

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. XX in der Beschwerdesache VN-KV NN, Adressbez, 1180 Wien, über die Beschwerde vom 27.02.2017 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 24.01.2017, betreffend Rückforderung der für NN Kd1 und NN Kd2 für den Zeitraum Jänner 2017 gewährten Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben. Der Bescheid wird insoweit aufgehoben, als er NN Kd2 betrifft. Im Übrigen bleibt der Bescheid unverändert.

Die Berechnung des Rückforderungsbetrages ist dem Ende der nachfolgenden Entscheidungsgründe zu entnehmen und bildet einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Die Ehe von VN-KV NN, in der Folge mit Bf. bezeichnet, und VN-KM NN, in der Folge mit Mutter bezeichnet, wurde einvernehmlich geschieden. Betreffend die gemeinsamen Kinder Kd1 NN und Kd2 NN wurden mit Vergleich in der Tatsatzung vom 31.5.2016 beim Bezirksgerichte XXX u.a. Folgendes vereinbart:

„Obsorge, Kontaktregelung und Unterhalt der Kinder“

A. Mit der Obsorge für Kd1 NN geb. am GebDatKd1 und Kd2 NN geb. am GebDatKd2 bleiben auch nach der Ehescheidung beide Partner betraut. Die Kinder werden hauptsächlich im Haushalt der Mutter betreut werden.

B. Das Recht auf persönlichen Kontakt wird derart geregelt, dass der Vater zumindest jedes zweite Wochenende persönliche Kontakte mit den Kindern hat. Die Parteien behalten sich eine Anpassung dieser Regelung auf geänderter Umstände jederzeit vor.

C. Der Ehemann verpflichtet sich, ab 01.06.2016 bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit der Kinder einen Unterhaltsbeitrag von EUR 250,-- monatlich für Kd1 NN, EUR 250,-- monatlich für Kd2 NN zu Handen der Mutter zu bezahlen, und zwar am Ersten eines jeden Monates im Vorhinein.“

Laut Auskunft des Zentralen Melderegisters vom 8.7.2016 waren Kd1 NN und Kd2 NN mit demselben Hauptwohnsitz gemeldet wie die Mutter. Diese stellte im Dezember 2016 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für Kd1 und Kd2.

Mit Bescheid vom 24.1.2017 forderte das Finanzamt vom Bf. die für Kd1 und Kd2 NN für den Zeitraum Jänner 2017 bezogene Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag in Höhe von 408,20 Euro (Familienbeihilfe 291,40 Euro, Kinderabsetzbetrag 116,80 Euro) zurück.

Gegen diesen Bescheid er hob der Bf. am 27.2.2017 beim Finanzamt persönlich Beschwerde und erklärte, sein jüngerer Sohn Kd2 NN lebe seit drei Monaten nicht mehr bei seiner Mutter sondern bei ihm als seinem Vater. Der ältere Sohn Kd1 sei auch regelmäßig bei ihm.

Mit Eingabe vom 27.2.2017, eingebracht am 5.3.2017 legte der Bf. den einvernehmlichen Scheidungsvergleich und die Scheidungsvereinbarung vom 2016 vor, welche er mit der Mutter abgeschlossen hatte, weiters eine Bestätigung betreffend die Durchführung der verpflichtenden Elternberatung vor einvernehmlicher Scheidung und eine Kopie der verfahrensgegenständlichen Beschwerde. Ergänzend zum bisherigen Vorbringen brachte der Bf. vor, das er nach der Scheidung die Familienbeihilfe die er für die beiden Kinder bis Dez 2016 vom Finanzamt erhalten habe nachweislich immer an seine Ex-Gattin weitergeleitet habe. Anschließend sei die Familienbeihilfe aufgrund des Antrages seiner Ex-Gattin nicht mehr an ihn sondern an sie überwiesen worden. Seine Ex-Gattin, die für sich gesondert und für die beiden Kinder (Kd2 und Kd1) noch vom Bf. Unterhalt bezahlt bekomme, bezahle nicht einmal für Kd2 seine Schule, das Essensgeld und Kinderbetreuungsgeld geschweige denn die Kosten, die der Bf. noch für seine Bekleidung oder Schikurs usw... für ihn zusätzlich bezahle. Die Ex-Gattin halte sich auch nicht an den vereinbarten Punkt beim Gerichtsvergleich, wonach sie sich bei geänderten Umständen betreffend die Kinder eine Anpassung ausdrücklich vorbehalten hätten. Nachdem sein jüngerer Sohn Kd2 NN seit Nov. 2016 bzw. über 3 Monate schon tatsächlich bei ihm lebe und er für alles was ihn betrifft gänzlich aufkomme, bitte der Bf., seine Ex-Gattin um die Rückzahlung der zu Unrecht bezogenen Kinderbeihilfe für die letzten 3 Monaten zu ersuchen, und ihm diesen Betrag Summe, die ihm zumindest für Kd2 zustehe, zukommen zu lassen.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Beschwerdevorentscheidung und führte begründend u.a. aus, dass die Söhne des Bf. seit Anfang Juli 2016 bei der Mutter wohnten, die daher auch ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf die Familienbeihilfe habe. Der Aufenthalt der Kinder beim Bf. sei nur vorübergehend.

Der Bf. brachte mit Eingabe vom 25.9.2017, welche vom Finanzamt als Vorlageantrag gewertet wurde, begründend Folgendes vor:

„- dass ich wegen der Pflegschaftssache betreffend der beiden Kindern inzwischen eine Ladung von Richterin Frau Mag YY erhalten habe und die Gerichtsverhandlung für den 4 Oktober 2017 beim Bezirksgericht XXX angesetzt ist.

- dass mein jüngeren Sohn Kd2 NN nicht vorübergehend sondern -wie es auch den Gericht bekannt ist - seit Nov 2016 bei mir als sein Vater lebt und ich nur für seine gesamte Kosten aufkomme.
- dass mein Ältere Sohn Kd1 wegen unbeaufsichtigt sein bei seiner Mutter, nachweislich jeden Tag bis am Abend bei mir ist und ich hier für fast alle seiner gesamten Kosten aufkomme.“

Vorgelegt wurde eine Ladung für den 4.10.2017 beim Bezirksgericht XXX.

Mit Eingabe vom 18.10.2017 brachte der Bf. überdies Folgendes vor:

„... wie Sie aus dem neuen Gerichtsentscheid bzw. Vergleichsausfertigung entnehmen können, wird mein jüngerer Sohn Kd2 der bisher bei mir gelebt hat weiterhin bei mir zu hause leben und betreut werden.

Betreffend meinem älteren Sohn der leider wegen seinem unbeaufsichtigt sein bei seiner Mutter fast jeden Tag zu mir gekommen ist, wurde beim Gericht nun so vereinbart dass er jede 14 Tage von Freitag nach der Schule bis Montag Früh und gesondert dazu jeden Dienstag und Donnerstag zu mir kommt.

Somit bitte ich Sie höflich meiner Ex Frau zu ersuchen, mir die Kinderbeihilfe Gelder die meiner Annahme nach sie vom Finanzamt für die Kinder erhalten hat mir weiterzuleiten - zumindest für Kd2 der seit Nov. 2016 bei mir tatsächlich lebt.

Diesbezüglich bitte ich Sie zu berücksichtigen dass meine Ex Frau - die von mir Unterhaltszahlungen erhalten hat - über alle dieser vielen Monaten wahrhaftig nichts für meinen Jüngern Sohn Kd2 und kaum etwas für meinen älteren Sohn Kd1 ausgegeben hat.“

Der Eingabe beigelegt war eine Vergleichsausfertigung vom 4.10.2017. Dieser sind folgende Vereinbarungen betreffend den Aufenthalt der Kinder zu entnehmen:

2. der mj. Kd1 wird hauptsächlich im Haushalt der Mutter betreut.
3. Der mj. Kd2 wird hauptsächlich im Haushalt des Vaters betreut.

Der Eingabe beigeschlossen war weiters ein Schriftsatz, gerichtet an Frau Mag. YY, in welchem der Bf. u.a. vorbrachte, dass sein jüngerer Sohn Kd2 seit Nov 2016 ohne Unterbrechung bei ihm lebe. Er stellte daher den Antrag für seinen Wohnsitzwechsel. Weiters erklärte der Bf., dass ihm für Kd1 gleich viel Aufwand und Kosten wie bei Kd2 entstehen.

Laut Bestätigungen des Zentralen Melderegisters vom 23.10.2017 waren Kd1 und Kd2 zunächst an der gemeinsamen Adresse der Eltern und nach dem Auszug der Mutter gemeinsam an deren Adresse mit Hauptwohnsitz gemeldet. Ab 19.10.2017 ist Kd2 NN an der Adresse des Bf. mit Hauptwohnsitz gemeldet. Kd1 ist ab 19.10.2017 an der Adresse der Mutter mit Hauptwohnsitz und an der Adresse des Bf. mit Nebenwohnsitz gemeldet.

Das Bezirksgericht XXX wurde ersucht, den Pflegschaftsakt bzw. Kopien jener Aktenteile zu übermitteln, welche Aussagen zum relevanten Beschwerdethema enthalten, bei wem die Kinder Kd1 NN und Kd2 NN im Jänner 2017 überwiegend haushaltsgerecht waren.

Das Gericht übermittelte Kopien der Protokolle vom 20.12.2016 und vom 31.1.2017 aus dem Pflegschaftsakt. Aus diesen ergebe sich, dass der mg. Kd2 seit ca. Mitte November 2016 im Haushalt des Vaters betreut worden sei.

Laut Protokoll vom 20.12.2016 gab die Mutter dem Gericht gegenüber an, dass Kd2 NN seit rund vier Wochen beim Bf. wohne.

Der Bf. brachte laut Protokoll vom 31.1.2017 vor, dass Kd2 seit einigen Wochen bei ihm wohne und auch weiter bei ihm wohnen bleiben möchte. Kd1 komme nahezu täglich zu ihm zu Besuch und der Bf. habe den Eindruck, dass er auch gerne bei ihm wohnen bleiben würde, jedoch müsse er ihn eigentlich dazu überreden, dass er abends doch immer wieder zu seiner Mutter zurückkehre.

Schließlich übermittelte das Gericht das Protokoll vom 4.10.2017, welches die vom Bf. bereits vorgelegten Vereinbarungen laut Vergleichsaufstellung vom 4.10.2017 enthielt.

Dem Finanzamt wurden die vom Gericht übermittelten Unterlagen samt Begleitschreiben zur Kenntnis gebracht und diesem gegenüber erklärt, dass davon ausgegangen werde, dass Kd2 seit Mitte November 2016 im Haushalt des Vaters betreut wurde. Damit habe der Vater Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe für Kd2, unabhängig davon, was im Scheidungsvergleich vereinbart worden sei. Deshalb werde beabsichtigt, der Beschwerde stattzugeben, soweit diese Kd2 betreffe. Für Kd1 werde davon ausgegangen, dass die Mutter Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe habe (vgl. VwGH ZI. 2006/13/0120 vom 18.04.2007). Das Finanzamt hat diesem zugestimmt.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Sachverhalt:

Strittig ist, ob die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für Kd1, geb. am GebDatKd1 und Kd2, geb. am GebDatKd2, für den Zeitraum Jänner 2017 vom Bf. zu Recht zurückgefördert wurden.

Laut Angaben des Vaters wohnte Kd2 in diesem Zeitraum bei ihm und Kd1 hielt sich tagsüber häufig bei ihm auf und er unterstützte diesen und übernahm auch verschiedene Kosten für ihn. In der Nacht kehrte Kd1 hingegen regelmäßig in die Wohnung der Mutter zurück.

Das Pflegschaftsgericht ging ebenfalls davon aus, dass Kd2 seit Mitte November 2016 im Haushalt des Vaters betreut wurde. Auch den Aussagen der Mutter zufolge lebte dieser im Dezember 2016 bereits im Haushalt seines Vaters.

Der Sachverhalt ist daher insoweit unstrittig, als Kd2 im Jänner 2017 überwiegend im Haushalt des Vaters betreut wurde, während Kd1 regelmäßig in der Wohnung der Mutter übernachtete. Auch die aktuelle Vereinbarung vom 4.10.2017 sieht vor, dass Kd1

hauptsächlich im Haushalt der Mutter und Kd2 hauptsächlich im Haushalt des Bf. betreut wird.

In rechtlicher Hinsicht ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 26 Abs. 2 FLAG können zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (siehe VwGH vom 28.10.2009, ZI. 2008/15/0329, normiert § 26 Abs. 1 FLAG eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Diese Verpflichtung zur Rückerstattung ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist somit lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich. Nach der ständigen Rechtsprechung steht es der Rückforderung auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist.

Zu prüfen ist daher, ob der Bf. die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 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 FLAG gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltsgehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Zur Frage der Haushaltsgehörigkeit hat sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 18.04.2007, 2006/13/0120, wie folgt geäußert:

„Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit 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 "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberchtigten 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.“

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. Anderes ist auch nicht dem Erkenntnis vom 18. März 1997, 96/14/0006, zu entnehmen.“

Die Zugehörigkeit von Kd2 zum Haushalt des Bf. ist nicht mehr strittig, weil der Bf. Kd2 abweichend von der entgegenstehenden, mit der Mutter am 31.5.2016 getroffenen Vereinbarung, in seinen Haushalt aufgenommen hat. Eine vorübergehende Abwesenheit vom Haushalt der Mutter ist deshalb nicht anzunehmen, weil in der Folge eine neue Vereinbarung getroffen wurde, gemäß welcher Kd2 hauptsächlich im Haushalt des Bf. betreut wird und keine Beweisergebnisse vorliegen, wonach er sich ab Dezember 2016 überwiegend in der Wohnung der Mutter aufgehalten hätte.

Kd1 hat hingegen auch nach Angaben des Bf. regelmäßig in der Wohnung der Mutter genächtigt. Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Eine einheitliche Wirtschaftsführung ist für ein dreizehnjähriges Kind und dessen Mutter typisch, wenn diese eine Wohnung teilen. Auch wenn der Bf. durch Unterhaltszahlungen und auch im persönlichen Kontakt allenfalls durch weitere Zahlungen zum Unterhalt des Kindes beigetragen hat, gehörte Kd1 dennoch dem Haushalt seiner Mutter an. Aufenthalte bei seinem Vater sind daher als vorübergehend im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG anzusehen. Dafür spricht auch, dass Kd1 sowohl der ursprünglichen als der nunmehr abgeschlossenen Vereinbarung zufolge überwiegend im Haushalt der Mutter betreut wird.

Der Beschwerde konnte daher teilweise, nämlich im Hinblick auf Kd2 NN, Folge gegeben werden.

Der Rückforderungsbetrag für den Zeitraum Jänner 2017 errechnet sich daher wie folgt:

Name des Kindes	VNR/Geb.Dat.	Art der Beihilfe	Betrag
NN Kd1	1234	FB	€ 145,70
		KG	€ 58,40

Rückforderungsbetrag gesamt

€ 204,10

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Eine Revision ist nicht zulässig, weil der zu lösenden Rechtsfrage im Hinblick auf die angeführte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes keine grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Wien, am 20. November 2017