



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Frau OS, geb. Oktober 1977, 1-, S-str., vom 16. November 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 2. und 20. Bezirk, vertreten durch Frau HG, vom 4. November 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum vom 1. April 2007 bis 31. Jänner 2008 sowie vom 12. April 2012 gegen den Bescheid vom 30. März 2012 betreffend Aufhebung einer Berufungsvorentscheidung (§ 299 BAO) entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 4. November 2009 wurde von Frau OS (im Folgenden kurz mit Bw bezeichnet) die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag betreffend ihren Sohn R-, geboren im Jänner 2001, für den Zeitraum vom April 2007 bis einschließlich Jänner 2008 in der Höhe von gesamt € 1.636,00 zurückgef ordert. Begründet wurde der Bescheid damit, dass nach § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) Personen, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind haben. 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.

In der gegen den angeführten Bescheid erhobenen –als Einspruch bezeichneten –Berufung brachte Frau OS vor, ihr Sohn habe laut Meldezettel von Geburt an bei ihr gewohnt und auch seinen Hauptwohnsitz bei ihr gehabt. Lediglich in der Zeit vom 4. November 2008 bis 7. September 2009 habe der Sohn die Tage von Montag bis Freitag bei seinem Vater verbracht. Er sei nur während dieser Zeit in der R-str hauptgemeldet gewesen. Der seinerzeitige Beschluss, dass bei geteiltem Sorgerecht der vorwiegende Aufenthalt beim Vater sein würde, sei nur für den Fall des Umzuges der Bw nach N- gedacht gewesen, der jedoch nie stattgefunden habe. Die Rückforderung der Familienbeihilfe seitens des Kindesvaters sei deshalb keinesfalls gerechtfertigt. Im Gegenzug werde ein Ansuchen auf Rückzahlung der zu Unrecht an den Kindesvater AR ausbezahlten Familienbeihilfe für den Zeitraum vom Jänner 2008 bis Oktober 2008 sowie September 2009 gestellt.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 5. April 2011 wurde der angeführten Berufung Folge gegeben und dem Berufungsbegehren vollinhaltlich Rechnung getragen.

Am 2. März 2012 wurde seitens der Abgabenbehörde zwecks Klärung der Frage der Haushaltzugehörigkeit des Kindes eine Niederschrift mit der Kindesmutter (Bw) aufgenommen. Darin wurde festgehalten, dass das Kind laut Protokoll des BG-C vom 8. September 2009 und nach Bezeugung der Großmutter des Kindes, Frau E-, seit Anfang August 2009 ständig im Haushalt der Kindesmutter gelebt habe. Die Bw habe nicht gewusst, dass R- vom Vater mit Hauptwohnsitz in 1-R 7/1/40 gemeldet gewesen sei. Erst im Zuge der Sorgerechtsstreitigkeiten im September 2009 habe sie davon erfahren und das Kind bei sich angemeldet.

Mit Bescheid vom 30. März 2012 wurde die Berufungsvorentscheidung vom 5. April 2011 von der Abgabenbehörde wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit (gemäß § 299 Abs. 1 Bundesabgabenordnung, BAO) von Amts wegen aufgehoben, weil die Beihilfe dem Kindesvater, bei dem sich das Kind im strittigen Zeitraum überwiegend aufgehalten habe, zustehe. Mit Berufungsvorentscheidung vom selben Datum wurde die Berufung betreffend den Rückforderungsbescheid für den Zeitraum vom April 2007 bis Jänner 2008 abgewiesen.

Mit Eingabe vom 12. April 2012 brachte die Bw vor, sie wolle bezugnehmend auf den angeführten Aufhebungsbescheid festhalten, dass der Aufenthaltsort des Sohnes entgegen den Behauptungen seines Vaters und den Angaben im Gerichtsbescheid (in den Jahren 2007 bis 2009 von Montag abends bis Freitag früh ständig beim Kindesvater) keinesfalls den Tatsachen entspreche. Es werde auf die beigelegte Zeugenaussage der Mutter der Bw verwiesen. Im Jahr 2007 habe die Bw vorgehabt, nach N- zu übersiedeln. Um dem Kind einen Orts- und Schulwechsel zu ersparen, habe sie ihr Einverständnis dazu gegeben, das Kind wochentags bei seinem Vater zu lassen. Da die Übersiedlung dann doch nicht stattgefunden

habe, habe der Sohn dann auch an den Wochentagen großteils bei der Bw gewohnt. Dies vor allem deshalb, weil das Kind in der Schule nach seiner Mutter geweint und sich von seinem Vater rau behandelt gefühlt habe. Es habe sich daher mit Ausnahme von zwei Flugreisen mit seinem Vater fast ständig in der Wohnung der Bw aufgehalten, dies auch während der Ferien. Das Kind habe sich bei seinem Vater nicht wohl gefühlt, weil der Vater das Kind seiner Lebensgefährtin bevorzugt behandelt habe. Dass der Sohn der Bw überwiegend bei ihr gewohnt habe, ginge auch aus den Meldedaten hervor, worin die Adresse des Vaters überwiegend als Nebenwohnsitz angegeben gewesen sei. Anfang August 2009 habe der Vater das Kind komplett der Verantwortung der Bw übergeben, er habe sich weder gemeldet, noch seinen Sohn zu sich geholt und erst wieder Einspruch erhoben, als die Bw wieder das alleinige Sorgerecht beantragt und auch erhalten habe. Der Vater habe auf Wunsch des Kindes und der Entscheidung des Jugendamtes kein Besuchsrecht erhalten und halte sich R- seit dieser Zeit (August 2009) ausschließlich bei der Bw auf. Ihr sei eine Berufstätigkeit aber wegen der ADHS-Erkrankung und der schulischen Schwierigkeiten des Kindes nicht möglich. Das Kind bedürfe einer intensiven Betreuung am Nachmittag, es gebe darüber einen psychologischen Test. Der Bw stehe die Familienbeihilfe daher ungeteilt zu.

Das Finanzamt legte die Berufungen zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde II. Instanz vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

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.

Nach § 299 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO) kann die Abgabenbehörde erster Instanz auf Antrag der Partei oder von Amts wegen einen Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz "aufheben, wenn der Spruch des Bescheides sich als nicht richtig erweist". (AbgÄG 2003, BGBl I 2003/124 ab 20.12.2003)

§ 299 Abs. 2 BAO bestimmt, dass mit dem aufhebenden Bescheid der den aufgehobenen Bescheid ersetzende Bescheid zu verbinden ist. "Dies gilt nur, wenn dieselbe Abgabenbehörde zur Erlassung beider Bescheide zuständig ist." (AbgVRefG, BGBl I 2009/20 ab 26.3.2009)

Gemäß § 299 Abs. 3 BAO tritt das Verfahren durch die Aufhebung des aufhebenden Bescheides (Abs. 1) in die Lage zurück, in der es sich vor der Aufhebung (Abs. 1) befunden hat." (BGBl I 2002/97 ab 2003)

Die Abgabenbehörde hat auf Grundlage des Ermittlungsverfahrens, das zur Aufhebung der Berufungsvorentscheidung und zur gleichzeitig neu erlassenen Berufungsvorentscheidung geführt hat, befunden, dass die Familienbeihilfe in dem dem Rückforderungsbescheid zugrunde gelegten Zeitraum vom April 2007 bis einschließlich Jänner 2008 nicht der Bw zustehe, weil das Kind sich in diesem Zeitraum überwiegend beim Kindesvater aufgehalten habe. Der Spruch der Berufungsvorentscheidung vom 5. April 2011 erweise sich daher als unrichtig. Mit gleichem Datum erging eine Berufungsvorentscheidung, mit der die Berufung der Bw vom 16. November 2009 als unbegründet abgewiesen wurde.

Weder die von der Bw in ihrer Berufung gegen den Aufhebungsbescheid erstatteten Ausführungen, noch die Ausführungen in der Berufung gegen den Rückforderungsbescheid erweisen sich vor dem Hintergrund der Ergebnisse des von der Abgabenbehörde durchgeführten Ermittlungsverfahrens als berechtigt.

In der Berufungsvorentscheidung vom 30. März 2012 wurde ausgeführt:

*"In der Begründung des Beschlusses des BG-C GZ PS- vom 5. Mai 2012 wird festgehalten, dass Sie im September 2009 die alleinige Obsorge für R- beantragten und dass sich der Vater in früheren Jahren viel um sein Kind kümmerte. Laut Bericht des Jugendamtes hielt sich R- überwiegend beim Vater auf. Erst nachdem das Kind im Sommer 2009 mehrere Ferienwochen bei Ihnen verbracht hatte, wollte es nicht mehr zum Vater zurück. Laut Protokoll GZ Ps-2 vom 8. September 2009, aufgenommen im Bezirksgericht B- tätigten Sie die Aussage, dass das Kind "seit sechs Wochen" zur Gänze bei Ihnen lebt. Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe, in dessen Haushalt das Kind lebt. Es scheint auf Grund der oben zitierten Beweismittel sichergestellt, dass sich R- im Rückforderungszeitraum nicht überwiegend bei Ihnen aufgehalten hat. Da Sie die Voraussetzungen für den Beihilfenbezug nicht erfüllen, war die Berufung abzuweisen."*

Nach den von der Abgabenbehörde vorgelegten Verwaltungsakten hatte die Bw mit September 2009 einen Antrag auf alleinige Obsorge für den mj R- gestellt. Laut Beschluss des Pflegschaftsgerichtes vom 5. Mai 2010 (Ps-12), mit dem der Antragstellerin die alleinige Obsorge zugesprochen wurde, hat die Antragstellerin angegeben, dass der mj R- sich bisher von Montag bis Donnerstag bei seinem Vater und von Freitag bis Montag bei seiner Mutter aufgehalten hat. Es hatte sich nach den Angaben der Bw aber nun so entwickelt, dass das Kind seit sechs Wochen bei der Kindesmutter war und nicht mehr zum Vater zurück wollte. Nach dem eingeholten Bericht des Jugendamtes hatten die Eltern bis zuletzt die gemeinsame Obsorge. Tatsächlich hatte es sich gemäß dem Bericht so entwickelt, dass sich das Kind überwiegend beim Vater aufgehalten hat. R- war von Montag bis Donnerstag bei seinem Vater und von Freitag bis Montag bei der Mutter. Erst als R- im Sommer 2009 mehrere Wochen bei

seiner Mutter verbracht hatte, wollte er nicht mehr zum Vater zurück. Auch laut Protokoll des Bezirksgerichtes B- vom 8. September 2009 (w-- hat die Kindesmutter selbst anlässlich eines Amtstages angegeben, dass sich das Kind von Montag bis Donnerstag bei seinem Vater und am Wochenende bei ihr aufgehalten hat. Nach der dort protokollierten Aussage der Mutter hielt sich ihr Sohn erst seit "sechs Wochen" zur Gänze bei ihr auf. In "*früheren Jahren*" war es laut Antragstellerin so, dass der Kindesvater "*...sich um die Schulangelegenheiten gekümmert hat, weil R- unter der Woche bei ihm war...*".

Laut Pflegschaftsbeschluss vom 22. Jänner 2007 (W-04) über die gemeinsame Obsorge war der überwiegende Aufenthalt des Kindes bei seinem Vater.

Gemäß § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Auf Grund der hier angeführten von der Kindesmutter wiederholt gemachten Angaben über den Aufenthalt des Kindes, die in sich schlüssig sind, kann als erwiesen angenommen werden, dass das Kind sich im hier zu beurteilenden Zeitraum überwiegend bei seinem Vater aufgehalten hat. Den erst im Zuge der Berufung gegen den Aufhebungsbescheid bzw nach Erlassung der abweisenden Berufungsvorentscheidung handschriftlich verfassten Angaben der Mutter von Frau S- (vom 12. April 2012), wonach ihr Enkelkind in den Jahren 2007 bis 2009 mit seiner Mutter nicht nur von Freitag nachmittags bis Montag früh, sondern auch überwiegend an den Wochentagen und vor allem auch in den Ferien "*bei mir gewohnt hat*", erweisen sich gegenüber den oben zitierten über den Zeitraum von mehreren Jahren mehrmals gleichlautenden und in sich schlüssigen Angaben der Bw als weniger glaubwürdig. Dass der Sohn der Bw im Zeitraum zwischen 22. März 2007 und 4. November 2008 lediglich mit Nebenwohnsitz an der Adresse des Vaters und in der Zeit ab 4. November 2008 bis 7. September 2009 ebendort mit Hauptwohnsitz angemeldet war bzw der Hauptwohnsitz erst ab September 2009 wieder an der Adresse der Bw gemeldet wurde, bleibt vor dem Hintergrund der Angaben der Bw im Pflegschaftsverfahren von nachrangiger Bedeutung. Die später von der Bw behauptete Aufteilung der Wohnsitznahme kann allein aus der polizeilichen Meldung von Haupt- und Nebenwohnsitzen nicht abgeleitet werden.

Sowohl die im vorliegend angefochtenen Rückforderungsbescheid als auch die im Aufhebungsbescheid (gemäß § 299 BAO) von der Abgabenbehörde getroffene rechtliche Beurteilung erweist sich vor dem Hintergrund der eigenen Angaben der Bw im Pflegschaftsverfahren als rechtens, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Wien, am 20. Juni 2012