

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Bw., vertreten durch Dr. Peter Zadowsky, Rechtsanwalt, 1060 Wien, Gumpendorferstraße 71, gegen den Bescheid des Finanzamtes Gänserndorf Mistelbach an vom 21. April 2005 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Zeiträume 1. Juni 2004 bis 31. Juli 2004 und 1. September 2004 bis 31. Jänner 2005, sowie gegen den Abweisungsbescheid betreffend Gewährung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für August 2004, entschieden:

Die Berufungen gegen den Abweisungsbescheid für August 2004 sowie gegen den Rückforderungsbescheid für die Zeiträume 1. Juni 2004 bis 31. Juli 2004 und 1. September 2004 bis 31. Jänner 2005 werden als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Im vorliegenden Fall stellte das Finanzamt auf Grund von Ermittlungen fest, dass die minderjährigen Kinder T., J. und A. seit Juni 2004 mit dem Vater K.K. im gemeinsamen Haus in L.-Dorf, leben und die Kindesmutter seit diesem Zeitpunkt mit den Kindern keinen gemeinsamen Haushalt mehr habe. Eine Haushaltszugehörigkeit von K.K. zu den minderjährigen Kindern wurde auch von der vom Finanzamt zur Sache befragten Personen (Mutter der Bw. und der drei Kinder) bestätigt und wurde auch vom Gericht und von der Bezirkshauptmannschaft Mistelbach angenommen.

Laut einstweiliger Verfügung gemäß § 382a Exekutionsordnung (EO) des BG Mistelbach ist die Berufungswerberin (Bw.) schuldig, für ihre drei Kinder ab 29. April 2004 einen vorläufigen Unterhaltsbeitrag zu leisten, da sie jener Elternteil ist, in dessen Haushalt die Kinder nicht betreut werden. Einem von der Bw. dagegen erhobenen Rekurs wurde durch Beschluss des

LG Korneuburg nicht stattgegeben. Das Gericht führt hierin u.a. aus: "Voraussetzung für einen vorläufigen Unterhalt nach § 382a EO ist u.a., dass sich der Antrag des Minderjährigen gegen einen Elternteil, in dessen Haushalt er nicht betreut wird, richtet. Diese Voraussetzung wird von der Rekurswerberin nicht bestritten."

Im Akt liegt weiters ein über Gerichtsauftrag vom 30. Juni 2004 erstelltes Gutachten der Sachverständigen Fr. Dr.F-P.. Dieses Gutachten wurde deshalb erstellt, um beurteilen zu können, bei welchem Elternteil der Verbleib der Kinder aus jugendpsychologischer Sicht für das Wohl der Kinder günstiger erscheint.

Hierin ist eine Aussage der Bw. enthalten, derzufolge sie vorübergehend nach Wien gezogen sei und bei Herrn E. wohne. Die Kinder würden im ehelichen Haus wohnen, das beiden Elternteilen nach wie vor gehöre.

Die Bw. stellte am 13. Juli 2004 den Antrag auf Familienbeihilfe für ihre drei Kinder und legte unter anderem folgendes Schreiben bei:

„Anbei übersende ich einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe, welche Herrn K.K. , L., ohne Rechtsanspruch beantragt hat.

Zu den näheren Umständen ist festzuhalten, dass ich nach wiederholten, schweren körperlichen Misshandlungen und einem Vergewaltigungsversuch durch K.K. (siehe Strafverfahren bei LG Korneuburg unter AZ ....) die Scheidungsklage eingebbracht habe.

Zuvor wurde Hr.K. aufgrund meiner Anzeige vom 16.3.2004 von der Gendarmerie Ladendorf vom gemeinsamen Haus weg gewiesen und in der Folge Hrn.K. mittels einstweiliger Verfügung die Rückkehr in das Haus untersagt (BG Mistelbach unter GZ ....)

Das vom BG Mistelbach ausgesprochene Verbot war bis 6.6.2004 befristet und bestand Hr.K. in der Folge darauf, von seinem Wohnrecht im Haus L. , Gebrauch zu machen, obwohl er einen derzeit immer noch aufrechten Bestandsvertrag für die Wohnung H-Str., hat.

Aufgrund der evidenten und akuten Gefährdung für Leib und Leben sah ich daher keinen anderen Ausweg, als vorübergehend in Wien eine Unterkunft zu suchen und Hrn.K. das Haus zu überlassen, in welchem selbstverständlich auch unsere gemeinsamen Kinder leben, da ich so kurzfristig keine ausreichend große und auch finanzierte Wohnung finden konnte.

Hr.K. leistet für die Kinder aber keinen Unterhalt und werden die Kinder auch nicht durch Hrn.K. versorgt.

Meine Mutter, Frau J.W., hat es übernommen, für die Kinder die Wäsche zu machen (Waschen, Bügeln, Nähen) sowie für ein regelmäßiges Essen zu sorgen. D.h. die Großmutter sorgt für das Frühstück und das Mittagessen, indem sie die Lebensmittel einkauft und auch das Essen kocht. Auch hat es die Großmutter übernommen, das Haus weitestgehend sauber zu halten und den Garten zu pflegen. Auch meine Schwester, Frau Mag.F., sorgt gelegentlich für das Essen der Kinder. Sowohl meine Mutter als auch meine Schwester sind in den vergangenen Wochen mit den Kindern Einkaufen gegangen, damit diese ausreichend mit Kleidung versorgt sind. Die so aus der Versorgung der Kinder mit Essen und Kleidung entstehenden Kosten werden vereinbarungsgemäß von mir ersetzt und können diesbezüglich auch Bankbelege beigebracht werden. Auch habe ich selbst mit meinen Kindern diverse Einkäufe getätigt, Taschengeld geleistet und die Kosten der diversen Schulveranstaltungen getragen. Weiters trage ich zum überwiegenden Teil die Kosten des gemeinsamen Hauses und verweise ich diesbezüglich auf die beigeschlossene Aufstellung.

Nachdem Hr.K. unsere gemeinsamen Kinder weder durch Arbeitsleistung noch durch Naturalunterhalt versorgt, steht diesem auch kein Anspruch auf Kinderbeihilfe zu, zumal wir nach wie vor einen gemeinsamen Haushalt führen, aus welchem ich lediglich aus Gründen der Sicherheit vorübergehend fern bleiben muss.“

Das Finanzamt erließ auf Grund obiger Ermittlungen am 21. April 2005 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Zeiträume 1. Juni 2004 bis 31. Juli 2004 und 1. September 2004 bis 31. Jänner 2005 sowie einen Abweisungsbescheid für August 2004.

Strittig ist, ob diese Bescheide zu Recht ergangen sind.

Der steuerliche Vertreter der Bw. er hob am 13. Mai 2005 Berufung und führte dazu aus:

„...1. Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Mit dem gegenständlichen Bescheid wird die Rückforderung angeblich zu Unrecht bezogener Beträge von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Kinder J., T. und A.K. mit der Begründung ausgesprochen, es habe keine „Haushaltsgerehörigkeit eines Anspruchsberechtigten gegeben“.

Das Verfahren ist allerdings aus folgenden Gründen mit massiven Mängeln behaftet:

Zunächst wird angefochten, dass die Behörde kein gesetzmaßiges Ermittlungsverfahren durchgeführt hat. So hat die Behörde erster Instanz es verabsäumt, mich von den – wie im Bescheid angeführt – durchgeführten „Ermittlungen des Finanzamtes“ in Kenntnis zu setzen und mir die Möglichkeit einer Stellungnahme dazu einzuräumen. Mir wurden weder die zitierten Aussagen der Kinder zur Kenntnis gebracht, noch jene von Fr.W.. Wäre mir die Möglichkeit einer Stellungnahme ermöglicht worden, hätte sich daraus ergeben, dass es keinesfalls zutrifft, dass ich während des bescheidegenständlichen Zeitraumes nicht mit den Kindern im gemeinsamen Haushalt in L-Dorf gestanden bin.

Berücksichtigt man im Übrigen den in dem Bescheid zugrunde liegenden Zeitraum von 01.06.2004 bis 31.05.2005 (!), so wird offenkundig, dass sich die zitierten Angaben der Kinder und Fr.W. nicht auf den gesamten Zeitraum beziehen können.

In diesem Zusammenhang wird auch ausdrücklich gerügt, dass die Behörde dem Antrag meines Rechtsvertreters vom 04.05.2005 auf Akteneinsicht durch Übersendung des Aktes im Rechtshilfeweg an das Finanzamt in 1070 Wien nicht entsprochen hat. Auch dieser Umstand begründet einen Verstoß gegen den Verfahrensgrundsatz des rechtlichen Gehörs.

2. Unrichtige Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung:

Angefochten wird die Feststellung der Behörde erster Instanz, wonach ich seit Juni 2004 über keinen Haushalt, somit auch keinen mit den Kindern gemeinsamen Haushalt in L-Dorf verfüge.

Als Begründung werden nicht näher konkretisierte Angaben der Kinder und von Fr.W. angeführt. Weiters werden herangezogen „die einstweilige Verfügung gemäß § 382a EO des BG Mistelbach“ und das „Gutachten Dr.F-P“.

Diese Feststellungen sind aus folgenden Gründen unzutreffend:

Tatsächlich verfüge ich über 2 Haushalte: der Hauptwohnsitz befindet sich nach wie vor in L-Dorf, wohin die Behörde erster Instanz den gegenständlichen Abweisungsbescheid auch adressiert hat. Daneben existiert ein Nebenwohnsitz in W.. Im gegenständlichen Zeitraum habe ich mich an 95 Tagen in Ladendorf aufgehalten....

Die Behauptung, die Kinder hätten bestätigt, dass ich in Wien wohne, treffen daher nicht zu, ebenso wenig die behauptete Angabe von Fr.W., wobei in beiden Fällen der Begründung des Bescheides nicht einmal angeführt wird, für welchen Zeitpunkt oder welchen Zeitraum diese Angaben gemacht wurden und zu welchem Zeitpunkt sie selbst getätigten wurden. Die angeführte einstweilige Verfügung gemäß § 382a EO des BG Mistelbach ist jedenfalls nicht als „Untermauerung“ geeignet, da diese einstweilige Verfügung vom 18.05.2004 stammt und daher für den bescheidegenständlichen Zeitraum daraus keine Feststellungen abzuleiten sind.

Ebensowenig kann aus dem Gutachten im Pflegschaftsverfahren von Frau Dr.F-P , in dem es um die Frage der Eignung zur Obsorge für die Kinder gegangen ist, eine Feststellung über einen gemeinsamen Haushalt gewonnen werden.

Ganz offensichtlich unrichtig ist der von der Behörde erster Instanz angenommene Zeitraum betreffend die Familienbeihilfe hinsichtlich A.K. für den Zeitraum 01.09.2004 bis 31.05.2005. Systematisch betrachtet muss der Zeitraum wohl 01.09.2004 bis 31.01.2005 lauten.

Insgesamt erweisen sich somit die Feststellungen der Behörde erster Instanz als grob mangelhaft und sind nicht als Tatsachengrundlage geeignet.

### 3. Unrichtige rechtliche Beurteilung:

Unter diesem Berufungsgrund wird zunächst die rechtliche Beurteilung der Behörde erster Instanz grundsätzlich angefochten, wonach Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag hinsichtlich der Kinder J., T. und A.K. für die Bescheidgegenständlichen Zeiträume zurückgefördert wird. In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich gerügt, dass die Behörde erster Instanz entscheidungswesentliche Tatsachen, die eine rechtliche Beurteilung überhaupt erst erlauben, unterlassen hat. Für den bescheidgegenständlichen Zeitraum finden sich keine expliziten Feststellungen über die Frage des gemeinsamen Haushaltes, da hierzu keine Ermittlungsergebnisse vorliegen.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes schließt jedenfalls die Existenz eines Nebenwohnsitzes keinesfalls einen gemeinsamen Haushalt mit Kindern am Hauptwohnsitz aus...“

Der Berufung war eine Aufstellung über die Anzahl der Tage beigelegt, an denen sich die Bw. nach den Berufungsangaben vom 1.6.2004 bis 10.5.2005 im Haus in L. aufgehalten hat.

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

#### **Rechtsgrundlagen**

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe. 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.

Das Gesetz (§ 2 Abs. 5 FLAG) räumt den Anspruch auf Familienbeihilfe primär demjenigen ein, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Voraussetzung für eine solche Haushaltzugehörigkeit ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft.

Die Haushaltzugehörigkeit gilt gemäß § 2 Abs. 5 FLAG u. a. dann nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Gemäß § 26 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Nach § 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.

§ 382a EO lautet:

"(1) Ein Antrag eines Minderjährigen auf Gewährung vorläufigen Unterhalts durch einen Elternteil, in dessen Haushalt der Minderjährige nicht betreut wird, ist zu bewilligen, wenn der Elternteil dem Kind nicht bereits aus einem vollstreckbaren Unterhaltstitel zu Unterhalt verpflichtet ist und ein Verfahren zur

Bemessung des Unterhalts des Minderjährigen gegen den Elternteil anhängig ist oder zugleich anhängig gemacht wird.

(2) Vorläufiger Unterhalt gemäß Abs. 1 kann höchstens bis zum Grundbetrag der Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz bewilligt werden.

(3) Großeltern können nach Abs. 1 nicht zu vorläufigem Unterhalt verpflichtet werden, der Vater eines unehelichen Minderjährigen nur, wenn seine Vaterschaft festgestellt ist.

(4) Das Vorbringen des Minderjährigen ist für bescheinigt zu halten, soweit sich aus den Pflegschaftsakten, die ihn betreffen, nichts anderes ergibt. Über den Antrag ist ohne Anhörung des Elternteils unverzüglich zu entscheiden.

(5) Die Möglichkeit der Anordnung einer einstweiligen Verfügung nach § 382 Abs. 1 Z 8 lit. a bleibt unberührt."

## **Erwiesener Sachverhalt**

Sachverhaltsmäßig steht Folgendes fest:

- Die Bw. hat nach den Meldedaten einen Hauptwohnsitz in L-Dorf und **seit 7. Juni 2004** einen Nebenwohnsitz in W.
- Die Kinder wohnen seit ihrer Geburt in L-Dorf .
- Die Bw. ist laut einstweiliger Verfügung gemäß § 382a EO des BG Mistelbaches verpflichtet, ab **29. April 2004** einen Unterhaltsbeitrag für ihre drei Kinder zu leisten.
- Laut der einstweiligen Verfügung gemäß § 382a EO des BG Mistelbach gaben die Kinder im Protokoll vom 26.3.2004 an, dass sie im Moment beim Vater wohnen und auch für die Zukunft lieber beim Vater bleiben möchten.
- In der beim Finanzamt Gänserndorf Mistelbach aufgenommenen Niederschrift vom 29. Oktober 2004 gibt die Bw. wörtlich an: „Die Kinder halten sich z.T. bei mir in Wien auf, da sie jedoch in Mistelbach in die Schule (Anm.: offensichtlich: gehen), ist dies nur sporadisch.“
- Eine Haushaltzugehörigkeit von K.K. zu den minderjährigen Kindern wird sowohl vom Gericht als auch von der Bezirkshauptmannschaft Mistelbach angenommen und von der Grußmutter mütterlicherseits und den Kindern bestätigt.
- Die Bw. selbst gibt in ihrem Antrag auf Familienbeihilfe an (siehe oben), dass ihrem Mann mittels einstweiliger Verfügung die Rückkehr in das Haus in L bis 6.6.2004 untersagt war und er in der Folge wieder auf seinem Wohnrecht bestand. Aufgrund der evidenten und akuten Gefährdung für Leib und Leben sah sie keinen anderen Ausweg, als vorübergehend in Wien eine Unterkunft zu suchen und Hrn.K. das Haus zu überlassen, in welchem selbstverständlich auch ihre gemeinsamen Kinder leben, da sie so kurzfristig keine ausreichend große und auch finanzierte Wohnung finden konnte.
- Auch in der Berufung vom 13. Mai 2005 gibt die Bw. an, dass sie sich im „gegenständlichen Zeitraum“ (nur) 95 Tage in L. aufgehalten habe.

- Im Gutachten der Sachverständigen ist die Aussage der Bw. wiedergegeben, derzufolge sie "vorübergehend in Wien" wohne.
- Sowohl aus den einstweiligen Verfügungen des Bezirksgerichtes vom 18.5.2004 als auch aus dem Beschluss des Landesgerichtes geht hervor, dass die Minderjährigen nicht im Haushalt der Bw. betreut werden.

Das Beweisverfahren wird vor allem u.a. beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 167 BAO).

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln (keine gesetzliche Randordnung, keine formalen Regeln) 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 (Ritz, BAO-Kommentar, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN).

Der unabhängige Finanzsenat nimmt es in freier Beweiswürdigung als erwiesen an, dass die Kinder zumindest im Streitzeitraum nicht zum Haushalt der Mutter, sondern zu dem des Vaters gehört haben.

Diese Annahme gründet sich auf die oben wiedergegebenen, vom Finanzamt in einem ausführlichen Ermittlungsverfahren erhobenen Beweismittel.

Selbst die Bw. selbst bestreitet im Ergebnis nicht, keinen gemeinsamen Haushalt mit ihren Kindern geführt zu haben; selbst wenn die Aussage in der Berufung zuträfe, sie hätte sich im fraglichen Zeitraum an 95 Tagen in L. aufgehalten, würde dies daran nichts ändern, da 95 Tage nur etwas mehr als ein Drittel der Gesamttage des Rückforderungszeitraumes darstellen. Die polizeiliche Meldung ist abgabenrechtlich ohne Bedeutung.

### **Rechtliche Würdigung**

Damit ist der Rechtsfall bereits entschieden: Kann nämlich davon ausgegangen werden, dass eine Zugehörigkeit der Kinder zum Haushalt des Vaters bestanden hat, so verdrängt dessen vorrangiger Familienbeihilfenanspruch einen allenfalls bestehenden subsidiären Anspruch der Bw. aufgrund ihrer Unterhaltsleistung.

Was die Verfahrensrüge der Bw. anlangt, es sei ihrem Antrag auf Akteneinsicht nicht entsprochen worden, so ist hierzu festzustellen, dass der Bw. sämtliche Unterlagen in Kopie übermittelt wurden, weshalb der behauptete Verfahrensmangel nicht vorliegt.

Die Bw. erfüllte somit im Streitzeitraum nicht die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe, weshalb das Finanzamt die angefochtenen Bescheide zu Recht erlassen hat.

Es wird darauf hingewiesen, dass der Bw. für den Fall, dass sie den gesetzlichen Unterhalt leistet, der Unterhaltsabsetzbetrag nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit. b EStG zusteht.

Wien, am 28. Juli 2005