

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der A.B., XY, vertreten durch DDr. Sven D. Fenz em. Dr. Hannes Priebsch, Rechtsanwalt, 8010 Graz, Tummelplatz 6/II, vom 11. Dezember 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Umgebung vom 11. November 2003 betreffend Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 BAO entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 15. November 2002 gab die Berufungswerberin an, dass die Kinder D., geb. am xxx und C., geb. am 13. März 1991, nicht mehr in ihrem Haushalt wohnen.

Die Bw. gab an, dass die Kinder bei Herrn P.B. in YX wohnhaft seien.

Gleichzeitig führte sie in dem mit 27. November 2002 datierten Schreiben aus, dass sie die Familienbeihilfe nicht an den Gatten weitergegeben habe.

Das Finanzamt hat die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag mit Bescheid vom 10. Dezember 2002 gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 4 Z3 Einkommensteuergesetz 1988 für den Zeitraum Dezember 2001 bis August 2002 mit folgender Begründung rückgefordert:

*Sie leben seit November 2002 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit den Kindern.  
C. und D. zählen zum Haushalt des Kindesvaters.*

*Gemäß den Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes war deshalb der Anspruch auf Familienbeihilfe für Daniel und Christian ab 1. Dezember 2002 nicht mehr gegeben.*

Am 30. Oktober 2003 langte beim Finanzamt Graz-Umgebung ein Schreiben der Bw. mit folgendem Inhalt ein:

*Mit Bescheid vom 10.12.2002 begehren Sie einen Betrag von 3.092,18 €, mit der Begründung, dass es sich dabei um die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge handle.*

*Ich übermittele Ihnen zu diesem Bescheid nunmehr eine Kopie des Scheidungsvergleiches vom 4.9.2003, mit der Bitte diesem Scheidungsvergleich entnehmen zu wollen, dass unter Pkt. 2.) ausdrücklich festgehalten ist, dass die Zweitantragstellerin, also Frau A.B. , berechtigt war die Familienbeihilfe für den Zeitraum 12/2001 bis 08/2002 zu beziehen sowie den Kinderabsetzbetrag geltend zu machen.*

*Ihr Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge, offenbar aufgrund von unrichtigen Angaben des Kindesvaters, wonach die Kinder zum Haushalt des Kindesvaters während der obangeführten Zeit gezählt haben, ist daher obsolet.*

*Ich bitte sie daher im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens diesen Bescheid aufzuheben und mir mitzuteilen, dass von der Einhebung des Betrages von 3.092,18 € gegen meine Mandantin verzichtet wird.*

Das Finanzamt Graz-Umgebung wies den Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages mit Bescheid vom 11. November 2003 ab und führte als Begründung Folgendes aus:

Dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens ist gemäß § 303 Abs.1 der Bundesabgabenordnung (BAO) stattzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist und

- a) der Bescheid durch Fälschung einer Urkunde, falsches Zeugnis oder eine andere gerichtlich strafbare Tat herbeigeführt oder sonst wie erschlichen worden ist, oder
- b) Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im abgeschlossenen Verfahren ohne grobes Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten, oder
- c) der Bescheid von Vorfragen abhängig war und nachträglich über eine solche Vorfrage von der hiefür zuständigen Behörde (Gericht) in wesentlichen Punkten anders entschieden wurde, und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.

Der Antrag auf Wiederaufnahme ist gemäß § 303 Abs. 2 BAO binnen einer Frist von drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Antragsteller nachweislich von dem Wiederaufnahmegrund Kenntnis erlangt hat, bei der Abgabenbehörde einzubringen.

Sie beantragen die Wiederaufnahme des Verfahrens betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für C. und D. für den Zeitraum Dezember 2001 bis August 2002 unter Vorlage des Scheidungsvergleiches vom 4.9.2003, in dem festgehalten ist, dass Sie in diesem Zeitraum berechtigt waren, die Familienbeihilfe zu beziehen sowie den Kinderabsetzbetrag geltend zu machen.

Dazu wird bemerkt, dass der Scheidungsvergleich lediglich eine zivilrechtliche Vereinbarung darstellt, und keine materiellrechtlichen Auswirkungen auf die Anspruchsvoraussetzungen für die Familienbeihilfe hat. Eventuelle Ansprüche aufgrund des Scheidungsvergleiches können von Ihnen daher nur im zivilgerichtlichen Verfahren geltend gemacht werden. Der Inhalt des Scheidungsvergleiches stellt somit keine Entscheidung über eine Vorfrage im Sinne des § 303 Abs.1 lit. c) BAO dar.

Gemäß § 2 Abs.2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Laut Aktenlage sind Sie im November 2001 aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen, die Kinder blieben im Haushalt des Kindesvaters. Der Kindesvater hat die Familienbeihilfe ab Dezember 2001 beantragt und ist laut Aktenlage ab Dezember 2001 gemäß den Bestimmungen des FLAG auch der alleinige Anspruchsberechtigte auf die Familienbeihilfe. Sie wurden vor der Erlassung des Rückforderungsbescheides im Dezember 2002 betreffend Haushaltzugehörigkeit der Kinder befragt, haben sich aber nicht dazu geäußert. Auch aus der Begründung des Rückforderungsbescheides geht hervor, dass die Haushaltzugehörigkeit der Kinder gemäß FLAG den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelt, und die Kinder im betreffenden Zeitraum nicht bei Ihnen, sondern beim Kindesvater haushaltzugehörig waren. Eine Einwendung gegen diesen festgestellten Sachverhalt hätte von Ihnen im regulären Rechtsmittelweg erfolgen können, es wurde jedoch keine Berufung gegen den Rückforderungsbescheid innerhalb der Berufungsfrist eingebracht.

Aus Ihrem Antrag auf Wiederaufnahme geht auch kein Wiederaufnahmegrund gem. § 303 Abs.1 lit. a) oder b) BAO hervor. Es ist auch schwer vorstellbar, dass Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen können, die die Haushaltzugehörigkeit der Kinder im Zeitraum Dezember 2001 bis August 2002 betreffen, die nicht bereits im Rechtsmittelverfahren gegen die Rückforderung geltend gemacht hätten werden können.

Ihr Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens war daher abzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2003 legte der steuerliche Vertreter der Bw. das Rechtsmittel der Berufung ein und führte begründend aus:

Angefochten wird die Feststellung der Abgabenbehörde, wonach die Berufungswerberin im November 2001 aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen sei und die Kinder im Haushalt des Kindesvaters verblieben seien und somit ab Dezember 2001 der Kindesvater gemäß den

Bestimmungen des FLAG auch der alleinige Anspruchsberechtigte auf die Familienbeihilfe sei. In diesen Feststellungen stützt sich die Abgabenbehörde offensichtlich lediglich auf die unrichtigen Angaben des Kindesvaters, wonach die Kinder zu dessen Haushalt während des Zeitraumes Dezember 2001 bis August 2002 gezählt haben sollen, was jedoch nicht der Fall war. Im gegenständlichen Zeitraum haben sich die Kinder nur teilweise beim Kindesvater, sonst aber bei der Berufungswerberin (Kindesmutter) aufgehalten, wobei die Berufungswerberin die Kosten des Unterhaltes, sowie die Kosten der Erziehung getragen und die in diesem Zeitraum bezogene Familienbeihilfe auch für diese Kosten aufgewendet hat.

Aus diesem Grund wurde im Scheidungsvergleich vom 4.9.2003 auch festgehalten, dass nicht der Kindesvater, sondern tatsächlich die Berufungswerberin berechtigt war, in diesem Zeitraum die Familienbeihilfe zu beziehen, sowie den Kinderabsetzbetrag geltend zu machen. Erst durch diese Feststellung im Scheidungsvergleich hat der Kindesvater somit die Haushaltszugehörigkeit der beiden Kinder zum Haushalt der Berufungswerberin zugestanden und hat diese zivilrechtliche Vereinbarung insofern – entgegen den Ausführungen der Abgabenbehörde – dennoch materiellrechtliche Auswirkungen auf die Anspruchsvoraussetzungen für die Familienbeihilfe, als dadurch erst die Haushaltszugehörigkeit der beiden Kinder bestimmt werden konnte. Daher stellt der Inhalt des Scheidungsvergleiches sehr wohl eine Entscheidung über eine Vorfrage im Sinne des § 303 Abs.1 lit. c BAO dar.

Die Berufungswerberin hat sich zur Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe am 30.9.2002 irrtümlich nicht geäußert, da die Kinder ohnedies bis August 2002 bei ihr haushaltszugehörig waren und für die folgende Zeit aufgrund des laufenden Scheidungsverfahrens die weitere Obsorgeausübung und somit auch der Verbleib bzw. die weitere Haushaltszugehörigkeit der Kinder nicht geklärt war. Keinesfalls kann nun aus dieser Nichtäußerung der Berufungswerberin geschlossen werden, dass die beiden Kinder nicht zu ihrem Haushalt zugehörig waren.

Die Begründung des mit der gegenständlichen Berufung angefochtenen Bescheides vom 11.11.2003 ist darüber hinaus insofern unrichtig und der Bescheid somit rechtswidrig als die Abgabenbehörde feststellte, dass auch aus der Begründung des Rückforderungsbescheides (vom 10.12.2002) hervor gehe, dass die Haushaltszugehörigkeit der Kinder gemäß FLAG den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelt habe und die Kinder im betreffenden Zeitraum (Dezember 2001 bis August 2002) nicht mehr bei der Berufungswerberin, sondern beim Kindesvater haushaltszugehörig gewesen seien. Nun geht aber aus der Begründung des Rückforderungsbescheides vom 10.12.2002 hervor, dass die Kinder seit November 2002 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter leben, sie nun zum Haushalt des Kindesvaters zählen, weshalb der Anspruch auf Familienbeihilfe für die beiden Kinder gemäß

den Bestimmungen des FLAG ab 1.12.2002 für die Berufungswerberin nicht mehr gegeben war.

Aufgrund dieses unlösbarsten Widerspruches zwischen dem Spruch und der Begründung des Bescheides vom 10.12.2003 ist bereits diesem Bescheid seine Rechtmäßigkeit abzusprechen und nimmt somit die Begründung des Bescheides vom 11.11.2003 auf einen bereits rechtswidrigen Bescheid Bezug, sodass auch dem Bescheid vom 11.11.2003 jedenfalls seine Rechtmäßigkeit schon allein aus diesem Grunde abzusprechen ist.

Die Abgabenbehörde stellt im weiteren fest, dass aus dem Antrag der Berufungswerberin auf Wiederaufnahme auch kein Wiederaufnahmegrund gemäß § 303 Abs. 1 lit. a oder b BAO hervorgehe und auch schwer vorstellbar sei, dass Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen könnten, die die Haushaltsgehörigkeit der Kinder im Zeitraum Dezember 2001 bis August 2002 betreffen, die nicht bereits im Rechtsmittelverfahren gegen die Rückforderung geltend gemacht hätten werden können.

Gerade aber erst durch den rechtskräftigen Scheidungsvergleich vom 4.9.2003 konnte der Beweis für die tatsächliche Haushaltsgehörigkeit der beiden Kinder zum Haushalt der Berufungswerberin im Zeitraum Dezember 2001 bis August 2002 erbracht werden und hat es die Berufungswerberin nicht selbst verschuldet, dass sie dieses Beweismittel nicht bereits vor Abschluss des Verfahrens geltend machen konnte.

Aus den obangeführten Gründen wird daher der Bescheid vom 11.11.2003, mit dem der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens abgewiesen wurde, angefochten.

Die Berufungswerberin stellt daher den

#### Antrag

die Berufungsbehörde möge dieser Berufung statt geben und

- 1) den Bescheid vom 11.11.2003, mit dem das Ansuchen um Wiederaufnahme des Verfahrens abgewiesen wurde, aufheben,
- 2) das Verfahren gemäß § 303 ff BAO wiederaufnehmen,
- 3) im Rahmen der Wiederaufnahme des Verfahrens den Bescheid vom 10.12.2002 aufheben und von der Einhebung des Betrages von € 3.092,18 von der Berufungswerberin verzichten sowie
- 4) die Einhebung des Betrages von € 3.092,18 gemäß § 212 a BAO bis zur Erledigung gegenständlicher Berufung aussetzen,

in eventu

den Zeitpunkt der Entrichtung dieses Betrages gemäß § 212 BAO bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung eines allfällig zu führenden Zivilprozesses gegen den Kindsvater wegen des

Betrages von € 3.092,18 aufgrund der obangeführten Vereinbarung im Scheidungsvergleich vom 4.9.2003, hinausschieben (Stundung).

Mit Bericht vom 17. Dezember 2003 legte das Finanzamt Graz-Umgebung die Berufung aus verwaltungsökonomischen Gründen (ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung) an den unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

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

Gemäß § 303 Abs. 1 BAO ist dem Antrag einer Partei auf Wiederaufnahme eines durch Bescheid abgeschlossenen Verfahrens statzugeben, wenn ein Rechtsmittel gegen den Bescheid nicht oder nicht mehr zulässig ist und

- a) der Bescheid durch Fälschung einer Urkunde, falsches Zeugnis oder eine andere gerichtlich strafbare Tat herbeigeführt oder sonst wie erschlichen worden ist, oder
- b) Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im abgeschlossenen Verfahren ohne Verschulden der Partei nicht geltend gemacht werden konnten, oder
- c) der Bescheid von Vorfragen abhängig war und nachträglich über eine solche Vorfrage von der hiefür zuständigen Behörde (Gericht) in wesentlichen Punkten anders entschieden wurde und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.

Der Antrag auf Wiederaufnahme gemäß Abs. 1 ist binnen einer Frist von drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Antragsteller nachweislich von dem Wiederaufnahmsgrund Kenntnis erlangt hat, bei der Abgabenbehörde einzubringen, die im abgeschlossenen Verfahren den Bescheid in erster Instanz erlassen hat (§ 303 Abs. 2 BAO).

Gemäß Abs. 4 leg. cit. ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen unter den Voraussetzungen des Abs. 1 lit. a und c und in allen Fällen zulässig, in denen Tatsachen oder Beweismittel neu hervorkommen, die im Verfahren nicht geltend gemacht worden sind, und die Kenntnis dieser Umstände allein oder in Verbindung mit dem sonstigen Ergebnis des Verfahrens einen im Spruch anders lautenden Bescheid herbeigeführt hätte.

Für den vorliegenden Fall ist entscheidend, ob Tatsachen oder Beweismittel neu (im Sinne des § 303 Abs. 1 BAO) hervorgekommen sind.

Wenn die Finanzbehörde feststellt, dass der Scheidungsvergleich vom 4. September 2003 lediglich eine zivilrechtliche Vereinbarung darstellt und keine materiellrechtlichen Auswirkungen auf die Anspruchsvoraussetzungen der Familienbeihilfe hat, ist dem Finanzamt insoweit zuzustimmen, dass keine neu hervorgekommenen Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, die einen Antrag auf Wiederaufnahme rechtfertigen.

Zur Haushaltzugehörigkeit der Kinder wird festgestellt, dass die Bw. anlässlich der Überprüfung des Anspruches auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 15. November 2002 eigenhändig am 27. November 2002 als Adresse der Kinder Folgendes angeführt hat:

*Die Kinder wohnen bei P.B. in YX .*

Soweit der Bw. rügt, die Finanzbehörde habe in der Begründung des Bescheides vom 11. November 2003 zum Spruch des Bescheides einen unlösbar Widerspruch (in der Begründung wurde irrtümlich ein unrichtiges Datum angeführt), wird hiezu ausgeführt, dass ein diesbezügliches Eingehen im Wiederaufnahmsverfahren nicht entscheidungswesentlich ist. Im gegenständlichen Verfahren ist nämlich nur das Vorliegen der bereits oben zitierten Voraussetzungen zu prüfen und auf das materiellrechtliche Vorbringen, welches ausschließlich im Abgabenverfahren hinsichtlich der Sachentscheidung relevant ist, nicht weiter einzugehen.

Entscheidungen, die die Abgabenbehörden nach ihrem Ermessen zu treffen haben (Ermessensentscheidung), müssen sich gemäß § 20 BAO in den Grenzen halten, die das Gesetz dem Ermessen zieht. Innerhalb dieser Grenzen sind Ermessensentscheidungen nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände zu treffen.

Die im § 20 BAO erwähnten Ermessenskriterien der Billigkeit und Zweckmäßigkeit sind grundsätzlich und subsidiär zu beachten. Unter Billigkeit versteht die ständige Rechtsprechung die Angemessenheit im Bezug auf berechtigte Interessen der Partei, unter Zweckmäßigkeit das öffentliche Interesse, insbesondere an der Einbringung der Abgaben (vgl. Ritz aaO, § 20 Tz 6 und 7).

Bei der amtswegigen Wiederaufnahme ist somit zwischen der Rechtsfrage, ob der Tatbestand einer Wiederaufnahme des Abgabenverfahrens gegeben ist, und der Frage der Durchführung der Wiederaufnahme, die im Ermessen der Behörde liegt, zu unterscheiden. Erst wenn die Rechtsfrage dahingehend geklärt ist, dass ein Wiederaufnahmsgrund tatsächlich vorliegt, hat die Abgabenbehörde in Ausübung ihres Ermessens zu entscheiden, ob die amtswegige Wiederaufnahme zu verfügen ist. Die Ermessensübung hat sich sowohl an der Intention des Gesetzgebers zu orientieren, als auch die im § 20 BAO normierten Ermessensrichtlinien zu beachten. Im vorliegenden Fall ist nun das Finanzamt in zutreffender Weise zu dem Schluss gelangt, dass kein Wiederaufnahmegrund gegeben ist.

Der unabhängige Finanzsenat hatte daher, wie im Spruch angeführt, die Berufung vollinhaltlich abzuweisen.

Graz, am 13. November 2004