



GZ. RV/3520-W/02

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum November 1999 bis Jänner 2000 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Die getroffenen Feststellungen sind dem Ende der folgenden Entscheidungsgründe zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

### **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 Bescheid vom 30. Jänner 2002 forderte das Finanzamt die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für den Sohn der Bw. mit der Begründung zurück, der Sohn sei im Zeitraum 1.11.1999 bis 31.1.2000 dem Haushalt des KV zugehörig gewesen.

In ihrer Berufung gibt die Bw. an, der Sohn habe sich von den 92 Tagen an insgesamt 55 Tagen in ihrem Haushalt aufgehalten (15 Tage im November, 18 im Dezember und 22 im Jänner). Weiters habe sie diverse Ausgaben für das Kind getragen (z.B. Taschengeld, Snowboard und Snowboardkurs, Kleidung, Brille, Schulsachen und Handywertkarte).

Neben der beantragten Einvernahme des Kindes widerspricht die Bw. der Annahme, das Kind sei lediglich 1 bis 2 mal bei der Mutter gewesen, weil beide Elternteile mit dem Kind lernten.

Darüber hinaus sei das Kind immer in ihrem Haushalt gemeldet gewesen. Sie habe das Sorgerecht für das Kind und sei nie mit dem oft unbeaufsichtigten Aufenthalt beim Vater einverstanden gewesen.

Mit Berufungsvorentscheidung wies das Finanzamt die Berufung unter Hinweis auf einen Beschluss des BGB vom 19.2.2001, auf das Schreiben der BHB vom 20.1.2000, das Protokoll des BGP vom 30.11.199 und auf das Protokoll des BGB vom 29.6.2000 ab. Den Unterlagen zufolge habe sich das Kind freiwillig für einen Aufenthalt beim Vater entschieden. Von diesem Entschluss, sei das Kind anlässlich eines Hausbesuches einer Sozialarbeiterin am 19.1.2000 wieder abgekommen und zur KM gezogen. Der Sohn sei überwiegend vom KV betreut worden, eine Geldunterhaltsverpflichtung für diesen Zeitraum habe deshalb nicht vorgelegen. Nach den Aussagen der KM beim BGB vom 29.6.2000 habe sich das Kind maximal an 4 Tagen in der Woche beim Vater aufgehalten, dort sei ihm lediglich das Bett und die Nahrung zur Verfügung gestellt und seine Wäsche von der Lebensgefährtin des Kindesvaters gewaschen worden. Während der Weihnachtsferien habe sich das Kind in der Pflege der Kindesmutter befunden (ident mit dem Protokoll vom 29.6.2000 des BGB, Blatt 157).

In ihrem Vorlageantrag wendet die Bw. ein, das Kind habe sich in mehr als der Hälfte der angegebenen Zeit in ihrer Pflege befunden. Das Kind sei im Jänner nur 10 Tage bei seinem Vater aufhältig gewesen und lebe ab 19. Jänner wieder fix im Haushalt der Mutter.

Das Kind habe Ende 1999 schwerwiegende Schulprobleme, sowie psychische Probleme, weil es sich laut Jugendpsychologe mehr Zuwendung von seinem Vater wünschte. Das Kind sei vom Vater negativ beeinflusst worden die Schule nicht mehr zu besuchen und daher auszusagen, dauernd beim Vater bleiben zu wollen.

Dem Gerichtsakt (BGB) lässt sich folgendes entnehmen:

Der KV wurde im Einvernehmen der Beteiligten von der Unterhaltsleistung für den Zeitraum November und Dezember 1999 enthoben (Beschluss BGB 27.6.2003, Antrag auf Herabsetzung des Unterhalts vom 15.5.2000, Blatt 131), nachdem ein diesbezüglicher Beschluss des BGB

vom LG W als nichtig aufgehoben wurde (Blatt 359). Im Aktenvermerk vom 18.11.2002 (Blatt 389) wird die Zustimmung der KM zur Unterhaltsenthebung festgehalten.

Das Sorgerecht wurde dem KV jedoch nicht übertragen (Beschluss BG P vom 2.3.2000), wobei die Bestätigung des Kindes, kurz nach Schulbeginn zum KV übersiedelt zu sein und bei diesem bleiben zu wollen, festgehalten wird. Dies geht auch aus dem am 30.11.1999 beim BGP aufgenommenen Protokoll und der Stellungnahme der Jugendabteilung der BHB vom 20.1.2000 hervor. Letztere enthält die Meinungsäußerung des Kindes sich beim Vater wohl zu fühlen, jedoch große Sehnsucht nach seiner Mutter zu haben.

Auf Blatt 181 des Gerichtsaktes befindet sich eine Aufstellung der Bw. über die Aufenthalte ihres Sohnes.

2.-3.11.	zu hause geschlafen, morgens zum Jugendamt
6.-7.11.	BH gelernt
9.11.	um 16 Uhr geholt
13.-15.11.	von Schule abgeholt
19.-21.11.	von Bahnhof abgeholt
26.11.	von Bahnhof abgeholt
27.-28.11.	von Schule abgeholt, Kleidung gekauft, So abend zur Jungschar
30.11.	Zahnarzttermin um 14.30 Uhr und BH gelernt
3.-5.12.	vom Bahnhof abgeholt, So nachm. zu Freund gebracht
7.12.	nach der Schule zu meiner Mutter gebracht
8.12.	Fotos für Weihnachten
11.12.	Nach der Schule von meiner Schwester geholt
12.12.	Vormittag bis später Abend bei mir
17.-19.12.	Fr. vom Bahnhof abgeholt bis So
24.12.-31.12.	bei mir außer 26.12. von 14 – 20 Uhr

### ***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 a und c Einkommensteuergesetz (EStG) 1988 in der Fassung des BGBl 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 S 650,00 für das zweite Kind und ab dem Jahr 2000 für jedes Kind S 700,00 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, 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.

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 werden (vgl. VwGH 19.10.1960, 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 Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird (vgl. ARD-HB 1985, S 7).

Im gegenständlichen Fall ist die (unbefristete) Wohnungsnahme des Kindes beim Kindesvater mit November 1999 ebenso unbestritten wie der Umstand, dass dieser Entschluss im Jänner

des Folgejahres wieder aufgegeben wurde. Auf die persönlichen Gründe hierfür kommt es nicht an.

Die von der Bw. ins Treffen geführten Zuwendungen (Unterhaltsleistungen) an das Kind (Taschengeld, Kleidung, Sportgeräte, usw) vermögen an der unbestrittenen Wirtschafts- und Wohngemeinschaft (Verköstigung, Unterbringung und Pflege) im Haushalt des Kindesvaters nichts zu ändern (vgl. VwGH 16.3.1989 89/14/0002).

Durch die fallweisen Besuche bei der Kindesmutter (insbesondere in den Ferien, zu Lernzwecken, usw) wird die gemeinsame Wohngemeinschaft nicht aufgehoben, zumal die Rückkehr in die Wohnung des Kindesvaters gegeben war und aus der Aufstellung der Bw. eine überwiegende Anzahl an Übernachtungen für den Zeitraum November und Dezember nicht erkennbar ist. Eine auf die Adresse der Kindesmutter ausgestellte Meldebestätigung des Kindes vermag keine andere Beurteilung herbeizuführen.

Die vorwiegend an den Wochenenden wahrgenommenen Kontaktmöglichkeiten zur Mutter in deren Rahmen dem Sorgerecht folgend Betreuungs- und Pflegeleistungen erbracht wurden, stehen einer Zugehörigkeit zum Haushalt des Kindesvaters nicht entgegen, weil infolge beabsichtigter, regelmäßiger tatsächlicher Rückkehr in die Wohnung des Kindesvaters (wo sich wesentliche Gebrauchsgegenstände des Kindes wie zB ein ihm gehöriger PC befanden), die Aufenthalte bei der Kindesmutter nur vorübergehend waren.

Es ist unstrittig, dass im Jänner 2000 die Voraussetzung der Haushaltszugehörigkeit durch die Wohnungsnahme bei der Kindesmutter am 19. des Monats ("heimgekommen" vgl. Blatt 181 des Gerichtsaktes) und durch den erstmals im Rahmen eines Hausbesuches einer Sozialarbeiterin der Jugendabteilung der BH B (Blatt 119 des Gerichtsaktes) Mitte Jänner geäußerten diesbezüglichen Entschluss, weggefallen ist.

Demzufolge erlischt gemäß § 10 Abs 2 FLAG der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monates Jänner 2000.

Wien, am 23. August 2004