



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., T., gegen den Bescheid des Finanzamtes V. betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Februar 2012 bis Dezember 2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog für ihren Sohn B., geb. 1998, bis Dezember 2012 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Auf Grund eines vom Kindesvater im Dezember 2012 eingebrachten Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe wegen Änderung des Wohnsitzes des Kindes überprüfte das Finanzamt die Anspruchsvoraussetzungen und forderte von der Bw. mit Bescheid vom 9. Jänner 2013 die für den Zeitraum Februar bis Dezember 2012 bezogenen Beträge unter Verweis auf die Bestimmungen des [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) zurück.

In der dagegen eingebrachten Berufung führte die Bw. aus, ihr Exmann hätte ohne ihrer Erlaubnis ihren Sohn mitgenommen und zu einem späteren Zeitpunkt bei sich angemeldet. Anfang März sei ihrerseits das Gericht eingeschaltet worden. Am 19. Juli habe der Richter entschieden, dass der Sohn selbst entscheiden könne, wo er wohnen wolle. Das Urteil sei erst im Oktober rechtskräftig geworden. Es sei zwischen ihr und ihrem Exmann mündlich vereinbart worden, dass die Familienbeihilfe an sie ergehe und zum Wohl des Kindes verwendet werde. Die Ausgaben dafür seien auch belegbar. Da sie weiterhin in der einst ge-

meinsamen Firma gemeldet sei, habe das Geld auch nicht bezahltes Urlaubs- und Weihnachtsgeld kompensiert, was aus dem beigelegten Scheidungsurteil hervorgehe. Aus dieser Sicht sehe sie die (Rück-)Forderung ihres Exmannes als nicht berechtigt.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 5. Februar 2013 unter Verweis auf die Bestimmungen des [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) mit der Begründung ab, dass laut Beschluss des Bezirksgerichts X. vom 21.09.2012 die alleinige Obsorge von B. mit Jahresanfang 2012 dem Kindesvater übertragen worden sei und verwies darauf, dass zivilrechtliche Vereinbarungen vor Gericht keine (*Anm.: abgabenrechtliche*) Gültigkeit hätten.

Das von der Bw. am 15. Februar 2013 mit der Bezeichnung "Berufung über den Berufungsvorentscheid vom 05.02.2013" eingebrachte Schreiben wurde vom Finanzamt als Vorlageantrag gewertet und der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt. Die Bw. legte einen Beschluss des Bezirksgerichtes (BG) X. vor und führte dazu u.a. Folgendes aus:

"... In der Beilage sende ich Ihnen eine Kopie des Gerichtsurteil von 21.09.2012, wonach ersichtlich ist, dass ab dem Datum, die Obsorge für B. auf H. F. übertragen wurde. Der hauptsächliche Aufenthalt mit yy. Juli 2012. Die Angaben von Herrn H. F. entsprechen nicht der Wahrheit. ..."

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe. 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.

Gemäß [§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#) hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. § 26 leg. cit. gilt gemäß [§ 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988](#) auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetz-betrag.

Im gegenständlichen Fall ist folgender Sachverhalt unbestritten vorgelegen:

- Die Ehe der Bw. wurde am xx. Jänner 2011 geschieden.

Laut vorgelegtem Ehescheidungsfolgenvergleich stand die Obsorge für die mj. Kinder (es gibt neben dem Sohn noch eine jüngere Tochter aus dieser Ehe) zunächst den Eltern gemeinsam zu. Der Hauptaufenthaltsort der Kinder wurde am Wohnsitz der Kindesmutter bestimmt. Ein Besuchsrecht des Kindesvaters wurde vereinbart.

- Mit Beschluss des Bezirksgerichtes X. vom yy. Juli 2012 wurde der hauptsächliche Aufenthalt von B. zum Vater übertragen.

- Mit Beschluss vom 21. September 2012, Zi. 999, wurde der Bw. die Obsorge für den Sohn B. entzogen und dem Kindesvater alleine übertragen.

In diesem Beschluss wurde unter anderem festgehalten, dass das Kind bereits seit Jahresanfang 2012 beim Vater lebt:

„... Nach widerstreitenden Alleinobsorgeanträgen beider Elternteile wurde mit Beschluss vom yy. Juli 2012 der hauptsächliche Aufenthalt von B. zum Vater übertragen. ... Der konstante Wunsch des mittlerweile mündigen Minderjährigen, der persönliche Eindruck, den das Gericht von ihm und seinem Vater in mehreren Verhandlungen gewonnen hat, in Zusammenschau mit der Stellungnahme des Jugendwohlfahrtsträgers führen dazu, das im Interesse des Kindeswohls der bereits seit Jahresanfang 2012 faktisch bestehende Zustand, dass nämlich B. seit dieser Zeit beim Vater lebt, auch rechtlich zu sanktionieren und dementsprechend die Alleinobsorge dem Vater zu übertragen war.“

- An der Adresse des Kindesvaters in XY ist das Kind seit 11. April 2012 mit Hauptwohnsitz gemeldet.

Wie sich aus [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) 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.

Strittig ist die Haushaltzugehörigkeit des Kindes von Februar bis Dezember 2012. Die Bedingungen einer Haushaltzugehörigkeit sind in [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an. 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 erbringt (u.a. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120). Ein Anspruch auf Geldunterhalt spielt bei der Haushaltzugehörigkeit nach [§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967](#) in Verbindung mit Abs. 5 erster Satz keine Rolle (VwGH 15.12.2009, [2006/13/0092](#)).

Die Daten des Melderegisters haben bei der Beurteilung einer noch vorhandenen Wohngemeinschaft zu den Eltern Indizwirkung, maßgeblich sind jedoch die tatsächlichen Gegebenheiten (sh. Nowotny in *Csaszar/Lenneis/ Wanke*, FLAG, § 2 Rz 140f).

Im vorliegenden Berufungsfall steht fest, dass mit Beschluss vom yy. Juli 2012 „der hauptsächliche Aufenthalt“ von B. zum Vater übertragen wurde, wobei laut bereits erwähntem Beschluss des Bezirksgerichtes X. vom September 2012, mit dem die Obsorge für das Kind der Bw. entzogen und auf den Kindesvater übertragen wurde, „...der bereits seit Jahresanfang 2012

faktisch bestehende Zustand, dass nämlich B. seit dieser Zeit bei seinem Vater lebt, auch rechtlich zu sanktionieren ... war."

Die Bw. bestreitet nicht, dass ihr Sohn seit Jahresbeginn 2012 bei ihrem Exmann wohnt, allerdings schreibt sie in ihrer Berufung, dass ihr Exmann ihren Sohn ohne ihre Erlaubnis mitgenommen habe, weshalb sie im März das Gericht eingeschaltet habe.

Wenn die Bw. in ihrem Vorlageantrag mit Hinweis auf den Beschluss des Bezirksgerichtes, vermeint, dass der hauptsächliche Aufenthalt des Sohnes erst ab "dem Datum" (des Beschlusses vom Juli) beim Kindesvater sei, so ist dazu auszuführen, dass für das Bestehen einer Haushaltsgesellschaft weder das Datum des Beschlusses, mit dem „der hauptsächliche Aufenthalt“ geregelt wurde noch das Datum des Beschlusses, mit dem später die Übertragung der alleinigen Obsorge an den Kindesvater erfolgte, ausschlaggebend ist, vielmehr dass sich das Kind laut erwähntem Beschluss bereits seit Jahresanfang 2012 tatsächlich bei seinem Vater aufhielt.

Die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe lagen wegen der fehlenden Haushaltsgesellschaft des Kindes zur Bw. im strittigen Zeitraum (Februar 2012 bis Dezember 2012) somit nicht vor und die Beträge wurden von der Bw. zu Unrecht bezogen.

Das Vorbringen der Bw, sie habe mit dem Kindesvater eine mündliche Vereinbarung getroffen, wonach sie die Familienbeihilfe für B. weiter beziehe und damit nicht bezahltes Urlaubs- und Weihnachtsgeld kompensiere (Anm.: die Bw. war im Streitzeitraum in der Firma ihres Exmannes als Angestellte gemeldet), kann der Berufung auch nicht zum Erfolg verhelfen. Es handelt sich dabei um eine zivilrechtliche Vereinbarung, die im Hinblick auf die zwingenden Vorschriften des [§ 26 FLAG 1967](#) ohne rechtliche Relevanz ist.

§ 26 Abs. 1 FLAG normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Diese Verpflichtung zur Rückerstattung ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (u.a VwGH 23.09.2005, [2005/15/0080](#); 22.04. 2009, [2008/15/0323](#)).

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 26. August 2013