

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Gudrun Truschner, Rechtsanwalt, 4600 Wels, Franz-Keim-Straße 17, vom 25. August 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 29. Juli 2004 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. März 2004 bis 31. Mai 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Juni 2004 übermittelten die Töchter der Berufungswerberin, M, A, I und K, dem für Familienbeihilfen örtlich zuständigen Finanzamt eine schriftliche Mitteilung, dass ihre Mutter im Februar 2004 aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen sei und sie bei ihrem Vater geblieben wären, der seither alleine ihren Lebensunterhalt bestreite. Auf Grund dieser Mitteilung forderte das Finanzamt mit Bescheid die an die Berufungswerberin für die Kinder M, A und I ausbezahlte Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum März bis Mai 2004 zurück.

Dagegen wurde Berufung eingebracht, die im Wesentlichen folgendermaßen begründet wurde: Richtig sei, dass die entsprechende Erklärung seitens der Kinder unterzeichnet wurde, dies sei jedoch ausschließlich durch den vom Kindesvater auf die Kinder ausgeübten Druck erfolgt. Da die Berufungswerberin und der Kindesvater getrennt seien, seien die Kinder in einem Loyalitätskonflikt, der vom Kindesvater ausgenutzt wurde. Die Berufungswerberin nächtige zwar seit Februar 2004 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit den Kindern, sie sei jedoch jeden Tag in der Wohnung gewesen, um sich um die Kinder zu kümmern, für ihr

körperliches Wohlergehen zu sorgen und auch beispielsweise Wäsche zu waschen. Sie habe auch den Kindern Geld gegeben und sei für die gesamten Kosten für Kleidung, Freizeitgestaltung und schulische Zwecke aufgekommen. Dagegen hätte der Kindesvater den Kindern kein Geld gegeben mit dem Hinweis, dass die Kindesmutter ohnehin Familienbeihilfe beziehe und daher für die Kinder zu sorgen habe. Ungeachtet dessen seien die Kinder zur vorliegenden Erklärung gedrängt worden.

Vorgelegt wurden Belege über die Aufwendungen, die die Berufungswerberin für die Kinder tätigte.

In der Folge forderte das Finanzamt unter Hinweis darauf, dass für die Haushaltsgeschäftigkeit eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft maßgeblich sei, eine Aufklärung darüber, ob eine solche in den maßgeblichen Monaten noch bestanden hätte. Im Antwortschreiben wurde Folgendes ausgeführt: Es sei richtig, dass die Berufungswerberin im Februar eine Wohnung angemietet hätte, bis Mai 2004 hätte sie jedoch mit ihren Kindern noch in Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft gelebt. Sie hätte sich in dieser Zeit täglich, insbesondere auch an den Wochenenden, bei den Kindern aufgehalten, dort gekocht und sich um Schulaufgaben und sämtliche andere Belange der Kinder gekümmert, daher mit ihnen gewohnt und gewirtschaftet, sie hätte lediglich auswärts genächtigt. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie die Kinder lediglich besucht hätte. Die Gemeinschaft wurde erst abgebrochen, als ein tätlicher Übergriff des Kindesvaters auf die Berufungswerberin, angezeigt beim Gendarmerieposten Gaspoltshofen, erfolgte.

Die Ausführungen wurden dem Kindesvater zur Kenntnis gebracht. Dieser erklärte seinerseits in einem Schreiben, dass er für seine Kinder immer zur Gänze aufgekommen sei und insbesondere seit dem Auszug der Kindesmutter alle relevanten Betreuungs-, Erziehungs- und Haushaltsleistungen für die Kinder erbracht hätte, wie etwa Taschengeld, Kosten für Kleidung, Verpflegung, Studiengebühr, Kosten für Führerschein und Brille der Tochter Ingrid. Die Wäsche sei von seiner Mutter gewaschen worden. Die Kindesmutter sei nur sehr selten im Haus erschienen und könne daher auch die angeführten Arbeiten nicht durchgeführt haben. Übermittelt wurde auch eine schriftliche Bestätigung der Frau D, die im Haushalt seit 1991 beschäftigt ist, wonach diese für die vier Kinder gekocht, gewaschen, geputzt und gebügelt hätte.

Nach abweisender Berufungsvorentscheidung, die im Wesentlichen damit begründet wurde, dass die Berufungswerberin nach der Aktenlage nicht mehr dem gemeinsamen Haushalt angehört hätte, verwies die Berufungswerberin in ihrem Vorlageantrag auf die bisherigen Ausführungen und erklärte ergänzend, es sei entscheidend, wer die Kinder überwiegend pflege. Wenn auch Frau D die angeführten Arbeiten verrichtet hätte, so seien dennoch umfassende Leistungen im Bereich der Haushaltsführung und Betreuung der Kinder von der Berufungswerberin übernommen bzw. wie bisher ausgeübt worden.

Im Zuge des weiteren Berufungsverfahrens wurde der Berufungswerberin mit Vorhalt mitgeteilt, dass aus der Aktenlage der Schluss gezogen werden müsse, dass sie ab dem Bezug einer anderen Wohnung die Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit dem Kindesvater aufgelöst hätte. Diesen Vorhalt beantwortete die Berufungswerberin lediglich dahingehend, dass sie seit Februar 2004 zwei Haushalte hatte. In einem hätte sie genächtigt, den Großteil des Tages hätte sie in Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit ihren Kindern verbracht.

In der Folge wurde dem unabhängigen Finanzsenat eine Protokollsabschrift der Tagsatzung vom 29.3.2004 beim Bezirksgericht G betreffend die Rechtssache X gegen Y (GZ 1 C 96/03 z-4) übermittelt, laut der von beiden Parteien außer Streit gestellt wurde, dass die getrennte Wohnungnahme am 20.2.2004 vollzogen wurde. Diese Feststellung wurde der Berufungswerberin mitgeteilt. In einem Antwortschreiben bestätigte die Berufungswerberin die getrennte Wohnungnahme in Bezug auf den Ehegatten, erklärte jedoch nach wie vor, in Verhältnis zu den Kindern noch sämtliche Aufgaben wie bisher erfüllt zu haben und die Haushaltsgemeinschaft mit ihnen aufrecht erhalten zu haben.

### ***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 ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Ein Kind gilt bei beiden Eltern als haushaltsgehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

§ 2a Abs. 1 FLAG 1967 besagt: Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteils, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteils vor.

Im gegenständlichen Fall leben die Kinder unbestrittenmaßen im Haushalt des Vaters. Bis Februar 2004 war dies der gemeinsame Haushalt ihrer Eltern. Während der Vater in dieser Wohnung verblieben ist, hat die Berufungswerberin im Februar 2004 eine andere Wohnung angemietet, in der sie ab diesem Zeitpunkt genächtigt hat. Die Ehegatten leben in Scheidung, im Verfahren vor dem Bezirksgericht wurde eine getrennte Wohnungnahme der Ehegatten ab diesem Zeitpunkt außer Streit gestellt. Die Berufungswerberin bestreitet auch im vorliegenden Verfahren nicht die Trennung vom Ehegatten, erklärt jedoch, bis Mai 2004 noch die Haushaltsgemeinschaft mit den Kindern aufrecht erhalten zu haben.

Ein gemeinsamer Haushalt von Ehegatten liegt nicht mehr vor, wenn die Ehegattin zum Zweck der Trennung vom Ehegatten eine andere Wohnung bezieht, weil sie sich von ihm scheiden lassen will. Damit ist der Rechtsfall jedoch bereits entschieden: Wurde die Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft in der ehelichen Wohnung beendet – was im gegenständlichen Fall als erwiesen angenommen werden kann –, so kann sich die Berufungswerberin nicht mit Erfolg darauf berufen, in eben dieser Wohnung weiterhin eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft (nur) mit den dort lebenden Kindern aufrecht erhalten zu haben, unabhängig davon, wieviel Haushalts- oder Pflegeleistungen sie dort in der Folge auch noch erbracht haben mag.

Nach dem klaren Wortlaut der oben zitierten Gesetzesstelle kommt es für den Anspruch auf Familienbeihilfe primär darauf an, zu wessen Haushalt die Kinder gehören, nicht wer den Haushalt führt, die Kinder betreut etc. Der vorrangige Anspruch des Elternteils, der den Haushalt überwiegend führt, kommt nur dann zum Tragen, wenn die Kinder dem gemeinsamen Haushalt der Eltern angehören, Unterhaltsleistungen sind nur dann von Bedeutung, wenn keine andere Person wegen Haushaltzugehörigkeit anspruchsberechtigt ist. Damit gehen auch die Hinweise der Berufungswerberin auf die weiterhin für die Kinder erbrachten Leistungen ins Leere (vgl. auch VwGH 28.2.2002, 2001/15/0207).

Auf Grund aller dieser Feststellungen wurde die Familienbeihilfe für die Monate März bis Mai 2004 zu Recht zurückgefordert. Stand der Berufungswerberin für den Streitzeitraum der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht zu, dann war auch der Anspruch auf Kinderabsetzbeträge gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit.a EStG 1988 nicht gegeben.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 24. August 2005