



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder Hofräatin Mag. Helga Hochrieser, Robert Wittek und Mag. Belinda Maria Eder über die Berufung der MM, ME, vertreten durch Dr. Alois Zehetner, Rechtsanwalt, 3300 Amstetten, Ybbsstraße 66/II/1, vom 31. Juli 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 3. Juli 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe nach der am 9. September 2008 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) ist seit 1987 geschieden und bezog für ihren Sohn R, geb. 1984, bis 28. Februar 2005 Familienbeihilfe (vom 1. Juni 2001 bis 28. Februar 2005 wurde auf Grund der ärztlichen Bescheinigung vom 7. Mai 2002 auch der Erhöhungsbetrag bezogen).

Die Bw. hat seit 17. November 1994 ihren Hauptwohnsitz in E und seit 5.11. 2004 einen Nebenwohnsitz in 5340 S und vom 18.11.1994 bis 18.10.2006 einen Nebenwohnsitz in N. Der Sohn hatte seinen Hauptwohnsitz vom 16. Oktober 1996 bis 27. Juni 2003 in E und einen Nebenwohnsitz vom 17. Oktober 1996 bis 22. Mai 2004 in der Nstr. Vom 27. Juni 2003 bis 30. November 2004 war er bei seiner Großmutter in S mit einem Hauptwohnsitz gemeldet und im Anschluss daran in der Nstr (= Eigentumswohnung der Bw.).

Der Vater von RM – SM – hat einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seinen Sohn RM aus dem Titel der überwiegenden Kostentragung rückwirkend für den Zeitraum

September 2002 bis Juni 2004 gestellt. In einer Eingabe der Bw. vom 19.12.2005 an das Bezirksgericht Favoriten wegen Unterhaltsklage des Sohnes RM , hat die Bw. zur Wohnsituation des Sohnes bekanntgegeben, dass R bereits am 11.6.2002 das mütterliche Anwesen in E verlassen hat. Ab diesem Zeitpunkt ist RM nicht mehr zur Mutter (= Bw.) haushaltsgerechtig.

Im Zeitraum November 2002 bis Dezember 2002 hat R bei seiner Großmutter in S gewohnt. Im Zeitraum Jänner 2003 bis Juni 2003 war er im Kolpingheim Salzburg wohnhaft. Im Zeitraum Juli 2003 bis August 2003 war er wieder bei der Großmutter in S wohnhaft. Im Zeitraum September 2003 bis Juni 2004 war er im Kolpingheim Salzburg wohnhaft. Im Zeitraum Juni 2004 bis November 2004 war R wieder bei der Großmutter wohnhaft. Ab 22. November 2004 hat R alleine in 1090 gelebt.

Für folgende Zeiträume wurden bei der Bw. die erhöhte Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag rückgefordert (Aufenthalt von R im Kolpingheim Salzburg), da überwiegende Kostentragung durch den Kindsvater vorliegt:

1.1.2003 – 30.6.2003 und 1.9.2003 – 30.6.2004

Dagegen brachte der Rechtsanwalt der Bw. eine Berufung ein, welche wie folgt begründet wurde:

„Als Berufungsgründe werden unrichtige Tatsachenfeststellungen sowie unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache geltend gemacht.

#### 1. unrichtige Tatsachenfeststellungen:

In der Begründung des angefochtenen Bescheides wird im Wesentlichen ausgeführt, dass sich der Sohn der Berufungswerberin, RM , geboren 14.04.1984, während der gegenständlichen Rückforderungszeiträume nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Berufungswerberin aufgehalten habe. Ebenso wenig habe die Berufungswerberin während dieses Zeitraumes den überwiegenden Unterhalt zugunsten ihres Sohnes geleistet.

Diese Bescheidbegründung beruht auf Tatsachenfeststellungen, die zwischenzeitig zur Gänze widerlegt worden sind. Eingewandt wird, dass RM gegen die Berufungswerberin ein Unterhaltsverfahren zu GZ.: 14 FAM 20/05 f des Bezirksgerichtes Favoriten angestrengt hat, das nunmehr mit Beschluss des LG für ZRS Wien zu GZ.: 42 R 40/07 d vom 06.03.2007, zugestellt am 13.04.2007, und mit Beschluss des Bezirksgerichtes Favoriten vom 01.06.2007, zugestellt am 12.06.2007, rechtskräftig abgewiesen worden ist.

Der Beschluss des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 06.03.2007 enthält Feststellungen, die auch für das gegenständliche Rückforderungsverfahren entscheidungswesentlich sind.

#### Beweis:

---

In Ablichtung beiliegender Beschluss des LG für ZRS Wien zu GZ. 42 R 40/07 d vom 06.03.2007, zugestellt am 13.04.2007 (Beil./A)

Das LG für ZRS Wien gab dem Rekurs der Berufungswerberin gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Favoriten vom 08.11.2006 vollinhaltlich statt und wies das gestaffelte Unterhaltsbegehren des RM auf Zuerkennung rückwirkenden Unterhaltes beginnend vom 01.11.2002 bis zum 31.12.2005, vollinhaltlich ab. Der in diesem Punkt abweisende Beschluss vom 06.03.2007 ist in Rechtskraft erwachsen.

Das LG für ZRS Wien wies das Verfahren hinsichtlich des laufenden Unterhaltsbegehrens zur Beweisergänzung an das BG Favoriten zurück.

Das mit 01.01.2006 beginnende laufende Unterhaltsbegehren wurde mit Beschluss des BG Favoriten vom 01.06.2007, zugestellt am 12.06.2007, nunmehr ebenso rechtskräftig abgewiesen.

Beweis:

In Ablichtung beiliegender Beschluss des Bezirksgerichtes Favoriten vom 01.06.2007 zu GZ.: 14 FAM 20/05 f (Beil. ./B)

Es wird nunmehr die im Erstbescheid festgestellte fehlende Haushaltsgewöhnlichkeit des RM für den Zeitraum von Jänner 2003 bis Juni 2004 bestritten. Es wird auf die diesbezüglich völlig unbedenklichen Feststellungen des vorerwähnten Beschlusses des LG für ZRS Wien verwiesen.

Eingewandt wird, dass RM während des fraglichen Rückforderungszeitraumes de iure im Kolpingheim, de facto aber zumindest an den Wochenenden, aber auch unter der Woche, bei seiner Großmutter, DB, zu erscheinen pflegte und dort auf bestehende Ressourcen (Heizung, Mahlzeiten, elektrischer Strom, Müllabfuhr) zurückgreifen konnte.

Beweis:

G, H, als Zeugin

Es wird nunmehr unter Hinweis darauf eingewandt, dass der Haushalt der mütterlichen Großmutter, DB, während des fraglichen Zeitraumes völlig mittellos gewesen ist. DB war voll und ganz auf die finanziellen Zuwendungen ihrer Tochter, der Berufungswerberin, angewiesen.

Das LG für ZRS Wien hielt dazu fest, dass sich während des fraglichen Zeitraumes drei Personen in STG, aufgehalten haben, sodass die von der Berufungswerberin getätigten Lebensmitteleinkäufe im genannten Zeitraum in Höhe von rund € 3.930,-- aufzudritteln gewesen sind. Das LG für ZRS Wien hielt dazu folgendes fest:

„Auch wenn eine genaue Feststellung der dem Antragsteller zukommenden Beträge nicht vorgenommen werden kann, so sind bei einer Gesamtschau unter Berücksichtigung der Leistungen der Mutter (= Berufungswerberin) und unter Berücksichtigung der Zeiten, in denen der Antragsteller in dem von der Mutter unterstützten Haushalt seiner Großmutter lebte, die Naturalunterhaltsleistungen der Mutter (gemäß § 34 AußStrG) als ausreichend zu qualifizieren. Für diesen Zeitraum besteht kein weiterer Unterhaltsanspruch, weshalb der Antrag für diesen Zeitraum abzuweisen war.“

Es wird diesbezüglich auf die vorzitierte Beschlussausfertigung des LG für ZRS Wien verwiesen (siehe Seite 16, 1. Absatz).

RM befand sich demnach in einem Haushalt, der finanziell voll und ganz von der Berufungswerberin abhängig war. DB konnte dazu keinerlei finanzielle Zuwendungen leisten. Sie ist nicht pensionsberechtigt. Ihr Anwesen ist mit Pfandrechten belastet.

Festgehalten wird, dass sowohl RM als auch DB bei der Berufungswerberin mitversichert sind.

Beweis:

In Ablichtung beiliegender Grundbuchsauszug (Beil. ./C)

In Ablichtung beiliegendes Schreiben der Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter vom 20.12.2006 (Beil. JD)

Mit allem Nachdruck wird auf die finanzielle Unterstützung des mittellosen Haushaltes seitens der Berufungswerberin verwiesen. Das in StG, befindliche Anwesen ist demnach bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Zweithaushalt der Berufungswerberin anzusehen. Die Berufungswerberin ist unter der Adresse A seit ihrer Kindheit polizeilich gemeldet. Es wird auf die in Ablichtung beiliegenden Volksschulzeugnisse verwiesen.

Die vorerwähnte Adresse ist als Wohnsitz der Berufungswerberin ausgewiesen. Die gegenteilige Feststellung des Erstbescheides, wonach sich RM während des fraglichen Zeitraumes nicht im Haushalt der Berufungswerberin befunden habe, wird unter Hinweis darauf mit allem Nachdruck bestritten.

Beweis:

In Ablichtung beiliegender Beschluss des LG für ZRS Wien zu GZ. 42 R 40/07 d vom 06.03.2007, zugestellt am 13.04.2007 (Beil. JA)

In Ablichtung beiliegende Meldebestätigung der Marktgemeinde A (Beil. ./E)

In Ablichtung beiliegende Volksschulzeugnisse der Berufungswerberin (Beil. ./F)

---

Es wird nunmehr unter Hinweis darauf die Tatsachenfeststellung begehrte, dass sich RM während des Zeitraumes von Jänner 2003 bis Juni 2004 neben seinem Aufenthalt im Salzburger Kolpingheim in dem circa 25 km weit entfernten A aufgehalten hat. Infolgedessen kommt der Rückforderung angeblich zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge keine Berechtigung zu.

RM war demnach zu einem ausschließlich von der Kindesmutter finanzierten, mittellosen Haushalt zugehörig. Entgegen der Begründung des angefochtenen Bescheides war RM dem Zweithaushalt der Berufungswerberin in STG , zugehörig, zumal dieser Haushalt voll und ganz von der wirtschaftlichen Leistungskraft der Berufungswerberin abhängig war. Unabhängig davon wird aus prozessualer Vorsicht der Einwand erhoben, dass die Berufungswerberin in den genannten Zeiträumen den überwiegenden Unterhalt zugunsten ihres Sohnes, RM , geleistet hat.

Das LG für ZRS Wien hielt dazu folgendes fest:

„Laut der Aufstellung der Kindesmutter (Beilage zu ON 23) habe sie in diesem Zeitraum (25 Monate) insgesamt Leistungen in Höhe von rund € 17.500,-- für den Antragsteller erbracht.“

Es ergibt sich nunmehr anhand dieser Feststellung, und zwar anhand der Gesamtleistung in Höhe von € 17.500,--, bezogen auf einen Zeitraum von 25 Monate (€ 17.500,-- : 25) eine durchschnittliche monatliche Unterhaltsleistung der Berufungswerberin zugunsten ihres Sohnes, RM , in Höhe von € 700,--.

In der Niederschrift vom 30.11.2005 gab RM vor dem BG Favoriten an, dass sein Vater eine monatliche Unterhaltszahlung in Höhe von € 610,-- zu seinen Gunsten leistet. Der Kindesvater, SM , war bei Verfassung dieser Niederschrift persönlich anwesend. Er erhob gegen diese Angaben keinen Widerspruch. Infolgedessen ist von einer monatlichen Unterhaltszahlung des Kindesvaters in Höhe von € 610,-- auszugehen. Alle weiteren gegenteiligen gerichtlichen Feststellungen zur monatlichen Unterhaltsleistung des Kindesvaters sind aktenwidrig.

Dies bedeutet weiters, dass die Berufungswerberin mit ihrer monatlichen Unterhaltsleistung in Höhe von € 700,-- im Vergleich zur monatlichen Unterhaltsleistung des Kindesvaters, SM , in Höhe von € 610,--, einen weitaus höheren Unterhalt zugunsten ihres Sohnes, RM , erbracht hat.

#### Beweis:

In Ablichtung beiliegender Beschluss des LG für ZRS Wien zu GZ. 42 R 40/07 d vom 06.03.2007, zugestellt am 13.04.2007 (Beil. ./A)

In Ablichtung beiliegende Niederschrift des Bezirksgerichtes Favoriten vom 30.11.2005  
(Beil../G)

Aufgrund der gerichtlich festgestellten Naturalunterhaltsleistung der Berufungswerberin ergibt sich im Vergleich zu dem vom Kindesvater monatlich geleisteten Geldunterhalt in Höhe von € 610,-- eine deutliche finanzielle Mehrleistung der Berufungswerberin. Es entfällt nunmehr unter Hinweis darauf jeglicher Rückforderungsanspruch gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 in der derzeit gültigen Fassung.

Beweis:

wie bisher

Weiters hielt das LG für ZRS Wien im mehrfach zitierten Beschluss fest, dass sich während des fraglichen Zeitraumes von Jänner 2003 bis Juni 2004 drei Personen im betreffenden Haushalt aufgehalten haben. Infolgedessen nahm das LG für ZRS Wien eine Drittteilung der Naturalunterhaltsleistungen der Berufungswerberin vor.

Beweis:

wie bisher

Selbst in Beachtung dieses rechnerischen Ansatzes wurde die Unterhaltsleistung der Berufungswerberin als ausreichend beurteilt. Die Tatsache, dass sich laut den Feststellungen des LG für ZRS Wien auch die Berufungswerberin während des fraglichen Zeitraumes immer wieder in A aufgehalten hat und unter Hinweis darauf das vorerwähnte Berechnungsergebnis zustande kam, hat die Berufungsbehörde den in STG , befindlichen Haushalt als Zweithaushalt der Berufungswerberin zu qualifizieren.

Aufgrund der Haushaltzugehörigkeit des RM zum Zweithaushalt der Berufungswerberin entfallen die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für die Rückforderung gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 in der derzeit gültigen Fassung.

Unabhängig davon wird aus prozessualer Vorsicht eingewandt, dass die Berufungswerberin während des fraglichen Zeitraumes von Jänner 2003 bis November 2004 den überwiegenden Unterhalt zugunsten ihres Sohnes, RM , geleistet hat.

Geht man davon aus, dass der mehrfach erwähnte, großmütterliche Haushalt in STG , von der Berufungswerberin finanziert worden ist, gewährte diese ihrem Sohn, RM , durch Zurverfügungstellung der Wohnmöglichkeit während dieses Zeitraumes Naturalunterhalt.

In Beachtung der bereits gerichtlich festgestellten Naturalunterhaltsleistungen ergibt sich ein ungleich höherer Betrag als der angeblich vom Kindesvater geleistete Geldunterhalt in Höhe

---

von monatlich € 610,--. Es ist auf den gegenständlichen Sachverhalt die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Sinne der einschlägigen Bestimmungen der BAO anzuwenden.

Beweis:

In Ablichtung beiliegende Niederschrift vom 30.11.2005 (Beil. ./G)

Einvernahme der Berufungswerberin

Unabhängig davon wird eingewandt, dass sämtliche während des fraglichen Zeitraumes an die Berufungswerberin überwiesenen Familienbeihilfen und Kinderabsetzbeträge dem mittellosen Haushalt und RM zugute gekommen sind.

Beweis:

Einvernahme der Berufungswerberin

In Beachtung der nunmehr vorgelegten Beweisergebnisse sowie sämtlicher Verfahrensvorschriften der BAO zur amtsweigigen Wahrheitserforschung entfällt die Rückzahlungsverpflichtung der Berufungswerberin zur Gänze.

II. unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache:

Der angefochtene Erstbescheid ist mit dem Mangel der unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache verbunden.

Es wurde die Haushaltzugehörigkeit des RM unrichtig beurteilt. Hinzu kommt jedoch, dass die entscheidungswesentlichen Feststellungen der Erstbehörde bei Fassung des nunmehr bekämpften Bescheides noch nicht bekannt gewesen sind.

Diese sind im mehrfach zitierten Beschluss des LG für ZRS Wien vom 06.03.2007, GZ. 42 R 40/07 d, enthalten. Infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung unterblieben entscheidungswesentliche Feststellungen durch die Erstbehörde. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung ist in Beachtung der Feststellungen des vorzitierten Erstbescheides von einer Haushaltzugehörigkeit des RM zur Berufungswerberin auszugehen. Dieser Haushalt wird ausschließlich von der Berufungswerberin wirtschaftlich am Leben erhalten. Ebenso stellte das LG für ZRS Wien fest, dass sich während des fraglichen Zeitraumes von Jänner 2003 bis Juni 2004 die Berufungswerberin in ihrer Freizeit in ihrem Wohnsitz laut Meldebestätigung in STG , aufgehalten hat.

Infolgedessen ist von einem Zweithaushalt der Berufungswerberin auszugehen.

Die gegenteiligen Feststellungen der Erstbehörde, wonach RM während der gegenständlichen Rückforderungszeiträume nicht zum Haushalt der Berufungswerberin gehört habe, sind

---

unrichtig. Der Erstbehörde unterliefen hier infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache entscheidungswesentliche Feststellungsmängel.

Unabhängig davon wird eingewandt, dass die Berufungswerberin in Beachtung der gerichtlich festgestellten Naturalunterhaltsleistungen überwiegend zum Unterhalt ihres Sohnes, RM , beigetragen hat.

Dies insbesonders im Hinblick auf den ausschließlich auf die Berufungswerberin angewiesenen Haushalt in A-5340 St. Gilgen.

Der Ordnung halber wird angeführt, dass dem Sohn der Berufungswerberin, RM , laut Beschluss des BG Favoriten vom 01.06.2007, zugestellt am 12.06.2007, kein Unterhaltsanspruch zusteht. Das Unterhaltsbegehren des RM , die Unterhaltsgegnerin ab 01.01.2006 zu einem monatlichen Unterhalt in Höhe von € 425,-- zu verpflichten, wurde zur Gänze abgewiesen. Der Beschluss des BG Favoriten vom 01.06.2007 ist zwischenzeitig in Rechtskraft erwachsen.

Beweis:

In Ablichtung beiliegender Beschluss des Bezirksgerichts Favoriten vom 01.06.2007 zu GZ.: 14 FAM 20/05 f (Beil. ./13)

Abschließend wird der Einwand der Sittenwidrigkeit im Sinn des § 1295 ABGB erhoben. Es ist unter Hinweis auf die vorzitierte Gesetzesbestimmung völlig unhaltbar, dass die gegenständliche Familienbeihilfe dem Kindesvater und Ex-Ehemann der Berufungswerberin, SM , zugute kommt. SM steht in Verdacht, seinen Sohn, RM , sexuell missbraucht zu haben. Die Berufungswerberin übermittelte bereits im Jahr 2003 eine Sachverhaltsdarstellung an die kriminalpolizeiliche Abteilung des Landesgendarmeriekommmandos NO.

Die Kriminalpolizei erstattete diesbezüglich Strafanzeige bei der Staatsanwaltschaft Wiener Neustadt. Die Staatsanwaltschaft Wiener Neustadt legte jedoch laut Schreiben vom 18.01.2005 zu GZ.: 7 St 18/05 p die vorerwähnte Strafanzeige zurück.

Laut Auskunft der Staatsanwaltschaft Wiener Neustadt war die zum Zeitpunkt der Zurücklegung der Strafanzeige vorgefundene Beweislage nicht ausreichend, um SM in einer anzuberaumenden Hauptverhandlung des Kindesmissbrauches zu überführen. Es wurde jedoch gegenüber der Berufungswerberin ausdrücklich festgehalten, dass die Verdachtslage nach wie vor fortbesteht.

Beweis:

---

In Ablichtung beiliegende Niederschrift der Berufungswerberin vor dem damaligen Gendarmerieposten A-2344 Maria Enzersdorf zu GZP-122.355/03-SE vom 27.10.2003 (Beil. JH)

In Ablichtung beiliegendes Schreiben der Staatsanwaltschaft Wiener Neustadt vom 18.01.2005 zu GZ.: 7 St 18/05 p (Beil. A)

Einvernahme der Berufungswerberin

Es ist unter diesem Gesichtspunkt völlig unhaltbar, das gegenständliche Rückforderungsbegehren aufrecht zu erhalten und den betreffenden Betrag an den Kindesvater zu überweisen. Die Berufungswerberin erhebt mit allem Nachdruck den Einwand der Sittenwidrigkeit im Sinn des § 1295 Abs. 2 ABGB, zumal ein derartiger Schritt vor dem Hintergrund der bestehenden Verdachtslage zu einer Verfestigung einer mit hoher Wahrscheinlichkeit kriminellen Struktur führt.

Die Berufungswerberin war stets bestrebt, ihrem Sohn, RM , entsprechende Therapien zukommen zu lassen. Dieses Bestreben wurde vom Kindesvater, SM , stets konterkariert. Der nunmehr objektivierte mangelhafte Studienerfolg von RM sowie das mit aller Vehemenz geführte Unterhaltsverfahren ist das Ergebnis einer mit hoher Wahrscheinlichkeit kriminellen Interaktion zwischen SM und RM .

In Erwiderung des Rückforderungsbegehrens wird aus diesem Gesichtspunkt der Einwand der Sittenwidrigkeit im Sinn des § 1295 Abs. 2 ABGB erhoben.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung der Sache entfällt gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 in der derzeit gültigen Fassung jeglicher Rückforderungsanspruch wegen zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe bzw. zu Unrecht bezogener Kinderabsetzbeträge.

Aus all den genannten Gründen stellt die Berufungswerberin den

## **ANTRAG**

auf Vorlage des gesamten Verfahrensaktes an den unabhängigen Finanzsenat, auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung vor dem unabhängigen Finanzsenat sowie:

1. Der unabhängige Finanzsenat möge den angefochtenen Erstbescheid des Finanzamtes Baden-Mödling vom 03.07.2007, zugestellt am 05.07.2007, dahingehend abändern, dass dem Antrag der Berufungswerberin auf Abweisung des Rückforderungsbegehrens in Höhe von insgesamt € 5.405,-- vollinhaltlich stattgegeben wird;
2. in eventu möge der unabhängige Finanzsenat den angefochtenen Erstbescheid des Finanzamtes Baden-Mödling vom 03.07.2007, zugestellt am 05.07.2007, aufheben, der

---

Erstbehörde eine Verfahrensergänzung durch eine neuerliche Beweisaufnahme auftragen und die gesamte Rechtssache an die Erstbehörde zurückverweisen.“.

In der am 9.9.2008 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde ergänzend Folgendes ausgeführt:

Bw.:

Beim vorliegenden Fall sollte es nicht um einen Fall, sondern um einen Menschen gehen. Ich verweise auf das vorangegangene Verfahren und insbesondere auf die bereits damals geäußerten Verdachtsmomente auf Kindesmissbrauch seitens des Kindsvaters.

Was den Aufenthalt in S anlangt, so sind die von der Finanzbehörde getroffenen Aussagen nicht völlig zutreffend; so weiß ich etwa, dass mein Sohn jedenfalls um den Jahreswechsel 2003/04 sowie zu Ostern in S gewohnt hat.

Ich verweise weiters darauf, dass für meinen Sohn nunmehr erhöhte Familienbeihilfe bezogen wird und der Grund dafür in seinen psychischen Problemen liegt.

Wenn ich bei der heutigen Verhandlung Familienbeihilfe zugesprochen bekomme, so würde ich dieses Geld über eine ehemalige Mittelschulprofessorin, die erstmals den Verdacht auf Kindesmissbrauch geäußert hat, meinem Sohn zukommen lassen.

Ich verweise ferner darauf, dass ich im Streitzeitraum die Kosten meines Sohnes für Telefon, Internet sowie Handy getragen habe.

Finanzamtsvertreter DS verweist auf die Ausführungen im Vorlagebericht.

Rechtsanwalt:

Ich verweise darauf, dass sich meine Mandantin faktisch auch im Streitzeitraum sehr häufig in S aufgehalten hat. Ferner hat sie den Großteil der mit dem Haushalt verbundenen Kosten getragen; dies deshalb, weil ihre Mutter früher Zimmer vermietet hat, diese Tätigkeit aber bereits vor Jahren einstellen musste. Somit lebt sie nur mehr von einem Landespflegegeld in Höhe von etwas mehr als 400 Euro monatlich, was bedeutet, dass auch meiner Ansicht nach keine einheitliche Wirtschaftsführung des Sohnes meiner Mandantin zum Haushalt seiner Großmutter gegeben sein konnte.

---

Ich verweise weiters darauf, dass zwar nach § 216 Abs. 2 BAO eine Bindung der Finanzbehörden an Gerichtsurteile, die von Amts wegen ergehen, besteht; dies allerdings nur im Hinblick auf den Spruch, nicht aber im Hinblick auf die Begründung. Dies bedeutet, dass diesbezüglich eine abweichende Beurteilung seitens der Berufungsbehörde durchaus möglich wäre.

Ferner hat RM im März 2005 im dritten Nebentermin die Matura absolviert. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass er sich im in Rede stehenden Zeitraum zu Ausbildungszwecken in S aufgehalten hat, da auch die Matura dort abgelegt wurde.

Meine Mandantin hat sich bemüht, das Vertrauensverhältnis zu ihrem Sohn aufrecht zu erhalten, was aber auf Grund der bereits dargelegten Verdachtsmomente sehr schwierig war.

Bw.:

Ich verweise ferner darauf, dass zwar in dem in Rede stehenden Zeitraum die Kosten für das Kolpingheim bezahlt worden sind, sich aber mein Sohn dennoch faktisch sehr oft in S aufgehalten hat, was auch schon daraus ersichtlich ist, dass etwa seine Wäsche dort gewaschen worden ist.

Man kann aber jedenfalls sagen, dass der Lebensmittelpunkt meines Sohnes damals in S war.

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

**1. Haushaltzugehörigkeit und Unterhaltsleistungen als Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe**

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. Gemäß Abs. 5 dieser Bestimmung gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

**1.1. Haushaltzugehörigkeit**

Das Gesetz 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.

Dass der Aufenthalt des Sohnes außerhalb der Wohnung der Mutter nur vorübergehend ist, wurde nicht behauptet; aus den Umständen des Falles kann auch keineswegs geschlossen werden, dass der Sohn nach absehbarer Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird.

Wenn der steuerliche Vertreter in der Berufung ausführt, dass sich die Bw. während des fraglichen Zeitraums von Jänner 2003 bis Juni 2004 in ihrer Freizeit in STG aufgehalten habe und infolgedessen von einem Zweithaushalt der Bw. auszugehen sei und dieser Haushalt ausschließlich von der Bw. wirtschaftlich am Leben erhalten wäre, so wird damit nicht nachgewiesen, dass ein gemeinsamer Haushalt der Bw. mit ihrem Sohn vorgelegen ist. Das Argument der Bw., dass die Adresse in ST als ihr Wohnsitz zu werten sei und daher Haushaltzugehörigkeit von R in S vorlag, ist nicht stichhaltig. Die Bw. hat seit 17.11.1994 ihren Hauptwohnsitz in ME und geht ihrer Beschäftigung an der Universität Wien vom Wohnsitz in E aus nach.

In der Berufung wird vorgebracht, dass von einem Zweithaushalt der Bw. auszugehen sei. Ein Nebenwohnsitz der Bw. in 5340 ist laut zentralem Melderegister erst ab 5.11.2004 aufscheinend. Daran vermögen auch die der Berufung beigelegten Volksschulzeugnisse der Bw. nichts zu ändern, welche einen lang davor liegenden Zeitraum betreffen und somit für den Sachverhalt irrelevant sind.

Bezüglich des in der Berufung vorgebrachten Beweisantrages hinsichtlich Einvernahme von IG, als Zeugin, wird festgehalten, dass selbst einige eventuell gemeinsam verbrachte Wochenende der Bw. und ihres Sohnes bei der Großmutter in S noch zu keinen gemeinsamen Haushalt führen. Die genannte Zeugin lebt in NÖ, während es im vorliegenden Fall um den gemeinsamen Haushalt in SB geht. Überdies steht diese Behauptung in Widerspruch zur Aussage des Kolpingheims, wonach der Sohn auch die Wochenenden hauptsächlich im Kolpingheim verbracht hat. Aus dem Gerichtsbeschluss vom 6. März 2007 geht hervor (siehe S. 16), dass der Sohn der Bw. bei Gericht angegeben hat, dass es während der Schulzeit nie einen Kontakt zwischen ihm und der Mutter gegeben habe. Weiters gab er an, dass er im Zeitraum Jänner 2003 bis 7.7.2003 (Schulabschluss) in einem Studentenheim in Salzburg gewohnt habe, ebenso von September 2003 bis Juli 2004 (siehe Seite 2 und 3).

Daraus ist aber klar erkennbar, dass eine gemeinsame Haushaltsführung zwischen Mutter und Sohn im Streitzeitraum nicht vorlag.

Somit ist entscheidend, wer iSd § 2 Abs. 2 FLAG überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind trägt.

## **1.2. Leistung von Unterhalt**

Das "überwiegende Tragen der Unterhaltskosten" stellt darauf ab, von wem der Unterhaltsberechtigte mehr als die Hälfte der an ihn geleisteten Unterhaltskosten erhält. Betreffend die Höhe der Unterhaltsleistungen durch die Bw. wird auch auf den Beschluss des Landesgerichtes für ZRS Wien vom 6.3.2007 verwiesen. Aus dem Beschluss geht hervor, dass die Bw. durch Naturalleistungen ihrer Unterhaltspflicht ausreichend nachgekommen ist und eine rückwirkende Unterhaltsfestsetzung nicht gerechtfertigt ist. Die in der Berufung angegebene Unterhaltsleistung der Bw. von monatlich durchschnittlich € 700,-- im Zeitraum November 2002 bis November 2004 wird im genannten Beschluss nicht bestätigt.

Der steuerliche Vertreter wendet in der Berufung ein, dass die Bw. in Beachtung der gerichtlich festgestellten Naturalunterhaltsleistungen überwiegend zum Unterhalt ihres Sohnes beigetragen habe. Dies insbesonders im Hinblick auf den ausschließlich auf die Bw. angewiesenen Haushalt in S .

Dazu ist festzuhalten, dass R nur vom November 2002 bis Dezember 2002 sowie von Juli 2003 bis August 2003 bei der Großmutter in S wohnhaft war, d.h. insgesamt nur 4 Monate. Diese Monate fallen jedoch nicht in den Streitzeitraum, sodass sich ein weiteres Eingehen auf das Vorbringen der Bw. hinsichtlich dieses Zeitraums und des Aufenthalts des Sohns in S erübrigt. Laut Auskunft des Kolpingheimes hat RM während seines Aufenthaltes im Kolpingheim auch die Wochenenden hauptsächlich im Kolpingheim verbracht, sodass der Einwand in der Berufung, wonach sich RM während des fraglichen Zeitraums zumindest an den Wochenenden bei seiner Großmutter aufgehalten hätte, ebenfalls nicht stichhaltig ist.

---

Die durchschnittliche monatliche Unterhaltsleistung des Kindesvaters im Streitzeitraum betrug € 1.203,50. Da die Bw. in der Berufung nur auf den von ihr unterstützten Haushalt der Großmutter verwies und damit lediglich Naturalleistungen erbrachte und dieser Zeitraum nicht in den strittigen Zeitraum fällt, hat der Kindesvater im genannten Zeitraum unzweifelhaft die höheren Unterhaltsleistungen erbracht.

## **2. Sittliche Gründe**

Die Bw. wendet zuletzt ein, sittliche Gründe würden der Gewährung von Familienbeihilfe an den Kindesvater entgegenstehen.

Selbst unter Außerachtlassung der Tatsache, dass die an den Kindesvater gerichteten Vorwürfe nicht bestätigt sind und die Unschuldsvermutung gilt, ist festzuhalten, dass für den öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe sittliche Gründe ohne Relevanz sind; der Anspruch nach § 1295 Abs. 2 ABGB richtet sich auch nur gegen denjenigen, der in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise absichtlich Schaden zufügt. Ein "Vorschalten" dieser Bestimmung vor Überprüfung des abgabenrechtlichen Tatbestandes wäre daher schon aus diesem Grund verfehlt.

Aus diesem Grund waren auch die damit zusammenhängenden Beweisanträge als unerheblich iSd § 183 Abs. 3 BAO abzulehnen.

## **3. Rechtliche Würdigung**

Somit ist im Streitzeitraum weder die Haushaltsgesellschaft des Sohnes zur Bw. gegeben noch hat die Bw. die höheren Unterhaltsleistungen erbracht.

Da auch die von der Bw. vorgebrachten sittlichen Gründe ohne abgabenrechtliche Bedeutung sind, lagen die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht vor, weshalb die Berufung abzuweisen war.

Wien, am 10. September 2008