



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau B.P. in XY., vom 30. August 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 18. August 2004 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. September 2000 bis 31. Juli 2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Vom Finanzamt Graz-Stadt wurde der Berufungswerberin (Bw.) ein Formular zwecks Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe, datiert mit 30. Juni 2004, zugesandt. Mit diesem Schreiben wurde die Bw. ersucht, zu folgenden Fragen Stellung zu nehmen und diesbezügliche schriftliche Nachweise vorzulegen:

- *Wo hat Ihre Tochter J. in der Zeit von September 2000 bis Juli 2003 ständig gewohnt?*
- *Lt. dem Kindesvater war sie in der genannten Zeit bei ihm wohnhaft.*
- *Haben Sie die Familienbeihilfe an Hrn. B. weitergegeben?*
Wenn ja, ersuchen wir um belegmäßigen Nachweis der Weitergabe der FB!
- *Meldebestätigung von J.*

Das Überprüfungsschreiben wurde am 9. Juli 2004 mit folgender Beilage dem Finanzamt vorgelegt:

Bezugnehmend auf Ihr oa. Schreiben übersende ich zunächst die ausgefüllten bzw. überprüften Vordrucke und teile sodann auf die mir von Ihnen gestellten Fragen Folgendes mit:

Mir ist zunächst vollkommen unklar, auf Grund welcher "Vorgeschichte" Ihrerseits diese Überprüfung vorgenommen wird. Dies ist mir u.a. deswegen unklar, weil sich die mitgesandten Vordrucke auf den gegenwärtigen Wohnort etc. meiner Tochter beziehen, während die gestellten Fragen mit ihrem früheren Wohnort (vor dem 1.7.2003) zu tun haben. Eine Nachprüfung der gegenwärtigen Verhältnisse ist m.E. insofern entbehrlich, als von niemandem bestritten wird, dass meine Tochter seit nunmehr einem Jahr bei mir wohnt und von mir betreut wird.

Unklar ist mir ferner, ob der gegenständlichen Überprüfung ein Antrag des Kindesvaters X. zu Grunde liegt, ihm für den Zeitraum 2000-2003 nachträglich die Familienbeihilfe (künftig: FB) auszusahlen. Rechtlich gesehen stellt sich die Sachlage dar wie folgt:

Liegt ein solcher Antrag vor, so wäre mir dieser in Fotokopie zur Äußerung zuzuleiten, da ich in dem gegenständlichen Verwaltungsverfahren zweifellos Parteienstellung habe.

Liegt hingegen kein derartiger Antrag vor, so besteht für ein Tätigwerden des Finanzamtes insofern kein Grund, als die FB nur auf Antrag auszusahlen ist, was sinngemäß auch für eine Änderung des bestehenden Zustandes zu gelten hat.

Hat nun aber Herr B. einen oben bezeichneten Antrag gestellt, so ergibt sich daraus die Unzuständigkeit des Finanzamtes Graz-Stadt, weil ein solcher Antrag an das für den Wohnsitz des Antragstellers zuständige Finanzamt zu stellen ist. Der Antragsteller ist jedoch in O., politischer Bezirk XX., wohnhaft.

Bei den obigen Angaben beziehe ich mich auf das auf der Homepage des Sozialministeriums enthaltene "Merkblatt zur Familienbeihilfe".

In der Sache bringe ich Folgendes vor:

Meine Tochter wurde zu keiner Zeit allein oder nur überwiegend durch Herrn X. betreut. Sie besuchte bis einschließlich des Schuljahres 2002/2003 eine Schule in O. und blieb aus diesem Grund an jenem Ort gemeldet, an dem der Kindesvater und ich früher gemeinsam gewohnt hatten. Nach meinem Auszug dort blieb ich zunächst in der näheren Umgebung wohnen und habe auch weiter das Kind überwiegend betreut.

Daran hat sich auch nichts geändert, als ich später eine Beschäftigung in Graz angenommen habe. Ich bin zu dieser Zeit permanent zu meiner Tochter gependelt; während meiner berufsbedingten Abwesenheiten wurde sie größtenteils von meiner ganz in der Nähe von O. wohnhaften Mutter sowie meinen ebenda wohnenden Geschwistern betreut. Die Betreuungsrolle des Vaters war stets eine marginale, was sich schon daraus ergibt, dass dieser im fraglichen Zeitraum teils ebenfalls in Y., teils in S. (ca. 40 km von O. entfernt)

beschäftigt war.

Meine Tochter J. ist ein uneheliches Kind, woraus sich ergibt, dass der Vater niemals das alleinige oder auch nur das geteilte Obsorgerecht für das Kind innehatte. Er hat ein solches Obsorgerecht auch zu keinem Zeitpunkt beantragt. Aus seinen, wie dargelegt, ganz geringfügigen Betreuungsleistungen ergab sich übrigens, dass der Kindesvater im April 1998 – also zu einer Zeit, als wir gemeinsam in O. wohnten – zu einer monatlichen Geldunterhaltsleistung für seine Tochter verpflichtet wurde. Meinem diesbezüglichen Antrag auf Festsetzung des Unterhalts hat der Kindesvater widerspruchslos zugestimmt. Auch in weiterer Folge – bis zum heutigen Tage – hat Herr B. niemals die Aufhebung dieses Gerichtsbeschlusses beantragt. Dies hätte er sicherlich getan, wenn er – wie er nun behauptet – das Kind überwiegend betreut hätte. In diesem Fall wäre nämlich seine Geldunterhaltspflicht weggefallen.

Beweis: Beschluss des BG Wolfsberg vom 23.4.1998 zu 1 P 40/98 x. Dieser Beschluss erliegt (nach dem Wohnortwechsel meiner Tochter) jetzt beim BG ZRS Graz zu 13 P 174/03 t.

Als ich im Jahre 2001 aus der früheren gemeinsamen Wohnung auszog, wurde zwischen den Eltern ausdrücklich vereinbart, dass ich weiterhin die FB beziehe und dieses Geld für das Kind auf ein Sparbuch einzahle. Dies ist auch geschehen und kann der entsprechende Betrag jederzeit durch Vorlage des Sparbuches nachgewiesen werden. Dieser durch nunmehr drei Jahre hindurch praktizierten Regelung hat Herr B. ausdrücklich zugestimmt, sodass seine nunmehrigen, gegenteiligen Behauptungen ausgesprochen unglaublich sind.

Als ich später nach Y. gezogen bin und das Kind weiter im Hause des Vaters wohnte, wurde ferner vereinbart, dass im Zuge einer der Vereinfachung dienenden Gegenverrechnung die FB weiter von mir bezogen wird, dafür aber der nur geringfügig höhere Geldunterhalt seitens des Vaters (218,-- Euro) zu entfallen habe. Auch diese Vereinbarung wurde durch längere Zeit hindurch von beiden Seiten anstandslos praktiziert. Erst als meine Tochter mit dem 1.7.2003 – auf Wunsch des Vaters – endgültig zu mir nach Graz zog und seitdem auch hier zur Schule geht, wurde die besagte Vereinbarung dahingehend geändert, dass Herr B. seit diesem Zeitpunkt wieder Geldunterhalt zu leisten hat, da er nunmehr, abgesehen von dem ihm zustehenden Besuchsrecht, keinerlei Betreuungsleistungen für das Kind mehr erbringt. Zum Hintergrund des nunmehrigen Vorbringens des Kindesvaters ist zu bemerken: Wegen ausständiger Unterhaltszahlungen musste ich nach wiederholten erfolglosen Mahnungen Ende April 2004 gegen Herrn X. Exekution führen. Darüber zu Unrecht erbost, versucht er nun offenkundig, im Wege einer "Retourkutsche" mir wegen der FB Schwierigkeiten zu machen. Hinzu kommt noch, dass mir im Zuge dieser Exekution seitens des AMS XX. , bei dem Herr B. derzeit als Notstandshilfebezieher vorgemerkt ist, mitgeteilt wurde, dass gegen den Kindesvater Forderungsexekutionen in Höhe von rund 80.000,-- Euro (!!!) vorgemerkt sind.

Ich kann mir das Verhalten des Herrn B. vor diesem Hintergrund nur so erklären, dass dieser mit allen Mitteln versucht, seine völlig desolate Finanzlage zu verbessern, indem er durch unwahre Angaben wider besseres Wissen den Bezug der FB für die Vergangenheit zu erlangen trachtet.

Ob Herr B. in der Vergangenheit berechtigt gewesen wäre, an meiner Statt die FB zu beziehen, kann hier außer Betracht bleiben, da die zwischen ihm und mir getroffene, oben bezeichnete Vereinbarung jedenfalls als Verzicht seitens des Herrn B. zu interpretieren ist. Sein ganzes Verhalten bis vor kurzem, als er diese Absprache einhielt, kann überhaupt nicht anders ausgelegt werden. Hätte Herr B. tatsächlich, wie behauptet, durch 3 Jahre hindurch unsere Tochter alleine betreut, so wäre es vollkommen unverständlich, dass er weder das Obsorgerecht noch die FB für das Kind beantragt und auch keinen Geldunterhaltsanspruch gegen mich gestellt hat. Kein Mensch, der bei klarem Verstande ist, würde so handeln.

Aus all den genannten Gründen und da es sich augenscheinlich um einen plumpen Racheakt sowie um eine ebenso plumpe Geldbeschaffungsaktion des Kindesvaters handelt, stelle ich den Antrag, einen eventuell eingebrachten Antrag des Herrn B. abzuweisen und weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft beim Bezug der FB für meine Tochter J. durch mich eine Änderung eintreten zu lassen.

Am 3. August 2004 erging vom Finanzamt Graz-Stadt ein Vorhalt, der mit Schreiben vom 6. August 2004 wie folgt beantwortet wurde:

Bezugnehmend auf Ihr oa. Schreiben, bei mir eingelangt am 6.8.2004, teile ich auf die mir von Ihnen gestellten Fragen Folgendes mit:

Ich verweise zunächst auf mein bei Ihnen am 9.7.2004 eingelangtes Schreiben, welches meines Erachtens bereits alle offenen Fragen beantwortet hat. Ergänzend gebe ich dennoch bekannt:

Zu Frage 1:

Im März 2001 bin ich aus dem ehemaligen gemeinsamen Familienwohnsitz in G.13 ausgezogen und habe in weiterer Folge bis einschließlich Juni 2001 im Haus meiner Eltern in R. /Kärnten gewohnt. Obwohl die beiden Orte in zwei verschiedenen Bundesländern liegen, sind sie – wie Ihnen ein Blick auf die Landkarte demonstrieren wird – nur wenige Kilometer voneinander entfernt. Zwischem dem Haus meiner Eltern und dem früheren Familienwohnsitz besteht eine Distanz von ca. 4 Kilometern, sodass ich im fraglichen Zeitraum März-Juni 2001 in der Lage war, meine Tochter J. durchgehend zu betreuen. Sie hielt sich während dieser Zeit auch überwiegend im Hause meiner Eltern, also bei mir, auf und blieb nur aus Gründen der Vereinfachung im benachbarten O. gemeldet.

Mit 2.7.2001 habe ich mich in Graz angemeldet und war bzw. bin hier auch wohnhaft. Meine Betreuungsleistungen für meine Tochter sind seitdem – bis sie am 1.7.2003 ebenfalls nach

Graz übersiedelt ist – etwas geringer geworden. Gleichwohl habe ich durch mehrmaliges Fahren nach O. pro Woche sowie durch durchgehende Betreuung an den Wochenenden und in den Schulferien beträchtliche, wenn nicht überwiegende Betreuungsleistungen erbracht.

Zu Frage 2:

Bei dem Haushalt in A. bzw. Obdach, G.13, handelt es sich um den Haushalt der Großeltern meiner Tochter (väterlicherseits), nicht um den Haushalt des Kindesvaters X. . Wenn überhaupt, haben also die Großeltern väterlicherseits Betreuungsleistungen für J. erbracht, nicht der berufsbedingt ständig abwesende Vater. Obendrein hielt sich meine Tochter auch nach meinem Umzug nach Graz sehr häufig im Hause meiner, wie gesagt, in unmittelbarer Nachbarschaft wohnenden Eltern in Reichenfels auf und wurde dort von meinen Eltern bzw. meinen acht Geschwistern betreut.

Wohnhaft war meine Tochter im Zeitraum zwischen 1.7.2001 und 1.7.2003 in O. bzw. A , mit den oben erwähnten, mehr als beträchtlichen Einschränkungen.

Frage 3:

Entfällt.

Generell möchte ich zum bisherigen Verlauf des Verfahrens noch folgendes bemerken: Mir ist immer noch vollkommen unklar, auf Grund welcher "Vorgeschichte" Ihrerseits diese Überprüfung vorgenommen wird. Dies ist mir u.a. deswegen unklar, weil sich die seinerzeit mitgesandten Vordrucke auf den gegenwärtigen Wohnort etc. meiner Tochter beziehen, während die gestellten Fragen mit ihrem früheren Wohnort (vor dem 1.7.2003) zu tun haben. Unklar ist mir in Ihrem Schreiben vom 3.8.2004, um was für einen Antrag es sich handelt. Sie führe im Betreff an: "Antrag auf Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe", während Sie unmittelbar darunter (nach "Sehr geehrte Frau"), ausführen, es sollten Verzögerungen bei der Erledigung meines Antrages vermieden werden. Ich habe jedoch keinen derartigen Antrag auf Überprüfung gestellt!!!

Unklar ist mir ferner nach wie vor, ob der gegenständlichen Überprüfung ein Antrag des Kindesvaters X. zu Grunde liegt, ihm für den Zeitraum 2001-2003 nachträglich die Familienbeihilfe (künftig: FB) auszusahlen. Liegt ein solcher Antrag vor, so wäre mir dieser zur Äußerung zuzuleiten gewesen, da ich in dem gegenständlichen Verwaltungsverfahren zweifellos Parteienstellung habe. Ich habe diese Zustellung bereits in meinem letzten Schreiben moniert und wiederhole diese Forderung hiermit.

Schon aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen, wie sie das AVG und die BAO normieren, ergibt sich, dass im Sinne eines fairen Verfahrens eine Partei von den Anträgen der Gegenpartei in Kenntnis zu setzen ist. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in ständiger Judikatur festgehalten, dass die Grundsätze eines fairen Verfahrens verletzt werden, wenn eine Partei durch die Behörde vom Vorbringen der Gegenseite nicht

ausreichend informiert wird. Von einer solchen ausreichenden Information kann hier keine Rede sein!!!

Wie ich inzwischen festgestellt habe, wurde seitens des Finanzamtes die Auszahlung der laufenden FB für Juli und August 2004 (fällig etwa Mitte Juli 2004) ausgesetzt. Gegen diese Ihre Vorgangsweise protestiere ich nachdrücklich und halte fest:

Nach der Geburt meiner Tochter wurde mir der Bezug der FB an mich seitens des damals zuständigen Finanzamtes bescheidmäßig mitgeteilt; dieser Bescheid ist in Rechtskraft erwachsen und bindet diese Rechtskraft auch die Behörde, solange nicht ein aufhebender Bescheid rechtskräftig geworden ist. Dies ist nicht der Fall. Weder wurde ein aufhebender Bescheid erlassen, noch wurde ich Ihrerseits in Kenntnis gesetzt, dass die laufende FB bis zur Klärung der offenen Fragen ausgesetzt wird.

Niemand, auch nicht der Kindesvater X., bestreitet, dass meine Tochter jetzt, und zwar seit 1.7.2003, in meinem Haushalt lebt und durch mich betreut wird. Es stehen somit der Auszahlung der laufenden FB keine wie immer gearteten Hindernisse entgegen. Ich habe bis zum 2.7.2004 ein ganz geringes Einkommen (ca. 750,-- Euro monatlich) bezogen und bin derzeit arbeitslos. Die Sistierung der FB stellt für mich daher eine ungebührliche Härte dar, da ich auf die FB angewiesen bin, um meine Tochter angemessen unterhalten zu können.

Aus den genannten Gründen, insbesondere deshalb, da keinerlei Rechtsgrundlage für eine Sistierung der laufenden FB besteht und ich hiervon nicht einmal amtlich verständigt wurde(!!!), beantrage ich, mir die laufende FB, beginnend mit Juli 2004, umgehend auszuzahlen und merke mir als Frist für den Zahlungseingang den 16.8.2004 vor. Danach werde ich mich an das Zuständige Pflugschaftsgericht, an den Jugendanwalt des Landes Steiermark sowie an die übergeordneten Instanzen der FLD für Steiermark wenden.

Generell verweise ich nochmals auf die ausführliche Darlegung des Sachverhaltes in meinem letzten Schreiben, insbesondere darauf, dass der Bezug der FB durch mich zwischen 2001 und 2003 mit Wissen und Zustimmung des Kindesvaters erfolgte. Auf ausdrücklichen Wunsch beider Elternteile wurde, wie in meinem besagten Schreiben dargelegt, die durch mich bezogene FB für J. auf einem Sparbuch veranlagt. Es steht deshalb dem Kindesvater nicht frei, diese explizite Vereinbarung nunmehr zu widerrufen. Bemerkt wird nochmals, dass der Kindesvater durch mehrere Jahre hindurch dieser Regelung ausdrücklich wie auch konkludent zugestimmt hat. Ob Herr B. in der Vergangenheit berechtigt gewesen wäre, an meiner Statt die FB zu beziehen, kann hier außer Betracht bleiben, da die zwischen ihm und mir getroffene Vereinbarung jedenfalls als Verzicht seitens des Herrn B. zu interpretieren ist. Sein ganzes Verhalten bis vor kurzem, als er diese Absprache einhielt, kann überhaupt nicht anders ausgelegt werden. Hätte Herr B. tatsächlich, wie behauptet, durch 3 Jahre hindurch unsere Tochter alleine betreut, so wäre es vollkommen unverständlich, dass er weder das

Obsorgerecht noch die FB für das Kind beantragt und auch keinen Geldunterhaltsanspruch gegen mich gestellt hat. Kein Mensch, der bei klarem Verstande ist, würde so handeln. Aus all den genannten Gründen stelle ich den

A n t r a g

Einen eventuell eingebrachten Antrag des Herrn X. abzuweisen und weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft beim Bezug der FB für meine Tochter J. durch mich eine Änderung eintreten zu lassen sowie die Auszahlung der laufenden FB für meine Tochter an mich umgehend wieder aufzunehmen.

Mit Bescheid vom 18. August 2004 forderte das Finanzamt Graz-Stadt die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 9/2000 bis 7/2003 zurück. Begründet wurde der Bescheid damit, dass die Bw. in dieser Zeit nicht mit ihrer Tochter im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

Gegen diesen Bescheid legte die Bw. am 29. August 2004 das Rechtsmittel der Berufung ein. Als Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

Zunächst stelle ich jedoch den Antrag, nach § 212 a BAO die Einbringung des in Streit stehenden Betrages bis zur Erledigung der Berufung auszusetzen.

Die Voraussetzungen des § 212 a Abs. 1 BAO liegen vor, da der angefochtene Bescheid von meinem Anbringen (= die Familienbeihilfe für meine Tochter ohne Unterbrechung an mich auszuzahlen) abweicht. Gründe, die im Sinne des Gesetzes diesem Antrag entgegenstehen, liegen hingegen keine vor.

Hinsichtlich der Berufung gegen den erwähnten Bescheid führe ich der Sache nach aus wie folgt:

I. Vorbemerkung.

Dem gegenständlichen Bescheid sind mehrmonatige Erhebungen bzw. ein längerer Schriftverkehr vorausgegangen. Ich selbst habe in zwei mehrseitigen Schreiben an das Finanzamt Graz- Stadt den Sachverhalt sowie meinen Rechtsstandpunkt dargelegt. Bei dieser Vorgeschichte ist es mehr als befremdlich, dass der angefochtene Bescheid mit einer Begründung auszukommen glaubt, die gerade einmal 3 Zeilen und einen einzigen Satz beinhaltet.

Ich halte daher eingangs fest, dass eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Bescheid eigentlich gar nicht möglich ist, weil er auf jegliche Begründung verzichtet und insoweit nicht nachvollziehbar ist. Insbesondere fehlt ihm das Erfordernis, dass nachvollziehbar dargelegt wird, wie die Behörde zu ihrer Annahme gekommen ist. "Es sind also die wesentlichsten Parteivorbringen wiederzugeben und die dazu aufgenommenen Beweise sowie die Gründe für

die Beweiswürdigung anzugeben." (Wielinger-Gruber, Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahrensrecht 92).

II.

Ich mache daher als erstes folgende Formalfehler geltend:

Der österreichischen Rechtsordnung liegen gewisse Prinzipien für ein rechtsstaatskonformes Verfahren zu Grunde, wie sie in ständiger Rechtsprechung vom VwGH und auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte näher definiert wurden. Das Finanzamt Graz-Stadt hat vom ersten Augenblick dieses Verfahrens an gegen diese Prinzipien in eklatanter Weise verstoßen.

Schon aus den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen, wie sie das AVG und die BAG normieren, ergibt sich, dass im Sinne eines fairen Verfahrens eine Partei von den Anträgen der Gegenpartei in Kenntnis zu setzen ist. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in ständiger Judikatur zu Art. 6 EMRK festgehalten, dass die Grundsätze eines fairen Verfahrens verletzt werden, wenn eine Partei durch die Behörde vom Vorbringen der Gegenseite nicht ausreichend informiert wird. Von einer solchen ausreichenden Information kann hier keine Rede sein !!!

Dies belegt schon die Vorgeschichte:

Mit Zuschrift datiert vom 3.6.2004 wurde mir ohne jede Begründung mitgeteilt, dass die Familienbeihilfe (FB) für meine Tochter nur mehr bis einschließlich Juni 2004 ausbezahlt wird. Da ich aber seinerzeit beantragt hatte, mir die FB mindestens bis zum 18. Geburtstag des Kindes (= 2008) auszuzahlen, hat die Behörde mit dieser "Mitteilung" meinem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattgegeben, weswegen ein Anwendungsfall des § 13 FLAG 1967 idgF vorliegt: Dieser Paragraph sieht ausdrücklich vor, dass im Falle einer von der Antragstellung abweichender Beschlussfassung der Behörde ein Bescheid zu erlassen ist.

Dies ist nicht geschehen, stattdessen wurde wie erwähnt der Bezug der FB mit Ende Juni eingestellt, während mir der nunmehr angefochtene Bescheid erst am 23.8.2004 zugestellt wurde. Selbstredend hätte die Behörde zuerst einen Bescheid zu erlassen gehabt und erst danach wäre allenfalls die Einstellung der Auszahlung in Betracht gekommen.

Zwischenzeitig wurde mir die Beihilfe, beginnend mit Juli 2004, wieder ausbezahlt -ein untrügliches Indiz für das chaotische Vorgehen des Finanzamtes Graz-Stadt: Während mein Anspruch geprüft wurde, ruhte die Auszahlung; nachdem der Bescheid über die Rückzahlung erlassen wurde, setzte die neuerliche Auszahlung ein. Wenn überhaupt, wäre allenfalls eine umgekehrte Reihenfolge vertretbar gewesen. Ich mache den mir wegen der verspäteten Auszahlung der Beihilfe, jede Rechtsgrundlage, entstandenen Zinsverlust hiermit geltend und ersuche diesen im Falle einer aufrechterhaltenen Nachzahlungsforderung gegenzuverrechnen. Noch bezeichnender ist aber, dass nach der erwähnten "Mitteilung" vom 3.6.2004 zunächst

durch mehrere Wochen hindurch nichts geschah. Erst unter dem Datum des 30.6.2004, also fast einen Monat später, erhielt ich ein weiteres Schreiben, welches mir mitteilte, dass mein Anspruch auf die FB überprüft werde; ich wurde aufgefordert, mehrere Fragen zu beantworten.

Besagtes Schreiben teilte mir explizit mit, dass es sich um eine Prüfung des Anspruchs für vergangene Zeiträume handelte. Noch weniger wurde mir mitgeteilt, dass offensichtlich der Vater meiner Tochter einen Antrag gestellt hat, die FB für bestimmte vergangene Zeiträume an ihn auszuzahlen. Weiters wurde mir das Vorbringen in diesem Antrag des Vaters bis heute nicht mitgeteilt, obwohl ich in zwei schriftlichen Eingaben dies ausdrücklich verlangt hatte. Mir wurde insbesondere verschwiegen, für welche Zeiträume mein seinerzeitiger Bezug der FB in Frage gestellt bzw. überprüft wurde.

Durch dieses Vorgehen wurde zweifellos mein Recht auf Parteiengehör erheblich verletzt. Ich hatte keine Möglichkeit, vom Vorbringen der anderen, antragstellenden Partei Kenntnis zu erlangen und mich umfassend hierzu zu äußern.

In diesem Zusammenhang mache ich noch geltend, dass die mir gestellten Fragen sich ausschließlich auf die Jahre 2001-2003 bezogen, während der angefochtene Bescheid mir den Bezug der FB ab September 2000 aberkennt. Die Behörde hat hier also für einen Zeitraum eine Entscheidung getroffen, zu dem sie mich nie befragt hat. Schon dieser cursorische Überblick beweist, dass jedenfalls mein Recht auf Parteiengehör auf gröbliche Weise verletzt wurde.

Wenn mir der in Rede stehende Zeitraum nicht oder nur unvollständig, d.h. unrichtig, genannt wurde, so konnte ich logischerweise mein Recht, alles vorzubringen, was meinen Rechtsstandpunkt stützt, nicht adäquat ausüben (§ 37 AVG). Gegen dieselbe Norm verstößt im Übrigen der Bescheid, weil er sich mit meinem Vorbringen nicht einmal ansatzweise auseinandersetzt, was in einer aus einem Satz bestehenden Begründung auch gar nicht möglich ist. Schließlich wurde auch § 45 Abs. 3 AVG verletzt, weil mir keine Gelegenheit eingeräumt wurde, zu den Ergebnissen des Beweisverfahrens eine Stellungnahme abzugeben. "Wird einer Partei diese Gelegenheit nicht gegeben, so ist das Verfahren wegen Verletzung des Parteiengehörs mangelhaft" (Wielinger-Gruber, Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahren 68).

Ich wurde -trotz mehrmaliger Urgenzen -vollkommen im Unklaren darüber gelassen, auf Grund welcher "Vorgeschichte" diese Überprüfung vorgenommen wird. Diese ist mir u.a. deswegen unklar, weil sich die seinerzeit mitgesandten Vordrucke auf den gegenwärtigen Wohnort etc. meiner Tochter beziehen, während die gestellten Fragen mit ihrem früheren Wohnort (vor dem 1.7.2003) zu tun haben.

Unklar ist mir im Schreiben des FA Graz-Stadt vom 3.8.2004 auch, um was für einen Antrag

es sich handelt. Es führt im Betreff an: "Antrag auf Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe", während unmittelbar darunter (nach "Sehr geehrte Frau"), ausgeführt wird, es sollten Verzögerungen bei der Erledigung meines Antrags vermieden werden. Ich habe jedoch keinen derartigen Antrag auf Überprüfung gestellt!!

Aus all den genannten Gründen ist das Verfahren mangelhaft, weil mir gegenüber geradezu eine Politik der Desinformation betrieben wurde, die dazu geeignet war, jede Partei in die Irre zu führen. Mein Begehren, die benötigten Informationen zu erhalten, wurde einfach ignoriert. Hinzu kommt, dass der Bescheid in keiner Weise erkennen lässt, welche Beweisaufnahmen durchgeführt wurden und zu welchem Ergebnis diese gelangten. Wegen der widersprechenden Angaben der beiden Elternteile hätte das Finanzamt Graz-Stadt nachvollziehbar zu begründen gehabt, warum es welchem Standpunkt Glauben schenkt und umgekehrt. Nichts davon enthält der angefochtene Bescheid.

III.

Inhaltlich mache ich insbesondere mangelhafte bzw. irrige Beweiswürdigung sowie eine unrichtige Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen geltend. Der zweitgenannte Punkt erhellt beispielsweise schon daraus, dass sich der Bescheid u.a. auf §§ Abs. 4 Z 3 lit. a und lit. c EStG 1988 stützt. Lit. c enthält Bestimmungen für das Jahr 1999 bzw. für im Ausland lebende Kinder. Es bleibt rätselhaft, was dies mit dem vorliegenden Fall zu tun haben soll.

Inhaltlich mache ich nun folgendes geltend:

Bis zum März 2001 habe ich mit dem Kindesvater und meiner Tochter in einem gemeinsamen Haushalt gelebt, sodass für diese Zeit § 5 lit. a 2. Absatz FLAG anzuwenden ist. Ferner gilt die gesetzliche Vermutung, dass ich als Mutter das Kind betreut habe und dass daher mir die FB zusteht. Diese gesetzlichen Bestimmungen nimmt der angefochtene Bescheid nicht zur Kenntnis bzw. enthält er keinerlei Begründung, warum sie im vorliegenden Fall nicht anwendbar sein sollen.

In meinen beiden ausführlichen Schriftsätzen habe ich mit allen Details dargelegt, in welcher schwierigen Situation sich meine Tochter und ich nach der Trennung vom Kindesvater 2001 befanden. Ich verweise zunächst auf diese Darlegungen und stelle fest, dass es wegen der außerordentlichen Umstände schwierig ist zu ermitteln, zu wessen Haushalt das Kind überwiegend gehört hat. Die mir seinerzeit vom Finanzamt Graz-Stadt gestellten Fragen bezogen sich ausschließlich auf die amtliche Meldung meiner Tochter und meiner Person! Damit ist aber § 2 Abs. 2 FLAG unrichtig angewendet, weil diese Bestimmung ausdrücklich nicht auf die amtliche Meldung, sondern auf die Haushaltszugehörigkeit abzielt.

Ungeachtet der amtlichen Meldung, befand sich meine Tochter auch ab 2001 überwiegend

entweder in meinem Haushalt oder in dem meiner Eltern. Mit diesem Vorbringen setzt sich der angefochtene Bescheid mit keinem Wort auseinander. Er stellt auch nicht fest, woraus sich

ergeben soll, dass ich von September 2000 bis Juli 2003 nicht in einem gemeinsamen Haushalt mit meiner Tochter gelebt habe.

Ferner habe ich dargelegt, dass auf mich jedenfalls die Bestimmung des § 2 Abs. 2 2. Satz FLAG anzuwenden ist, weil ich für den Unterhalt des Kindes überwiegend aufgekommen bin. Zu dieser Zeit war neben mir keine andere Person für die FB anspruchsberechtigt bzw. wurde ein solcher Anspruch nicht geltend gemacht. Der Sachverhalt war vielmehr wie folgt:

Im März 2001 bin ich aus dem ehemaligen gemeinsamen Familienwohnsitz in G.13 ausgezogen und habe in weiterer Folge bis einschließlich Juni 2001 im Haus meiner Eltern in R./Kärnten gewohnt. Obwohl die beiden Orte in zwei verschiedenen Bundesländern liegen, sind sie - wie ein Blick auf die Landkarte demonstrieren wird - nur wenige Kilometer voneinander entfernt. Zwischen dem Haus meiner Eltern und dem früheren Familienwohnsitz besteht eine Distanz von ca. 4 Kilometern, sodass ich im fraglichen Zeitraum März - Juni 2001 mühelos in der Lage war, meine Tochter J. durchgehend zu betreuen. Sie hielt sich während dieser Zeit auch überwiegend im Hause meiner Eltern, also bei mir, auf und blieb nur aus Gründen der Vereinfachung im benachbarten O. gemeldet. Darüber hinaus habe ich sie auch im Hause, in dem der Kindesvater wohnte, betreut.

Mit 2.7.2001 habe ich mich in Graz angemeldet und war bzw. bin hier auch wohnhaft. Meine Betreuungsleistungen für meine Tochter sind seitdem -bis sie am 1.7.2003 ebenfalls nach Graz übersiedelt ist -etwas geringer geworden. Gleichwohl habe ich durch mehrmaliges Fahren nach O. pro Woche sowie durch durchgehende Betreuung an den Wochenenden und in den Schulferien beträchtliche, wenn nicht überwiegende Betreuungsleistungen erbracht und jedenfalls ihre Unterhaltskosten überwiegend bestritten.

Feststehen dürfte, dass jedenfalls nicht der Kindesvater den Unterhalt meiner Tochter bestritten hat. Dieser ist seit langem hochverschuldet (eine Auskunft beim AMS Judenburg ergab einen Schuldenstand von rund 80.000,- Euro) und seit rund zwei Jahren arbeitslos. Innerhalb eines Teiles des in Frage stehenden Zeitraumes arbeitete er in Y. und lebte danach, bis vor wenigen Wochen, überwiegend bei seiner Freundin in N./Kärnten.

Er verfügt auch nicht über einen eigenen Haushalt, sondern lebte und lebt (teilweise) im Hause seiner Eltern in deren Haushalt, bzw. bei der erwähnten Freundin. Damit trifft auf ihn die Legaldefinition des § 5 Satz 1 FLAG jedenfalls nicht zu, sodass es schon deshalb unmöglich ist, dass mein Kind in seinem Haushalt bzw. seiner Wohnung gelebt hat, da er eine solche eigene Wohnung nicht hat und nicht hatte.

An dieser Stelle ist anzumerken, dass der angefochtene Bescheid keinerlei Feststellungen enthält, in wessen Haushalt das Kind im fraglichen Zeitraum gelebt haben soll, wenn nicht in meinem. Noch weniger findet eine Auseinandersetzung mit meinem Vorbringen statt.

Die in dem Bescheid festgesetzten Zeiträume sind nicht nachvollziehbar. Da ich erst im Laufe des Monats März 2001 aus dem früheren gemeinsamen Haushalt ausgezogen bin, steht mir iSd § 10 Abs. 2 Satz 2 FLAG der Bezug jedenfalls bis einschließlich März 2001 zu.

Meine Tochter ist am 1.7.2003 zu mir nach Graz gezogen, ist seither hier gemeldet und geht hier zur Schule; sie wohnt durchgehend in meinem Haushalt. Im Sinne der soeben zitierten Gesetzesstelle gebührt mir daher der Anspruch auf FB (spätestens!) wieder ab Juli 2003, nicht erst ab August 2003, wie in dem angefochtenen Bescheid enthalten. Ich verweise diesbezüglich auch auf den bereits vorgelegten Meldezettel meiner Tochter.

Generell verweise ich nochmals darauf, dass der Bezug der FB durch mich zwischen 2001 und 2003 mit Wissen und Zustimmung des Kindesvaters erfolgte. Auf ausdrücklichen Wunsch beider Elternteile wurde, wie in meinem besagten Schreiben dargelegt, die durch mich bezogene FB für J. auf einem Sparbuch veranlagt. Es steht deshalb dem Kindesvater nicht frei, diese explizite Vereinbarung nunmehr zu widerrufen. Bemerkt wird nochmals, dass der Kindesvater durch mehrere Jahre hindurch dieser Regelung ausdrücklich wie auch konkludent zugestimmt hat. Ob Herr B. in der Vergangenheit berechtigt gewesen wäre, an meiner Statt die FB zu beziehen, kann hier außer Betracht bleiben, da die zwischen ihm und mir getroffene Vereinbarung jedenfalls als Verzicht seitens des Herrn B. zu interpretieren ist. Auch mit diesem Vorbringen setzt sich die Behörde nicht auseinander.

Ich mache ferner noch geltend, dass eine Betreuung des Kindes (überwiegend) durch den Vater zwischen 2000 und 2003 schon aus folgendem Grund höchst unwahrscheinlich ist: Mit Wirkung vom 1.1.1998 bis heute (durchgehend, ohne einen Tag Unterbrechung) ist der Kindesvater gemäß eines Beschlusses des BGW. für seine Tochter geldunterhaltspflichtig. Schon daraus ist die Vermutung abzuleiten, dass er jedenfalls dem Kind keinen Naturalunterhalt geleistet hat, weil er ja ansonsten die Aufhebung seiner Geldunterhaltspflicht beantragt hätte.

Hätte Herr B. tatsächlich, wie behauptet, durch 3 Jahre hindurch unsere Tochter alleine betreut, so wäre es vollkommen unverständlich, dass er weder das Obsorgerecht noch die FB für das Kind beantragt und auch keinen Geldunterhaltsanspruch gegen mich gestellt hat. Kein Mensch, der bei klarem Verstande ist, würde so handeln.

In diesem Zusammenhang hätte die Finanzverwaltung selbstredend auch zu prüfen und im Bescheid anzuführen gehabt, welche steuerlichen Erklärungen der Kindesvater im umstrittenen Zeitraum 2000-2003 abgegeben hat: Da er in diesen Jahren geldunterhaltspflichtig war, ist stark zu vermuten, dass er im Zuge des

Lohnsteuerjahresausgleichs den Unterhaltsabsetzbetrag beansprucht hat - woraus allein zu folgern ist, dass er unwahre Angaben gemacht bzw. das Kind nicht in seinem Haushalt gelebt haben kann. Das Unterbleiben dieser Prüfung, soweit aus dem Bescheid ersichtlich, stellt einen weiteren Verfahrensmangel dar.

Zu den ebenfalls nicht geprüften Motiven des Kindesvaters, mit nahezu vierjähriger Verspätung die FB für unsere Tochter zu beantragen, habe ich mich bereits geäußert. Aktenkundige Tatsache ist, dass er diesen Antrag erst stellte, nachdem ich wenige Tage zuvor (!!!) einen Antrag auf Unterhaltserhöhung eingebracht hatte. Dieser Zusammenhang mag rechtlich ohne Belang sein, er verweist jedoch auf die Motive des Kindesvaters, der ein massives Interesse hat, den Sachverhalt (= die früheren Lebensverhältnisse meiner Tochter) in einem für ihn günstigen Licht darzustellen bzw. entsprechend zu verdrehen. Hierauf wäre im Zuge einer Beweiswürdigung ebenso einzugehen gewesen wie auf mein Argument einer Verzichtleistung des Herrn B. auf die FB.

Aus all den genannten Gründen stelle ich den Antrag:

Den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und mir die FB für meine Tochter ohne Unterbrechung ab 1994, bis vorläufig 2008, zuzusprechen.

Falls dem nicht stattgegeben werden sollte: Die Zeiträume, für die ich eine Rückzahlung zu leisten habe, auf die Monate April 2001 (beginnend) bis Juni 2003 (einschließlich) zu begrenzen.

Im Eventualfall: Den Bescheid aufzuheben und die Angelegenheit zur Verfahrensergänzung an die 1. Instanz zurückzuverweisen.

Meinem Antrag auf Aussetzung der Einbringung nach § 212 a BAO stattzugeben.

Das Finanzamt Graz-Stadt erließ am 21. Juni 2005 eine abweisende Berufungsvorentscheidung mit folgender Begründung:

Laut vorliegenden eidesstattlichen Erklärungen von zwei Personen und einer genannten Zeugin sind Sie im August 2000 von der Adresse A., G.13, weggezogen und lebten anschließend in R., bei Ihrer Mutter.

Sie waren zwar bis 2.3.2001 laut Auskunft der Gemeinde A an der Adresse A., G.13 gemeldet, für den Anspruch auf Familienbeihilfe sind jedoch die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend.

Da ab September 2000 kein gemeinsamer Haushalt von Ihnen und Ihrer Tochter J. gegeben war, stand Ihnen die Familienbeihilfe gem. § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 ab 1.9.2000 nicht mehr zu.

Gegen die Berufungsvorentscheidung wurde von der Bw. mit Schriftsatz vom 21. Juli 2005 der Antrag gestellt, die Berufung der Abgabenbehörde 2. Instanz zur Entscheidung vorzulegen

und wie folgt begründet:

Hinsichtlich der erwähnten Berufungsvorentscheidung, zugestellt am 23.6.2005, begehre ich binnen offener Frist von einem Monat die Entscheidung durch die Abgabenbehörde 2. Instanz und führe ergänzend aus:

I.

Ich kann mich des Eindrucks nicht erwehren, dass sich das Finanzamt Graz-Stadt fortgesetzt an die bestehenden, gesetzlichen Verfahrensvorschriften nicht gebunden fühlt und diese ständig und auch gröblich missachtet. Dies erhellt aus wenigstens zwei Umständen:

Für die Erledigung von Berufungen sieht das Gesetz eine Frist von maximal 6 Monaten vor.

Meine Berufung wurde am 30.8.2004 eingebracht, die Erledigung erfolgte am 22.6.2005, also nach beinahe 10 Monaten!

Als "Ergebnis" dieser 10 Monate wird eine Begründung geliefert, die gerade 9 Zeilen umfasst. Das heißt im Klartext, dass die 1. Instanz einen Monat zum Verfassen einer Zeile benötigt. Aus der Begründung geht hervor, dass lediglich eine Meldeauskunft beim Gemeindeamt A eingeholt und 3 Zeugen befragt bzw. von diesen eidesstattliche Erklärungen vorgelegt wurden. Dies zusammen wäre ohne weiteres auch in einer kürzeren, gesetzeskonformen Frist möglich gewesen!

Es mutet angesichts dieser Saumseligkeit wie ein Hohn an, wenn der Herr Finanzminister stets eine schlanke, effiziente Finanzverwaltung postuliert. Ich habe mir daher gestattet, Kopien der Akten mit einem entsprechenden Anschreiben an das Ministerbüro zu übermitteln.

II.

In meiner Berufung habe ich das Finanzamt Graz-Stadt darauf aufmerksam gemacht, dass die gesetzlichen Verfahrensvorschriften es zwingend vorsehen, dass mir bei sonstiger Nichtigkeit des Verfahrens Gelegenheit gegeben wird, zu den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens Stellung zu nehmen. Für Details hinsichtlich des AVG verweise ich auf meine Berufung. Hier sei nur ergänzt, dass insbesondere die Bestimmungen des

§ 183 Abs. 3 und 4 BAO in einer geradezu unglaublichen Weise missachtet wurden.

Eine solche Möglichkeit wurde mir wiederum nicht eingeräumt, weil mir die erwähnten Zeugenaussagen nicht zur Stellungnahme zugeleitet wurden. Ich kann zu diesen auch jetzt nicht wirklich Stellung beziehen, weil die Berufungsvorentscheidung NICHT ausführt, um welche Zeugen = Personen es sich überhaupt handelt; diese werden nicht einmal namentlich genannt! Daher kann ich generell nur folgendes bemerken:

Es erscheint höchst unglaubwürdig, dass sich die Zeugen nach 5 Jahren noch an den exakten Monat, ja den Tag meines Auszugs aus der früheren gemeinsamen Wohnung in Obdach erinnern können! Die angefochtene Berufungsvorentscheidung läßt jede Beweiswürdigung vermissen!!! In der Entscheidung wären, bei korrektem Vorgehen, die Namen der Zeugen

anzuführen und eine Beweiswürdigung anzustellen gewesen!

Falls es sich bei diesen Zeugen um die Eltern des Kindesvaters, Herrn X., handeln sollte, was ich vermuten muss, so ist zu bedenken, dass es sich um zwei hochbetagte Personen handelt, von denen eine, der Vater des Herrn B., bereits einen Schlaganfall erlitten hat, so dass dessen Erinnerungsfähigkeit entsprechend vermindert ist. Weiters ist zu beachten, dass die 1. Instanz offenkundig nur Zeugen aus dem familiären Umfeld des Kindesvaters gehört hat, deren Aussagen als befangen zu gelten haben und mit entsprechender Vorsicht zu würdigen sind. Nichts davon läßt die Berufungsvorentscheidung erkennen!!!

Weiters mache ich geltend, dass mir aufgrund der verweigerten Möglichkeit zur Stellungnahme keine Gelegenheit eingeräumt wurde, meinerseits Zeugen namhaft zu machen, zumal mir niemals mitgeteilt wurde, in welche Richtung die Behörde ermittelt (= tatsächliche Verhältnisse). So fällt insbesondere auf, dass die Berufungsvorentscheidung zwar ausführt, ich sei angeblich bereits im August 2000 in das Haus meiner Mutter nach Reichenfels gezogen. Jedoch hat es das FA Graz-Stadt verabsäumt, meine Mutter ebenso als Zeugin zu befragen, was jedenfalls einen Verfahrensmangel begründet.

Das Gesetz sieht vor, dass von der Richtigkeit der Meldedaten auszugehen ist, so dass meine Mutter zu befragen gewesen wäre, wenn das FA Graz-Stadt eine davon abweichende Position bezieht.

III.

Die kurze und lapidare Begründung ist insoweit höchst mangelhaft, als sie sich mit den allermeisten Punkten in meiner langen Berufung gar nicht auseinander setzt, diese werden einfach ignoriert.

Dies gilt insbesondere für mein Vorbringen hinsichtlich des Endes des Rückforderungsanspruchs im Jahre 2003, weil der in dem Bescheid des FA Graz-Stadt festgelegte Zeitpunkt nicht mit jenem übereinstimmt, zu welchem meine Tochter bei mir in Graz gemeldet war. Auch zahlreiche weitere Punkte meines Vorbringens, z.B. das Einverständnis des Kindesvaters, dessen Motive sowie die Tatsache, dass ich das Kind auch nach meinem Auszug aus Obdach überwiegend betreut habe, werden mit keinem Wort angesprochen, was in einer 9-zeiligen Begründung auch nicht möglich ist.

IV.

Wenn die Berufungsvorentscheidung ausführt, es komme nicht auf die amtliche Meldung an, sondern auf die "tatsächlichen Verhältnisse", so ist dem entgegenzuhalten, dass die im Sommer 2004 an mich seitens des FA Graz-Stadt ergangenen Aufforderungen zur Übermittlung von Informationen gerade zum Gegenstand hatten, anzugeben, wann mein Kind und ich wo gemeldet gewesen sind.

Von dieser mir gegenüber praktizierten **Irreführung** einmal abgesehen, widerspricht sich die

Entscheidung selbst, weil implizit hinsichtlich meiner Tochter erst wieder auf deren amtliche Meldung abgestellt wird. Anders formuliert: Wenn es nicht auf die Meldedaten, sondern die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, dann hätte sich die Entscheidung unbedingt mit meinem Vorbringen auseinandersetzen müssen, wonach ich auch nach 2000, trotz anders lautender Meldung, meine Tochter tatsächlich betreut habe. Dies war mir, wie mehrfach ausgeführt, auch leicht möglich, da G. und R. nur wenige Gehminuten voneinander entfernt sind. Es geht jedenfalls nicht an und stellt einen Verfahrensmangel dar, wenn einerseits die Bedeutung der tatsächlichen Verhältnisse behauptet, dann aber mit keinem Wort (!) geprüft wird, wer das Kind tatsächlich betreut hat. Nochmals sei betont, dass diese unverzichtbare Prüfung trotz meines wiederholten Vorbringens unterlassen wurde. Dies wiegt umso schwerer, als jedenfalls nicht anzunehmen ist, der damals noch weit entfernt berufstätige Vater habe das Kind betreut. Die praktische Lebenserfahrung wie auch die gesetzliche Vermutung im FLAG legen nahe, dass diese Betreuung nahezu immer durch die Mutter erfolgt. Will die Behörde hiervon abgehen, so hätte sie dies besonders sorgfältig zu erwägen und zu begründen gehabt. Hiervon läßt die Berufungsvorentscheidung nicht einmal einen Ansatz erkennen.

Die Entscheidung steht, wie erwähnt, auch im Widerspruch zu der von derselben Bearbeiterin verfassten, ersten Entscheidung aus dem August 2004, weil im damaligen Verfahren immer auf die amtliche Meldung abgestellt wurde. Dies lassen sowohl diese erste Entscheidung als auch die mir seinerzeit gestellten Fragen erkennen. Nun plötzlich jedoch werden die tatsächlichen Verhältnisse als maßgebend erklärt, obwohl hierzu gar keine, zumindest keine ausreichenden, Erhebungen angestellt wurden und insbesondere nicht geprüft worden ist, ob ich das Kind - wie von mir dargelegt - im nahen Elternhaus in R. überwiegend betreut habe. Sind die Meldedaten nicht maßgeblich, so muss dies logischerweise auch für die amtliche Wohnadresse des Kindes gelten, nicht nur für meine Person!

V.

Aus den genannten Gründen wird begehrt, meiner Berufung vom 30.8.2004 stattzugeben.

Mit Bericht vom 2. August 2005 legte das Finanzamt Graz-Stadt die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat zu Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) lautet auszugsweise:

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

a) für minderjährige Kinder, ...

(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.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

- a) deren Nachkommen,
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,
- c) deren Stiefkinder,
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches)

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, ...

Gem. § 7 FLAG wird die Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt. Ergänzend bestimmt § 10 FLAG auszugsweise:

(1) Die Familienbeihilfe wird nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.

(2) Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

(5)

Aus § 2 Abs. 2 FLAG leitet sich ab, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe in zwei Stufen zu prüfen ist (vgl. VwGH 16.2.1988, 85/14/0130 in ÖStZB 1988, 392):

Primär hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt ihr Kind gehört.

Nur dann, wenn das Kind zu keinem Haushalt einer anspruchsberechtigten Person gehört, ist die Frage der Kostentragung relevant. Nur in diesem Fall steht nämlich die Familienbeihilfe der Person zu, die die Kosten des Unterhalts überwiegend trägt.

Ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Familie aufhält, gilt solange als zum Haushalt einer Person gehörig, solange der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein "vorübergehender" ist. Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich beschränkte sein darf und diese zeitliche Beschränkung nicht lange Zeit dauern darf.

Es geht dabei nicht um die genaue Dauer des Aufenthaltes außerhalb der gemeinsamen Wohnung sondern darum, ob aus den objektiv nachvollziehbaren Umständen geschlossen werden kann, dass der Aufenthalt nur vorübergehend geplant war.

Von einer nur vorübergehenden Abwesenheit kann etwa dann gesprochen werden, wenn sich das Kind für Zwecke einer Ausbildung oder für Zwecke des Schulbesuches woanders aufhält (siehe VwGH 19.5.1969, 1562/68). Bei einer Zweitunterkunft für Zwecke eines Schulbesuches wird im Allgemeinen angenommen werden müssen, dass die Zweitunterkunft nur vorübergehend benutzt wird (Wittmann-Papacek, Kommentar zum Familienlastenausgleich, C, § 2, 11).

Die Abgabenbehörden haben von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103 mwN), wobei der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe der Monat ist (§ 10 Abs. 2 und 4 FLAG). Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind ist damit ständig neu zu beurteilen und kann je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat variieren (siehe etwa VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103). Da die Familienbeihilfe für ein Monat nicht geteilt werden kann und nur einmal pro Monat (§ 10 Abs. 4 FLAG) an eine einzige Person (§ 7 FLAG) gewährt werden kann, ist zu beurteilen, wer diese Person ist. Der Anspruch auf Familienbeihilfe setzt nämlich voraus, dass nicht jemand anderer zu deren Bezug berechtigt ist.

Wenn sich die Berufungswerberin mit ihrer Tochter fallweise in R. bei der Großmutter aufhält, begründet dies noch keine Haushaltszugehörigkeit.

Im vorliegenden Fall wurde mit dem Finanzamt Graz-Stadt, vertreten durch Frau AD Katharina Deak und der Berufungswerberin am 14. Februar 2006 ein Erörterungsgespräch abgehalten.

Die Berufungswerberin wurde begleitet von Herrn Dr. Martin Moll.

Bei diesem Gespräch erklärte die Vertreterin des Finanzamtes, dass eidesstattliche Erklärungen (von der Mutter des Kindesvaters und der früheren Lebensgefährtin) vorliegen die besagen, dass die Bw. im August 2000 aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen ist und daher die Rückforderung der Familienbeihilfe erforderlich war.

Weiters wurde von der Berufungswerberin über Befragung durch den Referenten angegeben, dass das in der Berufung bzw. im Vorlageantrag angeführte Sparbuch in der Form nicht existiert, sondern die Beträge auf ein Bausparkonto einbezahlt wurden.

Auf die Frage des Referenten an die Berufungswerberin, ob ihre Tochter aus dem Hause der Großeltern ausgezogen ist, wurde geantwortet, dass die Tochter immer im Hause der Großeltern gemeldet war und von dort auch die Schule besuchte, wobei die Tochter öfters von ihr abgeholt worden ist und zu ihrer Mutter nach R. gebracht worden ist. Sie habe die Tochter während der Tageszeit (nach Schulschluss) überwiegend betreut.

Zu bemerken ist auch, dass auf der Ladung für das Erörterungsgespräch ausdrücklich angeführt wurde, dass das Sparbuch, worauf die Familienbeihilfe einbezahlt worden ist, dem unabhängigen Finanzsenat vorzulegen ist und es auch notwendig ist, die Tochter zum Erörterungsgespräch beizuziehen.

Die frühere Lebensgefährtin, Frau P., wurde in einem Telefonat befragt, weshalb sie bezeugen kann wann die Bw. aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen ist. Dazu gab Frau P. an, dass sie in einer Beziehung mit Herrn X. gelebt hat und im August 2000 in seine Wohnung eingezogen ist. Herr X. hat auch zusammen mit seinen Eltern die Betreuung der Tochter ihrer Ansicht nach ordnungsgemäß durchgeführt.

Wenn sie (Herr X. und Frau P.) bei ihren Eltern in M. waren haben die Großeltern die Betreuung der Tochter übernommen.

Mit Schreiben vom 7. März 2006 (eingelangt am 13. März 2006) wurde von der Berufungswerberin eine eidesstattliche Erklärung von Frau C.P. vorgelegt aus der hervor geht, dass es nicht richtig ist, dass der Auszug der Tochter auf einen bestimmten Tag im Herbst des Jahres 2000 datiert werden kann, sondern, dass sich die Tochter nur stufenweise von dort getrennt habe.

Es wurde auch gefordert, eine Befragung des Gemeindesekretärs und eine Befragung von Frau P. durchzuführen. Gleichzeitig wurde beantragt, die Steuererklärungen für den Zeitraum 2000 bis 2003 hinsichtlich des Unterhaltsabsetzbetrages zu überprüfen.

Im Zuge des Berufungsverfahrens wurde das Finanzamt Judenburg Liezen, unter Beilage der Kopien der Niederschrift des Erörterungsgespräches, des Schreibens der Bw. vom 7.3.2006

mit der eidesstattlichen Erklärung von Frau C.P., der Berufung und der eidesstattlichen Erklärung von Frau R.B. ersucht, eine Erhebung vor Ort durchzuführen.

Am 17. Mai 2006 fand die Erhebung bei der Gemeinde A und der Familie B. statt.

Das Ergebnis der Erhebung (in Form von Kopien) wurde der Berufungswerberin mit Schreiben vom 22. Mai 2006 zur Kenntnis gebracht. Zusammenfassend stellte das Erhebungsorgan des Finanzamtes Judenburg Liezen fest, dass sowohl die Befragung des Gemeindesekretärs, Herrn M.F., als auch des Vaters von J., X. keine andere Annahme zulasse, als dass die Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. September 2001 bis 31. Juli 2003 zurecht vom Kindsvater bezogen wurde.

Mit Schreiben vom 1. August 2006 wurde vom Finanzamt Judenburg Liezen zur durchgeführten Erhebung ein Grundbuchsauszug (Eigentümer des Wohnhauses sind Herr J.B. und Frau R.B.) sowie der Bauplan des Wohnhauses G.13 vorgelegt, aus dem hervor geht, dass in dem Haus zwei eigenständige Wohneinheiten vorliegen.

Mit Schriftsatz vom 19. Juni 2006 wurde von der Berufungswerberin eine Gegendarstellung zu der vom Finanzamt Judenburg Liezen durchgeführten Erhebung eingebracht und auf die unerledigten Beweisanträge (Befragung von Frau P. und Auskunft aus den Steuerakten von Herrn X.) verwiesen.

Zu diesen Anträgen wird festgestellt, dass eine Auskunft aus den Steuerakten von Herrn X. nicht erfolgen kann, weil dies gemäß § 48 a BAO unter die abgabenrechtliche Geheimhaltungspflicht fällt und der Sachverhalt ohnedies dem Finanzamt mitgeteilt wurde. Eine Befragung der Frau P. bezüglich ihrer Ausbildung und der Entfernungsangaben ist für die Klärung der Haushaltszugehörigkeit der Tochter der Berufungswerberin nicht relevant.

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 u.a. beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 167).

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 Zuge des Verfahrens wurde der Herr Direktor der Hauptschule O., Herr E. befragt, mit welchem Verkehrsunternehmen bzw. von welchem Wohnort J. befördert wurde. Er gab an, dass das Kind von der Firma F. vom Wohnort G. nach O. zur Hauptschule und zurück befördert wurde.

Von der Firma F. wurden die Anträge auf Ausstellung eines Freifahrtsausweises von den Schuljahren 2000/01 vom 14.6.2000 (unterschrieben von der Berufungswerberin), bestätigt von der Schule am 16.6.2000, 2001/02 vom 12.9.2001 (unterschrieben von Herrn X.), bestätigt von der Schule am 12.9.2001, 2002/03 (unterschrieben von Herrn X.) und bestätigt von der Schule für die Zeit vom 9.9.2002 bis 4.7.2003 zwecks Einsichtnahme vorgelegt. Auf diesen Anträgen wurde als Wohnsitz G.13 angegeben.

Im Erörterungsgespräch wurden als strittige Zeiträume der Juli 2003 bzw. September 2000 bis Februar 2001 festgehalten.

Zum Zeitraum September 2000 bis Februar 2001 liegen dem unabhängigen Finanzsenat drei Erklärungen vor:

1. Die Erklärung von der Mutter des Kindesvaters v. 20.6.2005, dass die Berufungswerberin mit August 2000 aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen ist und das dies auch die frühere Lebensgefährtin Frau P. bestätigen kann.
2. Die Erklärung der Mutter der Berufungswerberin vom 25. Februar 2006, worin u.a. angegeben wurde, dass die Tochter im Sommer/Herbst 2000 erklärte, dass es mit ihrem Lebensgefährten Probleme gibt, da er eine andere Frau habe. In weiterer Folge war sie öfter als zuvor in meinem Haus, wobei sie regelmäßig von meiner Enkelin begleitet wurde. Weiters wurde angegeben, dass J. weiterhin im väterlichen Haus wohnte und die Tochter weiter viel Zeit im Haus des Herrn B. verbrachte und erst zum Frühjahr 2001 ihre Habe in ihr Haus gebracht hat.
3. Im Telefonat vom 2. Februar 2006 mit Frau P. gab diese an, dass sie in einer Beziehung mit Herrn B. gelebt hat und sie im August 2000 bei Herrn B. eingezogen ist. Herr B. habe auch gemeinsam mit seinen Eltern die Betreuung der Tochter ordnungsgemäß durchgeführt.

Im konkreten Fall kam der unabhängige Finanzsenat zum Schluss, dass J. ab dem Monat September 2000 dem Haushalt des Kindesvaters angehörte, weil die Kindesmutter im Laufe des Monats August aus dem gemeinsamen Haushalt ausgeschieden ist. Zu dieser Ansicht gelangte der unabhängige Finanzsenat deshalb, weil der Aussage von Frau P. als nunmehr unbeteiligte Person (Frau P. gab im Telefonat vom 12.9.2006 an, dass ihre Beziehung mit Herrn B. im Juni 2004 beendet wurde und sie keinen Kontakt zu ihm pflege und daher auch

gar kein Interesse habe, etwas Unwahres zu sagen) mehr Gewicht beigemessen wurde, als den Erklärungen der jeweiligen Eltern.

Als weitere Indizien dazu dienten auch die Erhebungen des Finanzamtes Judenburg Liezen und die Aussage von der Bw. in dem Erörterungsgespräch, dass J. immer im Haus der Großeltern war, von dort aus die Schule besuchte und nur von ihr öfters abgeholt und zu ihrer Mutter nach R. gebracht wurde.

Für den Monat Juli 2003 ist festzustellen, dass die Schule in O. bis 4. Juli 2003 gedauert hat und daher die Haushaltszugehörigkeit zum Kindesvater mit Beginn des Monats Juli 2003 am wahrscheinlichsten noch bestanden hat. Eine Fahrt mit dem öffentlichen Verkehrsmittel von Graz nach Obdach, mit einer Fahrzeit (nach Fahrplanauskunft der ÖBB vom 12.9.2006) von 1 Stunde 59 Minuten bis 2 Stunden 31 Minuten und es auch nicht möglich ist, pünktlich zu Unterrichtsbeginn in der Schule anwesend zu sein, erscheint unglaublich.

In der Folge konnte der Anspruch der Bw. erst mit Beginn des Folgemonates (August 2003) entstehen.

Abschließend wird noch bemerkt, dass eine persönliche Befragung der Tochter der Berufungswerberin im Erörterungsgespräch mangels Zustimmung der erziehungsberechtigten Kindesmutter nicht erfolgen konnte.

Dieses Gespräch mit der Tochter der Berufungswerberin wurde über Intervention vom Kindesvater am 24. Oktober 2006 um 14:45 Uhr in den Räumen des UFS nachgeholt. Die für den vorliegenden Fall relevanten Fakten wurden von Seiten der Tochter bestätigt.

Die Berufung war deshalb als unbegründet abzuweisen.

Graz, am 30. Oktober 2006