



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., in W., Adresse2, vom 14. Oktober 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 17. September 2007 betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum von August 2004 bis Februar 2005 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid wird betreffend Rückforderung der Beträge für August 2004 – im Sinne der Berufungsvorentscheidung vom 14. Jänner 2008 – abgeändert.

### Entscheidungsgründe

Am 16. August 2007 wurde von dritter Seite für den im Februar 1988 geborenen Sohn S. des Berufungswerbers (Bw.) ein Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für das Kind eingebracht. In der Rubrik: *Für nachstehendes Kind beantrage ich die Familienbeihilfe* wurde die Zuerkennung „wegen nicht erhaltener Familienbeihilfe / Vater zahlt keinen Unterhalt“ ab August 2004 beantragt. Diese Geltendmachung kollidierte mit dem vom Finanzamt bis zu diesem Zeitpunkt als Anspruchsberechtigten jenes Zeitraumes geführten Vater des S., dem Bw.

Laut einem Aktenvermerk auf diesem Antrag lebe das Kind S. bereits seit Juli 2004 im Haushalt der Großeltern.

In dem angefochtenen Bescheid vom 17. September 2007 (diesem Bescheid war einer mit einer anderen Adresse vorangegangen) wurden die Familienbeihilfe sowie die Kinderabsetzbeträge für die im Spruch genannten Zeiträume vom Bw. zurückgefordert.

Die gegen den Rückforderungsbescheid erhobene Berufung vom 14. Oktober 2007 wurde wie folgt begründet:

Mit Beschluss vom 24. Oktober 2003 habe das Bezirksgericht Bruck an der Leitha die alleinige Obsorge über den damals minderjährigen Sohn des Bw. dem Vater (dem Bw.) übertragen; dies sei bis zur Volljährigkeit des Sohnes (18. Februar 2006) aufrecht geblieben. Die Haushaltszugehörigkeit sei durch den Bw. als Erziehungsberechtigten zunächst (ab Oktober 2002) in (Adresse1) (Zweitwohnsitz), und ab Februar 2005 in Wien (Adresse2) (Hauptwohnsitz), bis zur Volljährigkeit des Sohnes festgelegt worden.

Einem Wohnsitzwechsel außerhalb der angeführten Wohnungen habe der Bw. nie zugestimmt, insbesondere nicht bei der Familie E. (den Großeltern mütterlicherseits). Auch seien keine anderen Personen ab Oktober 2003 berechtigt gewesen, für den minderjährigen Sohn des Bw. Anträge zu stellen oder für ihn zu unterschreiben.

Auf Grund der von der Kindesmutter provozierten schwierigen Scheidungssituation sei es notwendig geworden, dass der Bw. mit den beiden Kindern für die Dauer des Scheidungsverfahrens den Wohnsitz wechsele. Eine der Auflagen des dafür zuständigen Jugendamtes sei es gewesen, für den Bw. und die Kinder eine kindergerechte Wohnung vorweisen zu können, wobei ein jedes Kind ein eigenes Zimmer haben musste. Dies sei durch den Zweitwohnsitz, (Adresse1), bis Mai 2005 ermöglicht worden.

Ende September 2004 habe sich der Bw. auf Grund einer schweren Krebserkrankung für einige Zeit in spitälsärztliche Behandlung begeben müssen. S. wohnte nach eigenen Aussagen während dieser Zeit bei einem Freund in Wien/..., dem der Bw. auch zustimmte. Dies könne durch die Tochter des Bw. bestätigt werden, auch beim damaligen Arbeitgeber des Sohnes (B.) habe dieser seinen Wohnsitz bis 20. Februar 2005 in (Adresse1) angegeben. Dies decke sich auch mit der Bescheinigung des Finanzamtes zur Vorlage an den bezugsauszahlenden Selbstträger vom 23. Februar 2005, mit der für S. die Familienbeihilfe ab Februar 2005 nicht mehr ausbezahlt worden sei. Dies sei offensichtlich auf seinen Antrag oder den seiner mütterlichen Großeltern hin geschehen.

Eine Wohnungsnahme bei der Mutter oder den mütterlichen Großeltern habe der Bw. auf Grund nachgewiesener Kindeswohlgefährdungen in der Vergangenheit nie zugestimmt und wäre pflegschaftsgerichtlich auch nie genehmigt worden.

Während der Zeit August 2004 bis Jänner 2005 habe S. regelmäßig Unterhalt vom Bw. bar auf die Hand bekommen und es habe regelmäßige gemeinsame Abendessen bei den Besuchen im Spital gegeben. Gleichzeitig habe der Sohn auch die Wohnung in Wien und in G.(Adresse1)

genutzt, wo er jeweils ein eigenes Zimmer gehabt habe samt den dort vorhandenen Essensvorräten. Es habe daher bis Anfang Februar 2005 für den Bw. keinen Grund gegeben anzunehmen, dass S. nicht mehr seinem Haushalt angehöre.

Erst Anfang Februar habe ihm sein Sohn S. mitgeteilt, dass er bei seinen mütterlichen Großeltern wohnen und nicht mehr in die Wohnungen nach G.(Adresse1) oder Wien zurückkommen wolle. In Absprache mit dem Jugendamt sei vereinbart worden, keine Zwangsmaßnahmen gegenüber S. auszuüben, da er auf Grund der schwierigen Scheidungssituation ohnehin genug belastet sei. Dies war auch der Grund, warum der Bw. im Februar 2005 die Aberkennung der Kinderbeihilfe nicht beansprucht habe. Es sei beabsichtigt gewesen, für S. die Familienbeihilfe auszusahlen zusätzlich mit seinem Kindesunterhalt. Eine Zustimmung auf Verzicht auf Familienbeihilfe seitens des Bw. könne aber dadurch nicht abgeleitet werden.

Nach Meinung des Bw. lege der zur alleinigen Obsorge berechtigte Elternteil die Haushaltszugehörigkeit bei minderjährigen Kindern fest und sei gemäß FLAG 1967 bis zur Volljährigkeit des S. die Haushaltszugehörigkeit beim Bw. in Wien (Adresse2) gegeben gewesen.

Der Berufung beigelegt waren ein Meldezettel betreffend die Anmeldung des S. an der Adresse W., Adresse2, am 20. November 1997, eine Bestätigung der Meldedaten des S. in G.(Adresse1) aus dem Zentralen Melderegister (gemeldet von 30. Oktober 2002), der Obsorgebeschluss des Bezirksgericht Bruck an der Leitha vom 24. Oktober 2003 sowie die Bescheinigung des Finanzamtes zur Vorlage an den bezugsauszahlenden Selbstträger vom 23. Februar 2005.

In der Folge richtete das Finanzamt mit Ergänzungsersuchen vom 28. November 2007 folgende Fragen an den Bw.:

„Lt. Berufungsschreiben wollte (S.) im Februar 2005 zu seinen Großeltern ziehen.

In wessen Haushalt lebte (S.) in der Zeit zwischen Februar 2005 und Februar 2006? Wenn möglich bestätigt durch die Unterschrift Ihres Sohnes.

Weiters eine schriftliche Bestätigung von (S.) betr. Ihrer Angaben zum Zeitraum August 2004 bis Februar 2005 (aufrechte Haushaltszugehörigkeit und überwiegende Kostentragung).“

Der Bw. beantwortete das Ergänzungsersuchen folgendermaßen:

„Nachdem mein Sohn, (S.), jede Mitwirkung zur Erledigung entsprechend ihrem Ersuchen um Ergänzung ... verweigert hat, kann dazu Nachstehendes mitgeteilt werden.

Mit Beginn seiner Lehre (B..) gab (S.) die (Adresse.1), als Wohnadresse an. Der Zeitraum war von 27.04.2004, Beginn seiner Bewerbung als Lehrling, bis 20.02.2006, aufgrund seiner Information, dass er jetzt bei seinen Großeltern in Wien ..., Adresse3, wohne. In diesem

Zeitraum vorliegende Adressen waren Nebenwohnsitze.

Es bestanden daher der Hauptwohnsitz in der Adresse2 in W., von 20.11.1997 bis 20.02.2006 und der Nebenwohnsitz in .... G.(Adresse1). Sn.(Adresse1) war jene Gemeinde, die für die An- und Abmeldung zuständig war, von 30.10.2002 bis 14.02.2006, wie auch aus der beiliegenden ZMR-Abfrage ersichtlich ist.

In Ergänzung dazu wird auch der Beschluss des BG Bruck an der Leitha vom 11.10.2006 übermittelt, wonach (S.) erst seit September 2004 in Wien wohne (Seite 3 erster Absatz) und seinen Vater erst im Februar 2005 darüber informierte, nicht mehr bei ihm wohnen zu wollen. Es darf auch darauf hingewiesen werden, dass gerade beim B auf die Einhaltung der Meldevorschriften (Wohnsitz) besondere Bedeutung gelegt wird.“

Diesem Antwortschreiben waren beigelegt ein Schreiben des B. über die dem Dienstgeber gemeldeten Hauptwohndressen des S., eine ZMR-Abfrage, ein Bewerbungsschreiben des S. vom 24. Jänner 2004 an das B.. und der Beschluss des Bezirksgerichtes Bruck an der Leitha vom 11. Oktober 2006 betreffend Zuerkennung von Unterhalt.

Dieser Beschluss vom 11. Oktober 2006 wird (mit Kürzungen) wiedergegeben:

„Familienrechtssache:	Antragsteller:	(S.), ..., Adresse3, W.
	...	
	Antragsgegner:	(Bw.), ..., Adresse2, W.

1) Der Antragsgegner (Bw.) ... ist als Vater des obgenannten Antragstellers schuldig, zu dessen Unterhalt ab 1.9.2004 bis auf weiteres, längstens jedoch bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes einen monatlichen Unterhaltsbetrag von EUR 370,00 zu Händen des Antragstellers (S.) ... bei sonstiger Exekution zu bezahlen. ...

2) Der Antrag des (Bw.) ... auf Zurückweisung des Unterhaltsantrages des Antragstellers wird abgewiesen.

Begründung:

Der Vater ist derzeit zu keinem Unterhalt für den Antragsteller verpflichtet, da der damals Minderjährige bis zum 30.8.2004 in seinem Haushalt wohnhaft war.

Am 30.5.2006 stellte der nunmehr volljährige (S.) ... den im Spruch ersichtlichen Antrag. Der Antragsteller gab an, dass er seit September 2004 ununterbrochen bei den mütterlichen Großeltern wohnhaft sei. Damals habe er eine Lehre ... begonnen, die er jedoch unverschuldet vor Ende der Probezeit verlor. Danach habe er ca. 45 Bewerbungen geschrieben und nachdem alle erfolglos waren, habe er sich im Bundes-Oberstufenrealgymnasium in ... Wien, ... eingeschrieben. Er sei bestrebt nun seinen Schulabschluss zu machen. Das Einkommen des Vaters werde mit EUR 2.127,00 beziffert, wobei der krankheitsbedingte Mehraufwand mit EUR 400,00 berücksichtigt wurde. Ebenfalls berücksichtigt wurden die Leistungen des Kindesvaters für die BVA, welche als Naturalunterhalt zu werten seien. Die regelmäßigen

Überweisungen des Kindesvaters an ihn seit Oktober 2005 in der Höhe von monatlich EUR 40,00 würden als Unterhalt anerkannt werden. Der vom Vater titulierte ‚Quartalbonus‘, welcher bis jetzt 4x in der Höhe von EUR 100,00 überwiesen wurde, werde als freiwillige Leistung und nicht als Unterhalt anerkannt, da nicht absehbar sei, wie lange und wie oft dieser Bonus noch überwiesen werde.

In einer umfangreichen Stellungnahme ... äußerte der Vater unter anderem, dass (S.) seinen Wohnsitz ungerechtfertigt wechselte. Als Obsorgeberechtigt gab er lediglich die Erlaubnis, dass (S.) in Wien ein Wochenende mit Freunden verbringen dürfe. Auch während eines Spitalsaufenthaltes des Antragsgegners durfte (S.) in Wien bei Freunden verbringen, da er nicht bei den väterlichen Großeltern bleiben wollte. Einer Wohnungsnahme bei den mütterlichen Großeltern habe er als Vater niemals zugestimmt. Erst durch das Schreiben des Finanzamtes im Jänner 2005 bezüglich der Ausbezahlung der Kinderbeihilfe direkt an (S.) wurde er nach Rückfrage bei (S.) darüber informiert, dass dieser nicht zu ihm zurückkehren wolle.

Auch sei es Tatsache, dass (S.) mit Beginn der Lehre bis Jänner 2005 monatlich EUR 100,00 bar von ihm ausbezahlt bekam, zusätzlich zu seiner Lehrlingsentschädigung. Weiters brachte der Antragsgegner vor, dass der damalige Lehrlingsausbildner nach dem Grund der Beendigung des Lehrverhältnisses mit (S.) zu befragen sei. Ihm gegenüber wurde nämlich gesagt, dass (S.) durch sein unmögliches Verhalten nicht länger tragbar war. Auch habe (S.) keine Termine für einen Lehrstellenwechsel wahrgenommen.

Auch brachte der Vater in seinem Schreiben vor, dass die Wohnung in Wien und in G.(Adresse1) anteilig als Naturalunterhalt für (S.) anzurechnen sei, ebenso die Krankenversicherung und die BVA-Beiträge.

Weiters seien zusätzlich zu seinem mit gerichtlichen Gutachten festgestellten krankheitsbedingten monatlichen Mehraufwand von EUR 400,00 weitaus höhere Kosten, nämlich EUR 800,00, welche im direkten Zusammenhang mit seiner Erkrankung stehen, angefallen. Er könnte ohne Unterstützung seiner Eltern nicht überleben. Seine derzeitige Arbeitsfähigkeit sei nur durch die quartalweisen Untersuchungen gegeben. Die nächsten Befunde über die fortgeschrittene Erkrankung werden zeigen, inwieweit diese Auswirkungen auf seine weitere berufliche Tätigkeit haben.

Mit Schreiben ... ersuchte der Vater den Antrag des vj. Stefan zurückzuweisen. ...

Aufgrund der Aktenlage steht folgender Sachverhalt fest:

Der vj. (S.) war bis August 2004 im Haushalt seines Vaters wohnhaft. Seit September 2004 ist er bei den mütterlichen Großeltern, Fam. E., wohnhaft.

Der Antragsgegner hat sich beim PflEGschaftsgericht nicht gegen den Wohnsitzwechsel des damals mj. (S.) geäußert.

(S.) ist einkommens- und vermögenslos.

Seine Lehrausbildung ... die er am 1.9.2004 begann, hat er unmittelbar danach, vor Ende der Probezeit, verloren. Derzeit besucht er die 5. Klasse des Bundes-Oberstufenrealgymnasiums in ... Wien, ... .

Der Antragsgegner bezieht vom B ein durchschnittliches anrechenbares Nettoeinkommen in der Höhe von EUR 2.127,00, wobei bereits der krankheitsbedingter Mehraufwand mit monatlich EUR 400,00 und die Leistungen des Kindesvaters für die BVA berücksichtigt wurden. ...

Rechtlich ist der Sachverhalt wie folgt zu beurteilen:

Gemäß § 140 Abs. 1 ABGB haben die Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes ihren Kräften gemäß anteilig beizutragen.

Nach ständiger Rechtsprechung ist der Unterhalt für Kinder grundsätzlich im Rahmen der Prozentkomponente zu bemessen. Entsprechend dieser Prozentkomponente haben Kinder im Alter ab 15 Jahren einen Anspruch auf 22% des anrechenbaren Einkommens des Unterhaltsschuldners. Dieser Anspruch mindert sich um 2% bei einer weiteren Sorgspflicht über 10 Jahren. Somit stehen dem bereits volljährigen (S.) 20% des anrechenbaren Nettoeinkommens seines Vaters zu.

Der Äußerung des Kindesvaters, dass (S.) ungerechtfertigt seinen Wohnsitz, ohne seinem Einverständnis zu den Großeltern verlegte, kann entgegengehalten werden, dass er erst im Zuge des Unterhaltsverfahrens, wohl als Reaktion auf dieses, seine Ablehnung und Bedenken diesbezüglich vor Gericht äußerte. Aufgrund der Aktenlage ist nicht ersichtlich, dass der Vater damals eine Maßnahme setzte und das Pflegschaftsgericht diesbezüglich anrief.

Die Befragung des ehemaligen Lehrlingsausbildners des vj. (S.) ist nach Meinung des Gerichtes nicht erforderlich, da der Antragsteller derzeit seine abgebrochene Schulausbildung fortsetzt. Der Antragsteller gab an, dass er diese Klasse voraussichtlich positiv abschließen werde und bestrebt sei endlich einen Schulabschluss zu machen.

Zur vom Antragsgegner geforderten anteiligen Anrechnung der Wohnungskosten für G.(Adresse1) und Wien als Naturalunterhalt ist anzugeben, dass diese Kosten für den Unterhaltspflichtigen auch angefallen wären, wenn der vj. (S.) dort gewohnt hätte, da er nicht selbsterhaltungsfähig ist. ..."

Das Finanzamt gab der Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 14. Jänner 2008 teilweise (betreffend August 2004) statt und begründete diese wie folgt:

„Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, 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.

Unabhängig von der gesetzlichen Obsorge oder den Meldedaten kann die Familienbeihilfe nur dann gewährt werden, wenn eine der obigen Voraussetzungen vorliegt.

Zwar stellen diese ein Indiz dar, dass sich das Kind im betreffenden Zeitraum in diesem Haushalt aufgehalten haben könnte, für den Familienbeihilfenbezug ist jedoch der tatsächliche Aufenthaltsort entscheidend.

Im Beschluss des Bezirksgerichts Bruck an der Leitha vom 11.10.2006 wurde folgender Sachverhalt festgestellt: ‚Der vj. (S.) war bis August 2004 im Haushalt seines Vaters wohnhaft. Seit September 2004 ist er bei den mütterlichen Großeltern, Fam. E. wohnhaft.‘ Gemäß diesem Beschluss wurden Sie zu einer Unterhaltszahlung ab 1.9.2004 verpflichtet. Mangels Vorlage eines weiteren Beschlusses muss davon ausgegangen werden, dass gegen diese Entscheidung des Bezirksgerichts kein Einspruch erhoben und die festgestellten Sachverhalte akzeptiert wurden.

Da somit über die Haushaltszugehörigkeit Ihres Sohnes im beeinspruchten Zeitraum (8/2004-2/2005) bereits in einem Gerichtsverfahren (incl. Zeugenbefragung) rechtskräftig entschieden wurde, konnten weitere Sachverhaltsermittlungen unterbleiben.

Während die Familienbeihilfenzahlung im August 2004 daher zu Recht erfolgte und der Berufung hinsichtlich dieses Monats stattzugeben war, muss Ihre Berufung betr. des übrigen Zeitraumes wegen Haushaltszugehörigkeit zu einer anderen Person abgewiesen werden.“

Daraufhin stellte der Bw. fristgerecht den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz vom 13. Februar 2008 und führte aus, (1.) mit seiner Berufung sei u.a. angeführt worden, dass durch den mit der alleinigen Obsorge betrauten Vater die Haushaltszugehörigkeit des minderjährigen S. mit G.(Adresse1) und W., Adresse2, festgelegt worden sei.

Damit sei der Bw. der Meinung, in Entsprechung des § 177 Abs. 2 ABGB, dass die Haushaltszugehörigkeit des minderjährigen S. bis zu dessen Volljährigkeit durch den mit der alleinigen Obsorge betrauten Elternteil (also beim Bw.) gegeben sei und daher kein Tatbestand zur Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vorliege, zumal die Kindesmutter bis heute keinen Kindesunterhalt bezahlt habe und der Bw. alleine im gegenständlichen Zeitraum für den Unterhalt von S. aufgekommen sei. Eine Zustimmung seitens des Bw. zu einem Wohnsitzwechsel sei nie vorgelegen, schon gar nicht bei der Kindeswohlgefährdeten Mutter oder den mütterlichen Großeltern.

In der Berufungsvorentscheidung sei nicht darauf eingegangen worden, ob das rechtswidrige Verhalten des minderjährigen S. (ungerechtfertigter Wohnsitzwechsel) einen Rechtsanspruch auf Familienbeihilfe begründen kann unter Berücksichtigung der nachfolgenden Punkte.

(2.) Weiters brachte der Bw. unter auszugsweiser Zitierung des § 2 Abs. 5 lit. a und b FLAG (Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann .....

- 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)

vor, aus seiner Sicht seien die zitierten Bedingungen erfüllt gewesen, bis Jänner 2005, als S. auf die Anfrage des Bw. hin erklärte habe, nicht mehr bei ihm wohnen zu wollen, auf Grund eines Schreiben vom 12. Jänner 2005, Ersuchen um Ergänzung. In seiner Berufung sei von ihm ausführlich angeführt worden, dass sein Krankenhausaufenthalt kurzfristig und zwangsweise erfolgt sei. Für diesen Zeitraum sei mit den Kindern einvernehmlich festgelegt worden, dass seine Tochter bei seinen Eltern in Wien und S. bei einem Freund in Wien wohnen sollte. Dies sei telefonisch mit dem Bezirksgericht Bruck an der Leitha und der BH Bruck an der Leitha so abgesprochen worden. Auch S. habe den Bw. während des Spitalsaufenthaltes im Glauben gelassen, nach seinem Krankenhausaufenthalt wieder bei ihm wohnen zu wollen. Weiterführende, vor allem schriftliche Veranlassungen, seien dem Bw. zum damaligen Zeitpunkt auf Grund seiner Querschnittproblematik nicht möglich gewesen.

Durch das Bezirksgericht und die Jugendabteilung in Bruck an der Leitha sei der Bw. auch nicht über einen etwaigen Wohnsitzwechsel des minderjährigen S. informiert worden, daher sei jener Sachverhalt, entsprechend den oben zitierten Bestimmungen gemäß § 2 FLAG anzunehmen. Leider habe es S. auch hier vorgezogen, nicht die Wahrheit zu sagen.

Die im FLAG angeführte Formulierung „... zum Haushalt gehört ein Kind dann ...“ sei aus Sicht des Bw. dahingehend zu verstehen, dass bei minderjährigen Kindern der Erziehungsberechtigte die Haushaltszugehörigkeit festlege, nicht der minderjährige S. oder sonst wer. In der Berufungsvorentscheidung sei auch nicht darauf eingegangen worden, ob hier eine vorübergehende Abwesenheit (was zu damaligen Zeitpunkt gegeben gewesen sei) bzw. eine Zweitunterkunft in der Nähe der Berufsausübung (Lehrstelle in Wien) anzunehmen sei. Auch zu diesem Punkt werde eine Entscheidung der Berufungsbehörde zweiter Instanz beantragt.

(3.) Wie bereits oben angeführt und jetzt im Nachhinein festgestellt, habe es S. vorgezogen, damals die Unwahrheit hinsichtlich seines wahren Aufenthaltes zu sagen. Erst nachdem dem Bw. vom angeführten Finanzamt Anfang Jänner 2005 eine Bescheinigung zur Vorlage an den bezugs(pensions)auszahlenden Selbstträger zugestellt worden sei, in der ersichtlich gewesen sei, dass dem Bw. ab 2005 für S. nicht mehr die Familienbeihilfe ausbezahlt sei, habe der Bw. nach Rücksprache mit S. Kenntnis von dessen Absicht, nicht mehr bei ihm wohnen zu wollen, erlangt. Der Bw. selbst sei erst kurz davor nach einem mehrmonatigen Krankenhausaufenthalt in die Wiener Wohnung zurückgekehrt.

Es stelle sich in diesem Zusammenhang die Frage, wer damals (2005) und wer diesmal (2007) den Antrag auf Familienbeihilfe gestellt habe und warum nicht schon 2005 der Antrag auf



Familienbeihilfe für den Zeitraum vor Februar 2005 gestellt worden sei. Jedenfalls waren damals die mütterlichen Großeltern oder die Mutter nicht berechtigt, Anträge für den minderjährigen S. zu stellen.

Nachdem seinem Antrag (Berufung zum Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge) auf Akteneinsicht in der Berufungsvorentscheidung, nicht entsprochen worden sei, werde die Bekanntgabe gegenständlichen Sachverhaltes in der Entscheidung der Berufungsbehörde zweiter Instanz, gleichzeitig mit einem neuerlichen Antrag auf Akteneinsicht beantragt.

(4.) Unrichtige Beweiswürdigung über vermutete Sachverhalte. In der Begründung der Berufungsvorentscheidung vom 14. Jänner 2004 sei unter anderem Bezug auf den Beschluss des Bezirksgerichtes Bruck an der Leitha, vom 11. Oktober 2006, genommen worden (... muss davon ausgegangen werden ...), den der Bw. damals zur Ergänzung seiner Darstellung, wie auch oben angeführt, beigelegt habe.

Diese Bezugnahme auf den vermuteten Sachverhalt sei unrichtig, da dieser Beschluss mit Erfolg von ihm beeinsprucht worden sei. Im wesentlichen dahingehend, dass er von einem unzuständigen Gericht ergangen sei, sein Parteiengehör nicht ausreichend gegeben gewesen sei, wichtige Zeugen nicht einvernommen worden seien und S. nicht berechtigt gewesen sei, Klage auf Unterhalt einzubringen. Zu diesem Zeitpunkt sei nur der Jugendwohlfahrtsträger BH Bruck an der Leitha berechtigt gewesen, in Unterhaltsangelegenheiten den minderjährigen S. zu vertreten. Durch das Rekursgericht Korneuburg sei deshalb festgestellt worden, dass dieser Beschluss mit wesentlichem Mangel behaftet sei und an das Bezirksgericht Wien Innere Stadt zur neuerlichen (erstinstanzlichen) Entscheidung zurückgewiesen worden sei. Im Vernehmungsprotokoll zum gegenständlichen Beschluss habe S. u.a. ausgeführt, dass er seinem Vater nicht über den beabsichtigten Wohnsitzwechsel informiert habe, aus Angst vor dessen Reaktion.

Auch für die Tochter des Bw. sei es überraschend gewesen, als S. 2005 erklärt habe, nicht mehr bei ihm wohnen zu wollen, die zu diesem Sachverhalt als Zeugin angeführt werde. Für den Bw. sei es leider nicht mehr nachvollziehbar, welche „Wahrheit“ S. wann erzählt habe und Jahre im Nachhinein werde es um so schwieriger. Es stelle sich daher die Frage, warum nicht schon 2005 für den jetzt gegenständlichen Zeitraum die Familienbeihilfe beantragt worden sei.

Leider sei ihm Anfang 2005 die Familienbeihilfe für S. ohne vorhergegangenes Ermittlungsverfahren eingestellt worden. Auf seine telefonische Urgenzen habe er nur ausweichende Antworten bekommen. Offensichtlich sei es ein Fehler gewesen, schon damals keine bescheidmäßige Feststellung zu beantragen, was hiermit nachgeholt werde. Damals sei ihm dieses Rechtsmittel nicht angeboten worden.

Entsprechend dem FLAG 1967 habe Anspruch auf Familienbeihilfe eine Person, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Durch den mit der alleinigen Obsorge berechtigten sei bis zur Volljährigkeit des S., am 18. Februar 2006, die Haushaltszugehörigkeit in W., Adresse2 festgelegt worden und damit begründe sich auch der Anspruch auf Familienbeihilfe. Anträge des mittlerweile volljährigen S. könnten sich keinesfalls auf einen Zeitraum beziehen, zu der S. nicht selbst vertretungsfähig gewesen sei.

Es werde auch daher zu diesem Sachverhalt eine Entscheidung der Berufungsbehörde zweiter Instanz beantragt.

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

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) 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 Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Nach dieser Gesetzesbestimmung ist nach Erlassung einer teilweise stattgebenden Berufungsvorentscheidung mit Rücksicht auf die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den Zeitraum September 2004 bis Februar 2005 allein entscheidungswesentlich, ob der Sohn S. des Bw. in diesem Zeitraum zum Haushalt seiner Großeltern gehörte (Standpunkt des Finanzamtes) oder nicht (Standpunkt des Bw.).

Die Zugehörigkeit des Sohnes zum Haushalt seiner Großeltern wird wie folgt festgestellt:

Ende Oktober 2003 wurde dem Bw. auf Grund des pflegschaftsbehördlich genehmigten Vergleiches der Kindeseltern vom 21. Oktober 2003 die alleinige Obsorge für den mj. Sohn S. und die ebenfalls mj. Tochter J. übertragen (Beschluss des Bezirksgerichtes vom 24. Oktober 2003).

Die Zugehörigkeit des Sohnes S. zum Haushalt des Bw. wurde "durch (den Bw.), den Erziehungsberechtigten," an einer näher bezeichneten niederösterreichischen Anschrift "festgelegt" und wurde in der Folge vom Bw. eine Zustimmung zu einem Wohnsitzwechsel seines Sohnes nicht eingeholt bzw. seitens des Bw. erteilt.

Diese Feststellungen werden auf Grund der eigenen Angaben des Bw. in der Berufung und im Vorlageantrag getroffen.

Im Jänner 2004 führte der Sohn S. in einem Bewerbungsschreiben die oben angesprochene niederösterreichische Anschrift an und gab weiters an, derzeit die Oberstufe der AHS ...gasse zu besuchen (Bewerbungsschreiben vom 24. Jänner 2004 - Beilage des Ergänzungsschreibens des Bw. vom 5. Dezember 2007).

Der Bw. begab sich im September 2004 wegen einer schweren Erkrankung für einige Zeit in spitalsärztliche Behandlung. Hierbei handelte es sich um einen mehrmonatigen Krankenhausaufenthalt.

Diese Feststellungen werden auf Grund der eigenen Angaben des Bw. in der Berufung und im Vorlageantrag getroffen. In der Berufung wurde weder die Dauer der spitalsärztlichen Behandlung annähernd bekannt gegeben noch angegeben, ob es eine ambulante oder eine stationäre Behandlung war. Erst im Vorlageantrag erfolgte eine nähere Präzisierung, wenngleich der genaue Zeitraum auch in diesem Schreiben nicht angeführt wurde.

Der im Herbst 2004 16-jährige (1988 geborene) Sohn S. besuchte seinen Vater, den Bw., im Spital; bei den Besuchen im Spital gab es regelmäßige gemeinsame Abendessen, S. hatte in der Wohnung in Wien und in G.(Adresse1) "jeweils ein eigenes Zimmer ..., samt den dort vorhandenen Essensvorräten."; die (1992 geborene) Schwester J. war im Übrigen zu jener Zeit 12-jährig.

Diese Feststellungen werden auf Grund der eigenen Angaben des Bw. in der Berufung getroffen; die das Alter der Kinder betreffenden Feststellungen ergeben sich aus dem der Berufung beigelegten Beschluss des Bezirksgerichtes vom 24. Oktober 2003.

Nachdem sich der Bw. "kurzfristig und zwangsweise" wegen einer schweren Erkrankung in eine stationäre Spitalsbehandlung begeben hatte müssen, nahm der (16-jährige) Sohn S. mit einem "rechtswidrigen Verhalten des minderjährigen S....(Name des Sohnes) ... einen ungerechtfertigten Wohnsitzwechsel" vor. Der Sohn S. gab gegenüber dem Bezirksgericht bezüglich des Wohnsitzwechsels an, seinen Vater aus Angst vor dessen Reaktion nicht informiert zu haben.

Diese Feststellungen werden auf Grund der eigenen Angaben des Bw. im Vorlageantrag getroffen.

Der Sohn S. gab an, "dass er seit September 2004 ununterbrochen bei den mütterlichen Großeltern wohnhaft sei." (Beschluss des Bezirksgerichtes vom 11. Oktober 2006 - Beilage des Ergänzungsschreibens des Bw. vom 5. Dezember 2007).

Nach seinem mehrmonatigen Krankenhausaufenthalt kehrte der Bw. in die Wiener Wohnung zurück.

Diese Feststellung wird auf Grund der eigenen Angabe des Bw. im Vorlageantrag getroffen.

Diese Feststellungen sind um weitere auf der Lebenserfahrung beruhende Feststellungen zu ergänzen: Ein 16-jähriges Kind (ein Sohn, [Ex-AHS]Schüler), für das die alleinige Obsorge ein Elternteil trägt, bedarf – wenn dieser eine Elternteil wegen einer schweren Erkrankung auf unabsehbar lange Zeit ausfällt – zur Abdeckung seiner Lebensbedürfnisse einer mannigfaltigen Unterstützung, wie die Versorgung mit Essen, Wäsche, Bügeln etc. Mit diesen

tagtäglich zu bewältigenden Arbeiten befasste sich der Bw. in keiner seiner Eingaben. Bloß am Rande wird derartiges punktuell im Zusammenhang mit den Spitalsbesuchen ins Treffen geführt, nämlich gemeinsame Abendessen im Spital. Der Bw. unterließ es in all seinen Eingaben vollkommen, die Frage auch nur anzuschneiden, wer und in welchem Ausmaß seinen Sohn Tag um Tag, Woche um Woche und wie sich letztlich herausstellte Monat um Monat tatsächlich unterstützt hatte. Dass es mit Rücksicht auf das Alter von 16 Jahren mit dem Aufbrauchen vorhandener Essensvorräte, worauf in der Berufung hingewiesen wird, nicht abgetan ist, bedarf keiner weiteren Erörterung.

Auf Basis der anhand des Akteninhaltes und der auf der Lebenserfahrung beruhenden getroffenen Feststellungen besteht kein Zweifel an der Richtigkeit der Angabe des Sohnes des Bw., dass er (zu umschreiben mit: jugendlicher [Ex-AHS]Schüler) sich im September 2004 zu seinen Großeltern begeben hatte.

Auf das vom Bw. wiederholt für seinen Standpunkt ins Treffen geführte Einverständnis des Obsorgeverpflichteten bzw. Erziehungsberechtigten bzw. die „Festlegung“ der Haushaltszugehörigkeit durch den Erziehungsberechtigten kommt es beim oben im Einzelnen dargestellten Abweichen des tatsächlichen Geschehnisverlaufes nicht an. Entsprach somit im zu beurteilenden Zeitraum die gegebene tatsächliche Haushaltszugehörigkeit nicht einer in einem früheren Zeitpunkt festgelegten, so ist im Lichte der obigen Rechtsausführungen nicht auf die zweitgenannte abzustellen.

Der Berufung war somit wie mit Berufungsvorentscheidung teilweise stattzugeben.

Wien, am 5. März 2009