



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des H.N., T., S.Str. 5, vertreten durch Dr. H.B., Rechtsanwalt, V., P.G. 8/1, vom 8. August 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes S., vertreten durch Mag. M., vom 13. Juli 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 13. Juli 2009 den Berufungswerber (im Folgenden: Bw.) zur Zurückzahlung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe in Höhe von € 654,50 und Kinderabsetzbeträge in Höhe von € 203,60, insgesamt € 858,10, auf. Dabei handelt es sich um die Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli bis Oktober 2008. Begründend führte das Finanzamt aus, dass sein Sohn D im maßgeblichen Zeitraum nicht im Haushalt des Bw. haushaltsgerecht war und daher die Familienbeihilfe zurückzuzahlen ist.

In der dagegen erhobenen Berufung vom 8. August 2008 weist der Bw. darauf hin, dass sein Sohn D. im maßgeblichen Zeitraum seinen Hauptwohnsitz an seinem Wohnsitz gehabt habe, von ihm verköstigt und bei ihm die Wäsche gewaschen worden sei. Er habe bezüglich dieses Zeitraumes auch einen Termin beim Bezirksgericht gehabt und ergäbe sich daraus, dass er ab 1. Juli 2008 auf die jeweiligen Alimentationszahlungen der Mutter verzichte, jedoch die FB und

die KG weiterhin beziehe. Es habe seit Oktober 2008 bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt auch keinen mehrtägigen Aufenthalt des Sohnes bei seiner Mutter mehr gegeben.

Im Protokoll des Bezirksgerichtes I. vom 4. März 2009 gab Sohn D. in Gegenwart seines Vaters (Bw.) und seiner Mutter wörtlich, wie folgt, zu Protokoll:

„Ich habe mich im Zeitraum von Juli bis Oktober 2008 in etwa zu 90% bei meiner Mutter aufgehalten. Meine Mutter hat in dieser Zeit für mich gekocht und meine Wäsche gewaschen. Ich bin jedoch auch in dieser Zeit ab und zu meinem Vater gegangen, dies war mehr oder weniger am Abend nach der Arbeit, wo ich dann mit meinen Freunden in seiner Werkstätte Bastelarbeiten verrichtet habe. Hier und da habe ich auch bei der väterlichen Großmutter gegessen. Ab und zu habe ich auch dort genächtigt, aber eher selten.“

Ich befinde mich nun seit Anfang Juli 2008 im 2. Lehrjahr und verfüge seit diesem Zeitpunkt über eine Nettolehrlingsentschädigung in Höhe von ca. € 570,-- vierzehnmal jährlich.

Der Vater H.N. gibt an, dass er mit einer Einstellung der Geldunterhaltsverpflichtung der Mutter im Zeitraum vom 1.7. bis 31.10.2008 einverstanden ist. Er erklärt sich aber nicht bereit, für diesen Zeitraum an die Mutter einen Unterhaltsbetrag für den mj. D. zu bezahlen, zumal ihm in diesem Zeitpunkt die Unterhaltsfixkosten verblieben sind und sich sein Sohn auch teilweise bei ihm aufgehalten hat. Er gibt weiters an, dass er in diesem Zeitraum auch die Familienbeihilfe für D. bezogen hat.

Die Mutter hält ihren Antrag, nämlich den Vater H.N. für den Zeitraum 1.7.2008 bis 31.10.2008 zur Leistung eines monatlichen Unterhaltsbetrages von € 65,-- für D. zu verhalten, vollinhaltlich aufrecht.

Der Vater gibt nochmals an, dass er nicht bereit ist, in diesem Zeitraum einen Unterhaltsbetrag für D. an die Mutter zu bezahlen und beantragte daher die Abweisung dieses Antrages.

Die Eltern, wie auch D. geben gemeinsam an, dass sich dieser nunmehr seit Anfang November wiederum hauptsächlich bei seinem Vater aufhält.“

Das Finanzamt wies mit Berufungsvorentscheidung vom 30. September 2009 die Berufung als unbegründet ab. Dabei ging es unter Zugrundelegung des Protokolls des Bezirksgerichtes I. vom 4. März 2009 davon aus, dass sich der Sohn D im maßgeblichen Zeitraum zu 90% im Haushalt seiner Mutter aufgehalten habe.

Im Vorlageantrag vom 30. Oktober 2009 beantragt der Bw. die Entscheidung durch die Abgabenbehörde II. Instanz. Inhaltlich führte der Rechtsvertreter des Bw. aus:

„Die Aussagen des Sohnes D im Protokoll vom 04.03.2009 werden vom Kindesvater bestritten. D. gehörte auch in der Zeit von Juli bis Oktober 2008 zum Haushalt des Kindesvaters H.N. und hat bei einheitlicher Wirtschaftsführung im Haushalt des H.N. gewohnt. Er hat auch in der Zeit von Juli bis Oktober 2008 sich nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung bei seiner Mutter aufgehalten. Dadurch geht die Haushaltsgeselligkeit zum Haushalt des Kindesvaters nicht verloren. Die Unterhaltsregelung wurde vom Kindesvater nur deswegen getroffen, damit die Gerichtsverfahren endlich einmal beendet wurden.“

Im Ergänzungsschriftsatz vom 30. März 2010 wurde wie folgt vorgebracht:

„Der gerichtliche Beschluss, der dem Rückzahlungsbescheid zu Grunde gelegt wurde, bezieht sich auf Unterhaltszahlungen und Obsorgevereinbarung. Die Rückerstattung der Familienbeihilfe ist nicht Gegenstand dieses Beschlusses und des gerichtlichen Verfahrens.“

Es ist unzutreffend, dass der mj. D während des in Rede stehenden Zeitraumes bei seiner Mutter lebte. Die Berufungsvorentscheidung ist daher unrichtig. Dies ohne Ermittlungsverfahren. Die Aussage des mj. D im gerichtlichen Verfahren, bei dem es nicht um die Rückzahlung der Familienbeihilfe ging, ist unrichtig. Diese Aussage ist für das gegenständliche finanzbehördliche Verfahren nicht bindend. Ein finanzbehördliches Ermittlungsverfahrens kann nicht durch ein gerichtliches Protokoll eines anderen Verfahrens ersetzt werden. Im gerichtlichen Verfahren wurde die Aussage des mj. D nicht angefochten, weil H.N. damals auf die rückständigen Alimente und laufende Alimente „guten Willens“ verzichtet hat, was von Frau M beim BG I. bezeugt werden kann.

Der mj. D hat von Juli bis Oktober im Haushalt des H.N. in T, A.Str. 5, gewohnt und sich dort aufgehalten.

Vom 04. Juli bis 19. Juli war H.N. mit seiner Familie auf Urlaub. Der mj. D wurde von der Mutter des H.N. versorgt, und zwar auch dann, als H.N. wieder zu Hause anwesend war. Bei der Rückkehr gab es sogar ein gemeinsames „Spaghetti-Essen“.

Der mj. D arbeitet als Motorradmechaniker bei der Firma G in I.. Zu dieser Zeit hatte er keinen Motorradführerschein und musste damals vom Großvater, von der Großmutter oder vom Vater von der Arbeit nach Hause abgeholt werden. Seine Mutter tat dies nicht, da sie arbeitete.

Im Sommer 2008 reparierte D sehr viele Motorräder (oft bis spät am Abend, und zwar im Haushalt seines Vaters H.N.). Sein Hobby ist Motorrad fahren, seine Großmutter brachte ihn oft (mit dem Anhänger für Motorrad) zum Training nach Ö..

Ab September 2008 war D dann immer bei seinem Vater. Mitte September sollte er seinen Mopedführerschein wieder zurückbekommen. Leider kam es zum „L.-Kirchtag“ am 15.09.2008 zu einem Vorfall mit der Polizei. Er reparierte sein Moped, testete es, wurde von der Polizei verfolgt. Es kam zu einem Unfall. Die Ehegattin von H.N., Frau G.B., brachte D ins LKH Villach, wo er verarztet wurde.“

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Die hier anzuwendenden Rechtsvorschriften des FLAG (Familienlastenausgleichsgesetz) lauten auszugsweise wie folgt:

§ 2 FLAG:

*“(1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,*

*“(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat 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.*

*“(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.*

.....

Im Sinne des § 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 oder nicht.

Das Beweisverfahren wird vor allem vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung beherrscht (§ 167 BAO). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln (keine gesetzliche Rangordnung, keine formalen Regeln) gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen.

Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (Ritz, BAO-Kommentar, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN).

Im vorliegenden Sachverhalt geht der Referent in freier Beweiswürdigung von folgendem Sachverhalt aus:

- Sohn D ist im Jahr 2008 ununterbrochen am Hauptwohnsitz des Bw. (Vater) meldebehördlich gemeldet;
- er befindet sich ab 1. Juli 2008 im 2. Lehrjahr und erhält eine monatliche Lehrlingsentschädigung in Höhe von € 570,00 14mal/jährlich;
- im Protokoll des Bezirksgerichtes vom 4. März 2009 geben die Mutter und der Sohn *übereinstimmend* an, dass D im Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Oktober 2010 zu 90% im Haushalt der Mutter gelebt hat;
- in dieser Zeit bastelt er öfters nach der Arbeit mit Freunden in der Werkstatt seines Vaters;
- der Bw. gibt ausdrücklich an, dass sich D in diesem Zeitraum *teilweise* auch bei ihm aufgehalten hat und er sich seit November 2008 wieder hauptsächlich bei ihm aufhält;
- die Mutter beantragt rückwirkend für den Zeitraum Juli bis Oktober 2008 Familienbeihilfe und wird diese zuerkannt und ausbezahlt.

Im Vorlageantrag gibt der Bw. an, dass die Aussage des Sohnes vor dem Bezirksgericht, er habe überwiegend zu 90% im Haushalt der Mutter gewohnt, unrichtig wäre. Ein Protokoll vor einem Bezirksgericht ersetze nicht ein finanzbehördliches Ermittlungsverfahren.

---

Diesem Vorbringen wird entgegnet, dass die Mutter und der Sohn am 4. März 2009 gemeinsam anwesend, übereinstimmend vor dem Bezirksgericht ausgesagt haben, dass D im Zeitraum Juli bis Oktober 2008 überwiegend im Haushalt der Mutter gewohnt und gelebt hat.

Der Bw. war im Verfahren vor dem Bezirksgericht ebenfalls anwesend und hat diese Aussage weder bestritten noch widerlegt. Dementsprechend erklärte sich der Bw. auch ausdrücklich mit der Einstellung der Geldunterhaltsverpflichtung der Mutter für diesen Zeitraum einverstanden. Schließlich gab der Bw. selbst wörtlich vor dem Bezirksgericht an, dass sich sein Sohn in diesem Zeitraum lediglich „teilweise bei ihm aufgehalten hat“.

Dazu stellt der Referent beim Unabhängigen Finanzsenat in freier Beweiswürdigung fest, dass die zeitnahen Angaben des Bw., des Sohnes und der Mutter vor dem Bezirksgericht am 4. März 2009 als wahrscheinlicher zutreffend gewürdigt werden, als die nunmehrige Behauptung, D habe vor dem Bezirksgericht unrichtige Angaben gemacht.

Das gesamte Berufungsvorbringen, D habe vor dem Bezirksgericht unrichtig ausgesagt, steht insofern völlig im Widerspruch zu den Erklärungen des Bw., des Sohnes und der Mutter im Verfahren über die Verpflichtung zur Leistung von Geldunterhalt. Es stellt sich überhaupt die Frage, warum D vor dem Bezirksgericht unrichtige Angaben hätte machen sollen.

Schließlich hat aufgrund dieser übereinstimmenden Angaben vor dem Bezirksgericht, der Bw. auf die Leistung des Geldunterhaltes (für die Monate Juli bis Oktober) durch die Mutter verzichtet. Durch die nunmehrige Behauptung, die Aussagen vor dem Bezirksgericht seien unrichtig, erscheint diesem Verzicht jegliche Grundlage entzogen.

Im Protokoll vor dem Bezirksgericht gab der Sohn auch an, dass er in dieser Zeit überwiegend von der Mutter verköstigt wurde und die Mutter seine Wäsche gewaschen hat.

Soweit der Bw. meint, sein Sohn habe öfters nach seiner täglichen Arbeit in seiner Werkstatt Motorräder repariert, wird darauf hingewiesen, dass dieser Umstand nichts an der Frage der Haushaltzugehörigkeit zum Haushalt seiner Mutter für diesen Zeitraum ändert, weil er sich in diesen Monaten in diesem Haushalt unter einheitlicher Wirtschaftsführung aufgehalten hat.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es nach der Rückkehr des Bw. aus dem Urlaub Juli 2008 bei der Großmutter (Mutter des Vaters) ein „Spaghetti-Essen“ gegeben hat.

Zum Vorbringen, sein Sohn sei im Jahre 2008 ununterbrochen bei ihm gemeldet gewesen, wird darauf hingewiesen, dass nach ständiger Rechtsprechung bei der Beurteilung der Haushaltzugehörigkeit eines Kindes nach § 2 Abs. 5 FLAG die polizeilichen Meldedaten lediglich Indizwirkung haben. Maßgeblichen sind im vorliegenden Fall die vom Bw., dem Sohn

und der Mutter im Protokoll vor dem Bezirksgericht angegebenen tatsächlichen Verhältnisse zur Haushaltzugehörigkeit des Sohnes D zum Haushalt seiner Mutter.

Schließlich gab der Bw. im Protokoll selbst an, dass sich sein Sohn erst seit November 2008 wieder hauptsächlich bei ihm aufhalte und vorher lediglich teilweise bei ihm aufgehalten habe. Aus dieser Angabe leitet sich schlüssig denklogisch ab, dass sein Sohn D im maßgeblichen Zeitraum nicht dem Haushalt des Bw. zugehörig war.

Das gesamte Berufungsvorbringen steht somit im Widerspruch zu den übereinstimmenden Angaben aller Beteiligten vor dem Bezirksgericht am 4. März 2009. Der Referent beim Unabhängigen Finanzsenat gelangt daher zu der Überzeugung, dass die zeitnahen – vom Bw. unwidersprochen gebliebenen – Angaben der Mutter und des Sohnes im Protokoll vom 4. März 2008, D habe sich im maßgeblichen Zeitraum hauptsächlich im Haushalt seiner Mutter und lediglich „*teilweise bei ihm*“ aufgehalten mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zutreffend sind. Die nunmehrigen Angaben des Vaters stehen im Widerspruch zu diesen Angaben und schließlich zu der eigenen Aussage, wonach sich D lediglich „*teilweise auch bei ihm*“ aufgehalten hätte und erst seit November 2008 wieder hauptsächlich bei ihm aufhalte.

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass die Mutter für den betreffenden Zeitraum Familienbeihilfe für den mj. D beantragt hat und ihr diese auch gewährt wurde.

Klagenfurt am Wörthersee, am 31. Mai 2010