



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Beträgen an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen vom 1. November 1998 bis 30. Juni 1999 für das Kind MR entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

Mit Eingabe vom 6. April 2000 beantragte FR, der Vater des minderjährigen MR, die Gewährung der Familienbeihilfe für dieses Kind und legte gleichzeitig ein Schreiben der Bezirkshauptmannschaft N vom 29. März 2000 vor, in dem angegeben ist, dass die Jugendabteilung dieser Behörde seit Dezember 1997 wegen eines Obsorgewechsels mit dem Kind befasst sei. Wie aus der dortigen Aktenlage ersichtlich sei, befinde sich der Minderjährige seit Mitte Oktober 1998 zur Gänze in Pflege und Erziehung des Vaters. Der Sorgerechtsstreit

der Kindeseltern sei beim Bezirksgericht G anhängig. Eine Rückkehr des Minderjährigen in den Haushalt der Mutter sei nicht zu erwarten.

Das Finanzamt erließ am 4. Mai 2000 einen Bescheid, mit dem es für MR im Zeitraum vom 1. November 1998 bis zum 30. Juni 1999 zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (S 13.150) und Kinderabsetzbeträgen (S 4.950) zurückforderte. Zur Begründung gab es an, dass sich der Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 2 FLAG nach der Haushaltszugehörigkeit richte. Da sich MR seit Mitte Oktober 1998 im Haushalt des Vaters befinde, komme diesem die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag zu.

Die rechtzeitig eingebrachte Berufung begründete die Bw. damit, dass § 2 Abs. 2 FLAG generell-abstrakt den Anspruch auf Familienbeihilfe der Person zuordne, zu deren Haushalt das Kind gehöre, berücksichtige jedoch in dessen Absatz 5 individuell-konkret bei geänderten faktischen Haushaltszugehörigkeiten jene Tatsachenverhältnisse, die von der Generalnorm abweichen ließen. Unzweifelhaft sei die Teilung der Wohnung mit ihren minderjährigen Kindern BR und MR bei einheitlicher Wirtschaftsführung seit ihrer gesonderten Wohnungsnahme am 25. Mai 1984 im Zuge der bevorstehenden Auflösung der Ehe mit dem Kindesvater. Seit diesem Zeitpunkt gehörten die minderjährigen Kinder ihrem Haushalt zu. Diese Haushaltszugehörigkeit sei auch derzeit nicht aufgehoben, da sich ihr minderjähriger Sohn MR im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhalte. Als "vorübergehend" sei ein Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung dann anzusehen, wenn aus den Umständen des Falles darauf geschlossen werden könne, dass das Kind nach absehbarer Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben werde. Ab dem Zeitpunkt der korrespondierenden ortspolizeilichen Meldung im Jänner 1999 habe der minderjährige MR bei seinem Vater Wohnung genommen. Im parallel anhängigen Obsorgeverfahren sei ihrem Rekurs bei Landesgericht WN Folge gegeben worden. Diese landesgerichtliche Entscheidung sei – da der Kindesvater Rechtsmittel unterlassen habe – in Rechtskraft erwachsen. An diese Entscheidung seien weitreichende Verfügungsanordnungen – insbesondere jene nach § 146b ABGB geknüpft. Ihr diesbezüglicher Antrag vom 19. Juli 1999 sei beim BG G aufrecht anhängig und zur Zeit der Verfassung der Berufung in der Entscheidung noch offen, weil der Kindesvater im Wissen auf die rechtskräftige Entscheidung des Landesgerichtes WN einen neuerlichen Antrag auf Obsorgeübertragung eingebracht habe, der in einem Zwischenverfahren auf Grund einer außerordentlichen Revision bei OGH anhängig sei. Die Entscheidung des OGH stehe auf Grund allgemeiner Erfahrungen, was die Verfahrensdauer beim Höchstgericht in derartigen Fällen betreffe, in absehbarer Zeit an. Unterstelle man allen Beteiligten, sie würden sich rechtskonform verhalten, sei ein Ende des vorübergehenden Aufenthaltes außerhalb der

gemeinsamen Wohnung absehbar. Wenn daher der faktische vorübergehende Aufenthalt des Kindes beim Kindsvater den zeitgleichen faktischen Aufenthalt bei der Bw. ausschließe, könne es nicht bedeuten, dass die rechtliche Qualifikation der gemeinsamen Haushaltszugehörigkeit nicht mehr bestehe. Unter diesem Gesichtspunkt sei ihre Zustimmung zur Stilllegung der Auszahlung von weiteren Beträgen an Familienbeihilfe zu verstehen, nicht jedoch als Verzicht im Sinne des Gesetzes, sodass auch zum gegebenen Zeitpunkt noch Anspruchskonkurrenz gemäß § 2a FLAG bestehe. Bundesverfassungsrechtliche und überleitend gemeinschaftsrechtliche Gesichtspunkte würden nur zu Gunsten der Bw. abrunden, könnte die aus Artikel 94 B-VG resultierende Gewaltenteilung keinen interpretativen Nachteil aus der Vollziehung des FLAG für die Bw. bedeuten, wenn die Vollziehung auf Gerichtsebene nicht mit den verpflichtenden Erledigungszeiträumen der BAO korrespondiere. Der "vorübergehende" Aufenthalt außerhalb der gemeinsamen Wohnung sei daher ergänzend zu den bisherigen Ausführungen auch unter dem Gesichtspunkt einer Gesamterledigung innerstaatlicher Vollzugsverfahren zu sehen, da der EuGH weder auf innerstaatliche Organisationssplittungen in der Vollziehung Rücksicht nehme, noch von gefestigter Judikatur, beispielsweise zu der des Art. 6 EMRK abzuweichen gedenke, sondern vielmehr dem Effektivitätsgebot von Rechtsschutzinteressen absolute Priorität einräume. Die Bw. beantragte erstens die Stattgabe der Berufung, zweitens eventuell das laufende Verwaltungsverfahren bis zur Rechtskraft des gerichtlichen Verfahrens auszusetzen und drittens eventuell die Berufung der Aufsichtsbehörde mit dem Ersuchen zur Entscheidung vorzulegen, von der Rückforderung aus Unbilligkeitsgründen abzusehen. Die Verbindung des Eventualantrages mit dieser Berufung erfolge aus dem Grunde, weil der Bw. ex lege ein subjektiv-öffentlicher Rechtsanspruch nicht zustehe.

Im Berufungsverfahren erging ein Vorhalt an die Bw., in dem um Auskunft gebeten wurde, warum im Rechtsmittel ausgeführt worden sei, dass MR ab Jänner 1999 bei seinem Vater Wohnung genommen habe, während er dort laut dem Schreiben der Bezirkshauptmannschaft N vom 29. März 2000 sich bereits ab Mitte Oktober 1998 dort befunden habe. Weiters wurde angefragt, ob MR nach dem 5. Juni 2000 (das sei das Datum der Berufung der Bw.) in deren Haushalt zurückgekehrt sei. Außer dem wurden die Geschäftszahlen der Verfahren betreffend die Obsorge beim Bezirksgericht G sowie des Verfahrens vor dem OGH angefragt. Auch wurde ersucht, die Aussage der zwei letzten Absätze des Rechtsmittels in einfachen Worten widerzugeben.

Darauf antwortete die Bw., das Verfahren sei beim Bezirksgericht G unter der GZ.

1 P 1802/95z geführt worden. Der angesprochene (Zwischen-) Beschluss des OGH sei zu GZ. 10 Ob 92/00b vom 23. Mai 2000, nicht jedoch meritorisch in der Hauptsache ergangen. Diese

sei aus Anlass der Volljährigkeit des Sohnes MR mit verfahrenserforderlicher Abweisung aller Parteienanträge vom Bezirksgericht G erst am 28. August 2001 gefällt worden. Der Beschluss des Bezirksgericht G vom 26. Oktober 1998 – der Bw. die gesamte Obsorge für den minderjährigen MR zu entziehen und dem Kindesvater zu übertragen – sei infolge des Rekurses der Kindesmutter vom Landesgericht WN aufgehoben worden. Der neuerliche Antrag des Kindesvaters auf Übertragung der Obsorge verbunden mit dem Antrag auf einstweilige Vorkehrung vom 6. Juli 1999 sei mit Beschluss des Bezirksgerichts G vom 28. August 2001 zu GZ. 1 P 1802/95z-94 abgewiesen worden. Dem Kindesvater sei nicht einmal die einstweilige Obsorge übertragen worden. Daraus folge, dass die Obsorge mit allen rechtsgestaltenden Befugnissen aber auch Pflichten (untrennbar mit der Obsorge stehe die Förderung des Minderjährigen in rechtlicher, wirtschaftlicher, psychologischer und geistig-seelischer Entwicklung) des ABGB bei der Bw. geblieben sei, was nichts anderes bedeuten habe, als die gesamte wirtschaftliche und immaterielle Infrastruktur (Wohnraumbereithaltung; Entscheidungen, die auf Grund des Gesetzes ausschließlich dem Obsorgeberechtigten zustünden; Krankenhaus- und Ärztetermine wahrzunehmen; erforderliche Gespräche mit dem Dienstgeber und der Berufsschule zu führen; Kreditaufnahmewünschen des Minderjährigen entgegenzutreten; für offene Zahnarzthonorare aufzukommen; etc.) auch für den angesprochenen Zeitraum Oktober 1998 bis zur Volljährigkeit, jedenfalls aber bis zum Jänner 1999 aufrecht zu erhalten. Die inkonsequente Haltung des zuständigen Gerichts, die faktischen Wohnungsnahme beim Kindesvater ohne korrespondierende mit der Obsorge zu verbindende Entscheidung zu fällen, hinzunehmen, habe zum bleibenden Ergebnis geführt, dass der Mittelpunkt der wirtschaftlichen und kostenaufwendigen Kindesbelange bei der Bw. gelegen geblieben sei und der Verkehr mit dem Kindesvater als lediglich enger persönlicher Verkehr des Kindesvaters mit dem Kind im Sinne des § 148 ABGB in der damals aktuellen Fassung zu qualifizieren sei. Zur verständlicheren Fassung der beiden letzten Absätze der Berufung führte die Bw. aus, dass der Begriff der zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen im Artikel 6 Abs. 1 MRK von der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in besonderer Weise extensiv ausgelegt werde. Ein ziviles Recht werde jedenfalls dann angenommen, wenn es vermögenswert sei. Das gegenständliche Verfahren falle als civil right daher in den Anwendungsbereich der MRK. Die in der Berufung angesprochenen gemeinschaftsrechtlichen Gesichtspunkte hätten auf das gerichtliche Verfahren und insbesondere auf die unterlassene Entscheidungspflicht – die für den Rechtsunterworfenen in nachteiliger Konkurrenz zu sonstigen innerstaatlichen Normen und Fristen, wie beispielsweise der BAO und des FLAG stehen könnten – abgestimmt. Der Unionsbürger habe neben der institutionellen Gerichtsgarantie das Recht auf Entscheidung innerhalb angemessener Frist von einem Tribunal im Sinne des Artikels 6 MRK; eine

innerstaatliche Gewaltentrennung, wie sie Artikel 94 B-VG vorsehe, könne für die Anwendung des Gemeinschaftsrechtes für die der Jurisdiktion unterstehenden Personen der Konvention nicht nachteilig sein. Die Bw. halte ihre Ausführungen zur Berufung sowie ihre Anträge aufrecht.

Das Jugendamt der Bezirkshauptmannschaft N wurde um Aktenübersendung ersucht und aus den vorgelegten Akten des dortigen Verfahrens wurden der Beschluss des Bezirksgerichts G vom 26. Oktober 1998 zu GZ. 1 P 1802/95z, der Beschluss des Landesgerichts WN vom 4. Februar 2000 zur GZ 17 R 220/99z und zur GZ 17 R 221/99t sowie der Beschluss des OGH vom 23. Mai 2000 zu GZ 10 Ob 92/00b in Kopie zum Akt genommen.

Im Beschluss des Bezirksgerichts ist zusammengefasst sinngemäß ausgeführt, dass die Ehe der Kindeseltern mit Rechtskraft vom 12. Juni 1995 geschieden worden sei. Die Kindeseltern hätten vereinbart, dass die Obsorge für die aus der Ehe entstammenden Kinder, sohin auch für MR, nur der Kindesmutter zukommen sollten. Mit Eingabe vom 23. September 1997 habe der Kindesvater beantragt, ihm die Obsorge für MR zu übertragen. Am 17. Februar 1998 habe MR verstärkt den Wunsch geäußert, sofort beim Kindesvater bleiben zu können. Über gutes Zureden, die Obsorgeentscheidung abzuwarten und nach Verweisung auf den § 195 StGB habe MR dann erklärt, vorläufig doch noch zur Kindesmutter zurückzukehren. Am 24. Juli 1998 habe MR neuerlich vorgesprochen und auf den Obsorgewechsel gedrängt. Am 6. August 1998 sei zwischen den Kindeseltern eine Vereinbarung getroffen worden, wonach MR bis Ende Oktober abwechselnd in Pflege und Erziehung bei Mutter und Vater verbringen solle.

Aus dem landesgerichtlichen Beschluss geht u.a. hervor, dass dem Rekurs der Kindesmutter mit Rekursentscheidung vom 27. Mai 1999, GZ. 17 R 264/98i-56 gegen die Obsorgeentscheidung im Anschluss an das Ehescheidungsverfahren Folge gegeben worden sei und der Antrag des Kindesvaters, der Kindesmutter die Obsorge hinsichtlich MR zu entziehen und ihm zu übertragen, abgewiesen worden sei. Entgegen dieser rechtskräftigen und vollstreckbaren Rekursentscheidung und trotz des Bemühens des Kindesvaters, der minderjährige MR solle zur Kindesmutter zurückkehren, sei MR nicht bereit, dies zu tun. Am 19. Juli 1999 habe die Bw. bei Gericht beantragt, dass MR aufzutragen, dass er unverzüglich bei ihr Wohnung zu nehmen und dem Kindesvater aufzutragen, ab sofort dem Minderjährigen den Aufenthalt an der Adresse des Kindesvaters zu untersagen und faktisch zu verhindern.

Den Revisionsrekurs an den OGH gegen den im letzten Absatz zitierten landesgerichtlichen Beschluss wies der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 23. Mai 2000 (GZ. 10 Ob 92/00b) zurück. Inhaltlich geht aus dieser Entscheidung kein für das gegenständliche Berufungsverfahren kein relevanter Sachverhalt hervor.

Die Bw. und das Finanzamt wurden von diesem aufgenommenen Beweis sowie von der daraus resultierenden Beweiswürdigung mit Schriftsätzen vom 5. September 2003 in Kenntnis gesetzt.

Das Finanzamt teilte darauf mit Schreiben vom 22. September 2003 mit, dass es keine Einwände gegen die in Aussicht genommene Entscheidung des UFS habe bzw. kein neues Sachvorbringen erhebe.

Die Bw. gab keine Stellungnahme ab.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 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.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. c Einkommensteuergesetz (EStG) 1988 in der Fassung des BGBl. I Nr. 79/1998 steht im Jahr 1999 einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 475 S für das erste Kind, 650 S für das zweite Kind und 825 S für jedes weitere Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im 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.

Gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 Gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Die Bw. beruft gegen Bescheid des Finanzamt, mit dem von ihr die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge rückgefordert wurden, zusammengefasst mit dem Argument, dass ihre Kinder, so auch der zum damaligen Zeitpunkt minderjährige MR, seit ihrer gesonderten

Wohnungnahme am 25. Mai 1984 ihrem Haushalt zugehörten und dass MR sich auf Grund seines Aufenthaltes beim Kindesvaters im Berufszeitraum nur vorübergehend im Sinne des Gesetzes außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhalte, nämlich bis Beendigung des Obsorgerechtsstreites mit dem Kindesvater.

Wie schon der Bw. im Schreiben des Unabhängigen Finanzsenates, mit der ihr das Ergebnis des Beweisverfahrens (Aktenanforderung beim Jugendamt der Bezirkshauptmannschaft N und den daraus kopierten Gerichtsbeschlüssen), dargelegt, ist der Bw. Folgendes zu erwidern:

Unter "Haushalt" im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG 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.

Eine einheitliche Wirtschaftsführung nach dieser Gesetzesstelle setzt in Bezug auf die vorübergehend außerhalb der Wohngemeinschaft lebenden Kinder voraus, dass diese Kinder im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend bedacht und damit noch der elterlichen Obsorge teilhaftig werde (Hinweis auf VwGH vom 19. Oktober 1960, ZI. 1509/58).

Als "vorübergehend" wird ein Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung dann anzusehen sein, wenn aus den Umständen des Falles darauf geschlossen werden kann, dass das Kind nach absehbarer wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird (vgl. ARD-Handbuch 1985, S. 7 Abschnitte 1 bis 3).

Aus diesen Ausführungen in Verbindung mit den oben zitierten gesetzlichen Bestimmungen geht nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates eindeutig hervor, dass es für den Anspruch auf Familienbeihilfe in erster Linie auf die faktische Haushaltszugehörigkeit eines Kindes und nicht auf die (zivil-) rechtliche Obsorge ankommt (vgl. § 2 Abs. 2 FLAG 1967).

In diesem Sinne hat auch der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. Oktober 1971, ZI. 336/70, ausgesprochen, dass für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung ist, nicht dagegen das Erziehungsrecht.

Sohin erweist sich die Rechtsansicht der Bw., die den "vorübergehenden Aufenthalt" von MR für die Zeit bis zur Beendigung des Sorgerechtsstreites als noch im Interpretationsbereich des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG sieht, als eine zu extensive Interpretation. Zudem gebührt die Familienbeihilfe gemäß § 10 Abs. 4 FLAG nur einmal. Die vorrangige Anspruchsvoraussetzung der Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt des Kindesvaters bis zur Beendigung eines Sorgerechtsstreites wird durch "einen vorübergehender Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Kindesmutter" nicht aufgehoben.

Weiters konnte die Bw. auch nicht den Widerspruch der Wohnungnahme von MR beim Kindesvater mit Oktober 1998 (Schreiben des Jugendamtes) bzw. ab Jänner 1999 (Berufung) aufklären.

Dem Vorbringen der Bw. bezüglich der Säumigkeit der Entscheidungsfindung seitens der staatlichen Behörden ist nur entgegen, dass im Abgabenverfahren für die Säumigkeit der Abgabenbehörde zweiter Instanz die Säumnisbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof offensteht, die die Bw. jedoch nicht ergriffen hat.

Da sohin keine Rechtswidrigkeit des erstinstanzlichen Bescheides vorliegt, war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 15. Oktober 2003