



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Adresse, vom 12. August 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt, vertreten durch Mag. Dr. Seiler, vom 23. Juli 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Mai 2007 bis Juli 2007 sowie Oktober 2007 bis März 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 23. Juli 2008 forderte das Finanzamt die von der Berufungswerberin für ihre Tochter A für den Zeitraum Mai 2007 bis Juli 2007 sowie Oktober 2007 bis März 2008 bezogenen Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zurück. Als Begründung führte das Finanzamt aus, dass gemäß § 2 Abs. 2 des Familienausgleichsgesetzes 1967 jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind habe, zu deren Haushalt das Kind gehört. Da die Tochter A im o.a. Zeitraum überwiegend beim Kindesvater gelebt habe, sei sie bei diesem haushaltszugehörig und der Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag der Berufungswerberin wäre folglich nicht gegeben.

In der gegen den Rückforderungsbescheid eingebrachten Berufung behauptet die Berufungswerberin, dass ihre Tochter im streitgegenständlichen Zeitraum keinesfalls

überwiegend bei ihrem Vater gelebt habe. Ihre Tochter sei nie bei ihr ausgezogen, wie das der Vater behaupte. Als Nachweis über den Aufenthalt Tochter lege sie ein Schreiben der Tochter sowie eine Zusammenfassung von Kalenderaufzeichnungen vor. Im März 2008 habe sie am Bezirksgericht Salzburg mit dem Vater einen Vergleich geschlossen, der ebenfalls vorgelegt werde. Das Finanzamt lege die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem UFS vor.

Die Tochter A führt in ihrem mit 12. August 2008 datiertem Schreiben folgendes aus:

*“In der Zeit von April 2007 bis März 2008 war ich weder bei meiner Mutter noch bei meinem Vater mehr. Einmal war ich da länger und einmal dort. Im Allgemeinen war das ganze relativ ausgeglichen. Alles was ich damals geschrieben habe sehe ich heute aus einer anderen Sicht.”*

Nachdem der UFS die Berufungswerberin aufgefordert hatte, eventuelle weitere Unterlagen vorzulegen, wurden am 24. Oktober eine Aufstellung über die Anwesenheit der Tochter sowie zwei Kopien von Kalenderblättern (März und Mai 2007) eingereicht.

Aufstellung der Berufungswerberin über die Anwesenheit der Tochter:

*Mai 2007: Meine Tochter war zusätzlich zu den Wochenenden (jedes zweite) auch noch zwischendurch öfters bei ihrem Vater. Eine Tag-genaue Aufzeichnung habe ich nicht geführt.*

*Juni 2007: Dasselbe gilt für den Monat Juni.*

*Juli 2007: Meine Tochter war den gesamten Juli bei mir.*

*Oktober 2007: Ab September 2007 besucht meine Tochter die Hotelfachschule in Bad Hofgastein und ist dort im Internat untergebracht. An den Wochenenden ist sie abwechselnd zu mir und ihrem Vater gekommen. Im Oktober war sie drei Tage bei mir.*

*November 2007: Meine Tochter war 9 Tage bei mir.*

*Dezember 2007: Meine Tochter war 11 Tage bei mir.*

*Jänner 2008: Meine Tochter war 8 Tage bei mir.*

*Februar 2008: Meine Tochter war 11 Tage bei mir.*

*März 2008: Meine Tochter war 5 Tage bei mir.*

Der gesamte aktenkundige Sachverhalt wurde bereits in einer Entscheidung des UFS (RV), stattgebende Berufungsentscheidung vom 30. Juni 2008 betreffend den Familienbeihilfeantrag des Kindesvaters, ausführlich dargelegt und stellt sich wie folgt dar:

In einem Schreiben vom 5. November 2007 teilte der Vater dem Finanzamt Salzburg-Stadt mit, dass die Behauptung der Kindesmutter, A sei von Mai bis Juli sowohl bei ihr als auch bei ihm wohnhaft gewesen, falsch sei. Die Tochter sei am 20. April 2007 mit ihrem gesamten Gewand usw. bei ihm eingezogen. Sie habe ihre Mutter im Mai nur zwei Mal kurz besucht. Im Juni sei sie 14 von 30 Tagen bei der Mutter gewesen, im Juli 13 von 31 Tagen. Auch im August und September (ausgenommen Internatszeit) sei seine Tochter überwiegend bei ihm gewesen, das werde von der Mutter auch in einem Einspruch betreffend Sorgerecht selbst bestätigt.

Am 5. Juni habe seine Tochter den Antrag auf Änderung des Sorgerechtes auf ihn bei Gericht beantragt. Auch wenn die Mutter Einspruch erhoben habe, sei es eine Tatsache, dass seine Tochter diese Änderung weiterhin wolle. Am 16. Juli 2007 sei ihm die einstweilige Obsorge in schulischen Belangen per Gerichtsentscheid übertragen worden. Seine Tochter sehe ihren künftigen Lebensmittelpunkt bei ihm im gemeinsamen Haushalt. Sie halte sich nicht nur vorübergehend bei ihm auf.

Seit 20. April bis heute werde der weit überwiegende Lebensbedarf der Tochter, wie Bekleidung, Handy, Taschengeld, Verpflegung, Wohnkosten usw., belegbar von ihm getragen. Die Kosten für Schule und Internat würden ebenfalls allein von ihm getragen. Die Besuchszeiten in Salzburg verbringe seine Tochter auch zum überwiegenden Teil bei ihm, wo auch die Wäsche gewaschen werde. Anfang August habe er mittels einstweiliger Verfügung bei Gericht den Unterhalt beantragt und auch erhalten (€ 130,90 monatlich).

Dass seine Tochter immer noch bei ihrer Mutter gemeldet sei, liege daran, dass das Obsorgeverfahren auf Grund von Einsprüchen der Kindesmutter noch nicht entschieden sei. Auf diesem Schreiben wurde von der Tochter der handschriftlich der Vermerk "Ich stimme diesem Schreiben zu" beigefügt und unterschrieben. Neben einer Ausgabenaufstellung für die Monate April bis Oktober 2007 über € 3.390,51 (Taschengeld, Handy, Bekleidung, Schule, Jungscharwoche usw.) waren der Berufung folgende Protokolle und Beschlüsse des Bezirksgerichtes Salzburg beigelegt:

#### Protokoll vom 5. Juni 2007

Vater gibt an, dass die mj. Tochter seit nunmehr 20. April in seinem Haushalt lebe. Er

übergibt dem Gericht ein Schreiben der Tochter, das diese Angaben bestätigt und in dem sie weiter ausführt, dass sie auch weiterhin beim Vater leben möchte. Sie ersucht das Gericht, das Sorgerecht auf den Vater zu übertragen.

Der Vater stellt den entsprechenden Antrag. In der Begründung heißt es unter anderem, die Mutter sei zumindest derzeit einverstanden, dass Katharina bei ihm lebe.

#### Protokoll vom 26. Juni 2007 über die gerichtliche Einvernahme der Tochter A

Sie verweise auf den schriftlich gestellten Obsorgeantrag. Sie lebe seit 20. April 2007 mit Einverständnis der Mutter beim Vater. Ihr Wunsch sei, in Bad Hofgastein die Tourismusschule zu absolvieren. ... Während der Internatszeit wolle sie die Wochenenden abwechselnd bei ihren Eltern verbringen. ... Ihre Mutter habe gesagt, dass der Vater sie nur zu sich hole, weil es ihm um das Geld gehe (Alimente) und er eigentlich kein Interesse an ihr habe. Dem müsse sie widersprechen. Der Vater kümmere sich um sie und sie wolle weiter bei ihm ihren Lebensmittelpunkt haben. Sie stelle sich vor, dass sie - wenn sie im Internat sei - die Wochenenden abwechselnd bei ihren Eltern verbringe. Weil sich die Mutter als gesetzliche Vertreterin weigere, die Schulanmeldung zu unterfertigen, stelle sie den Antrag, dass der Vater mit der vorläufigen Obsorge im Teilbereich der Schulangelegenheiten betraut werde.

#### Beschluss vom 16. Juli 2007, mit dem der Mutter vorläufig im Teilbereich der

Schulangelegenheiten die Obsorge entzogen wird und der Kindesvater vorläufig in diesem Teilbereich mit der Obsorge betraut wird. Sachverhaltsmäßig wird dazu ua. ausgeführt, dass die Minderjährige seit der Trennung der Eltern im Haushalt der Kindesmutter gelebt habe. Seit 20. April 2007 halte sie sich meist bei ihrem Vater auf und wolle sie auch weiterhin dort leben. Im Beweiswürdigungsteil heißt es unter anderem, die Feststellungen würden sich auf die Angaben der Minderjährigen und deren Eltern stützen und dass diese einen reifen Eindruck gemacht habe.

#### Rekurs der Mutter vom 30. Juli 2007 zum Beschluss, wonach die Obsorge im Teilbereich

Schulangelegenheiten vorläufig dem Kindesvater übertragen wird. U. a. heißt es darin, dass die Tochter auch ihr gegenüber den Wunsch geäußert habe, mehr beim Vater zu sein und sie sei damit auch einverstanden gewesen. Es sei aber nicht richtig, dass die Tochter seit 20. April ausschließlich beim Vater lebe. Sie sei z.B. im Juni ca. 2 Wochen und im Juli die überwiegende Zeit bei ihr gewesen.

Protokoll vom 7. August 2007 mit dem Antrag des Vaters, die Kindesmutter ab 1. August 2007 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von € 280,00 zu verpflichten und ihn zur Gänze von seinen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der Tochter zu entheben.

Protokoll vom 4. September 2007, in dem der Vater die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gem. § 382a EO beantragt, die die Mutter ab sofort bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Unterhaltsentscheidung einen vorläufigen Unterhalt in Höhe des Grundbetrages der Familienbeihilfe von monatlich € 130,90 zu leisten. A lebe nun sei 20. April bei ihm. In dieser Zeit sei sie zwei Mal 14 Tage bei der Mutter gewesen und zwar in den Monaten Juni und Juli 2007. Im Mai 2007 sei sie höchstens drei bis vier Nächte und auch im August höchstens 3 Tage dort gewesen. Zum Beweis könne er schriftliche Aufzeichnungen seiner Tochter vorlegen.

Beschluss (Einstweilige Verfügung gem. § 382a EO) vom 4. September 2007, mit dem die Kindesmutter ab 4. September 2007 verpflichtet wird, einen vorläufigen Unterhalt in Höhe von monatlich € 130,90 zu Händen des Kindesvaters zu leisten. Im Begründungsteil heißt es u.a.: "Festgestellt wird, dass bisher für den Unterhaltsanspruch des Kindes gegenüber der Mutter kein Titel besteht. Nach dem Antragsvorbringen lebt die Minderjährige seit 20. April beim Vater und hat die Mutter bis dato keine Unterhaltsleistung erbracht. ... Das Vorbringen des Kindes ist bescheinigt, da aus dem Akt nichts anderes hervorgeht."

Protokoll vom 11. September 2007, BG Salzburg (Rekurs der Mutter gegen den Beschluss vom 4. September 2007), in dem die Mutter ua. angibt, dass es zur Zeit nicht klar geregelt sei, bei welchem Elternteil sich A überwiegend aufhalte und in Zukunft aufhalten werde. Bis Ende Juli 2007 sei der Kinderunterhalt vergleichsweise geregelt. A sei im Juli 2007 überwiegend bei ihr, im August 2007 hingegen überwiegend beim Vater gewesen. Sie führe zwar keine genauen Aufzeichnungen, jedoch könne die Tochter B, die in den Ferien zu Hause gewesen sei, ihr Vorbringen bestätigen. Ab 16. September 2007 komme A in die Hotelfachschule. ... Sie nehme an, dass die Schul- und Internatskosten der Vater trage (reines Schulgeld ohne Fahrtkosten mtl. € 400,00). A wolle an den Wochenenden abwechselnd beim Vater und bei ihr sein. Weiters habe sie ausdrücklich gesagt, sie möchte am Heiligen Abend bei ihr und ihrer großen Schwester sein. Denselben Wunsch habe sie für den Krankheitsfall geäußert. Logischerweise werde die Schmutzwäsche (Schuluniform) von dem jeweiligen Elternteil gewaschen und gebügelt. Ihrer Meinung nach sei künftig keine überwiegende Betreuungsleistung des Vaters erkennbar. Aus diesem Grund sei er nicht berechtigt, Unterhaltsforderungen des Kindes an sie zu richten. .... Sie sei jedoch gewillt, im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten, zu den

Schulkosten beizutragen. Sie werde daher ab sofort bis zur Klärung dieser Angelegenheit dem Vater monatlich € 130,90 überweisen.

Protokoll vom 26. September 2007 in dem die Mutter angibt, zu einer monatlichen Leistung von € 130,90, welche für Schul- und Internatskosten zu verwenden seien, ab 1. September 2007 bereit zu sein. Zu einer dezidierten monatlichen Unterhaltsleistung könne sie sich nicht bereit erklären, da sie nicht einsehe, dass sie Unterhalt leisten solle, obwohl sich A während der Zeit im Internat an den Wochenenden abwechselnd im Haushalt des Vaters und in ihrem Haushalt aufhalten werde und auch in dieser Zeit vom jeweiligen Elternteil betreut werde. Hierzu werde sie in Zukunft genaue Aufzeichnungen führen.

In einem weiteren Ergänzungsschreiben vom 26. November 2007 teilte der Vater mit, er habe am Mittwoch, dem 21. November 2007, um 10.00 Uhr einen Anruf vom Internat bekommen, dass seine Tochter krank sei. A habe ersucht, bei ihm anzurufen. Um 11:30 habe er seine Tochter in Bad Hofgastein abgeholt und nach Hause gebracht. Er habe sich seine Arbeit so eingeteilt, dass er die überwiegende Zeit bei ihr bleiben habe können, bis sich ihr Zustand verbessert habe. Er weise auch darauf hin, dass seine Tochter von der Wohnung ihrer Mutter keinen ihr immer zur Verfügung stehenden Schlüssel habe. Wobei sie natürlich, seit sie bei ihm eingezogen sei, ihren eigenen Schlüssel besitze.

In einem Schriftsatz vom 20. Dezember 2007 dokumentierte der Vater anhand genauer Aufzeichnungen, dass die Tochter im Oktober 2007 66 Stunden bei ihm und 49 Stunden bei der Mutter verbracht habe. Im November 2007 stellte sich das Verhältnis 197 Stunden beim Vater sowie 98,2 Stunden bei der Mutter dar. Diese Aufstellung könne er so genau angeben, da auf Grund von Einsprüchen mit falschen Behauptungen der Kindesmutter die Zeiten genau mitgeschrieben wurden.

Zwischenzeitlich wurde der Obsorgestreit beendet. Laut Beschluss vom 13. März 2008 kommt die Obsorge künftig den Kindeseltern gemeinsam zu, wobei der hauptsächliche Aufenthalt der Minderjährigen beim Kindesvater liegen wird. Diese Obsorgeentscheidung gründet sich auf das Einverständnis der Eltern und entspricht dem Willen der Minderjährigen. Laut Vereinbarung vom 10. März verpflichtet sich die Mutter für die Zeit von 1. September 2007 bis 31. März 2008 einen Unterhaltsrückstand in der Höhe von € 1.400,00 zu zahlen. Weiters besteht laut Protokoll des Bezirksgerichts Salzburg zu diesem Vergleich vom 13. März 2008 Einigung dahingehend, dass die vom Vater beantragte Familienbeihilfe in Zukunft wieder der Mutter zukommen soll. Aufgrund dieses Sachverhaltes hat der UFS in seiner Entscheidung

vom 30. Juni 2008 (RV) entschieden, dass die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe an den Kindesvater gegeben waren.

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

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, 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 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt unter anderem nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a) bzw. (lit. b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erlischt der Familienbeihilfenanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG idF BGBl. I Nr. 34/2005 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 € für jedes Kind zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Für die Beurteilung der

Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung (vgl. VwGH vom 18.03.1997, 96/14/006). Nicht von Bedeutung sind hingegen das Erziehungsrecht (VwGH 22.10.1971, 336/70), ebenso polizeiliche Meldebestätigungen (sie stellen lediglich ein widerlegbares Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar, sind jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern, ebenso wie das Unterbleiben einer polizeilichen Meldung kein unwiderlegbares Indiz dafür ist, dass das Kind nicht beim Anspruchswerber wohnt (VwGH 23.2.1981, 17/1388/80)).

Im gegenständlichen Fall haben sowohl der Vater als auch die damals 14jährige Tochter vorgebracht, dass die Tochter am 20. April 2007 zum Vater übersiedelt sei, überwiegend bei ihm lebe und auch weiterhin bei ihm wohnen wolle. Diese Darstellung findet in den vorliegenden Anträgen, Protokollen und Beschlüssen des Bezirksgerichtes Salzburg Deckung: So beantragte der Vater am 5. Juni 2007, der Kindesmutter die Obsorge für die minderjährige Tochter zu entziehen und auf ihn zu übertragen, dies mit der Begründung, dass die Tochter seit April 2007 bei ihm lebe und auch weiter bei ihm leben wolle. Laut Gerichtsprotokoll vom 26. Juni 2007 bestätigt dies die Tochter und gibt auch an, dass sie den Ausführungen der Mutter, ihr Vater hole sie nur zu sich, weil es ihm ums Geld gehe und er eigentlich kein Interesse an ihr habe, widersprechen müsse - ihr Vater kümmere sich um sie und sie wolle auch weiter bei ihm ihren Lebensmittelpunkt haben.

Auch im Beschluss vom 16. Juli 2007, mit dem der Mutter die Obsorge im Teilbereich der Schulangelegenheiten vorläufig der Kindesmutter entzogen und der Kindesvater vorläufig in diesem Teilbereich mit der Obsorge betraut wird, führt das Gericht sachverhaltsmäßig aus, dass sich die Tochter seit 20. April meist bei ihrem Vater aufhält und auch weiterhin dort leben will. Weiters wurde die Kindesmutter auf Antrag der Tochter mit Beschluss vom 4. September 2007 zur Leistung eines vorläufigen Unterhalts an den Kindesvater verpflichtet. Schließlich wurde das Obsorgeverfahren mit Beschluss vom 13. März 2008 beendet und den Eltern die gemeinsame Obsorge für die Tochter übertragen und der überwiegende Aufenthalt des Kindes beim Vater festgelegt. Die Mutter verpflichtete sich in weiterer Folge, den Unterhaltsrückstand für den Zeitraum September 2007 bis März 2008 zu begleichen.

Von diesem Sachverhalt ist unter Berücksichtigung aller vorliegenden 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 Zeitaufzeichnungen der Berufungswerberin



waren in keiner Weise geeignet den UFS davon zu überzeugen, dass die Tochter im streitgegenständlichen Zeitraum bei der Mutter haushaltszugehörig gewesen wäre. Auch das Schreiben der Tochter vom 12. August 2008, wonach sie weder beim Vater noch bei der Mutter länger gelebt hätte, mag nichts daran ändern, dass sie zuvor mehrmals – auch vor Gericht – ausgesagt hatte, überwiegend beim Vater zu wohnen.

Der Unabhängige Finanzsenat sieht daher – wie er auch bereits in seiner Entscheidung RV dargelegt hat -, vor allem auch im Hinblick auf die Verpflichtung der Mutter, im streitgegenständlichen Zeitraum Unterhalt an den Vater zu leisten, keinen Anlass, an den Ausführungen und den Aufstellungen des Vaters, die einen überwiegenden Aufenthalt der Tochter beim Vater zeigen, zu zweifeln und geht davon aus, dass die Tochter seit 20. April 2007 beim Vater haushaltszugehörig war. Aus diesem Grunde hat das Finanzamt zu Recht ausgesprochen, dass infolge der nicht gegebenen Haushaltszugehörigkeit im strittigen Zeitraum der Familienbeihilfenanspruch für die Tochter Katharina für die Zeiträume Mai 2007 bis Juli 2007 sowie Oktober 2007 bis März 2008 nicht gegeben war, sodass die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für diese Zeiträume zu Recht erfolgte.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 13. November 2008