



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Dr. Werner Schwarz KEG, Rechtsanwalt, 7350 Oberpullendorf, Hauptplatz 9/7, vom 28. September 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf vom 29. August 2006 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. November 2005 bis 1. September 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für seine Tochter bis September 2006 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag. Das Finanzamt erließ am 29. August 2006 einen Bescheid über Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge für den Zeitraum 1. November 2005 bis 30. September 2006.

Begründend wurde ausgeführt, dass das mj. Kind S, geboren 1995 seit November 2005 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit dem Antragsteller lebe und daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

Gegen diesen Bescheid erhob der Bw. fristgerecht das Rechtsmittel der Berufung und führte begründend aus:

Die Ehe der Kindseltern wurde am 16. Jänner 2002 zu GZ: 10C 31/01w des Bezirksgerichtes Hietzing geschieden. Im Scheidungsvergleich wurde vereinbart, dass die Obsorge hinsichtlich

der beiden mj. Kinder S, geboren 1995 und A, geboren 1997 den Kindseltern gemeinsam zusteht.

Der Aufenthalt wurde dermaßen geregelt, dass die mj. S hauptsächlich beim Bw. und der mj. A hauptsächlich bei der Kindesmutter verbleibe, in Abständen von 2 Wochen werden die beiden mj. Kinder bei einem der Elternteile ihren Aufenthalt nehmen.

Mit Beschluss des Bezirksgerichtes Hietzing vom 19. Februar 2004, GZ: 10P 158/01v wurde die Obsorge hinsichtlich beider mj. Kinder dem Kindsvater, dem Bw. alleine übertragen.

Infolge Rekurses der Kindsmutter wurde dieser Beschluss aufgehoben und dem Gericht die neuerliche Entscheidung aufgetragen.

Eine neuerliche Entscheidung über die Obsorgeanträge wurde bislang noch nicht gefällt.

Es gelte sohin nach wie vor die gemeinsame Obsorge beider Kindseltern hinsichtlich beider mj. Kinder mit hauptsächlichem Aufenthalt des mj. A bei der Kindsmutter.

Während des anhängigen Obsorgeverfahrens wurde zwischen den Kindseltern im November 2005 vereinbart, dass probeweise bis Ende Jänner 2006 beide Kinder wochentags ihren Aufenthalt bei der Kindesmutter haben und an den Wochenenden (Freitag bis Sonntag) beim Kindsvater.

Nach Anlauf dieser befristeten Regelung wurde keine neue Regelung getroffen, auch erfolgte bislang keine Entscheidung des Pflegschaftsgerichtes über die offenen Obsorgeanträge.

Es gelte demnach seit 1. Februar 2006 wieder die im Scheidungsvergleich getroffene Obsorgeregelung, wonach die mj. S ihren hauptsächlichlichen Aufenthalt beim Kindsvater habe.

Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag wurden sohin vom Bw. zu Recht bezogen und ist die im angefochtenen Bescheid angeordnete Rückforderung nicht berechtigt.

Aus dem Faktum, dass die Kindsmutter – was sie offenbar dem Finanzamt verschwieg – eigenmächtig und rechtswidrig den Aufenthalt beider Kinder beim Kindsvater vereitle, ja sogar einen vom Bw. mit beiden Kindern geplanten Urlaub, telefonische Kontakte und sogar Besuche verhindere, hat nicht zur Folge, dass dem Bw. deshalb die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für S nicht zustehen würde und allenfalls sogar die Kindesmutter, die rechtswidrig faktisch die Obsorge des Bw. vereitle, sogar noch belohnt würde, indem die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag an sie ausbezahlt würde. Auch ein Kindesentführer bekomme ja nicht die Familienbeihilfe, bloß weil sich das entführte Kind bei ihm befindet.

Dazu kommt, dass der Kindsvater den Großteil der Aufwendungen für beide Kinder zu tragen hat. Der Großteil der Ausgaben für die Schule (Essensgeld, Nachmittagsbetreuung),

Bekleidung und sogar Nahrung werde vom Bw. getragen, da die Kindesmutter hoch verschuldet und verschwenderisch sei und ihr Geld lieber für andere Dinge ausbebe, als für die Kinder zu sorgen.

Der Bw. stellt den Antrag den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben und die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für die mj. Tochter bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bezirksgerichtes Hietzing im Verfahren 10P 158/01v an den Bw. auszubezahlen.

Mit Schreiben vom 7. November 2006 gab der steuerliche Vertreter des Bw. bekannt, dass es keine schriftliche Vereinbarung zwischen der Kindsmutter und dem Bw. über den Aufenthalt der Kinder gebe.

Die Vereinbarung wurde mündlich beim Amt für Jugend und Familie anlässlich eines Gespräches mit Dr. H, Psychologe des Amtes für Jugend und Familie, Magistrat der Stadt Wien, 1130 Wien, Eduard-Klein-Gasse 2 getroffen, welcher als Zeuge namhaft gemacht werde.

Beigelegt wurde diesem Schreiben eine Aufstellung der Tage, an denen sich die Kinder beim Bw. aufgehalten haben.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 22. November 2006 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen, weil lediglich Personen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, zu deren Haushalt das Kind gehört. Unter Haushaltszugehörigkeit ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen, wobei es für die Frage nach der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes unerheblich ist, wer den Haushalt führt, dem das Kind angehört.

Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (VwGH vom 22.10.1971, ZI. 336/70).

Polizeiliche Meldungen stellen lediglich ein – widerlegbares – Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar, sind jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern (VwGH vom 23.2.19881, ZI. 17/1388/80).

In der Berufung wurde bekannt gegeben, dass von November 2005 bis Ende Jänner 2006 S wochentags ihren Aufenthalt bei der Kindsmutter hatte und an den Wochenenden beim Bw. und dass seit Februar 2006 S hauptsächlicher Aufenthalt wieder beim Bw. wäre. Aus der vorgelegten Aufstellung über den Aufenthalt von S im strittigen Zeitraum ist allerdings ersichtlich, dass S von November 2005 bis Juni 2006 jeweils nur 3 Wochenenden pro Monat beim Bw. aufhältig war. Dieses Besuchsmodell (ständiger Aufenthalt bei der Kindsmutter ab

November 2005 und Besuche beim Kindsvater an drei Wochenenden pro Monat) wurde auch vom Jugendamt im Schreiben vom 26. April 2006 bestätigt.

Da somit bewiesen ist, dass S im strittigen Zeitraum überwiegend bei der Kindesmutter haushaltszugehörig war, auch wenn sie dort nicht polizeilich gemeldet war, besteht die Rückforderung zu Recht und es war spruchgemäß zu entscheiden.

Gegen diese Entscheidung brachte der Bw. einen Vorlageantrag ein, stellte den Antrag, das in der Berufungsvorentscheidung angeführte Schreiben des Jugendamtes dem Bw. zur Kenntnis zu bringen (da dieses Schreiben dem Bw. unbekannt sei und es ihm auch nicht im Rahmen des Parteiengehörs zur Kenntnis gebracht worden sei), ebenso allfällige weitere, bisher nicht zur Kenntnis gebrachte Beweisergebnisse.

Diese Berufung wurde der Abgabenbehörde zweiter Instanz vorgelegt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (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 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 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Haushaltsführung 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 1967 erlischt der Familienbeihilfeanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

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

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit 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.

Gemäß § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist.

Wie bereits in der Berufungsvorentscheidung des Finanzamtes ausgeführt wurde, ist für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung und nicht das Erziehungsrecht (VwGH vom 22.10.1971, Zl. 6/70).

Im vorliegenden Fall steht außer Zweifel (dies ergibt sich sowohl aus den Ausführungen des Bw. in der Berufungsschrift, als auch aus der Aufstellung der Tage, an denen sich die mj. Tochter beim Bw. aufgehalten hat), dass die Tochter des Bw. im streitgegenständlichen Zeitraum bei ihrer Mutter gewohnt hat. Sowohl die Ausführungen in der Berufung als auch die vorgelegte Aufstellung bestätigen diese Sachverhaltsdarstellung. Vom Bw. wurde dieser Sachverhalt nicht bestritten. Daraus ist klar erkennbar, dass keine gemeinsame Haushaltsführung zwischen dem Bw. und der Tochter in diesem Zeitraum vorlag.

Der Bw. führte in der Berufung weiters aus, dass eine Vereinbarung vorliegt, dass das Kind probeweise bei der Mutter leben und lediglich am Wochenende den Vater (siehe Berufung: *"Während des anhängigen Obsorgeverfahrens wurde zwischen den Kindseltern im November 2005 vereinbart, dass probeweise bis Ende Jänner 2006 beide Kinder wochentags ihren Aufenthalt bei der Kindesmutter haben und an den Wochenenden (Freitag bis Sonntag) beim Kindesvater."*) besuchen soll.

Weiters geht aus diesem Schreiben hervor, dass die Tochter über diesen Zeitpunkt (Ende Jänner 2006) hinaus weiterhin bei der Mutter haushaltszugehörig war.

Wie schon das Finanzamt in der Begründung der Berufungsvorentscheidung vom 22. November 2006 richtig ausgeführt hat, ist für den Anspruch auf Familienbeihilfe nämlich ausschließlich maßgebend, bei welchem Elternteil das Kind haushaltszugehörig ist.

Aus diesem Grund hat das Finanzamt zu Recht ausgesprochen, dass infolge der nicht gegebenen Haushaltszugehörigkeit im strittigen Zeitraum der Familienbeihilfeanspruch für die mj. Tochter S mit Ablauf des Monats Oktober 2005 weggefallen ist, sodass die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 1. November 2005 bis 1. September 2006 zu Recht erfolgte.

Von der Einvernahme des Dr. H als vom Bw. beantragten Zeugen, nämlich darüber auszusagen, dass lediglich eine mündliche Vereinbarung zwischen den Kindseltern über den Aufenthalt der Kinder und im Speziellen der Tochter vorliege, kann abgesehen werden, da diese Tatsache als richtig anerkannt wurde bzw. unerheblich ist, da der Sachverhalt unbestritten ist und die rechtliche Würdigung des Sachverhaltes nicht an die Tatsache, ob die Vereinbarung mündlich abgeschlossen wurde oder nicht, sondern auf die Tatsache der Haushaltszugehörigkeit der Kinder abstellt, die - vom Bw. unwidersprochen - bei der Kindsmutter ist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen, dass die Rückzahlungspflicht gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ausschließlich den Bezieher der Familienbeihilfe trifft. Diese Bestimmung normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist somit lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht bezogen hat. Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (VwGH vom 15.5.1963, 904/62; VwGH vom 16.2.1988, 85/14/0130; VwGH vom 31.10.2000, 96/15/0001).

Auch wenn der Bw. finanzielle Zuwendungen getätigt und dadurch allenfalls Unterhaltskosten für das Kind getragen hat, ist das Kind im gegenständlichen Verfahren in Würdigung aller Fakten in freier Beweiswürdigung im Streitraum als zum Haushalt der Mutter zugehörig anzusehen.

Es ist im vorliegenden Fall nicht von Bedeutung, wer von den Elternteilen tatsächlich überwiegenden Unterhalt geleistet hat, da eine Anspruchsberechtigung aus dem Titel der überwiegenden Unterhaltsleistung nur dann möglich wäre, wenn keiner Person wegen Haushaltszugehörigkeit Familienbeihilfe zustünde. Auf Grund dessen kann dahingestellt bleiben, wer die höheren Unterhaltszahlungen an die Tochter geleistet hat.

Die Ausführungen des Bw. in der Berufung und im Vorlageantrag sind somit nicht geeignet, die Tatsache der Haushaltszugehörigkeit der Tochter bei der Mutter in Frage zu stellen. Diese Haushaltszugehörigkeit wurde auch durch die vom Bw. vorgelegte Aufstellung bestätigt.

Da für den Anspruch die Tatsache der Haushaltszugehörigkeit von Bedeutung ist, und nicht das rechtliche Erziehungsrecht, sind die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Zum Antrag, das in der Bescheidsbegründung angeführte Schreiben des Jugendamtes dem Bw. zur Kenntnis zu bringen, ist hinzuzufügen, dass dieses Schreiben für die Beurteilung dieses Sachverhaltes völlig unerheblich ist, da es weder der Wahrheitsfindung diene, noch liegen widersprüchliche Beweisergebnisse vor. Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist

ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, auf die (zivil-) rechtliche Obsorge kommt es nicht an. Der entscheidungsrelevante Sachverhalt beruht lediglich auf den schriftlichen Ausführungen des Bw. und wurde rechtlich gewürdigt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Es wird darauf hingewiesen, dass die Leistung des gesetzlichen Unterhalts an ein nicht haushaltszugehöriges Kind durch Gewährung des Unterhaltsabsetzbetrages bei der Einkommensteuer bzw. Arbeitnehmerveranlagung berücksichtigt werden kann.

Wien, am 19. Februar 2007