



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch WW, vom 12. Februar 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13., 14. und 23. Bezirk, vom 22. Jänner 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für August 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Strittig ist, ob der Mutter des E.K. für einige Zeit in den Sommerferien 2007 die FB und der Kinderabsetzbetrag (KAB) zustehen.

Die Eltern von E.K. sind seit 2005 geschieden.

Beim zuständigen Magistrat gibt der geschiedene Mann der Bw. bekannt, dass die Mutter von E.K. die Ummeldung des E.K. an ihre Adresse zu Unrecht gemacht hat.

Hinsichtlich der Pflegschaftssache E.K. erging im Jahr 2005 folgender Beschluss des zuständigen Gerichts:

Die Obsorge hinsichtlich des mj. E.K. wird der Kindesmutter entzogen und dem Kindesvater allein übertragen.

Die Obsorge betreffend der mj. Tochter wird hingegen der Kindesmutter allein übertragen.

Die Kindesmutter von E.K. erhält ein Besuchsrecht in der Weise, dass sie berechtigt ist, E.K. für jedes 2. Wochenende in der Zeit von Freitag 19.00 Uhr bis am unmittelbar darauf folgenden Sonntag 19.00 Uhr sowie an jedem Dienstag in der Zeit von 16.00 Uhr bis einschließlich 19.00 Uhr zu sich nehmen.

Der Gerichtsbeschluss wurde folgendermaßen begründet.

Mit Antrag vom 31.1.2005 stellte die Kindesmutter das Begehren, dem Vater die Obsorge betreffend der beiden minderjährigen Kinder zu entziehen und ihr alleine zuzuweisen. Sie führte dazu im Wesentlichen aus, dass sie mit dem Kindesvater seit 13 Jahren zusammen sei, vor sechs Jahren geheiratet habe und der Vater vor fünf Jahren wegen Autodiebstahls und Betrugs verurteilt und nach Bosnien abgeschoben worden sei. Seit zwei Jahren befinde er sich in Österreich und habe vor zwei Monaten über sie offiziell ein Visum erhalten. Vor allem wegen der finanziellen Angelegenheiten hätte es mit ihm sehr viel Streit gegeben, da er „schwarz“ gearbeitet habe, ihr jedoch nie Geld gegeben hätte, und sie mit ihrem Einkommen eine 4-köpfige Familie finanzieren habe müssen. Nachdem man viel gestritten und der Vater sie auch öfters geschlagen habe, sei sie schlussendlich im Oktober vergangenen Jahres aus der gemeinsamen Ehewohnung ausgezogen, als einzige Möglichkeit um die Situation zu beruhigen. Sie hätte vorher nie die Polizei gerufen, da der Kindesvater dann sofort verhaftet und abgeschoben worden wäre, das wollte sie den Kindern nicht antun, ihnen den Vater zu entziehen. Lediglich einmal habe sie gegen den Vater, als er sich noch legal in Österreich aufgehalten habe, Anzeige erstattet. Seit der Trennung sehe sie die Kinder zwei- bis dreimal pro Woche. Sie seien immer zu ihr alleine ohne Vater gekommen, anfänglich habe sie noch in der Wohnung des Vaters von E.K. gekocht und geputzt, nach einem neuerlichen Streit habe ihr der Vater im November den Wohnungsschlüssel weggenommen.

Folgendes Protokoll wurde beim zuständigen Gericht in der Pflegschaftssache der mj. Kinder (E.K. und dessen Schwester) am 12.6.2007 aufgenommen:

Die Mutter gibt an: Der mj. E.K. sei am 7.6.2007 von seinem Vater aus dessen Wohnung rausgeschmissen worden. Seither sei er bei ihr und möchte auch bei ihr bleiben. Wie lange er bei ihr bleibe, könnte sie aber noch nicht sagen, zumindest einmal bis September. Da der mj. E.K. bei ihr im gemeinsamen Haushalt lebe, komme sie für seinen Unterhalt in Form von Naturalunterhalt auf.

Die Bw. führte aus: Beim Unterhalt dürfe nicht die Anspannungstheorie vergessen werden. Ursprünglich habe der Vater von E.K. € 1.600,00 verdient, er habe lediglich Privatkonkurs angemeldet und es sei auch von diesem Einkommen auszugehen, da der Vater ja nicht krank geworden sei. Er könne ja nach wie vor arbeiten. Der Vater habe früher bereits € 1.600,00 verdient, und es werde von der Bw. angenommen, dass er dieses Einkommen auch wieder verdienen könne.

Über Befragen, warum E.K. aus der Wohnung des Vaters geschmissen worden sei, gab die Bw. Folgendes an: Da die Freundin vom Ex-Mann der Mutter von E.K. (also der Bw.) noch einen Sohn hat und zuerst dieser den Mist raustragen sollte, und dieser das nicht gemacht

habe, musste das E.K. erledigen. D.h., das was der Sohn von der Freundin des Ex-Mannes nicht machen wollte, müsse E.K. machen. Da es dann zu Streitereien gekommen sei, habe der Vater von E.K. diesen aus der Wohnung geschmissen.

Die Bw. führte aus, dass das alles am 7.6.2007 passiert sei. An diesem Tag sei die Bw. arbeiten gewesen, es sei aber ihre Schwester bei ihr zu Hause gewesen.

Die sich in Karenz befindliche Schwester gab Folgendes an: Am 7.6.2007 sei sie bei ihrer Schwester (der Bw.) zu Hause gewesen. E.K. sei nach Hause gekommen, er habe geweint und sei ziemlich wütend gewesen, weil ihn sein Vater aus der Wohnung rausgeschmissen habe. Er habe ihr gesagt, dass zuerst der Sohn von der Freundin des Vaters den Mist raus tragen sollte, da dieser das nicht gemacht habe, sollte es E.K. tun. Er habe gesagt, dass er das nicht machen wolle, weil wenn das der andere nicht machen müsse, wolle er das auch nicht. Er wollte eben Gleichberechtigung. Daraufhin habe die Freundin des Vaters gesagt, dass er genauso sei wie seine Mutter. Möglicherweise hat E.K. dann noch etwas zu ihr gesagt, und dann hat diese den Kindesvater angerufen. Dieser sei dann nach Hause gekommen, sie hätten noch gestritten und der Vater habe E.K. dann rausgeschmissen.

Es wurde die Sach- und Rechtslage erörtert, dass noch das vorherige Unterhaltsverfahren offen ist, in dem die Mutter zu mehr Unterhalt für den mj. E.K. verpflichtet werden sollte.

Aufgrund dieser Ausführungen wurden von der Bw. folgende **Anträge** gestellt:

Die *Enthebung der Unterhaltsverpflichtung* der Mutter gegenüber dem mj. E.K. mit sechsten Juni 2007.

Auf *Bestellung eines Kollisionskurators* für den mj. E.K., um den Unterhalt des mj. E.K. gegenüber dem Vater festzusetzen.

Der Antrag der Bw. vom 6.2.2007 wurde dahingehend *ausgedehnt*, dass der Vater ab 1.2.2007 zu einem monatlichen Unterhaltsbeitrag von € 255,00 gegenüber der *mj. Tochter* verpflichtet werden sollte.

Der Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge hinsichtlich

- Familienbeihilfe und

- Kinderabsetzbetrag

wurde vom Finanzamt (FA) wie folgt begründet:

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (PLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Da das Kind E.K. **nicht im Haushalt der Bw. lebt und der Vater des E.K. die Obsorge für das Kind zugesprochen bekommen hat**, war wie im Spruch zu entscheiden.

Gegen diesen Bescheid erhob die Bw. Berufung (eingelangt beim Finanzamt am 14.2.2008) und begründete sie wie folgt:

Richtig sei, dass der mj. E.K. - **obzwar ihrem geschiedenen Ehegatten und Kindesvater die Obsorge zugesprochen worden sei** - von seinem Vater infolge eines Streites aus dessen Haushalt geworfen worden sei und bei ihr, der Kindesmutter, Zuflucht gesucht habe. Dies sei bereits Anfang Juli 2007 gewesen. Die Bw. habe sich daraufhin beim zuständigen Gericht **um eine Abänderung der Obsorge bemüht**, wobei der Richter gemeint habe, der mj. E.K. **werde nach den Schulferien Anfang September 2007 höchst wahrscheinlich den Kontakt mit seinem Vater wieder aufnehmen, weswegen eine definitive Abänderung der Obsorge dzt. noch nicht erforderlich sei.**

Der mj. E.K. habe tatsächlich in den Monaten Juli und August 2007 im Haushalt der Bw. gelebt und sei von ihr in vollem Umfang gepflegt worden. In diesem Zeitraum habe die Bw. die Obsorge inne gehabt. Die Bw. wies auf die diesbezügl. Zeugenaussage ihrer Schwester hin.

Die belangte Behörde hätte davon ausgehen müssen, dass der mj. E.K. in den Monaten Juli und August 2007 in ihren Haushalt gelebt habe und sie die Obsorge inne gehabt habe.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hätten Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, habe dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt sei.

Als Berufungsgründe mache die Bw. unrichtige Tatsachenfeststellung, unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend.

Ihr mj. Sohn E.K. habe in den Monaten Juli und August 2007 in ihrem Haushalt gelebt und zu ihrem Haushalt gehört. Der Kindesvater sei in diesem Zeitraum nicht anspruchsberechtigt gewesen, weil er keine Unterhaltskosten für den Sohn übernommen und noch dazu ihre Unterhaltsleistungen vereinnahmt habe.

Der Kindesvater sei jedenfalls im Zeitraum Juli und August 2007 für den mj. E.K. nicht obsorgeberechtigt gewesen, weil die Bw. sämtliche Obsorgemaßnahmen und -entscheidungen treffen habe müssen und den Minderjährigen auch tatsächlich in ihrem Haushalt betreut habe.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätten ihr die zuerkannte und überwiesene Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für den Monat August 2007 nicht aberkannt und rückgefordert werden dürfen.

**Das FA stellte an das zuständige Amt für Jugend und Familie im Zuge des
Berufungsverfahrens folgende Frage:**

Da nach wie vor unklar sei, bei welchem Elternteil sich der Mj. E.K. in den Monaten Juni bis August 2007 aufgehalten habe, werde um Bekanntgabe der diesbezüglich vorhandenen Kenntnisse ersucht.

Das Amt für Jugend und Familie teilte daraufhin mit, dass das Amt für Jugend und Familie auf Grund seiner Enthebung als Kollisionskurator des Kindes dieses nicht mehr in Unterhaltssachen vertrete.

Aus den Vertretungsunterlagen gehe hervor, dass das Kind zuletzt seit 2005 nicht bei seiner Mutter wohnhaft gemeldet gewesen sei. In diesem Zusammenhang werde die mit der Mutter aufgenommene Niederschrift, in der sie angebe, dass sich Ihr Sohn in der Zeit vom 6.6. - 20.7.2007 bei ihr befunden habe, übermittelt, ebenso der Beschluss, der das Jugendamt von seiner Funktion als Kollisionskurator enthebe, weil das Kind wieder bei seinem Vater lebe.

**Das Amt für Jugend und Familie übermittelte folgende Niederschrift über eine
Aussage der Bw. vom 20.8.2007:**

E.K. sei am 6.6.2007 nach einem Streit mit seinem Vater und dessen Freundin zu ihr gekommen. Er habe gesagt, dass er erst wieder bei seinem Vater wohnen wolle, wenn seine Freundin ausgezogen sei. Dies könne 3 bis 4 Monate dauern. Sie seien dann 2 Wochen gemeinsam auf Urlaub gefahren. Danach habe E.K. mit seinem Vater telefoniert und erfahren, dass die Freundin bereits ausgezogen sei. Nachdem er sich davon überzeugt habe, sei E.K. wieder zu seinem Vater gezogen. **Das sei am 20. Juli diesen Jahres (nämlich 2007) gewesen.** E.K. sei daher für **etwa ein Monat bei ihr gewesen** und in ihrem Haushalt verpflegt worden. Die Bw. beantrage daher, sie für einen Monat von ihrer Unterhaltsverpflichtung zu entheben. Den Antrag, den Vater zu Unterhalt zu verpflichten, zog die Bw. zurück.

Das Amt für Jugend und Familie wurde vom Amt des **Kollisionskurators für den mj. E.K.** durch Gerichtsbeschluss vom 27.9.2007 wegen Wegfalles der Interessenskollision enthoben, und dies mit folgender Begründung:

Mit Gerichtsbeschluss vom 12.6.2007 wurde das Amt für Jugend und Familie zum Kollisionskurator für die **Festsetzung und/oder Durchsetzung der Unterhaltsansprüche** für den mj. E.K. bestellt. Da sich der Minderjährige im Haushalt der Mutter aufgehalten habe, habe die Mutter die Festsetzung des Unterhaltes für den mj. E.K. gegenüber dem obsorgeberechtigten Vater begehren wollen.

Da sich der Minderjährige nunmehr wieder im Haushalt des Vaters aufhalte und die Mutter auf eine Antragstellung verzichtet habe bzw. den Antrag

zurückgezogen habe, sei ein weiteres Einschreiten des Amtes für Jugend und Familie nicht erforderlich und das Amt könne im gegenständlichen Verfahren nichts mehr zum Unterhalt des Minderjährigen beitragen.

Da somit die Interessenskollision weggefallen sei, sei das Amt für Jugend und Familie als Kollisionskurator zu entheben gewesen.

Das FA erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung mit folgender Begründung:

Gem. § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 67) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, **zu deren Haushalt das Kind gehört**. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Gem. § 2 Abs. 5 FLAG 67 gehört ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt ua. dann nicht als aufgehoben, **wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält**.

Lt. Auskunft des Amtes für Jugend und Familie für die Bezirke 14, 15 und 16 war E.K. im Zeitraum vom 6.6.2007 bis 20.7.2007 vorübergehend bei der Mutter wohnhaft (bzw. mit der Mutter auf Urlaub, wie sie selbst ausführte [s. o.a. Niederschrift]), seitdem wohnt er wieder bei seinem Vater.

Die Bw. beantragte die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde II. Instanz.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgendes ist aktenkundig:

Lt. Auskunft des Amtes für Jugend und Familie für die Bezirke 14, 15 und 16 war E.K. im Zeitraum vom 6.6.2007 bis 20.7.2007 vorübergehend bei der Mutter wohnhaft, seitdem wohnt er wieder bei seinem Vater.

Die Haushaltszugehörigkeit gilt u. a. dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Aus der Aktenlage geht hervor, dass der Sohn nur vorübergehend, nämlich vom 6.6.2007 bis 20.7.2007 bei dessen Mutter gewohnt hat bzw. mit dieser (zwei Wochen) auf Urlaub war.

Auch der zuständige Richter hat beispielsweise wie oben angeführt wurde gemeint, dass der Sohn nach den Schulferien Anfang September 2007 höchstwahrscheinlich den Kontakt mit

seinem Vater wieder aufnehmen werde, **weswegen eine definitive Abänderung der Obsorge dzt. noch nicht erforderlich sei.**

Auch aus einem Schreiben des zuständigen Magistrats, in dem das Magistrat auch darauf hinweist, dass die Bw. angegeben habe, was niederschriftlich protokolliert sei, dass sich ihr mj Sohn vom 6.6. bis zum 20.7.2007 bei ihr befunden habe, geht hervor, dass das Jugendamt wieder von seiner Funktion als Kollisionskurator enthoben ist, weil das Kind wieder bei seinem Vater lebte.

Wie S.S. angibt, und dies dem UFS glaubhaft erscheint, hat der Sohn der Bw. lediglich den Urlaub bzw. einen Teil seine Ferien bei der Bw. verbracht.

Gem. § 2 Abs. 5 FLAG 67 gehört ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt u. a. **dann nicht als aufgehoben**, wenn sich das Kind **nur vorübergehend** außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Laut Ansicht des UFS wurde von S.S. glaubhaft gemacht, dass sich sein Sohn nur vorübergehend – nämlich zwecks Verbringens eines Teils der Ferien bzw. des Urlaubs bei dessen Mutter (wenn auch allenfalls nach einem Streit mit dem Vater) – außerhalb seiner Wohnung aufgehalten hat. Auch die Mutter von E.K. gibt an, dass sie mit E.K. gemeinsam 2 Wochen auf Urlaub gefahren sei.

Nicht entscheidungsrelevant ist in gegenständlichem Fall, ob der Sohn der Bw. auch ohne Streit mit dem Vater einen Teil seiner Ferien bzw. seines Urlaubs bei bzw. mit seiner Mutter (der Bw.) verbracht hätte.

Es liegt kein Gerichtsbeschluss über eine allfällige Änderung des Obsorgerechts für E.K. vor. Insgesamt ist der UFS auf Grund der Aktenlage zu der Ansicht gelangt, dass E.K. die Ferien teilweise bei bzw. mit seiner Mutter verbracht hat und immer angestrebt war, dass der Sohn ab Schulbeginn wieder bei seinem Vater wohnen werde, was auch tatsächlich so war. Auch der zuständige Richter machte eine derartige Äußerung (wie oben angeführt wurde). Die Haushaltszugehörigkeit gilt ua. dann nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, was gegenständlich der Fall ist, da eben das Kind (teilweise) seinen Urlaubs bzw. seine Ferien mit seiner Mutter (der Bw.) verbrachte.

Da durch die vorübergehende Abwesenheit (zwecks Verbringens des Urlaubs bzw. der Ferien mit der Mutter) von der Wohnung des Vaters die Haushaltszugehörigkeit zum Haushalt des Vaters nicht aufgehoben wurde, ist spruchgemäß zu entscheiden.

Dazu wird vom UFS wie bereits oben ausgeführt wurde darüber hinaus angemerkt, dass laut Aussage der Bw. beim Amt für Jugend und Familie (aktenkundige Niederschrift über eine Aussage der Bw. vom 20.8.2007) diese aussagte, dass ihr Sohn lediglich bis 20. Juli 2007 bei ihr gewesen sei (dh also laut ihrer Aussage lediglich vom 6. Juni 2007 bis zum 20. Juli 2007).

Wie oben ausgeführt ist auch der Richter zu der Ansicht gelangt, dass eine definitive Abänderung der Obsorge (noch) nicht erforderlich sei.

Unter Berücksichtigung dieser von der Bw. selbst getätigten Aussage – die in Verbindung mit der gesamten Aktenlage schlüssig erscheint – ergibt sich darüber hinaus, dass der Sohn den **gesamten August 2007 nicht (mehr) in ihrem Haushalt verbracht hat**, weswegen schon allein aus diesem Grund die Berufung – eben hinsichtlich Rückforderung von FB und Kinderabsetzbetrag für **August** 2007 – abzuweisen ist.

Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass der UFS zu der Ansicht gelangt ist, dass die von der Bw. getätigte Aussage beim Amt für Jugend und Familie diesbezüglich der Wahrheit entspricht. Dies wird auch dadurch bekräftigt, dass der Sohn selbst gesagt hat, nach Auszug der Freundin des Vaters aus dessen Wohnung wieder bei ihm wohnen zu wollen. Daher ist eben der Sohn am 20. Juli 2007 wieder zu seinem Vater gezogen, nachdem er sich überzeugt hatte, dass die Freundin des Vaters tatsächlich aus der Wohnung ausgezogen ist.

Der UFS geht von folgendem aktenkundigen Sachverhalt aus: Am 20. Juli 2007 ist E.K. wieder in den Haushalt seines Vaters gezogen.

Von vornherein war laut Aktenlage offensichtlich jedenfalls sicher bzw. höchst wahrscheinlich, dass der Sohn der Bw. ab Schulbeginn wieder bei seinem Vater in der Wohnung sein werde.

Dazu wird vom UFS angemerkt, dass laut Aussage der Bw. beim Amt für Jugend und Familie (aktenkundige Niederschrift über eine Aussage der Bw. vom 20.8.2007) diese aussagte, dass ihr Sohn lediglich bis 20. Juli 2007 bei ihr gewesen sei (dh also laut ihrer Aussage lediglich vom 6. Juni 2007 bis zum 20. Juli 2007).

Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass keine Rechtswidrigkeit der Beweiswürdigung vorliegt, wenn die Behörde **den ursprünglichen Angaben des Bw. laut Aktenlage** bzw. ursprünglichen Akteninhalten

(beispielsweise o.a. Niederschrift der Bw. beim Amt für Jugend und Familie vom 20.8.2007, in der die Bw. selbst ausführt, dass ihr Sohn lediglich bis 20.7.2007 bei ihr gewesen sei bzw. mit ihr den Urlaub [2 Wochen] verbracht habe)

zu den Sachverhaltsdarstellungen mehr Glaubwürdigkeit beimisst als ihren späteren nicht nachgewiesenen Darlegungen in beispielsweise der Berufung datiert mit 12.2.2008 (VwGH 1.10.1991, 90/14/0189). Darüber hinaus wird in diesem Zusammenhang auf die Mitwirkungspflicht der Bw. auf Grund der BAO hingewiesen. Die Abgabenbehörde trägt zwar die Feststellungslast für alle Tatsachen, die vorliegen müssen, um einen Abgabenanspruch geltend machen zu können (§ 115 BAO), doch befreit dies die Partei nicht von ihrer Offenlegungs- und **Mitwirkungspflicht** (VwGH 23.2.1994, 92/15/0159). Zu dieser Mitwirkungspflicht gehören unter anderem die Darlegung des Sachverhaltes und die Darstellung von Beweisen und Unterlagen zur Sachverhaltsermittlung (§ 138 BAO). Insgesamt ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 30. Dezember 2008