



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Alix Frank Rechtsanwälte KEG, 1010 Wien, Schottengasse 10, gegen den Bescheid des Finanzamtes Amstetten Melk Scheibbs, vertreten durch Hrn. Anton Bruckner, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. August 2004 bis 31. Oktober 2004 im Beisein der Schriftführerin Ingrid Pavlik nach der am 21. September 2006 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insofern abgeändert, als Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. September 2004 bis 31. Oktober 2004 rückgefordert werden.

Rückforderungsbetrag:

Familienbeihilfe:	€ 287,40
Kinderabsetzbeträge:	€ 101,80
Summe:	<b>€ 389,20</b>

### Entscheidungsgründe

Strittig ist im vorliegenden Fall, zu welchem Haushalt das Kind G., geb. am 29.4.1989, im Zeitraum 1. August bis 31. Oktober 2004 gehörte.

Der geschiedene Gatte der Berufungserberin (Bw.) brachte im November 2004 einen Antrag auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den gemeinsamen Sohn, rückwirkend mit 1. August 2004, mit der Begründung ein, dass sein Sohn am 15. Juli 2004 eine Lehre

begonnen habe und seitdem bei ihm wohne.

Beigelegt wurden dem Antrag:

- ein Beschluss des Bezirksgerichtes Melk vom 21. Oktober 2004, nach dem der Bw. die Obsorge entzogen und künftig dem Kindsvater alleine übertragen wurde.
- Lehrvertrag von G., eingetragen gemäß § 20 (7) Berufsausbildungsgesetz, datiert mit 30. Juli 2004, mit der Adresse 3333 Böhlerwerk, S (= Adresse des Vaters).
- Meldebestätigung der Stadtgemeinde Pöchlarn vom 9.3.2005: Hauptwohnsitz von G. vom 25.8.1992 bis 23.11.2004 in 3380 Pöchlarn, P.
- Bestätigung von G., datiert mit 19.3.2005, dass er bis zur Übertragung der Obsorge zur Gänze von der Bw. versorgt wurde.
- Dauerauftrag der Bw. vom 27. Februar 2003 zu Gunsten ihres Sohnes, Betrag € 35,--, Durchführung monatlich, erste Durchführung 03 2003, letzte Durchführung Oktober 2004 gelöscht.
- Überweisungsaufträge der Bw. an ihren geschiedenen Gatten: € 100,--, durchgeführt am 2.8.2004; Sammelauftrag € 110,--, 210,--, 210,--, durchgeführt am 21.10.2004.

Das Finanzamt erließ am 4. März 2005 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Zeit August bis Oktober 2004 und führte zur Begründung aus, dass der Sohn am 12. Juli 2004 aus dem Haushalt ausgeschieden sei, weshalb gemäß § 2 Abs. 2 FLAG ab 1. August 2004 kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

Die Bw. erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu aus:

„Mein Sohn Günter ist am 12.07.2004 nicht aus meinem Haushalt ausgeschieden. Seit Scheidung 1993 alleinige Obsorge für G., Wohnsitz P , 3380 Pöchlarn. 12.07.2004 Beginn der Lehrausbildung von Günter bei Fa. H., 3340 Wh/Ybbs. Aus diesem Grund Nächtigung bei Vater He W., N-Straße, 3333 Böhlerwerk, Lebensmittelpunkt weiterhin 3380 Pöchlarn. Wochenende und August 14 Tage Urlaub verbringt G. bei mir in Pöchlarn (Wäsche und Verpflegung). Sämtliche Kosten wurden von mir geleistet.

- Überweisung He W. Kostgeld August bis Oktober 04
- Taschengeld für G. monatlich 35,-- Euro (Dauerauftrag)
- Mopedschein Fahrschule Easy Drivers Pöchlarn
- Anmeldung Moped BH Melk

21.10.2004 Gericht Melk Übertragung der Obsorge und damit Ausscheiden aus meinem Haushalt  
05.11.2004 FA Mitteilung Familienbeihilfe – keine Einwände von He W..

23.11.2004 Ummeldung Hauptwohnsitz von G. durch He W.

04.03.2005 Rückforderung FA Amstetten.

Hätte G. die Lehrstelle an einem anderen Ort, wo eine tägliche Hinfahrt umständlich wäre und bekommt ein Quartier bestellt, hat dann der Vermieter Anspruch auf Familienbeihilfe?...“

Das Finanzamt erließ am 13. Juli 2005 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit folgender Begründung ab:

„Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 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 objektiv erkennbaren Umständen befand sich Ihr Sohn Günter im Streitzeitraum im Haushalt des Kindesvaters..."

Der steuerliche Vertreter der Bw. stellte am 29. Juli 2005 den Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte dazu aus:

„Die angefochtene Berufungsvorentscheidung erfolgt auf Grund der unrichtigen Tatsachenfeststellung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Sache einschließlich Feststellungsmängel auf Grund unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache.

#### 1. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin trug seit der Scheidung im Jahr 1993 die alleinige Obsorge für den Sohn G. W.. Der Sohn wohnte in der Wohnung bei der Beschwerdeführerin und wurde von ihr im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend finanziell bedacht.

Am 12.7.2004 begann die Lehrausbildung des G. W. bei Firma H., 3340 Wh/Ybbs. Aus diesem Grunde kam es zu sporadischen Nächtigungen beim Vater He W.. Nach dem Abschluss der Lehre sollte aber der Sohn G. W. wieder in der gemeinsamen Wohnung bei der Beschwerdeführerin leben. Während der Ausbildung verbrachte der Sohn G. W. regelmäßig das Wochenende bei der Mutter, sowie 14 Tage während der Ferien im August. Die Verpflegung sowie die Unterhaltskosten wurden während der Ausbildungszeit ausschließlich und zur Gänze von der Mutter getragen. Erst am 21.10.2004 kam es mit dem Beschluss des BG Melk zur Übertragung der Obsorge an den Vater und somit zum Ausscheiden des Sohnes G. W. aus dem Haushalt der Beschwerdeführerin.

Gegen die am 05.11.2004 zugestellte Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe gab es von Seiten des Vaters He W. keine Einwände.

Am 23.11.2004 meldete der Sohn G. W. seinen Wohnsitz von P. (Wohnung der Beschwerdeführerin) nach S. (Wohnung des Vaters) um.

#### II. Begründung A) Unrichtige Tatsachenfeststellung

Die belangte Behörde geht unrichtig vom Sachverhalt aus, dass nach objektiv erkennbaren Umständen sich der Sohn G. im streitigen Zeitraum im Haushalt des Kindesvaters befunden habe (s Begründung in der Berufungsvorentscheidung).

Bei der Unterkunft, die für Zwecke der Lehrausbildung beim Vater bewohnt wurde, handelt es sich aber offensichtlich um eine vorübergehende Zweitunterkunft. Dem Sohn G. W. stand während dieser Zeit auch noch in der Wohnung der Beschwerdeführerin ein Platz zur Verfügung. Die Wohngemeinschaft mit der Beschwerdeführerin wurde nicht gelöst. Umso mehr verbrachte G. W. während der Ausbildung regelmäßig das Wochenende bei der Bf, sowie 14 Tage während den Ferien im August. Darüber hinaus gab G. W. selbst zu, dass er bis zur Übertragung der Obsorge zur Gänze von seiner Mutter A. W. versorgt worden wäre (s Schreiben vom G. W. vom 19.3.2005; vorgelegt dem FA von der Bf zusammen mit der Berufung).

Es ist daher die Wohngemeinschaft von G. W. bis 21.10.2004 - entgegen der Ansicht der belangten Behörde - nur bei der Bf gegeben gewesen.

#### B) Unrichtige rechtliche Beurteilung der Sache einschließlich Feststellungsmängel auf Grund unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache

##### 1. Zur Haushaltsgehörigkeit

§ 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz räumt den Anspruch auf Familienbeihilfe primär demjenigen ein, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Voraussetzung für eine solche Haushaltsgehörigkeit ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft.

Die Haushaltsgehörigkeit gilt gemäß § 2 Abs. 5 FamLAG ua 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.

Als "vorübergehend" wird ein Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung dann anzusehen sein, wenn aus den Umständen des Falles darauf geschlossen werden kann, dass das Kind nach absehbarer Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird (s DurchführungVO zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BMSG 3.1.2001, Z 51 0104/5V/1/00 - Erlass). Der Kontakt zwischen der Mutter und dem Sohn war nicht auf bloße Wochenendbesuche, um sich in erster Linie um den Sohn zu kümmern, beschränkt. Die Mutter pflegte regelmäßig den Kontakt mit dem Sohn; sie hat ausschließlich die sämtlichen Unterhalts- und Lebenskosten (Taschengeld) seines Sohnes getragen. Der Sohn hat den Mopedschein bei der Mutter in Pöchlarn gemacht und sein Moped bei BH Melk angemeldet. Dies lässt daher ohne Zweifel darauf schließen, dass der Sohn G. W. nach seiner Lehrausbildung wieder in der gemeinsamen Wohnung der Mutter leben wollte (s auch oben unter A) Unrichtige Tatsachenfeststellung).

Eine einheitliche Wirtschaftsführung setzt in Bezug auf die vorübergehend außerhalb der Wohngemeinschaft lebenden Kinder voraus, dass diese Kinder im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend bedacht und damit noch der elterlichen Obsorge teilhaftig werden (VwGH-Erkenntnis vom 19. Oktober 1960, 1509/58). Angesichts der ausschließlichen und zur Gänze getragenen Kosten der Verpflegung sowie des Unterhalts während der Ausbildungszeit ist die einheitliche Wirtschaftsgemeinschaft offensichtlich vorhanden.

Beweis: PV, Berufung gegen Bescheid vom 25.3.2005, Schreiben G. W. an FA vom 14.2.2005

Somit ist daraus klar erkennbar, dass eine gemeinsame Haushaltsführung bis 21.10.2004 zwischen Mutter und Sohn vorlag.

## 2. Verzicht auf Familienbeihilfe des Vaters

Darüber hinaus bringen wir zum Ausdruck, dass der das Kind überwiegend betreuende Elternteil gem. § 11 Abs. 2 FLAG auf den vorrangigen Anspruch zu Gunsten des anderen Elternteiles verzichten kann. Mit der zur Kenntnis genommenen Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe hat sich der Vater He W. einverstanden erklärt. Er hat keine Einwände gegen die Mitteilung erhoben. Somit hat er auf den vorrangigen Anspruch auf die Familienbeihilfe verzichtet. Die Form des Verzichtes richtet sich nach § 85 iVm § 86 BAO und kann daher, weil sie keine Geltendmachung eines Rechtes darstellt, auch mündlich erfolgen. Dieser Verzicht kann jederzeit widerrufen werden. Damit lebt der Anspruch des Kindes überwiegend betreuenden Elternteiles aber nur für jene Zeiten, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen worden ist, wieder auf..."

Am 3. Oktober 2005 richtete das Finanzamt an die Bw. folgendes Ergänzungersuchen:

„Ihr Sohn Günter begann am 12.7.2004 mit der Lehre. Laut Ihren Ausführungen nächtigte er sporadisch bei seinem Vater. Wo hat er die restliche Zeit genächtigt bzw. wie hat er die weite Entfernung zwischen Pöchlarn und Wh täglich zurückgelegt (Alter 15 Jahre!). Wenn Ihr Sohn laut Ihren Ausführungen von Ihnen vollkommen verpflegt wurde, wie wurde er von Ihnen verpflegt, wenn er nur das Wochenende bei Ihnen verbrachte?

Gibt es einen Nachweis dafür, dass die Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe dem Vater zur Kenntnis gebracht wurde?“

Die Bw. beantwortete das Ergänzungersuchen mit Schreiben vom 2. November 2005 wie folgt:

„...1.) „Ihr Sohn G. begann am 12.07.2004 mit der Lehre. Laut Ihren Ausführungen nächtigte er sporadisch bei seinem Vater. Wo hat er die restliche Zeit genächtigt, beziehungsweise wie hat er die weite Entfernung zwischen Pöchlarn und Wh täglich zurückgelegt?“

Der Sohn der Beschwerdeführerin begann am 12.07.2004 eine Lehre. Dazu muss gesagt werden, dass die Dauerhaftigkeit dieser Lehrstelle aufgrund der betrieblichen Probleme des Arbeitgebers des Sohnes noch nicht absehbar war, ob diese Lehrstelle auch dauerhaft zur Verfügung stehen wird. Aus diesem Grund wurde übergangsweise vereinbart, dass der Sohn jeweils von Montag auf Dienstag, Dienstag auf Mittwoch, Mittwoch auf Donnerstag und Donnerstag auf Freitag beim Vater übernächtigt. Von Freitag bis Montag befand sich der Sohn der Beschwerdeführerin bei ihr.

II.) „G. begann die Lehre am 12.07.2004 und hatte bereits im August 14 Tage frei?“

Der Arbeitgeber des Sohnes hatte im August aufgrund Betriebsurlaubes geschlossen. Dadurch erklärt

sich auch, dass der Sohn ebenfalls diese 14 Tage als Urlaub konsumieren musste. In dieser Zeit befand sich der Sohn ausschließlich bei der Beschwerdeführerin.

III) „Wenn Ihr Sohn laut Ihren Ausführungen von Ihnen vollkommen verpflegt wurde, wie wurde er von Ihnen verpflegt, wenn er nur das Wochenende bei Ihnen verbrachte?“

Bis zur endgültigen Klärung, ob die Lehrstelle auch dauerhaft zur Verfügung steht, wurde von der Beschwerdeführerin dem Sohn ein Kostgeld in der Höhe von € 210,00 für Essen, Verpflegung und sonstiges zur Verfügung gestellt. Der Vater des Sohnes stellte lediglich die Räumlichkeiten für die Übernachtigung zur Verfügung.

IV.) „Gibt es einen Nachweis dafür, dass die Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe dem Vater zur Kenntnis gebracht wurde?“

Dem Vater des Sohnes wurde von der Beschwerdeführerin mehrfach die Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe zur Kenntnis gebracht.

Beweis: PV, G. W. (Sohn der Beschwerdeführerin)

Festgehalten wird, dass die Beschwerdeführerin in der Zeit sehr wohl für sämtliche Unterhaltskosten nicht nur überwiegend, sondern alleine aufgekommen ist. Im übrigen wird höflich auf Pkt. B/2 des Vorlageantrages hingewiesen.“

In der am 21. September 2006 abgehaltenen Berufungsverhandlung wurde ergänzend ausgeführt:

Dr. Punz:

Wir haben im Grunde den Ausführungen im Berufungsbegehren und den sonstigen Eingaben, die meiner Mandantin bekannt sind, nichts hinzuzufügen.

Herr Bruckner:

Wir haben in unserem Finanzamt bereits ähnliche Fälle wie den vorliegenden in der Weise entschieden, dass der Familienbeihilfenspruch in einem Parallelfall dem Vater zustehen müsste.

*Erörtert wird weiters, ob auf Grund des Umstandes, dass der Sohn zwar unter der Woche beim Vater übernachtet hat, aber im August jedenfalls 14 Tage (Urlaub) noch bei seiner Mutter anwesend war, eine teilweise Stattgabe in der Form in Betracht käme, dass für August Familienbeihilfe noch der Berufungswerberin, ab September hingegen dem geschiedenen Gatten gewährt wird.*

Dr. Punz:

Es ist nun zwar so, dass der Umstand, dass der Sohn nach seiner Arbeitszeit zur Mutter zurückgekehrt ist, für eine Haushaltszugehörigkeit bei der Mutter spricht; bei der Erledigung in dieser Art und Weise würden aber keine weiteren Schritte ergriffen werden.

Herr Bruckner:

Auch das Finanzamt würde sich zu einer Lösung in dieser Form bereit finden.

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

Das Finanzamt und die Bw. haben in ihren Bescheiden und Eingaben die im Beschwerdefall anwendbaren Rechtsgrundlagen, insbesondere die Bestimmung des § 2 Abs. 5 FLAG, ausführlich dargestellt. Hingewiesen wird allerdings darauf, dass der von der Bw. als Stützung ihres Rechtsstandpunktes herangezogene § 11 FLAG nicht mehr in Geltung war.

Strittig ist also ausschließlich, ob im Streitzeitraum das Kind noch zum Haushalt der Mutter oder schon zu dem des Vaters gehört hat; entscheidend hierfür ist somit, ob der Sohn bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit der Bw. geteilt hat.

Sachverhaltsmäßig ist unbestritten, dass der Sohn von August bis Oktober 2004 unter der Woche bei seinem Vater übernachtet und das Wochenende regelmäßig bei der Bw. verbracht hat. Im August befand er sich weiters 14 Tage urlaubsbedingt bei seiner Mutter.

Hieraus kann geschlossen werden, dass im Monat August 2004 der Sohn noch dem Haushalt der Bw. zugehörig war. Ab September 2004 hat er bei aber einheitlicher Wirtschaftsführung bereits die Wohnung mit seinem Vater geteilt.

Somit war wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 21. September 2006