

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Bw., vertreten durch Dr. Alois Zehetner, Rechtsanwalt, 3300 Amstetten, Ybbsstraße 66/II/1, gegen die Bescheide des Finanzamtes Baden Mödling betreffend

- 1) Rückforderung von (erhöhter) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 1. Dezember 2004 bis 28. Februar 2005 sowie
- 2) Antrag auf (erhöhte) Familienbeihilfe ab 1. März 2005

nach der am 29. August 2006 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) ist seit 1987 geschieden und bezog für ihren Sohn R., geb. 14. April 1984, bis 28. Februar 2005 Familienbeihilfe (vom 1. Juni 2001 bis 28. Februar 2005 wurde auf Grund der ärztlichen Bescheinigung vom 7. Mai 2002 auch der Erhöhungsbetrag bezogen).

Die Bw. hat seit 17. November 1994 ihren Hauptwohnsitz in E. und einen Nebenwohnsitz in N-Straße .

Der Sohn hatte seinen Hauptwohnsitz vom 16. Oktober 1996 bis 27. Juni 2003 in E. und einen Nebenwohnsitz vom 17. Oktober 1996 bis 22. Mai 2004 in N-Straße. Vom 27. Juni 2003 bis

30. November 2004 war er bei seiner Großmutter in G. mit einem Hauptwohnsitz gemeldet und im Anschluss daran in N-Straße (= Eigentumswohnung der Bw.).

Laut Schreiben des steuerlichen Vertreters wohnte der Sohn der Bw. jedoch von August 2004 bis April 2005 bei seiner Großmutter in G.. Die Matura wurde im März 2005 an einer Salzburger AHS abgelegt. Die Bw. leistete während dieses Zeitraumes monatliche Zahlungen in Höhe von € 200,-- an ihre Mutter zwecks Deckung der Unterhaltskosten für ihren Sohn.

Im Juni 2005 beantragte die Bw. die Weitergewährung ab März 2005 und legte eine zwischen ihr und ihrem Sohn geschlossene Vereinbarung vor, nach der sie die in ihrem Alleineigentum stehende Wohnung in N-Straße, die vorher an einem anderen Bestandnehmer vermietet war, ab 22. November 2004 ihrem Sohn zur vorläufigen alleinigen Benutzung prekaristisch überlässt. Die Vereinbarung wurde auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.

Laut dieser Vereinbarung werden die Betriebskosten während der Dauer der Überlassung von der Bw. bezahlt. Die Kosten für Handy, Internet-Anschluss, Fernseh- und Rundfunkgebühr muss der Sohn selbst begleichen.

Am 3. Mai 2005 stellte der Kindesvater einen Antrag auf Familienbeihilfe ab 1. Dezember 2004, und zwar aus dem Titel der überwiegenden Kostentragung. Der Kindesvater wurde zur Unterhaltsleistung verpflichtet und leistet nachweislich einen monatlichen Unterhalt von € 710,-- (incl. Taschengeld).

Im Zeitraum Jänner bis Juni 2005 hat er insgesamt € 10.775,-- (im Betrag auch einmalige Leistungen, wie Möbel, PC-Zubehör, TV etc. enthalten) geleistet.

Im Zeitraum Juli bis November 2005 leistete der Kindesvater insgesamt € 4.020,-- an Unterhalt und zusätzlich ca. € 2.500,-- für PC, Laptop und Zubehör.

Strittig ist somit im vorliegenden Fall, welcher Elternteil den überwiegenden Unterhalt trägt.

Die Bw. wurde auf Grund ihrer Antragstellung mit Vorhalt des Finanzamtes vom 13. Juli 2005 aufgefordert folgende Fragen zu beantworten bzw. Unterlagen vorzulegen:

"Sie haben Ihrem Sohn R. Ihre Eigentumswohnung in N-Straße zur vorläufigen Benutzung überlassen. Bitte geben Sie bekannt, um welchen monatlichen Mietpreis sie die gegenständliche Wohnung vermieten könnten.

Wie hoch sind die monatlich anfallende Betriebskosten (inkl. Wassergebühren, Haushaltsversicherung, Strom- und Heizkosten)? Bitte Nachweis!

Leisten Sie an Ihren Sohn R. außer der Überlassung der Wohnung und Bezahlung der Betriebskosten noch Unterhalt in anderer Form – wie z.B. Geldleistungen oder Naturalleistungen? Wenn ja, Nachweis darüber!"

Die Bw. teilte dem Finanzamt daraufhin mit Schreiben vom 10. August 2005 unter anderem mit, dass der Wohnraum 33 m<sup>2</sup> betrage und dass diese laut Auskunft der zuständigen Hausverwaltung I-GmbH um einen Mietzins in Höhe von € 9,50 vermietet werden könne (33

$m^2 \times € 9,50 = € 313,50$ ) und verwies diesbezüglich auf den Mietzinsspiegel betreffend der Wohnungen, die gemäß § 1 Abs. 4 MRG einem frei vereinbarten Mietzins unterliegen. Die Wohnung sei lastenfrei. Bezuglich der Betriebskosten verwies sie auf die von der vorerwähnten Hausverwaltung aufgestellte Jahresabrechnung für das Jahr 2004 und legte unter anderem einen Mietzinsspiegel sowie eine Jahresabrechnung für 2004 samt Kontoauszügen vor.

Das monatliche Betriebskostenakonto für 2005 betrug € 137,56 (aus der Abrechnung für 2004 ergaben sich aber nur Betriebskosten von € 464,04 jährlich und Heiz- und Warmwasserkosten von € 265,25 jährlich). Die Haushaltsversicherung beträgt jährlich € 108,52 (= mtl. ca. 9,-). Andere Unterhaltsleistungen als die angeführten Werte für die Überlassung der Wohnung und die Bezahlung der Betriebskosten hat die Bw. nicht nachgewiesen.

Das Finanzamt wies den Antrag der Bw. auf Weitergewährung der (erhöhten) Familienbeihilfe mit Bescheid vom 13. September 2005 mit folgender Begründung ab:

"Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 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.

Der Gesetzgeber macht den Anspruch auf Familienbeihilfe davon abhängig, dass der Anspruchswerber die Unterhaltskosten überwiegend trägt und nicht davon, dass er zur Tragung der Unterhaltskosten verpflichtet ist. Trägt daher jemand nachweislich die Kosten des Unterhaltes eines Kindes überwiegend, ist nicht zu prüfen, ob die wirtschaftliche Notwendigkeit hiezu besteht.

Der Kindsvater von R. leistet monatlich Unterhalt in Höhe von € 710,-- (in diesem Betrag sind außertourliche Leistungen nicht enthalten).

Sie leisten monatlichen Unterhalt für R. in folgender Höhe:

Überlassung der Wohnung in N-Straße zur alleinigen Benutzung durch Ihren Sohn R.

33 m <sup>2</sup> à € 9,50		€ 313,50
Betriebskosten/incl. Warmwasser und Heizung mtl.	ca.	€ 137,56
Haushaltsversicherung mtl.	ca.	€ 9,00
Strom u. div. andere Kosten mtl.	ca.	€ 40,00
Gesamtunterhalt mtl.	ca.	€ 500,00

Da somit der Kindsvater überwiegend Unterhalt für R. M. leistet, muss Ihr Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe abgewiesen werden."

Die Bw. stellte durch den bevollmächtigten Vertreter fristgerecht den Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führt darin unter anderem aus, dass der Sohn sehr wohl zum Haushalt der Bw. gehöre, weil sich unter der Adresse N-Straße ein Filialhaushalt der Bw. befindet.

Die Bewertung der Unterhaltsleistung der Bw. sei insoweit nicht richtig als die Unterhaltsleistung die von der Erstbehörde festgestellten € 500,00 bei weitem übersteige. Die Erstbehörde sei bei hypothetischer Vermietung von einem Durchschnittsmietzins von € 9,50

pro m<sup>2</sup> ausgegangen, welcher unter Zuhilfenahme eines Mietzinsspiegels ermittelt worden sei. Es sei jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Bw. am freien Markt einen weitaus höheren Mietzins erzielen hätte können. Festgehalten werde, dass die gegenständliche Eigentumswohnung gemäß § 1 Abs. 4 MRG einer freien Mietzinsvereinbarung unterliege. Es sei daher unter Hinweis darauf nicht ein Durchschnittsmietzins, sondern der am freien Markt vergleichbare höchstmögliche erzielbare Mietzins für die Bewertung der gegenständlichen Unterhaltsleistung heranzuziehen. Unabhängig davon stelle die Überlassung einer Eigentumswohnung eine Unterhaltsleistung dar, die die Bw. aus ihrem Vermögensstamm erbringe. Bei hypothetischem Widerruf der betreffenden Vereinbarung hätte die Bw. die Möglichkeit, ihre Eigentumswohnung am freien Markt zu veräußern. Die Erstbehörde hätte somit auch den hypothetisch erzielbaren Verkaufspreis ins Kalkül zu ziehen gehabt. Diese hypothetische Verwertungsoption, von der die Bw. während aufrechter Vereinbarungsdauer Abstand nahm, hätte ebenso in die Bewertung der Unterhaltsleistung Eingang finden müssen. Die Erstbehörde hätte übersehen, dass für die Erfassung der Unterhaltsleistung ausschließlich die zivilrechtliche Begriffsbildung des ABGB heranzuziehen sei. Die Bw. hätte somit Unterhaltsleistungen erbracht, die bereits unter Heranziehung ihres Vermögensstamms zustande gekommen seien.

Weiters machte die Bw. Sittenwidrigkeit des Erstbescheides iSd § 1295 Abs. 2 ABGB geltend. Der Kindesvater stünde im Verdacht, seinen Sohn sexuell missbraucht zu haben, weshalb es weder opportun noch dem Kindeswohl förderlich sei, dem Kindesvater (bzw. dem Sohn) weitere finanzielle Mittel zuzuwenden.

Letzteres Vorbringen wurde in einer dem UFS am 25.8.2006 zugegangenen Mitteilung wiederholt und bezüglich des Missbrauchsverdachtes verschiedene Beweisanträge, u. zw. amtswegige Kontenöffnung, Beschlagnahme der im Eigentum des Kindesvaters befindliche Computerfestplatten sowie amtswegige Rufdatenrüberfassung gestellt.

In der am 29.8.2006 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

"Dr. Zehetner:

**1) Filialhaushalt:**

Das Finanzamt stützt seine Meinung, dass kein Filialhaushalt vorläge, insbesondere auf den Umstand, dass meiner Mandantin kein Besuchsrecht zustünde.

Dem ist entgegenzuhalten, dass die Formulierung im Prekariumvertrag nur deshalb gewählt wurde, weil der Sohn meiner Mandantin selbstständig unbeeinflusst leben sollte.

**2) Unterhaltsleistung:**

Ich lege der Berufungsbehörde den Mietenspiegel der Kanzlei I. vor (Anm.: die Kopie auf Seite 28 FB-Akt ist in den relevanten Teilen unleserlich).

Daraus ist ersichtlich, dass bei Mietwohnungen bis 60 m<sup>2</sup> ein maximaler Mietwert von € 9,5 anzusetzen

ist.

Ich verweise aber darauf, dass dennoch erwogen werden könnte, einen höheren Wert anzusetzen....

**3) Sittliche Gründe, die gegen eine Gewährung der Familienbeihilfe an den geschiedenen Gatten meiner Mandantin sprechen:**

Hierbei verweise ich auf das Berufungsbegehren und die darauf folgenden Eingaben, insbesondere auf die Mitteilung an den UFS vom 23. August 2006.

Bw:

Ergänzend verweise ich darauf, dass ich befürchte, dass für den Fall, dass mein geschiedener Gatte tatsächlich Familienbeihilfe bezieht, er diese Beträge zweckwidrig verwendet.

Mir wurde von mehreren Seiten berichtet, dass mein geschiedener Gatte Unterhaltsbeträge sozusagen in beliebiger Höhe leistet.

Dr. Zehetner:

Herausstreichen möchte ich vor allem, dass der Sohn meiner Mandantin nach seinem Auszug aus der Wohnung in der Nussdorferstrasse sich nur zum Schein in der Wohnung seines Vaters angemeldet hat, was er nunmehr auch selbst bestätigt hat.

Dr. Sommer:

Haushaltszugehörigkeit:

Wenn der Rechtsvertreter der Bw. ausführt, dass der Sohn seiner Mandantin eine eigene Wohnung bezogen hat, um ein unabhängiges Leben führen zu lernen, so bestätigt dies geradezu die Meinung des Finanzamtes, dass keine Haushaltszugehörigkeit zum Haushalt der Berufungswerberin mehr gegeben war.

Es mag zutreffen, dass die Meldung beim Kindesvater bloß zum Schein erfolgte; dies war aber keineswegs entscheidungsrelevant.

Das Finanzamt hat seine abweisende Entscheidung nämlich nicht auf die Haushaltszugehörigkeit zum Haushalt des Vaters gestützt, sondern auf den Umstand, dass dieser nach der Aktenlage eindeutig den überwiegenden Unterhalt geleistet hat. Es kamen auch in der heutigen Verhandlung keinerlei Umstände hervor, die dem entgegen stehen würden.

Was schließlich die mehrfach angeführten sittlichen Gründe betrifft, so stimmen mich diese persönlich menschlich betroffen. Allerdings ist das Familienlastenausgleichsgesetz einer Auslegung dergestalt, dass sittliche Gründe einer Gewährung von Familienbeihilfe entgegen stünden, nicht zugänglich.

Bw:

Zu definieren ist noch, was überhaupt unter Unterhalt zu verstehen ist; meiner Ansicht jedenfalls nicht, wenn beliebige Beträge sozusagen als Schweigegeld bezahlt werden.

Anregen möchte ich noch, ob eine Art von Treuhandlösung überdacht werden könnte, ob also die Familienbeihilfe direkt meinem Sohn via Treuhänder zur Verfügung gestellt werden könnte.

Dr. Zehetner:

Zu erwägen ist ferner, ob es sich nicht bei der Bestimmung des § 1295 Abs. 2 ABGB um eine Norm handelt, die im Vorfeld der Beurteilung, ob die Tatbestände des FLAG vorliegen, zu überprüfen ist; mit anderen Worten: Die Gewährung von Familienbeihilfe ist dann nicht gerechtfertigt, wenn damit einem anderen geschadet werden soll.“

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

**1. Haushaltszugehörigkeit und Unterhaltsleistungen als Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe**

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe. 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 Abs. 5 dieser Bestimmung gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

### **1.1. Haushaltszugehörigkeit**

Das Gesetz räumt den Anspruch auf Familienbeihilfe primär demjenigen ein, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Voraussetzung für eine solche Haushaltszugehörigkeit ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft.

Die Haushaltszugehörigkeit gilt gemäß § 2 Abs. 5 FLAG u. a. dann 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.

Sachverhaltsmäßig ist unbestritten, dass die Kindesmutter dem gemeinsamen Sohn die ihr allein gehörige Eigentumswohnung zur Verfügung stellt. In dieser Wohnung hält sich der Sohn überwiegend auf.

Dass der Aufenthalt des Sohnes außerhalb der Wohnung der Mutter nur vorübergehend ist, wurde nicht behauptet; aus den Umständen des Falles kann auch keineswegs geschlossen werden, dass das Kind nach absehbarer Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird.

Daraus ist aber klar erkennbar, dass eine gemeinsame Haushaltung zwischen Mutter und Sohn nicht vorliegt. Auch das Finanzamt führt richtig aus, dass der Umstand, dass der Sohn eine eigene Wohnung deshalb bezogen habe, um ein unabhängiges Leben führen zu lernen, gegen eine Zugehörigkeit zum Haushalt der Bw. spricht.

Somit ist entscheidend, wer iSd § 2 Abs. 2 FLAG überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind trägt.

### **1.2. Leistung von Unterhalt**

Das "überwiegende Tragen der Unterhaltskosten" stellt darauf ab, von wem der Unterhaltsberechtigte mehr als die Hälfte der an ihn geleisteten Unterhaltskosten erhält.

Sachverhaltsmäßig ist unbestritten, dass die Bw. die in ihrem Eigentum stehende Wohnung in N-Straße ihrem Sohn zur alleinigen Benutzung überlassen hat.

Das Finanzamt ist von dem von der Bw. in ihrem Schreiben vom 10. August 2005 angegebenen Mietzins von € 9,50 pro m<sup>2</sup> ausgegangen und hat somit folgende Berechnung

vorgenommen:

33 m <sup>2</sup> à € 9,50		€ 313,50
Betriebskosten/incl. Warmwasser und Heizung mtl.	ca.	€ 137,56
Haushaltsversicherung mtl.	ca.	€ 9,00
Strom u. div. andere Kosten mtl.	ca.	€ 40,00
Gesamtunterhalt mtl.	ca.	€ 500,00

Wenn der steuerliche Vertreter in der Berufung ausführt, es sei nicht ausgeschlossen, dass die Bw. am freien Markt einen weit höheren Mietzins erzielen hätte können, so ist dem entgegenzuhalten, dass für die Bewertung von Naturalunterhalt der Betrag anzusetzen ist, den der Unterhaltsberechtigte am freien Markt voraussichtlich zahlen müsste, also ein Durchschnittswert. Wenn das Finanzamt in seiner Berechnung den höchsten Wert laut Mietenspiegel angesetzt hat, kann die Bw. dadurch nicht beschwert sein. Welchen Einfluss ein (ohnehin nur hypothetisch) erzielbarer Verkaufspreis der Wohnung auf die Unterhaltsbemessung hätte, macht die Berufung nicht einsichtig, wobei hinzuzufügen ist, dass nur tatsächliche und nicht fiktive, möglicherweise in der Zukunft eintretende, Sachverhalte zu berücksichtigen sind.

Fest steht somit, dass der Kindesvater im strittigen Zeitraum nachweislich an seinen Sohn Beträge iHv zumindest € 710,-- monatlich gezahlt und somit die höheren Unterhaltsleistungen erbracht hat.

## 2. Sittliche Gründe

Die Bw. wendet zuletzt ein, sittliche Gründe würden der Gewährung von Familienbeihilfe an den Kindesvater entgegenstehen.

Selbst unter Außerachtlassung der Tatsache, dass die an den Kindesvater gerichteten Vorwürfe nicht bestätigt sind und die Unschuldsvermutung gilt, ist festzuhalten, dass für den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe sittliche Gründe ohne Relevanz sind; der Anspruch nach § 1295 Abs. 2 ABGB richtet sich auch nur gegen denjenigen, der in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise absichtlich Schaden zufügt. Ein „Vorschalten“ dieser Bestimmung vor Überprüfung des abgabenrechtlichen Tatbestandes wäre daher schon aus diesem Grund verfehlt.

Aus diesem Grund waren auch die damit zusammenhängenden Beweisanträge als unerheblich iSd § 183 Abs. 3 BAO abzulehnen.

## 3. Rechtliche Würdigung

Somit ist im Streitzeitraum weder die Haushaltsgleichheit des Sohnes zur Bw. gegeben noch hat sie die höheren Unterhaltsleistungen erbracht.

Da auch die von der Bw. vorgebrachten sittlichen Gründe ohne abgabenrechtliche Bedeutung

sind, lagen die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe nicht vor.

Wien, am 1. September 2006