf hin, dass D. im September 2007 wieder in ihren Haushalt zurückgekehrt ist...“

Folgende relevante Schriftstücke liegen weiters im Akt auf:

Stellungnahme der Bezirkshauptmannschaft Mödling zum Antrag des Vaters auf Übertragung der Obsorge:

„D. wurde unehelich geboren. Die Eltern ... lebten zunächst zusammen und trennten sich jedoch bald. Der Vater hielt sein Besuchsrecht ein und es verlief reibungslos. Das Kind blieb in Obsorge der Mutter. Frau X. arbeitet ganztags beim XY, D. war viel sich selbst überlassen. Er besucht das Realgymnasium in K.. Seine Verhaltensstörungen und sein Leistungsabfall veranlassten die Direktorin mit den Eltern Kontakt aufzunehmen. Man empfahl eine psychologische Beratung. D. wurde von Dr. Z. in Betreuung genommen.“

Ab Mitte April 2005 begann D. den Nachmittag bei seinem Vater zu verbringen. Mai und Juni verbrachte er beim Vater. Die Ferien teilten sich die Eltern...“

Auszug aus dem Beschluss des Bezirksgerichtes Mödling vom 21. September 2005:

„Die Obsorge, das ist das Recht und die Pflicht, den Minderjährigen zu pflegen und zu erziehen, sein Vermögen zu verwalten und ihn zu vertreten, für den mj. D. X., geb. 1991, wird der Mutter H. X., geb. ..., entzogen und steht künftig dem Vater Ing. R. M., geb...., alleine zu....

„Nachdem sich die schulischen Leistungen des Mj. verschlechtert haben, beantragte der Vater mit Schreiben vom 26.07.2005 auf Anregung der Schulleitung und mit Zustimmung der Mutter wie aus dem Spruch ersichtlich und gab an, dass die Mutter ganztägig berufstätig sei und daher die zeitintensive Nachmittagsbetreuung, die für einen erfolgreichen Schulbesuch des Mj. notwendig ist, nicht übernehmen könne. D. wohne bereits seit April 2005 beim Vater...“

Unterhaltsvereinbarung vom 7. Oktober 2005:

„Frau H. X. verpflichtet sich als Mutter dieses Kindes zu dessen Unterhalt ab Oktober 2005 bis auf weiteres, längstens bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit, monatlich € 450,-- (unter Anrechnung der Transferleistungen) zu Handen des Vertreters des Kindes bei Exekution zu bezahlen...“

Über die Berufung wurde erwogen:

Gesetzliche Bestimmungen:

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) hat die Person 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 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 u.a. nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a) bzw. (lit. b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG erlischt der Familienbeihilfenanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine

in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Zusammenfassend ist **folgender Sachverhalt als erwiesen anzunehmen** und wird dieser von der Bw. auch nicht bestritten:

- Der Sohn der Bw. verbrachte ab April 2005 die Nachmitten beim Vater.
- Ab Mai 2005 wohnte D. zur Gänze bei seinem Vater, schlief bei ihm und wurde auch von ihm verpflegt. Die Bw. hat die Kosten zum Großteil getragen.
- Im Juli 2005 befand sich D. 14 Tage auf Sprachreise; die restlichen 14 Tage wohnte er beim Vater.
- Im August 2005 hielt sich D. bei der Bw. auf (davon eine dreiwöchige Reise und Aufenthalt bei der Mutter der Bw.)
- Obsorgeübertragung an den Vater und Unterhaltsverpflichtung der Bw. für den gemeinsamen Sohn ab Oktober 2005.

Rechtlich folgt daraus:

Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltzugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltzugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist (sh. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (sh. zB VwGH 28.2.2002, 2001/15/0207 mwN) ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltzugehörigkeit 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 (sh. Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar, § 2 S. 11).

Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, hängt ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls

dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Legt man diesen Maßstab auf den Berufungsfall an, steht fest, dass D. im Streitzeitraum Mai 2005 bis Juli 2005 zum Haushalt des Vaters gehört hat.

Die Bw. gibt in ihrer Berufung an, dass sie im Streitzeitraum diverse Kosten (Sprachferien, Telefonspesen, Sitzung beim Psychologen etc.) für ihren Sohn bestritten habe. Ob bzw. in welcher Höhe der Elternteil, bei dem das Kind nicht wohnt, Unterhaltszahlungen geleistet hat, ist jedoch nur dann relevant, wenn das Kind zu keinem Haushalt einer anspruchsberechtigten Person gehört. Nur in diesem Fall steht nämlich die Familienbeihilfe der Person zu, die die Kosten des Unterhalts überwiegend trägt. Im vorliegenden Fall steht aber die Zugehörigkeit zum Haushalt des Vaters fest.

Wenn die Bw. in der Berufung sowie im Vorlageantrag ausführt, dass ihr Sohn ab April 2005 bei seinem Vater sozusagen nur „probegewohnt“ hat, so kann das ihrer Berufung ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen: Ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, gilt solange als zum Haushalt einer Person gehörig, solange der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein "vorübergehender" ist. Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich beschränkte sein darf und diese zeitliche Beschränkung nicht lange Zeit dauern darf. Es geht dabei nicht um die genaue Dauer des Aufenthaltes außerhalb der gemeinsamen Wohnung, sondern darum, ob aus den objektiv nachvollziehbaren Umständen geschlossen werden kann, dass der Aufenthalt nur vorübergehend geplant war. Somit muss klar erkennbar sein, dass die Absicht besteht, dass das Kind nach Ablauf einer von vornherein bestimmten Zeit wieder an die bisherige gemeinsame Wohnung zurückkehrt.

Davon kann aber im Berufungsfall keine Rede sein; vielmehr war es höchst wahrscheinlich, dass D. nicht nur vorübergehend, sondern nach einer „Eingewöhnungsphase“ ständig beim Vater wohnt. Der vorliegende Sachverhalt ist daher mit einer bloß urlaubsbedingten Abwesenheit in keiner Weise vergleichbar.

Somit erfolgte die Rückforderung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Mai 2005 bis Juli 2005 zu Recht.

Darauf hingewiesen wird, dass der Bw. für Zeiträume, in denen sie für ihren Sohn wegen mangelnder Haushaltzugehörigkeit keine Familienbeihilfe bezogen und den gesetzlichen Unterhalt geleistet hat, der Unterhaltsabsetzbetrag nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit. b EStG zusteht.

Wien, am 28. August 2008