



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Christian Ransmayr, Rechtsanwälte OEG, 4020 Linz, Huemerstraße 1/Kaplanhofstraße 2, vom 23. Februar 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 9. Februar 2006 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Oktober 2005 bis 31. März 2006 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin bezog bis März 2006 die Familienbeihilfe für ihren minderjährigen Sohn E, geboren am xx. Im Februar 2006 gab der Vater des minderjährigen E dem Finanzamt bekannt, dass sein Sohn seit 10.10.2005 in seinem Haushalt lebe und seine Mutter nur vereinzelt im Zuge der allgemeinen Besuchsregelung besuche. Er sorge auch ausschließlich für den Unterhalt seines Sohnes, der Sohn bekomme tägliches Jausengeld, monatliches Taschengeld, Kleidungsstücke etc., und er kümmere sich auch um die schulischen und sonstigen Belange des Sohnes. Überdies wurde dem Finanzamt ein Beschluss des Bezirksgerichtes x als Pflegschaftsgericht vom 12.12.2005 übermittelt, mit dem dem Vater bis zur endgültigen Entscheidung die vorläufige Obsorge für seinen Sohn zugesprochen wurde und in dem auch festgehalten wurde, dass der Sohn bereits seit mehr als zwei Monaten tatsächlich beim Vater lebe.

Auf Grund dieser Umstände wurden die für den Zeitraum von Oktober 2005 bis März 2006 an die Berufungswerberin ausbezahlte Familienbeihilfe sowie die Kinderabsetzbeträge mit Bescheid rückgefordert.

In der gegen den Bescheid eingebrachten Berufung wurde durch den steuerlichen Vertreter der Berufungswerberin im Wesentlichen Folgendes eingewendet: Dem Kindesvater sei durch das Bezirksgericht die vorläufige Obsorge erstmals mit Beschluss vom 12.12.2005 übertragen worden. Dieser Beschluss sei den Beteiligten allerdings erst am 25.1.2006 zugestellt worden, sodass dem Kindesvater erst ab diesem Zeitpunkt vorläufig die Familienbeihilfe zustehen könne. Eine Rückzahlungsverpflichtung der Familienbeihilfe könne für die Kindesmutter daher frühestens ab Februar 2006 bestehen, weshalb beantragt werde, den Bescheid in der Weise abzuändern und die Rückzahlungsverpflichtung in entsprechend reduzierter Höhe auszusprechen.

Das Finanzamt übermittelte hierauf an den steuerlichen Vertreter ein Ergänzungersuchen, in dem zunächst auf die Ausführungen des Kindesvaters und den durch das pflegschaftsgerichtliche Verfahren bekannten Sachverhalt hingewiesen wurde und die Beibringung folgender Angaben der Kindesmutter angefordert wurde: Belege über Zahlungen an das Kind ab Oktober 2005, Angaben über die Essenszubereitung für das Kind, Höhe eines monatlichen Taschengeldes, Beschreibung bzw. Angaben über eine Unterstützung des Kindes in schulischen Belangen, in der Freizeit, in der Suche nach einer Ferialtätigkeit, in sonstigen Angelegenheiten, Aufzählung der Tage, an denen die Kindesmutter besucht wurde.

Dem Ergänzungersuchen folgte zunächst ein Antrag auf Akteneinsicht, dem nicht entsprochen wurde. Zwischenzeitig wurde durch das Finanzamt auch der Sohn der Berufungswerberin einvernommen, der zur Niederschrift Folgendes angab: Er sei am 10.10.2005 zu seinem Vater gezogen, seither Sorge nur sein Vater für ihn. Er erhalte von ihm 100 € Taschengeld, der Vater komme auch für Bekleidung, Urlaube etc. auf, kümmere sich um seine schulischen Erfolge. Von der Mutter erhalte er 20 € Taschengeld, sonst keine Geldleistungen. Er sei alle zwei Wochen am Wochenende bei seiner Mutter, an diesen Tagen werde er auch von ihr gepflegt.

Schließlich gab der steuerliche Vertreter sinngemäß folgende Stellungnahme zum Ergänzungersuchen des Finanzamtes ab: Es sei richtig, dass der Sohn seit Oktober 2005 den überwiegenden Wohnsitz beim Vater habe, allerdings sei die Bewilligung durch das Gericht hierfür erst am 27.1.2006 erfolgt. Erst seit diesem Zeitpunkt befinde sich der Sohn legal beim Vater, bis dahin sei der eigenmächtige Umzug des Minderjährigen illegal gewesen. Laut Scheidungsvergleich sei die alleinige Obsorge zunächst der Mutter zugestanden, selbst jetzt liege noch keine endgültige Regelung des Gerichtes vor. Die Rückforderung der

Familienbeihilfe sei daher jedenfalls bis zur einstweiligen Regelung durch das Gericht gänzlich verfehlt und unzulässig, andernfalls würde dies bedeuten, dass der illegale Umzug des Kindes noch durch die Kinderbeihilfe zugunsten des Kindesvaters belohnt werde. Auch die Stellungnahme der Kindesmutter beim Gericht, dass „sie sich dem Wunsch des Sohnes nicht verschließen wolle“, bedeute keine Legalisierung des Zustandes vor Erlassung des Beschlusses, sondern sollte nur zur Kalmierung beitragen. Es werde daher der Berufungsantrag aufrecht erhalten, wobei darauf hingewiesen werde, dass die Einschreiterin wegen Nichtgewährung der Akteneinsicht bewusst nicht auf die Fragen des Ergänzungsersuchens eingegangen sei.

Nach abweisender Berufungsvorentscheidung wurde das Begehren weiterhin aufrecht erhalten und Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz beantragt.

Nach Vorlage der Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat wurde ergänzend der zwischenzeitig ergangene Beschluss des Bezirksgerichtes vom 17.5.2006 übermittelt, mit dem dem Kindesvater die endgültige Obsorge bezüglich seines Sohnes übertragen wurde.

Im Zuge des weiteren Berufungsverfahrens teilte der Unabhängige Finanzsenat dem steuerlichen Vertreter der Berufungswerberin mittels Vorhalt sinngemäß Folgendes mit: Aus den Eingaben im Berufungsverfahren werde der Schluss gezogen, dass auch seitens der Berufungswerberin nicht bestritten werde, dass der Sohn seit Oktober 2005 seinen Wohnsitz beim Vater habe und das Berufsbegehren lediglich darauf gestützt werde, dass die Bewilligung durch das Gericht erst später erfolgte. Für den Anspruch auf Familienbeihilfe komme es jedoch nicht auf die Bewilligung durch das Gericht an, sondern lediglich auf die tatsächliche Haushaltszugehörigkeit. Lediglich wenn die Mutter in dieser Zeit die Unterhaltskosten überwiegend getragen hätte, wäre eine andere Beurteilung möglich, wofür jedoch der Akt keinen Anhaltspunkt biete. Die Berufungswerberin möge daher dem Unabhängigen Finanzsenat allfällige Einwendungen gegen die Sachverhaltsfeststellungen mitteilen.

Der Vorhalt wurde jedoch nicht mehr beantwortet.

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

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in 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.

Nach Absatz 5 dieser Gesetzesstelle gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die

Haushaltszugehörigkeit gilt (unter anderem) nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Nach der zitierten Gesetzesstelle richtet sich somit primär der Anspruch eines Elternteils auf Familienbeihilfe danach, zu wessen Haushalt das Kind gehört. Nur wenn das Kind bei keinem Elternteil haushaltszugehörig ist, hat derjenige Anspruch auf Familienbeihilfe, der die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Für die Beurteilung der

Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und

Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht hingegen das Erziehungsrecht (VwGH 22.10.1971, 336/70). Auch polizeiliche Meldebestätigungen sind hiefür nicht von Bedeutung – 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 kann auf Grund aller im gesamten Verfahren vorgelegten Unterlagen und Eingaben nicht angezweifelt werden, dass der Sohn der Berufungswerberin seit Oktober 2005 bei seinem Vater haushaltszugehörig ist: Sowohl der Vater als auch der Sohn selbst haben übereinstimmend erklärt, dass der Sohn seit 10.10.2005 dort wohne und zur Gänze vom Vater versorgt werde, Besuche bei der Mutter finden lediglich an jedem zweiten Wochenende statt. Das Pflegschaftsgericht ist in seiner Entscheidung über den Zuspruch der Obsorge ebenfalls davon ausgegangen, dass der Sohn bereits seit diesem Datum im Haushalt des Vaters wohnt. Schließlich wurde auch seitens der Berufungswerberin dieser Umstand niemals bestritten und in der im Zuge des Ermittlungsverfahrens abgegebenen Stellungnahme ausdrücklich eingeräumt, dass der Sohn seit Oktober 2005 seinen überwiegenden Wohnsitz beim Vater hat. Es besteht auch keine Veranlassung anzuzweifeln, dass der Vater seither im Wesentlichen die gesamten Aufwendungen für den Unterhalt des Sohnes trägt, zumal Gegenteiliges auch seitens der Berufungswerberin nicht behauptet wurde, obwohl sie durch Vorhalte und eine ausführliche Begründung in der Berufungsvorentscheidung wusste, dass die Abgabenbehörde diesen Umstand als gegeben angenommen hat, und auch ausreichend Gelegenheit bestanden hat, hiezu Stellung zu nehmen.

Nach dem eindeutigen Wortlaut der oben zitierten Gesetzesstelle hat daher seit Oktober 2005 der Vater Anspruch auf Familienbeihilfe für den minderjährigen Sohn E. Die Berufungswerberin bestreitet diesen Anspruch auch nur mit der Begründung, dass der Wohnsitzwechsel des Sohnes zunächst „illegal“ bzw. gegen ihren Willen erfolgt sei und vom Gericht erst später legalisiert wurde. Dass dem Vater das Sorgerecht erst später zugesprochen wurde, steht außer Frage. Für den Anspruch auf Familienbeihilfe ist es jedoch ohne Bedeutung, wann eine Bewilligung der Wohnsitznahme durch das Gericht erfolgt ist, ausschlaggebend ist lediglich, welchem Haushalt das Kind tatsächlich angehört hat und von wem es tatsächlich die Obsorge erfahren hat. Die diesbezüglichen Ausführungen der Berufungswerberin waren daher für die Entscheidung ohne Bedeutung.

Nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer zu Unrecht Familienbeihilfe bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Die Rückforderung der für die Monate Oktober 2005 bis März 2006 bezogenen Familienbeihilfe erfolgte daher zu Recht.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit.a EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu. Mangels Anspruchs auf Familienbeihilfe für den streitgegenständlichen Zeitraum waren auch die Kinderabsetzbeträge zurückzufordern.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 6. November 2007