



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., A., vertreten durch Mag. Michael Pflieger, Rechtsanwalt, 3300 Amstetten, Hauptplatz 1, gegen den Bescheid des Finanzamtes Amstetten Melk Scheibbs betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Monat Dezember 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für seine Tochter M., geb. 1994, bis einschließlich Dezember 2009 Familienbeihilfe.

Auf Grund des Antrages der Kindesmutter vom November 2009 und nach Überprüfung des Beihilfenanspruches forderte das Finanzamt vom Bw. mit Bescheid vom 9. Dezember 2009 für den Monat Dezember 2009 die Familienbeihilfe (inkl. Kinderabsetzbetrag) unter Verweis auf § Abs. 2 FLAG mit der Begründung zurück, dass M. seit 18. November 2009 nicht mehr zu seinem Haushalt gehöre.

Der steuerliche Vertreter des Bw. erhob gegen den Bescheid mit Schriftsatz vom 17. Dezember 2009 fristgerecht Berufung und begründete diese wie folgt:

„Die Behörde führte in ihrer Begründung aus, dass Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört, haben. Da M. seit 18.11.2009 nicht mehr im Haushalt des Kindesvaters sei, wäre der Anspruch auf Familienbeihilfe für M. ab 01.12.2009 erloschen.

Hiezu ist allerdings auszuführen, dass der Kindesvater aufgrund des aufrechten rechtskräftigen Beschlusses des BG Amstetten vom 23.09.2008,..., die Obsorge für die mj M. auf den Vater Bw. übertragen wurde.

Zutreffend ist, dass sich M. seit 18.11.2009 nunmehr fast ausschließlich bei der Kindesmutter aufhält sowie dass die Kindesmutter einen Antrag auf Obsorgeübertragung beim BG eingebracht hat. Aufgrund des aufrechten Beschlusses des Bezirksgerichtes ist der Aufenthalt der mj M. bei der Kindesmutter jedoch unrechtmäßig und hat der Kindesvater einen Antrag auf Rückführung des Kindes in seinen Haushalt gestellt. Ferner hat sich der Kindesvater gegen die Obsorgeübertragung ausgesprochen, da diesem Antrag ausschließlich wirtschaftliche Überlegungen der Kindesmutter zugrunde liegen. Eine Gefährdung des Kindeswohles, welche die Obsorgeübertragung rechtfertigen würde, ist nicht vorliegend, und ist der Einfluss der Kindesmutter für das Kindeswohl abträglich. Die Kindesmutter hat die mj M. dahingehend negativ beeinflusst, dass diese von einem regulären Schulabschluss Abstand nahm und keine Fortbildungen in Anspruch nehmen möchte.

Unabhängig davon kommt der Kindesvater für alle finanziellen Belange der mj M. auf, zumal die Kindesmutter zum Einen über keinerlei Einkommen verfügt und zum Anderen auch für ihre 4 Kinder aus der Beziehung zu X. keinerlei Alimente bekommt.“

Das Finanzamt wies mit Berufungsvorentscheidung vom 11. Februar 2010 die Berufung mit folgender Begründung ab:

„Ihre Tochter M. ist am 18. November 2009 aus Ihrem Haushalt ausgeschieden.

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.

Tatsache ist, dass M. seit 18.11.2009 nicht mehr in Ihrem Haushalt ist. Das ist auch der Grund, warum primär nach dem Gesetz die Person Anspruch für ein Kind hat, in deren Haushalt sich das Kind befindet.

Gründe wie das noch bestehende Obsorgerecht bzw. Zahlungen für den Unterhalt von M. oder überhaupt die überwiegende Kostentragung liegen im sekundären Bereich und vermögen keinen Familienbeihilfenanspruch zu legalisieren.“

Der steuerliche Vertreter des Bw. brachte mit Schriftsatz vom 4. März 2010 gegen die Berufungsvorentscheidung fristgerecht einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz ein.

Der Vorlageantrag enthält folgende Begründung:

„Ich führe dazu aus, dass die Rechtsansicht in der Berufungsvorentscheidung unrichtig ist. Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. In der Berufungsvorentscheidung wird die Ansicht vertreten, dass es ausreichend sei, dass sich M. seit 18.11.2009 nicht mehr im Haushalt des Berufungswerbers aufhält und er daher keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hätte. Tatsache ist, dass sich M. rechtswidrigerweise aus der Pflege und Erziehung des Kindesvaters entzogen hat und sie sich derzeit untertags eher bei der Kindesmutter aufhält, jedenfalls aber bei ihrer Großmutter Frau K., welche in einer eigenen Wohnung wohnt, nächtigt.

Bei der Auslegung der Formulierung „zu einem Haushalt gehörig“ ist davon auszugehen, dass entscheidend ist, ob ein Kind rechtlich zu einem Haushalt gehört. Die bloße faktische Zugehörigkeit kann entgegen der Ansicht in der Berufungsvorentscheidung keine Rolle spielen. Bei einer derartigen Rechtsansicht würde jeder Kindesentführer, welcher rechtswidrigerweise ein Kind bei sich hält, den Anspruch auf die Familienbeihilfe erwerben und würden die rechtmäßigen Obsorgeberechtigten den Anspruch sofort mit der rechtswidrigen Überführung des Kindes in einen fremden Haushalt verlieren.

Weiters ist im vorliegenden Fall noch zu berücksichtigen, dass in keinster Weise objektiviert ist, in welchem Haushalt die mj M. derzeit aufhältig ist.“

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

#### **Gesetzliche Bestimmungen:**

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Kinder iSd FLAG sind nach § 2 Abs. 3 lit. a FLAG die Nachkommen einer Person.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG erlischt der Familienbeihilfeanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

#### **Feststehender Sachverhalt:**

Aus dem Auszug des Zentralen Melderegisters geht hervor, dass M. seit 18. November 2009 an der Adresse der Kindesmutter gemeldet ist. Unbestritten geblieben ist, dass sich die Tochter ab diesem Zeitpunkt auch tatsächlich nicht mehr im Haushalt des Bw. aufhält.

Fest steht auch, dass der Bw. im Streitmonat Dezember 2009 noch das Obsorgerecht für seine Tochter hatte.

#### **Rechtliche Würdigung:**

Der Bw. bestreitet nicht, dass sich seine Tochter M. seit 18. November 2009 im Haushalt der Mutter befindet (wörtliche Wiedergabe im Vorlageantrag: „Tatsache ist, dass sich M. rechtswidrigerweise aus der Pflege und Erziehung des Kindesvaters entzogen hat und sie sich derzeit untertags eher bei der Kindesmutter aufhält, jedenfalls aber bei ihrer Großmutter Frau K., welche in einer eigenen Wohnung wohnt, nächtigt.“)

Er vermeint aber, dass ihm die Familienbeihilfe für den Monat Dezember 2009 noch deswegen zustehen, weil er in diesem Monat noch obsorgeberechtigt gewesen sei und er einen Antrag auf Rückführung des Kindes in seinen Haushalt gestellt habe. Entgegen den Ausführungen

des Bw. ist aber aus dem Gesetzeswortlaut klar erkennbar, dass es bei der Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit nur auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt. Der Umstand, wem die (zivil-)rechtliche Obsorge zukommt, ist somit ohne Relevanz (sh. VwGH 22.10.1971, 336/70).

Wenn der Bw. diese auch in der Berufungsvorentscheidung zum Ausdruck kommende Rechtsansicht mit der Begründung kritisiert, es würde sonst jeder Kindesentführer, der rechtswidrigerweise ein Kind bei sich hält, den Anspruch auf die Familienbeihilfe erwerben, so können diese Ausführungen wenig zur Lösung des Falles beitragen, da sich die Tochter im Berufungsfall seit 18. November 2009 unbestrittenermaßen freiwillig nicht mehr im Haushalt des Bw. aufhält. Am Rande sei bemerkt, dass bei einer Kindesentführung wohl die bisherige Haushaltszugehörigkeit gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG nicht als aufgehoben gelten würde, da diesfalls davon auszugehen wäre, dass sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Es ist im vorliegenden Fall auch nicht von Bedeutung, wer von den Elternteilen tatsächlich im Monat Dezember 2009 den überwiegenden Unterhalt geleistet hat, da eine Anspruchsberechtigung aus dem Titel der überwiegenden Unterhaltsleistung nur dann möglich wäre, wenn keiner anderen Person wegen Haushaltszugehörigkeit Familienbeihilfe zustünde. Auf Grund dessen kann dahingestellt bleiben, wer die höheren Unterhaltszahlungen für die Tochter geleistet hat.

Es ist weiters auch nicht wesentlich, ob die Tochter als zum Haushalt der Mutter oder allenfalls zu dem ihrer Großmutter gehörig anzusehen ist. Entscheidend ist nämlich, dass der Tochter zu beiden Personen Kindeseigenschaft nach § 2 Abs. 3 lit. a FLAG zukommt, wodurch – gleichgültig, zu welchem der beiden Haushalte die Tochter gehört – ein Anspruch des Bw. ausgeschlossen wird.

In Übereinstimmung mit § 10 Abs. 2 FLAG ist somit der Anspruch des Bw. auf Familienbeihilfe sowie auf Kinderabsetzbetrag mit Ablauf des Monats November 2009 erloschen. Daher erfolgte die Rückforderung der Familienbeihilfe (inkl. Kinderabsetzbetrag) für den Monat Dezember 2009 zu Recht.

Wien, am 21. Juni 2010