



## Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., 1190 Wien, G-gasse, gegen den Bescheid vom 4. Oktober 2006 des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend Familienbeihilfe ab 1. September 2006 entschieden:

Der angefochtene Bescheid und die Berufungsvorentscheidung werden gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idGf, unter Zurückweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

### Begründung

Der Berufungswerber (Bw.) stellte am 9. August 2006 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für seinen Sohn L. J., geb. 24. Juni 1997, ab September 2006. Der Bw. ist von der Kindesmutter seit 8. Jänner 1999 geschieden.

Dem Antrag war ein an das BG Döbling gerichtetes Schreiben des Magistrats der Stadt Wien vom 20. Juni 2006 folgenden Inhalts beigeschlossen:

„Die Familie L. ist dem Amt für Jugend und Familie, Regionalstelle 17-19, schon länger bekannt. Immer wieder kam es zu Streitigkeiten zwischen den Eltern, zweimal sogar zu Gefährdungsmeldungen seitens des Vaters, da er befürchtete, dass die Kindesmutter den Minderjährigen nicht ausreichend versorge, beziehungsweise manchmal alleine lasse. Es wurden mehrere Gespräche mit beiden Eltern geführt, und es wurde auch alleine mit dem Minderjährigen gesprochen. Die zuständige DAS kam zu dem Schluss, dass beide Eltern sehr um das Wohle des Kindes bemüht sind. Dieser fühlt sich bei beiden wohl und will auch zu beiden regelmäßigen Kontakt haben. Allerdings gab der Minderjährige an, lieber beim Vater zu wohnen, und die Mutter zwei mal/Woche besuchen zu wollen. Die Wochenenden will er abwechselnd bei Vater und Mutter verbringen.“

Auch das Ergebnis einer Schulnachfrage seitens der DAS ergab, dass derjenige, der immer mit der Schule Kontakt hält und den Minderjährigen unterstützt, der Vater ist. Die Mutter scheint beruflich sehr gefordert zu sein und daher ist es der Vater, der mehr Struktur und Regelmäßigkeit bieten kann.

Da der Minderjährige vor allem unter den häufigen Streitigkeiten zwischen den Eltern und den Unklarheiten, wer das Kind wann betreut, zu leiden scheint, empfiehlt das Amt für Jugend und Familie, Regionalstelle 17-19, im Sinne einer möglichen Beruhigung und Entspannung der Situation, dem Antrag des Vaters auf alleinige Obsorge stattzugeben.

Selbstverständlich muss ein ausgiebiger und flexibler Besuchskontakt zur Mutter ermöglicht werden.“

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 4. Oktober 2006 mit folgender Begründung ab:

„Gem. § 2 Abs. 2 FLAG in der geltenden Fassung hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe. Obiger Antrag wird abgewiesen, da Ihr Sohn J. ab 21.8.2006 bei Ihnen nicht mehr haushaltsgerecht ist.“

Der Bw. erheb gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte aus, dass er auf einen Beschluss und eine Besuchsregelung des Bezirksgerichtes warte. Sein Sohn sei momentan bei ihm hauptgemeldet.

Das Finanzamt erließ am 29. Mai 2007 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

„Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz in der derzeit geltenden Fassung hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe.

„Obiger Berufung wird der Erfolg versagt, da sich Ihr Sohn J. überwiegend bei der Kindesmutter aufhält und somit vorrangig bei der Kindesmutter haushaltsgerecht ist. Eine Anmeldebestätigung des Magistrates in Ihrem Haushalt allein, ohne Nachweis des überwiegenden Aufenthaltes bei Ihnen, führt zu keinem vorrangigen Anspruch auf Familienbeihilfe. Es ist vielmehr der überwiegende Aufenthalt des Kindes bei einer Person entscheidend.“

Der Bw. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag und verwies auf den Gerichtsbeschluss vom 15. Juni 2007, aus dem hervorgehe, dass sein Sohn überwiegend bei ihm gewohnt habe, weshalb er um Zuerkennung der Familienbeihilfe ab Februar 2005 ersuche. Aus dem vorgelegten Gerichtsbeschluss sei klar ersichtlich, dass der Spruch der BVE, wonach sein Sohn vorrangig bei der Kindesmutter haushaltsgerecht sei, falsch sei.

Der Beschluss des Bezirksgerichtes Döbling vom 15. Juni 2007 lautet auszugsweise:

„...1. Die Obsorge für den mj. J. ... wird der Mutter... vorläufig entzogen und dem Vater ... vorläufig allein übertragen. Dies umfasst aktuell insbesondere die schulischen Angelegenheiten und die Schulwahl des Kindes...

2. Der Antrag der Mutter ... auf vorläufige Übertragung der Obsorge für den mj. J.... allein auf sie unter gleichzeitiger vorläufiger Entziehung der Obsorge des Vaters ... wird abgewiesen.

Mit weiterem Beschluss des Bezirksgerichts Döbling vom 10.5.2003 .... wurde auf Grund einer mittlerweile getroffenen Vereinbarung der beiden Eltern die Obsorge für den mj. Sohn beiden Eltern gemeinsam übertragen, wobei dieser sich hauptsächlich bei der Mutter aufhalten solle. Am 4.4.2006 beantragte der Vater die Übertragung der alleinigen Obsorge für den mj. Sohn auf ihn. Sein Sohn sei die meiste Zeit bei ihm. Bei der Mutter sei der Sohn hauptsächlich am Montag und Mittwoch...

Die Mutter sprach sich am 9.5.2006... gegen diesen Antrag aus und führte an, dass der Minderjährige am Montag, Mittwoch und Freitag bei ihr sei sowie am Dienstag und Donnerstag beim Vater. Für die Wochenenden sei der Aufenthalt grundsätzlich aufgeteilt...

Am 1.8.2006 beantragte die Mutter, ihr die alleinige Obsorge für den Minderjährigen zu übertragen...

Bereits am 29.8.2006 stellte die Mutter einen weiteren Antrag, nämlich auf Einschränkung des Besuchsrechts des Vaters zum Sohn auf jedes zweite Wochenende, von Samstag, 9:00 Uhr bis Sonntag, 19:00 Uhr...

Demgegenüber stellte der Vater am 19.9.2006 den Antrag die bisher geübte Praxis als Besuchsregelung gerichtlich festzulegen, und zwar: Aufenthalt des Kindes mit Übernachtung von Montag auf Dienstag, sowie von Mittwoch auf Donnerstag in jeder Woche bei der Mutter. Weiters Aufenthalt des Kindes bei der Mutter an jedem 3. Wochenende von Freitag nach Schulschluss bis Montagfrüh.

Seit der Übertragung der Obsorge auf beide Eltern ist es vermehrt zu Meinungsverschiedenheiten über die Pflege und Erziehung des gemeinsamen Sohnes gekommen. diese Streitigkeiten sind seit spätestens April 2006 gerichtsanhängig...

Der Aufenthalt des Kindes bei den Eltern ist seit langer Zeit sozusagen „aufgeteilt“. So verbringt der Sohn Montag, Mittwoch und Freitag im Wesentlichen bei der Mutter; Dienstag und Donnerstag im Wesentlichen beim Vater. Die Wochenenden verbringt er abwechselnd bei Vater bzw. Mutter. ...

Ungeachtet dessen, dass sich der Minderjährige nahezu „50 : 50“ bei beiden Eltern aufhält, musste davon ausgegangen werden, dass die wichtigen Angelegenheiten die Pflege und Erziehung des Sohnes betreffend vom Vater überblickt und auch in entsprechender Weise für die Wahrung des Kindeswohls bewerkstelligt werden.

Nach den Feststellungen ist auch davon auszugehen, dass der Vater über einen längeren Zeitraum in der Vergangenheit bis dato die wesentlicheren Angelegenheiten der Pflege und Erziehung für das Kind gesichert hat. In dieser Hinsicht entspricht es daher auch dem Grundsatz der Kontinuität, dass der Vater vorläufig mit der alleinigen Obsorge betraut wird...

Dem Beschluss ist gemäß § 44 Abs. 1 AußStrG die vorläufige Verbindlichkeit und Vollstreckbarkeit zuzuerkennen, um dadurch weitere Unsicherheiten der rechtlichen Situation hintan zu halten und da zwischen den Eltern weitere Eskalationen zu befürchten sind. die vorläufigen Beschlusswirkungen treten daher mit Zustellung ein und wirken bis zum Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung über die Sache, auch wenn der Beschluss inzwischen aufgehoben oder durch einen anderen Beschluss ersetzt wird ...“

Der Bw. ist laut Abfrage aus dem Zentralen Melderegister seit 17. Juni 2003 mit einem Hauptwohnsitz in 1190 Wien, G-gasse, gemeldet. Die Kindesmutter hat seit 25. März 1999 einen Hauptwohnsitz in 1190 Wien, B-gasse.

Der Sohn J. war bzw. ist wie folgt gemeldet:

17.6.2003 – 19.7.2006	1190, G-gasse	Nebenwohnsitz
25.3.1999 – 19.7.2006	1190, B-gasse	Hauptwohnsitz
19.7.2006 – 21.8.2006	1190, G-gasse	Hauptwohnsitz
21.8.2006 – 17.10.2006	1190, B-gasse	Hauptwohnsitz
17.10.2006 – 13.3.2007	1190, G-gasse	Hauptwohnsitz
13.3.2007 – 17.8.2007	1190, B-gasse	Hauptwohnsitz
seit 17.8.2007	1190, G-gasse	Hauptwohnsitz

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

Vorweg wird festgehalten, dass der angefochtene Bescheid, der über den Anspruch auf Familienbeihilfe ab 1. September 2006 abspricht, am 4. Oktober 2006 ergangen ist. Die Berufungsbehörde könnte somit nur darüber entscheiden, ob für den Monat September 2006 Familienbeihilfe zusteht.

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 Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt,

hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltzugehörigkeit eines Kindes.

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

Gemäß § 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.

Sowohl im Abweisungsbescheid als auch in der Berufungsvorentscheidung geht das Finanzamt davon aus, dass der Sohn beim Bw. nicht mehr haushaltzugehörig ist. Als Zeitpunkt des Endes der Haushaltzugehörigkeit wird im Abweisungsbescheid der 21.8.2006 angegeben. Aus den oben wiedergegebenen knappen Begründungen zu den Bescheiden geht nicht hervor, aufgrund welcher Umstände das Finanzamt diesen Termin als erwiesen ansieht. So kann nur vermutet werden, dass die Abgabenbehörde erster Instanz den Tag, an dem der Sohn des Bw. bei seiner Mutter hauptgemeldet ist, als entscheidungsrelevant ansieht.

Nun ist die polizeiliche Meldung zwar ein Indiz für das Vorliegen eines Wohnsitzes, entscheidende Bedeutung kommt ihr aber nicht zu (sh. VwGH 25.11.1992, 91/13/0030; 3.7.2003, 99/15/0104). Wesentlich sind vielmehr die tatsächlichen Verhältnisse (Doralt, EStG<sup>9</sup>, § 1 Tz 11; Wiesner/Atzmüller/Grabner/Leitner/Wanke, EStG 1988, § 1 Anm 6).

Das an das BG Döbling gerichtete Schreiben datiert vom 20.6.2006 und kann daher nichts darüber aussagen, zu welchem der beiden Elternteile im Monat September 2006 der Sohn des Bw. in Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft gestanden ist. Aus dem Beschluss des BG Döbling vom 15.6.2007, mit dem dem Bw. die Obsorge für seinen Sohn vorläufig allein übertragen wurde, ist ersichtlich, dass der Bw. am 19.9.2006 den Antrag gestellt hat, die bisher geübte Praxis als Besuchsregelung gerichtlich festzulegen, und zwar: Aufenthalt des Kindes mit Übernachtung von Montag auf Dienstag, sowie von Mittwoch auf Donnerstag in jeder Woche bei der Mutter. Weiters Aufenthalt des Kindes bei der Mutter an jedem 3. Wochenende von Freitag nach Schulschluss bis Montagfrüh (S. 5 des Beschlusses).

Ist dieser Sachverhalt zutreffend, spricht dies eher dafür, dass das Kind mit dem Bw. in Wohngemeinschaft gelebt hat, da es jeweils zwei Tage pro Woche bei Vater und Mutter verbracht hat, aber zwei von drei Wochenenden beim Vater. Dem widerspricht aber die

Angabe im Beschluss, dass der Sohn Montag, Mittwoch und Freitag im Wesentlichen bei der Mutter; Dienstag und Donnerstag im Wesentlichen beim Vater und die Wochenenden abwechselnd bei Vater bzw. Mutter verbringt.

Ist die Berufung weder zurückzuweisen (§ 273 BAO) noch als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1, § 275 BAO) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 274 BAO) zu erklären, so kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz gemäß § 289 Abs. 1 BAO die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1 BAO) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können.

Entsprechend dem Zweck der Norm des § 289 Abs. 1 BAO soll dann eine aufhebende und zurückweisende Berufungserledigung erfolgen, wenn wesentliche Teile eines Ermittlungsverfahrens unterblieben sind. Würde ein erheblicher Teil des vom Finanzamt durchzuführenden Verfahrens auf den Unabhängigen Finanzsenat verlagert, würde der Rechtsschutz faktisch verkürzt und die objektive Kontrollfunktion der Rechtsmittelbehörde beeinträchtigt (vgl. auch Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 289 Tz 5).

Bei der getroffenen Ermessensentscheidung war insbesondere zu beachten, dass nicht nur das Verfahren betreffend der Frage, ob dem Bw. für den Monat September 2006 Familienbeihilfe zusteht, ergänzungsbedürftig ist. Darüber hinaus begehrt der Bw. auch für die Folgemonate und nunmehr weiters für den Zeitraum ab Februar 2005 die Zuerkennung von Familienbeihilfe; da es aber der Berufungsbehörde wegen der Sperrwirkung des angefochtenen Bescheides verwehrt ist, über Zeiträume abzusprechen, die über September 2006 hinausgehen oder davor liegen, ist es rationeller, wenn das Finanzamt in einem Ermittlungen sowohl für den Streitmonat als auch für die Folge- und Vormonate tätig.

Neben der Frage, ob das Kind mit dem Vater oder der Mutter in Wohngemeinschaft gelebt hat, wofür idR entscheidend sein wird, bei welchem Elternteil des Kind seine überwiegende Zeit verbracht hat, ist auch noch der Aspekt der Wirtschaftsführung von Bedeutung. Zu klären ist dabei insbesondere, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt (sh. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Wien, am 13. November 2007