



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Waltraute Steger, 4020 Linz, Landstr. 22, vom 16. Februar 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 24. Jänner 2005 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für das Kind M., für die Zeit von 1.1.2003 bis 31.7.2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Im Schriftstück, das beim Finanzamt Grieskirchen Wels am 23.10.2003 einlangte, wird vom minderjährigen Sohn der Berufungswerberin bestätigt, dass er schon seit Ende Dezember bei seinem Vater wohne. Er werde auch weiterhin bei seinem Vater wohnen und bei einer Firma arbeiten.

Mit Schriftstück vom 23.4.2004 erklärte das Kind, es möchte seinem Schreiben noch Folgendes hinzufügen. Im Schuljahr 2002/2003 habe der Sohn der Berufungswerberin die Hauptschule y und zwar die Ganztagsessschule besucht. Am 9.10.2003 habe ihn sein Vater bei sich in x wohnhaft gemeldet. Bis 8.10.2003 sei er bei seiner Mutter in y gemeldet gewesen. Während des Schuljahres habe er fallweise sowohl bei seiner Mutter als auch bei seinem Vater in x gewohnt. Auch die Ferien habe er bei seinem Vater verbracht. Er wisse, dass sich seine Mutter mit seinem Vater dahingehend geeinigt habe, dass die Mutter die finanziellen Aufwendungen wie Schule, teils Essen und Kleidung weiterhin tragen werde, wenn er längere Zeit bei seinem Vater sei. Dies habe sie auch getan. Sie habe seinem Vater für ca. 2 Monate

auch ihr Auto überlassen, damit dieser ihn in die Schule bringen und wieder abholen könne. Sein Vater habe seiner Mutter auch das Versprechen gegeben, keine finanziellen Rückforderungen zu stellen, da es auf freiwilliger Basis passiere.

Auf Grund eines Vorhaltes des Finanzamtes Linz erklärte die Berufungswerberin mit Schreiben vom 6.5.2004, ihr Sohn habe im Schuljahr 2002/2003 die Hauptschule I in y besucht und sei auch bei ihr bis 8.10.2003 gemeldet gewesen. Er habe die Ganztagschule besucht. Sie habe mit dem Kindesvater eine Vereinbarung dahingehend getroffen, dass er den Sohn fallweise auch während des Schuljahres zu sich holen könne und dieser sich auch bei ihm aufhalten dürfe, damit sich ihr Sohn nach dem Umzug von J. nach y besser eingliedern könne, weil er große schulische Probleme gehabt habe. Die Berufungswerberin habe mit dem Kindesvater auch vereinbart, etwaige Kosten (Schule, Kleidung, Verpflegung usw.) für ihren Sohn weiterhin zu übernehmen und habe ihm auch ein Auto für Fahrten zwischen x und y zur Verfügung gestellt. Der Kindesvater habe ihr und ihrem Sohn versichert, auf irgendwelche Geldrückforderungen zu verzichten, da es ihm allein um das Wohl des Kindes gehen würde. Vorgelegt wurde auch eine Schulbesuchsbestätigung für das Schuljahr 2002/2003 der Hauptschule y 1.

Vom Finanzamt x wurde eine Vereinbarung über die Unterhaltsleistung für den Sohn der Berufungswerberin vom 25.5.2004 übermittelt, zu welcher die Berufungswerberin vom Finanzamt Linz zu einer Stellungnahme aufgefordert wurde. Aus dieser Vereinbarung, abgeschlossen zwischen der Berufungswerberin und dem Kindesvater, geht hervor, dass die Berufungswerberin Unterhaltszahlungen für ihren minderjährigen Sohn in der monatlich gleichbleibenden Höhe von € 130.- bis 28.2.2007 leiste. Für die Zeit vom 1.1.2003 bis 31.5.2004 stelle der Kindesvater keine Unterhaltsforderung bzw. Rückforderung. Von der Berufungswerberin wurde handschriftlich vermerkt, dass mit dem Kindesvater am 26.5.2004 folgende Korrektur telefonisch vereinbart worden sei: Zeitraum 1.9.2003 bis 31.5.2004.

In der Stellungnahme vom 15.9.2004 teilte die Berufungswerberin mit, dass die Vereinbarung bezüglich der Unterhaltsleistung laut Jugendamt rechtsungültig sei. Eine Unterhaltsvereinbarung erlange nur mit schriftlicher Genehmigung des Jugendamtes Wirksamkeit. Eine diesbezügliche Vereinbarung liege dem Jugendamt bereits vor. Da jedoch der Unterhaltsbetrag noch geprüft werde, erhalte sie die Niederschrift erst Ende September. Der Kindesvater sei von ihr bereits am Tag nach der schriftlichen Vereinbarung davon in Kenntnis gesetzt worden, dass diese Vereinbarung nicht gültig sei, da das Datum 1.1.2003 bis 31.5.2004 (richtig: 1.9.2003 bis 31.5.2004) zwecks Rückforderung nicht stimme und sie vom Jugendamt von der Ungültigkeit erfahren habe. Der Kindesvater habe der Berufungswerberin mitgeteilt, dass er das Datum richtig stellen werde und sich ebenfalls mit dem Jugendamt in

Verbindung setzen werde.

Der Sohn habe nur fallweise bei seinem Vater gewohnt, da er ja die Schule in y besucht habe. Die gesamten Kosten (Kleidung, Schule, Nahrung, etc.) seien weiterhin von ihr übernommen worden. Kosten, die der Kindesvater für ihren Sohn ausgegeben habe, seien von ihr ersetzt worden. Erst mit Beginn der Lehrzeit am 1.9.2004 habe das Kind bei seinem Vater gewohnt.

Mit Schreiben vom 24.11.2004 teilte die Berufungswerberin auf Anfrage des Finanzamtes mit, dass ihr eine Kopie der Niederschrift vom Jugendamt nicht ausgehändigt worden sei. Die beigelegte schriftliche Vereinbarung über die Höhe der gesetzlichen Unterhaltsleistung für ihren Sohn bezieht sich erst auf die Zeit ab 1.6.2004.

Vom Finanzamt Grieskirchen Wels wurde dem Finanzamt Linz am 19.1.2005 mitgeteilt, dass der Kindesvater darauf bestehe, dass die Familienbeihilfe ihm zustehe, weil sich sein Sohn schon seit Dezember 2002 bei ihm aufhalte. Vorgelegt sei auch ein Beschluss des Bezirksgerichtes vom 20.7.2004 worden, aus dem ersichtlich sei, dass sich das Kind bereits seit Ende 2002 beim Vater aufhalte.

Das Finanzamt Linz hat in der Folge mit Bescheid vom 24.1.2005 die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Sohn der Berufungswerberin für die Zeit von 1.1.2003 bis 31.7.2003 in Höhe von insgesamt € 1.272,60 unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz zurückgefördert.

Laut Beschluss des zuständigen Bezirksgerichtes befindet sich der Sohn der Berufungswerberin seit Ende 2002 ständig im Haushalt des Kindesvaters. Somit sei er bei der Berufungswerberin nicht mehr haushaltsgerechtig.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird im Wesentlichen damit begründet, dass das Kind selbst in dem bereits vorgelegten Schreiben bestätige, dass es im Schuljahr 2002/2003 in y die Ganztagschule besucht habe. Ein ausschließlicher oder auch nur überwiegender Aufenthalt des Kindes seit 2002 bei seinem Vater, der in x wohne, sei daher gänzlich unmöglich.

Selbstverständlich habe sich das Kind zu Besuchszwecken auch bereits 2002 immer wieder vorübergehend, meist an den Wochenenden und teilweise in den Ferien, bei seinem Vater aufgehalten. Auch in den Zeiten, in denen sich der Minderjährige bei seinem Vater aufgehalten habe, sei die Berufungswerberin für seine Bedürfnisse (Kleidung, Schulsachen, Verpflegung) zur Gänze aufgekommen, da der Vater auf Grund langer Arbeitslosigkeit und seiner entsprechend schlechten finanziellen Situation dazu nicht in der Lage gewesen wäre. Erst mit Beginn der Lehre im Oktober 2003 sei das Kind ganz zu seinem Vater übersiedelt. Entsprechend sei zu diesem Zeitpunkt die Ummeldung erfolgt.

Da die Berufungswerberin für ihren Sohn im Zeitraum 1.1.2003 bis 31.7.2003 mit der Obsorge

betraut gewesen sei, dieser in ihrem Haushalt gelebt habe und sie für seinen Unterhalt aufgekommen sei, habe sie Anspruch auf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag gehabt.

Der Berufung beigelegt wurde auch das Protokoll des zuständigen Bezirksgerichtes vom 21.4.2004. Im Wesentlichen erklärte die Berufungswerberin zum Aufenthalt ihres Sohnes darin, dass dieser nunmehr bei seinem Vater wohne. Seit 9.10.2003 sei er dort gemeldet. Die Weihnachtsferien 2002/2003 habe er bei seinem Vater verbracht. In der restlichen Schulzeit des Schuljahres 2003 sei er etwa die Hälfte bei ihr und die andere Hälfte beim Kindsvater, darüberhinaus auch jedes zweite Wochenende beim Kindsvater gewesen, weil das Besuchsrecht so geregelt gewesen sei. Die gesamten Sommerferien 2003 sei das Kind wiederum bei seinem Vater gewesen. Im September 2003 bis zu Beginn der Lehre würde sie sagen, dass ihr Sohn wiederum etwa die Hälfte bei ihr, die andere Hälfte beim Kindsvater verbracht habe. Seit er die Lehre begonnen habe, sei er ausschließlich beim Kindsvater.

Weiters vorgelegt wurde auch eine Erklärung des Lebensgefährten der Berufungswerberin. Im Wesentlichen erklärt dieser zum Aufenthalt des Kindes, dass mit dem Kindsvater das Abkommen getroffen worden sei, dass dieser den Sohn der Berufungswerberin fallweise am Abend von der Schule abhole und ihn morgens wieder zur Schule bringe. Da der Kindsvater jedoch kein Fahrzeug zur Verfügung gehabt habe, sei weiters vereinbart worden, dass er das Fahrzeug der Berufungswerberin benutzen könne. Das Kind sei aber nicht ständig bei seinem Vater gewesen. Die Berufungswerberin habe zur Gänze sämtliche Zahlungen für die Schule übernommen. Auch könne sich der Lebensgefährte nicht erinnern, dass der Kindsvater jemals einen Cent für die Kleidung des Kindes aufgewendet habe.

Der Kindsvater führt in einem Schreiben vom 17.3.2005 an, er reiche Unterlagen nach, aus denen hervorgehe, dass sein Sohn schon seit Jänner 2003 bei ihm gewohnt und gelebt habe. Im Auszug aus seiner Schulzeit würde man sehen, dass der Kindsvater ab Jänner 2003 auch seine Hausübungen unterschrieben habe.

Aus dem ebenfalls übermittelten Beschluss des Bezirksgerichtes vom 20.7.2004 geht hervor, dass die Kindeseltern bis Jänner 1997 in Lebensgemeinschaft gelebt hätten. Nach der Trennung sei der Minderjährige bei seiner Mutter geblieben. Seit etwa Ende 2002 halte er sich nunmehr beim Kindsvater auf. Polizeilich gemeldet sei er erst seit 1.9.2003. An diesem Tag habe er die Lehre als KFZ-Techniker begonnen. Er werde auch künftig bei seinem Vater wohnen.

Am 12.4.2005 ersuchte das Finanzamt die Berufungswerberin eine detaillierte Aufstellung vorzulegen, aus der hervorgehe, wann sich ihr Sohn in der Zeit vom 1.1.2003 bis 31.7.2003 in ihrem Haushalt aufgehalten habe und wann beim Vater.

Die bevollmächtigte Vertreterin der Berufungswerberin teilte mit Schreiben vom 28.4.2005 mit, dass es der Berufungswerberin nach nunmehr 2 Jahren nicht mehr möglich sei, eine wahrheitsgetreue und genaue Aufstellung über die Aufenthaltszeiten ihres Sohnes darzulegen. Es werde daher ein Schreiben übermittelt, mit dem auch ihr Sohn bestätige, dass er sich im fraglichen Zeitraum überwiegend bei seiner Mutter aufgehalten habe.

Dieses Schreiben hat folgenden Inhalt:

"Ich berufe mich auf die ihnen bekannten Angaben, die ich und mein Sohn (Name wird angeführt) bereits getätigten haben. Eine tageweise Aufzeichnung über den Aufenthalt meines Sohnes ist nach 2 Jahren unmöglich und kann somit in ihrer Art nicht glaubwürdig sein. Mein Sohn (Name angeführt) schließt sich dieser Meinung an und kann ebenfalls keine genauen Angaben zu dieser Aufzeichnung machen. Das Kind (Name genannt) hielt sich vom Jänner 2003 bis zum Ende des Schuljahres 2002/2003 überwiegend am gemeldeten Wohnort auf."

In zwei noch im Akt befindlichen Schreiben des Kindesvaters (eingelangt beim Finanzamt am 13.4.2005 und 2.5.2005) erklärt dieser im Wesentlichen zum Aufenthalt seines Sohnes, dieser habe in der Zeit vom 27.12.2002 bis 31.7.2003 schon ständig bei ihm gelebt. Nach den Weihnachtsferien 2002/2003 habe der Kindesvater seinen Sohn täglich von x nach y in die Schule gefahren und nach Schulende täglich wieder abgeholt. Sein Sohn habe jedes zweite Wochenende bei seiner Mutter in y verbracht. Diese Regelung sei bis heute beibehalten worden. Im Februar habe das Kind einmal unter der Woche bei seiner Mutter bleiben müssen. In den Osterferien sei der Sohn bis auf ein Wochenende auch beim Kindesvater gewesen. In den Sommerferien sei er zwei Wochen (Ende August) bei seiner Mutter gewesen.

Das Finanzamt hat die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 18.5.2005 als unbegründet abgewiesen. Das Kind sei im Berufungszeitraum bei der Berufungswerberin gemeldet gewesen und sie sei für ihn obsorgeberechtigt gewesen. Der Sohn habe im Schuljahr 2002/2003 die Hauptschule in y als Ganztagschule besucht und sei regelmäßig zur Berufungswerberin zum Mittagessen gekommen. Nach der Schule sei er jedoch vom Vater abgeholt worden und habe in seinem Haushalt in x gelebt. Der Vater habe ihn täglich von x zur Schule in y gebracht. Laut Beschluss des Bezirksgerichtes vom 20.7.2004 habe sich der Sohn bereits seit Ende 2002 beim Vater aufgehalten. Ab Jänner 2003 seien die Hausübungen nicht mehr von der Berufungswerberin, sondern vom Vater unterschrieben worden. Auf Grund der vorliegenden Unterlagen könne davon ausgegangen werden, dass ab Jänner 2003 keine Haushaltsgehörigkeit des Kindes bei der Berufungswerberin gegeben war, sondern dass dieser beim Vater haushaltsgehörig war.

Mit Schriftstück vom 13.6.2005 wurde die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde II. Instanz beantragt.

Aus dem Beschluss des Landesgerichtes XX, betreffend die für den Zeitraum Jänner 2003 bis August 2003 zu Unrecht gewährten Unterhaltsvorschüsse geht bezüglich des Aufenthaltes des Sohnes der Berufungswerberin Folgendes hervor (Seite 8 und 9 des Beschlusses):

"Abgesehen davon, dass der Vater V. mehrfach unmissverständlich deponierte, dass MM. seit 29.12.2002 bei ihm lebt und er ihn dann täglich von x nach y in die Schule fuhr und auch wieder abholte (ON.) und diese Aussagen auch in den Erhebungsergebnissen der Bezirkshauptmannschaft x Deckung finden (O.), sprechen für die Feststellung des Erstgerichtes insbesondere der vom Vater dem Erstrichter im Original vorgelegte Hausübungsplan des Minderjährigen, der ab Jänner 2003 ausschließlich vom Vater V. unterschrieben wurde (AS) und ferner die vom Vater vorgelegte "Vereinbarung Unterhaltsleistung für OB." vom 25.5.2004, welche sowohl vom Vater als auch von der Mutter unterfertigt wurde und wonach V. für den Zeitraum 1.1.2003 bis 31.5.2004 auf Unterhalt für MM. verzichtete (A.). Diese Unterhaltsvereinbarung ist auch ein wichtiges Indiz für die Richtigkeit der Angaben des Vaters, da eine Geldunterhaltsverpflichtung der Mutter grundsätzlich ja nur dann bestand, wenn das Kind ab 1.1.2003 im Haushalt des Vaters betreut wurde. Andernfalls wäre ein Verzicht des Vaters auf Geldunterhaltsleistungen der Mutter für den Zeitraum ab 1.1.2003 ja gar nicht notwendig gewesen. Nur wenn MM. seit 29.12.2002 tatsächlich beim Vater lebte, ergibt die Befreiung der Mutter von Geldunterhaltsleistungen ab 1.1.2003 nämlich einen Sinn (§ 140 Abs. 2 ABGB). Die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen sind daher nicht zu beanstanden, zumal sie im Wesentlichen auch in den Angaben von OB. Deckung finden, gab doch auch dieser vor dem Erstgericht an, seit Dezember 2002 beim Vater zu leben und sich anschließend nur mehr tageweise bzw. besuchsweise bei der Mutter aufzuhalten zu haben (N.)."

Dies wurde der Berufungswerberin vom unabhängigen Finanzsenat mit Vorhalt vom 3.4.2006 mit dem Ersuchen um Stellungnahme zur Kenntnis gebracht.

Im Schreiben vom 26.4.2006 führt die Berufungswerberin dazu an, dass dem Landesgericht vom Vater eine Unterhaltsvereinbarung vorgelegt worden sei, die keine Gültigkeit habe. Diese Vereinbarung sei am 26.5.2004 widerrufen worden, da ein falscher Zeitraum angeführt worden sei. Diesen Umstand habe die Berufungswerberin auch dem Kindesvater telefonisch mitgeteilt und eine Kopie des Schreibens mit dem Vermerk "ungültig" zugesandt. Weiters habe sie auch auf die Unmöglichkeit des Verzichts auf Unterhaltsleistungen hingewiesen. Der Kindesvater habe dies zur Kenntnis genommen.

Es treffe auch nicht zu, dass sich ihr Sohn gänzlich beim Vater befunden habe. Es werde auch im Schreiben vom 22.4.2005 von ihrem Sohn bestätigt, dass er überwiegend bei ihr gelebt habe. Auch dieses Schreiben sei nicht beim Landesgericht aufgelegen.

Es sei auch nicht richtig, dass alleine der Vater die Hausübungspläne unterzeichnet habe,

sondern diese habe sie genauso unterschrieben. Dass der Vater nun nur diejenigen vorgelegt habe, wo er unterschrieben habe, sei klar. Er könnte diese Pläne ja auch nachträglich unterschrieben haben. Da auch jegliche Unterlagen beim Vater liegen würden, sei es der Berufungswerberin auch unmöglich, an diese zu gelangen, um zu beweisen, dass auch sie diese Pläne unterschrieben habe.

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

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, 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.

Für die Beurteilung der Haushaltzugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (vgl. Erkenntnis des VwGH vom 22.10.1971, Z. 336/70).

Aus dem Beschluss des Landesgerichtes XX, betreffend die für den Zeitraum Jänner 2003 bis August 2003 zu Unrecht gewährten Unterhaltsvorschüsse geht bezüglich des Aufenthaltes des Sohnes der Berufungswerberin Folgendes hervor (Seite 8 und 9 des Beschlusses):

"Abgesehen davon, dass der Vater V. mehrfach unmissverständlich deponierte, dass MM. seit 29.12.2002 bei ihm lebt und er ihn dann täglich von x nach y in die Schule fuhr und auch wieder abholte (ON.) und diese Aussagen auch in den Erhebungsergebnissen der Bezirkshauptmannschaft x Deckung finden (O.), sprechen für die Feststellung des Erstgerichtes insbesondere der vom Vater dem Erstrichter im Original vorgelegte Hausübungsplan des Minderjährigen, der ab Jänner 2003 ausschließlich vom Vater V. unterschrieben wurde (AS) und ferner die vom Vater vorgelegte "Vereinbarung Unterhaltsleistung für OB." vom 25.5.2004, welche sowohl vom Vater als auch von der Mutter unterfertigt wurde und wonach V. für den Zeitraum 1.1.2003 bis 31.5.2004 auf Unterhalt für MM. verzichtete (A.). Diese Unterhaltsvereinbarung ist auch ein gewichtiges Indiz für die Richtigkeit der Angaben des Vaters, da eine Geldunterhaltsverpflichtung der Mutter grundsätzlich ja nur dann bestand, wenn das Kind ab 1.1.2003 im Haushalt des Vaters betreut wurde. Andernfalls wäre ein Verzicht des Vaters auf Geldunterhaltsleistungen der Mutter für den Zeitraum ab 1.1.2003 ja gar nicht notwendig gewesen. Nur wenn MM. seit 29.12.2002 tatsächlich beim Vater lebte, ergibt die Befreiung der Mutter von Geldunterhaltsleistungen ab 1.1.2003 nämlich einen Sinn (§ 140 Abs. 2 ABGB). Die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen sind daher nicht zu beanstanden, zumal sie im Wesentlichen auch in den

Angaben von OB. Deckung finden, gab doch auch dieser vor dem Erstgericht an, seit Dezember 2002 beim Vater zu leben und sich anschließend nur mehr tageweise bzw. besuchsweise bei der Mutter aufgehalten zu haben (N.)."

Von diesem Sachverhalt ist unter Berücksichtigung aller vorliegender Unterlagen auch im Berufungsverfahren betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge auszugehen. Weitere Nachweise, aus denen sich eindeutig Gegenteiliges ableiten ließe, konnten von der Berufungswerberin nicht beigebracht werden. Die von ihr angeführte Korrektur der Unterhaltsvereinbarung vom 26.5.2004 wurde lediglich durch handschriftlichen Vermerk festgehalten, jedoch vom Kindesvater nicht gegengezeichnet. Demnach war der Sohn der Berufungswerberin jedenfalls ab Ende Dezember 2002 nicht mehr bei der Berufungswerberin, sondern beim Kindesvater haushaltszugehörig. Folglich wurden aber die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge (§ 33 Abs. 4 Z 3a Einkommensteuergesetz 1988) im Berufungszeitraum zu Unrecht gewährt.

Hinsichtlich des Ersuchens um Abstandnahme von der Rückforderung ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Abstandnahme von der Rückforderung um eine Maßnahme der Dienstaufsicht handelt und deshalb weder ein Rechtsanspruch darauf besteht noch die Möglichkeit eines Rechtsmittels, wenn die Abgabenbehörde einem solchen Begehrten der Partei nicht Rechnung trägt. Das bedeutet jedoch nicht, dass der Partei damit jede Möglichkeit der Rechtsverfolgung genommen ist. Kommt es nämlich zu einer Rückforderung des Überbezuges, so kann eine Nachsicht gemäß § 236 der Bundesabgabenordnung bei Vorliegen der Voraussetzungen in einem ordentlichen Verfahren erwirkt werden, wodurch derselbe Erfolg wie im Falle der Abstandnahme von der Rückforderung erreicht wird.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 22. Juni 2006