



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Adresse1, vom 30. März 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 24. März 2004 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Monat Februar 2001 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) hatte für ihre beiden ehelichen Kinder S. und T. Familienbeihilfe bis Februar 2001 laufend bezogen. Mit Antrag vom 1. März 2001 begehrte der damalige Ehemann der Bw. (die Ehe wurde im Juli 2001 geschieden) „ab 31. Jänner 2001“ die Gewährung der Familienbeihilfe für den Sohn S., geb. am ttmjj, mit der Begründung die Kindesmutter habe den gemeinsamen Haushalt verlassen. Das Finanzamt forderte die bereits an die Bw. ausbezahlte Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für den Monat Februar 2001 zurück und gewährte die Familienbeihilfe für den Sohn dem Kindesvater. Die Bw. legte gegen den Rückforderungsbescheid Berufung ein mit der Begründung, dass sie von 3.-10. Februar 2001 mit beiden Kindern den Urlaub verbracht habe und sie und die Tochter T. erst mit 22. Februar 2001 aus dem gemeinsamen Haushalt ausgeschieden seien.

Das Finanzamt gab vorerst der Berufung der Bw. statt und forderte mit Bescheid vom 5. Oktober 2001 vom Ehemann der Bw. die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für das Kind S. für den Monat Februar 2001 wieder zurück (mit der Begründung, die Kindesmutter hätte gemäß § 10 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 für den Monat Februar noch

vorrangig Anspruch auf die Familienbeihilfe, weil die Haushaltszugehörigkeit des Sohnes S. zur Mutter erst Mitte Februar 2001 aufgelöst worden sei). Der Berufung des Kindesvaters gegen den Rückforderungsbescheid vom 5. Oktober 2001 für den Monat Februar 2001 wurde im Rechtsmittelverfahren durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz Folge gegeben. In diesem Berufungsverfahren erfolgten durch das Finanzamt einige Zeugeneinvernahmen und der Ehemann Bw. legte u.a. eine beglaubigte Protokollaussage des Sohnes vor.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid vom 24. März 2004 verfügte das Finanzamt die Wiederaufnahme des Verfahrens gemäß § 303 Abs. 4 BAO und forderte die von der Bw. für deren Sohn S. bezogene Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für den Monat Februar 2001 als zu Unrecht bezogen zurück. Das Finanzamt verpflichtete die Bw. den Rückforderungsbetrag in Höhe von € 187,13 gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs. 4 EStG 1988 zurückzuzahlen. In der Begründung führte das Finanzamt im Wesentlichen aus, dass im Verfahren über die Berufung des Kindesvaters hinsichtlich des Beihilfensanspruches für das Kind S. die Haushaltszugehörigkeit des Kindes zum Kindesvater festgestellt worden sei, und daher auch (nur) der Kindesvater Anspruch auf die Beihilfe habe.

Die mit Eingabe vom 30. März 2004 gegen den Rückforderungsbescheid erhobene Berufung begründete die Bw. wie folgt (auszugsweise Wiedergabe):

„Ich ersuche um neuerliche Überprüfung der Sachlage da die Angaben meines Exmannes sowie der genannten Zeugen nicht korrekt sind.

Gleich einmal zu Beginn möchte ich klarlegen wer sich hinter den Namen - Zeuge1 sowie . Zeuge2 verbirgt. Bei Herrn Zeuge1 handelt es sich um einen sehr guten Freund meines Exmannes mit dem er nächtelang in diversen Lokalitäten unseres Bezirkes unterwegs war. Herr Zeuge1 befand sich bis zum 22.02.2001 niemals in unserer Wohnung wenn ich anwesend war. Bei Frau Zeuge2 handelte es sich bis zur Scheidung um die heimliche Geliebte meines Exmannes, wobei es bis etwa 1999 eine gemeinsame Bekannte war. Nach ... ist jedoch der Kontakt zu mir eingeschlafen so dass ich seit diesem Zeitpunkt absolut keinen Kontakt mehr zu ihr hatte. Daher kann Frau Zeuge2 diese Informationen gar nicht von mir haben. Meines Wissens hat mein Exmann sowohl zu Herrn Zeuge1 als auch zu Frau Zeuge2 noch immer regen Kontakt. Daher bin ich auch der Meinung dass Beides keine Zeugen sind die verwertet werden sollten. Noch dazu sind Beide erschienenen Zeugen zwar im 99. Bezirk zu Hause jedoch nicht im selben Gemeindebau sondern doch einige Gassen entfernt. Da ich seit einigen Jahren wieder im Berufsleben stehe ist es nur verständlich dass ich nicht rund um die Uhr zu Hause sein kann. Ob sich während meiner beruflichen Abwesenheit jemand aus dem Bekanntenkreis meines Exmannes in der ehelichen Wohnung aufgehalten hat kann ich nicht ausschließen.

Tatsache ist dass am 10.01.2001 noch Möbel im Wert von 38.970,-ATS (siehe Beilage) bei der Firma M. für die eheliche Wohnung bestellt wurden (lautend auf Bw. , Adresse2). Stornogebühr 11.600,-ATS. sowie ebenfalls am 10.01.2001 eine Türenbestellung nach Maß im Wert von 56.586,90 ATS. Dieser Auftrag wurde jedoch am 22.02.2001 teilstorniert. ... Es gibt also keine logische Erklärung warum ich noch nach meinem angeblichen Auszug per 26. 12.2000 diese Aufträge hätte in Auftrag geben sollen. Selbst dann wenn ich per Ende Jänner 2001 die Absicht gehabt hätte auszuziehen hätte ich diese Aufträge nicht in Auftrag gegeben. Da aber nach dem Skiurlaub den ich mit beiden Kindern in K. verbrachte einige Dinge aufgefliegen sind die mir gegen den Strich gingen habe ich am 20.02.2001 beim BG Y. die Scheidung eingereicht. Zwei Tage später verlor mein damaliger Mann die Nerven und setzte mich vor die Wohnungstüre. Um etwa 16.30 Uhr war noch die Polizei da die alles protokollierte allerdings wird mir als Privatperson dieses Protokoll leider nicht ausgefertigt. Dass mein Exmann den

Urlaub gebucht und bezahlt haben soll entspricht nicht der Wahrheit. Leider habe ich so lange rückwirkend keine Kontoauszüge mehr. ...“

Das Finanzamt legte die Berufung der Bw. gegen den Rückforderungsbescheid vom 24. März 2004 der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Nach § 303 Abs. 4 BAO ist eine Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen u.a. 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. Gemäß § 307 Abs. 1 BAO ist mit dem die Wiederaufnahme verfügenden Bescheid unter gleichzeitiger Aufhebung des früheren Bescheides die das wieder aufgenommene Verfahren abschließende Sachentscheidung zu verbinden. Auch wenn die zitierte Gesetzesbestimmung die Verbindung des Wiederaufnahmebescheides mit dem neuen Sachbescheid anordnet, ist dennoch jeder dieser beiden Bescheide für sich einer Berufung zugänglich, wie auch jeder dieser Bescheide für sich der Rechtskraft teilhaftig werden kann (vgl. VwGH 17.11.2004, 2000/14/0142; 21.09.2006, 2006/15/0042). Zur Wiederaufnahme eines Verfahrens bedarf es keiner förmlichen Ausfertigung eines entsprechenden verfahrensrechtlichen Bescheides, doch muss der behördliche Wille, ein bestimmtes Verfahren wieder aufzunehmen, im neuen Sachbescheid zumindest zum Ausdruck kommen.

Im gegenständlichen Fall reicht in diesem Sinn der auf dem angefochtenen Bescheid vom 24. März 2004 angebrachte Vermerk "Wiederaufnahme gemäß § 303 Abs. 4 BAO", um das Vorliegen eines selbständig anfechtbaren Wiederaufnahmebescheides annehmen zu können (vgl. VwGH 23.2.1994, 90/13/0060; VwGH 20.9.1995, 95/13/0011). Nun hat die Bw. aber nur den Sachbescheid angefochten, sodass der Wiederaufnahmebescheid unabhängig von der Zulässigkeit der Wiederaufnahme in Rechtskraft erwachsen ist (siehe Stoll, BAO-Kommentar, 2969) und die Berufungsbehörde nur über die Berufung gegen den Rückforderungsbescheid betreffend die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für den Monat Februar 2001 entscheiden darf.

Die für den vorliegenden Berufungsfall maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar: Gemäß § 2 Abs. 1 lit.a Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder. Nach Abs. 2 dieser Gesetzesbestimmung 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 Unter-

haltskosten 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 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Gemäß § 7 FLAG 1967 wird für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erlischt der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt. Gemäß § 10 Abs. 4 FLAG 1967 gebührt Familienbeihilfe für einen Monat nur einmal.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. § 26 leg. cit. gilt gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag.

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 oder nicht.

Im vorliegenden Fall wurde die Ehe der Bw. laut Scheidungsvergleich des BG Y. vom 9.7.2001, Zl. Zl. geschieden, die Obsorge für den Sohn wurde dem Vater zugewiesen, die Obsorge für die Tochter T. erhielt die Bw. Es ist unbestritten, dass die Bw. bereits im Februar 2001 (nachdem der Kindesvater das Türschloss austauschen ließ) mit der Tochter T. die eheliche Wohnung endgültig verlassen hat und der Sohn in der alleinigen Pflege im Haushalt des Kindesvaters verblieben ist. Mit Beschluss des Bezirksgerichtes F. vom 22.02.2002, Aktenzeichen xy, wurde die Bw. auch verpflichtet, dem mj. Sohn ab 20. Februar 2001 zuhnden des Kindesvaters einen monatlichen Unterhaltsbeitrag zu leisten.

Strittig ist im gegenständlichen Berufungsfall, ob der Sohn im Monat Februar 2001 noch im gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter lebte. Dazu liegen widersprüchliche Angaben der Eltern vor.

Der Kindesvater hatte im Zuge seines Berufungsverfahrens vorgebracht, die Bw. habe die gemeinsame Wohnung bereits am 26. Dezember 2000 verlassen. Im Monat Jänner 2001 sei die Bw. nur sporadisch in der ehelichen Wohnung gewesen. Die Übertragung der Obsorge an den Kindesvater mit 20.02.2001 habe nichts damit zu tun, dass die Bw. sich noch in der Wohnung aufgehalten habe, sondern nur, dass der Kindesvater auf Anraten seines Anwaltes und

mit Einverständnis des Gerichtes das (Tür)Schloss gewechselt habe. Die „Sachen“ habe die damalige Ehefrau bereits zuvor Zug um Zug abgeholt. Die Bw. habe sich keinesfalls um den ehelichen Sohn S. gekümmert, vielmehr habe die Bw. bereits vor ihrem Auszug am 26. Dezember 2000 den Haushalt nicht mehr geführt, der Sohn Sascha könne dies bestätigen. Das vom Kindesvater dazu vorgelegte Aussageprotokoll enthielt nachstehende Angaben des Sohnes:

„Meine Mutter ist am 26.12.2000 aus unserer Wohnung in ... mit meiner Schwester ausgezogen. Sie hat sich danach weder um mich noch um meinen Vater gekümmert Dass ich mit ihr auf Urlaub gefahren bin, tut nichts zur Sache, da mein Vater diesen bezahlt hat. Meine Mutter hat nach dem Dezember weder gekocht noch gewaschen noch war sie sonst für mich da. Ihre Aussage, mein Vater hätte sie am 20.02.2001 aus der Wohnung geschmissen, ist nicht richtig, richtig ist vielmehr, dass sie aus freiem Willen die Wohnung Ende Dezember verlassen hat. Aber auch in den Wochen davor war sie unlustig, ich hatte meist kein Gewand und nichts zu essen.“

Die von der Bw. in ihrer Berufung angesprochenen Zeugenaussagen wurden in besagtem Berufungsverfahren des Kindesvaters durch das Finanzamt wie folgt niederschriftlich festgehalten:

Zeuge - Zeuge1 (Aussage vom 14. März 2002): „ich bin ein Bekannter des ... und wohne in der Nähe. Ich war öfters im Jänner und Feber 2001 beim ... in der Wohnung untertags und abends und habe die Frau des ... nie angetroffen. Nur der Sohn Sascha war anwesend.“

Zeugin Zeuge2:

„Ich bin eine Bekannte von Herrn und Frau Frau hat mir kurz nach Weihnachten erzählt, sie hätte einen Freund und wolle sich von Herrn ... scheiden lassen. Laut ihrer Aussage habe sie mit ihrer Tochter beim Freund übernachtet. Sie könne sich nicht von der ehelichen Wohnung abmelden und beim Freund anmelden, da der Freund ... sonst sämtliche Unterstützungen verlieren würde. Ich kann mir nur vorstellen, dass sie im Zeitraum 1-2/2001 beim Freund gewohnt hat. Ich weiß, dass der Sohn außer in der Energiewoche ständig beim Vater gelebt hat.“

Von der Bw. selbst erfolgte eine (vom Finanzamt niederschriftlich festgehaltenen) Aussage wie folgt:

„Es stimmt nicht, dass ich am 26.12.2000 die gemeinsame Wohnung verlassen habe. Ich habe bis zum 22.02.2001 ständig in der Wohnung gewohnt und neben meiner Teilzeitberufstätigkeit den Haushalt geführt, d.h. geputzt, gekocht, Hausaufgaben kontrolliert, usw. Im Beschluss vom 22.02. 2002

(Anmerkung: BG Pflugschaftssache Kind S.) ist auch ersichtlich, dass sich S. erst seit 20.02.2001 in der alleinigen Pflege des Vaters befand. Vom 3.-10.02.2001 war ich mit beiden Kindern ohne meinen Exmann auf Urlaub. Ich bin am 22.02.2001 aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen bzw. wurde hinausgeworfen. Das Türschloss hat mein Exmann durch ... am 23.02.2001 austauschen lassen.“

Gemäß § 7 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt, sodass nur ein Elternteil die Familienbeihilfe beziehen kann, wobei der Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes anknüpft. Somit geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Für das Vorliegen der Haushaltszugehörigkeit einer Person ist eine Wohngemeinschaft und Wirtschaftsgemeinschaft erforderlich.

Ein Kind gilt nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört. Wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, ist nach § 2a FLAG 1967 vorrangig die

Kindesmutter bezugsberechtigt. Für die Bw. besteht somit Anspruch auf Familienbeihilfe für den Sohn im vorliegenden Fall nur dann, wenn die Eltern im Februar 2001 noch einen gemeinsamen Haushalt geführt haben.

Das Beweisverfahren nach § 167 Abs. 2 BAO wird vor allem beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Mit dem Vorbringen der Bw., aufgrund einer (wieder stornierten) Möbelbestellung sei erkennbar, dass sie im Februar 2001 noch in der ehelichen Wohnung gelebt habe, ist für die Berufung nichts gewonnen. Zum Einen ist aus den vorgelegten Unterlagen (Kopien der Auftragsbestätigungen) zum Großteil wegen vereinbarter Selbstabholung keine Lieferadresse ersichtlich und zudem kann aus dem Umstand, dass die Bw. am 10. Jänner 2001 Einrichtungsgegenstände bestellt hat nicht unbedingt abgeleitet werden, dass im Februar eine gemeinsame Haushaltsführung mit dem Kindesvater vorlag.

Weiters stützt die Bw. ihre Behauptung, erst am 22. Februar 2001 die eheliche Wohnung verlassen zu haben, auf den Beschluss des Bezirksgerichtes F., mit dem die alleinige Obsorge für den Sohn ab 20. Februar 2001 an den Kindesvater übertragen wurde. Dass die Bw. vor der Übertragung der Obsorge an den Kindesvater bis 20. Februar 2001 die Wohnung noch betreten konnte bzw. davor vom mit beiden Kindern im Februar eine Woche Urlaub verbrachte, wird vom Kindesvater nicht bestritten. Die Möglichkeit eine Wohnung zu betreten, bedeutet jedoch noch nicht, dass, wie von der Bw. im Berufungsfall behauptet, tatsächlich noch ein gemeinsamer Haushalt mit dem Ehepartner geführt wurde.

Die Ausführungen des Kindesvaters, die Bw. habe im Jänner und Februar 2001 nicht mehr den Haushalt geführt und habe sich nicht mehr um den Sohn gekümmert, sondern sich nur „sporadisch“ in der Wohnung aufgehalten, wurden - unabhängig von den von der Bw. als nicht zu verwertend bezeichneten Zeugenaussagen der Nachbarn bzw. Bekannten des Kindesvaters - vor allem durch die Zeugenaussage des Sohnes S. bestätigt. Auch wenn die Aussage eines (damals 12-jährigen) Kindes üblicherweise eher zugunsten des Elternteiles ausfällt, zu dem es die nähere Beziehung hat (hier zum Kindesvater), erscheint die Aussage des Sohnes hinsichtlich mangelnder bis fehlender Haushaltsführung der Kindesmutter im strittigen

Zeitraum glaubhaft. Die dazu in Widerspruch stehenden Angaben der Bw. erweisen sich somit als Versuch, eine unzutreffende Sachlage darzustellen.

Ein Kind gilt nur dann bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen. Der Sohn ist nach dem unbestritten endgültigen Auszug der Kindesmutter (nach dem Austausch des Türschlosses) im Haushalt des Vaters verblieben. Nach den vorstehenden Ausführungen und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass laut Scheidungsurteil des BG Y. vom 9.7.2001 bereits seit geraumer Zeit eine unheilbar zerrüttete Ehe vorlag, lässt sich daraus ableiten, dass die Kindeseltern im strittigen Zeitraum Februar 2001 mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen gemeinsamen Haushalt mehr geführt haben.

Haben die Kindeseltern keinen gemeinsamen Haushalt geführt, ergibt sich daraus, dass der Sohn in den Wochen vor dem endgültigen Auszug der Kindesmutter dem Haushalt des Kindesvaters zugehörig war. Somit sind für den Monat Februar 2001 die Anspruchsvoraussetzungen der Bw. für den Bezug der Familienbeihilfe mangels Haushaltszugehörigkeit für den Sohn nicht vorgelegen und der Rückforderungsbescheid wurde zu Recht erlassen.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 28. September 2009