

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache des Beschwerdeführers, gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 17.07.2013, GZ FA33/2014/000102, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum September 2012 bis November 2012 für die Tochter T, nach von amtswegen anberaumter mündlicher Verhandlung am 11. September 2014 zu Recht erkannt:

I. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

II. Eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) ist zulässig.

### Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf) ist im Streitzeitraum verheiratet und lebt gemeinsam mit der Tochter TT (idF: Tochter), von seiner Gattin und Mutter der gemeinsamen Tochter getrennt. Scheidungs- und Obsorgeverfahren sind noch anhängig, die Eltern haben im Streitzeitraum die gemeinsame Obsorge, die Tochter hat ihren Aufenthaltsort beim Bf, die Mutter hat ein Besuchsrecht.

Auf Grund des von der Kindesmutter eingebrachten Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe von August 2012 bis Dezember 2012 überprüft das Finanzamt die Anspruchsvoraussetzungen beim Bf und forderte von ihm mit dem gegenständlich angefochtenen Bescheid vom 17. Juli 2013 die für den Zeitraum September bis November 2012 bezogenen Beträge zurück. Grund für den Antrag der Kindesmutter war, dass diese die Haushaltszugehörigkeit der gemeinsamen Tochter als in ihrem Haushalt gegeben ansah; als Beweismittel legte sie einen Auszug aus dem Zentralmelderegister vor.

Den **Rückforderungsbescheid** begründet die belangte Behörde mit Hinweis auf § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967), wonach Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind haben, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Der Bf erhebt gegen den Rückforderungsbescheid mit Schriftsatz vom 3. August 2013 **Berufung** und führt darin aus, dass seine Tochter als auch ihre Halbschwester bis zu dem Zeitpunkt, als die Kindesmutter nach dem Besuchskontakt die Kinder nicht mehr zurückgebracht habe, immer in seinem Haushalt gelebt hätten. Es gebe einen rechtskräftigen Beschluss, wonach die Kindesmutter die Minderjährigen sofort zu ihm zurückzubringen habe. Dies habe die Kindesmutter unterlassen und die Tochter sei mit Hilfe des Jugendamtes wieder in seine Obhut überbracht worden. Die Rückforderung sei daher aus seiner Sicht nicht gerechtfertigt.

Das Finanzamt weist die Berufung mit **Berufungsvorentscheidung** vom 12. Dezember 2013 als unbegründet ab und stützt die Abweisung nochmals auf § 2 Abs. 2 FLAG 1967. Sachverhaltsbezogen geht die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid davon aus, dass die Tochter im Zeitraum 27. August 2012 bis 11. Dezember 2012 im Haushalt der Kindesmutter wohnhaft gewesen sei. Dies sei sowohl von der Meldung im Zentralmelderegister als auch durch den Beschluss des zuständigen Bezirksgerichtes bestätigt.

Der Bf. stellt einen **Vorlageantrag** und führt darin aus, dass es doch nicht möglich sein könne, dass auf Grund eines Unrechts - denn die mj. Tochter sei trotz gegenteiligen Beschlusses nicht zu ihm als Kindesvater zurückgebracht worden - sich ein Recht ableiten lasse könne.

Mit dem **Vorlagebericht** vom 27. Februar 2014 legt die belangte Behörde einen Beschluss des zuständigen Bezirksgerichtes vom 12.09.2012 vor, aus dem hervorgeht, dass der Bf und die Kindesmutter für die Tochter im September 2012 zwar die gemeinsame Obsorge haben, jedoch zur Obsorge ein Gerichtsverfahren anhängig ist. Unter Hinweis auf §§ 145b und § 176 ABGB sieht es das Gericht als Gefährdung des Kindeswohls an, dass die Kindesmutter die Tochter am 13.08.2012 nicht wie vereinbart in den Kindergarten gebracht und darüber hinaus den Kontakt zwischen dem Kind und seinem Vater (dem Bf) unterbunden hat. Durch dieses Verhalten habe die Kindesmutter gegen das Wohlverhaltensgebot verstoßen und das Kindeswohl gefährdet. Eine vorläufige Obsorgeentziehung hat das Gericht nicht verfügt, sondern sich für die gelindere Maßnahme in der Form der Regelung des hauptsächlichen Aufenthalts des Kindes beim Bf als Kindesvater entschieden.

Mit **Nachtragsbericht** vom 7. August 2014 legt die belangte Behörde eine Ablichtung des vom zuständigen Landesgericht aufgrund des von der Kindesmutter gegen den Beschluss des Gerichts erhobenen Rekurses ergangenen Beschlusses vom 24.10.2012 vor, mit dem dem Rekurs nicht Folge gegeben und der ordentliche Revisionsrekurs für nicht zulässig erklärt worden sind. Bei Abwägen aller Umstände sah auch das Landesgericht im bereits zuvor beschriebenen Verhalten der Kindesmutter eine Gefährdung des Kindeswohls und entscheid, dass bis zur Entscheidung über die wechselseitig gestellten Obsorgeanträge der Eltern der Aufenthalt vorläufig beim Kindesvater sei und bestätigte den Beschluss des BG vom 12.09.2012.

Am 11. September 2014 findet von amtswegen eine **mündliche Verhandlung** statt, zu der eine Vertreterin des für die Kindesmutter zuständigen Finanzamtes hinzugezogen wird. Der Bf hat dagegen keine Einwände.

Die Kindesmutter, nicht fremd, rechtsbelehrt und wahrheitserinnert, gibt als Zeugin befragt an, dass sie keinen Beschluss (kein Urteil) des zuständigen Bezirksgerichts darüber hat, dass im Streitzeitraum der Aufenthaltsort der Tochter bei ihr gewesen sei. Aus ihrer Sicht habe vielmehr der Bf als Kindesvater Besuchsrechtsangebote ihrerseits abgelehnt.

Der Bf legt die Gründe dafür, dass die Tochter nach dem Beschluss des Landesgerichts vom 24.10.2012 erst Anfang Dezember 2012 wieder in seinem Wohnsitz wohnhaft geworden ist, dar. Der Grund sei gewesen, dass die Tochter sich wieder umgewöhnen musste und in Abstimmung mit Kindergarten und Jugendamt dieser Zeitraum zu Umgewöhnung genutzt wurde. Kosten für den Kindergarten zB hat der Bf weiterhin getragen.

Nach Abschluss der mündlichen Verhandlung wird das Erkenntnis verkündet.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

#### **Sachverhalt:**

Der Bf und die Kindesmutter sind im Streitzeitraum September 2012 bis November 2012 (noch) verheiratet, leben jedoch getrennt. Sie haben für ihre mj. Tochter die gemeinsame Obsorge. Ein Verfahren über die Obsorge ist zu dieser Zeit gerichtsanhängig ebenso wie das Scheidungsverfahren. Während des ganzen letzten Jahres von August 2011 bis zum 13. August 2012 haben die Tochter und ihre Halbschwester beim Bf gelebt und die Kindesmutter hatte Besuchskontakte. Für die Halbschwester ist die Kindesmutter alleine obsorgeberechtigt. Im Sinne der Personen- und Umgebungskontinuität wird dies auch nach der Trennung der Eltern mit Zustimmung des Gerichts weiterhin beibehalten.

Die Kindesmutter bringt am 13. August 2012 nicht, wie mit dem Kindesvater vereinbart, die Tochter in den Kindergarten. Die Tochter befindet sich seit 10. August 2012 faktisch bei der Kindesmutter, die den Kontakt zwischen der Mj. und dem Kindesvater unterbindet. Mit Beschluss vom 12.9.2012 spricht das zuständige BG aus, dass die Kindesmutter die Tochter "unverzüglich" zum Bf als Kindesvater "zurückzubringen" und "zu übergeben" hat. Im Verhalten der Kindesmutter sieht das BG einen Verstoß gegen das Wohlverhaltensgebot.

Das zuständige Landesgericht als Rekursgericht bestätigt mit Beschluss vom 24.10.2012 den Beschluss des BG vom 12.9.2012, wonach die Kindesmutter durch ihr Verhalten, das Kind dem Vater zu entziehen, gegen das Wohlverhaltensgebot verstoßen und das Kindeswohl gefährdet hat und bekräftigt den angefochtenen Beschluss, das - als gelindere Maßnahme zum Obsorgeentzug - den Wohnsitz des Vaters zum Aufenthaltsort der Tochter bestimmt hatte. Ein ao Revisionsrekurs seitens der KM ist nicht erfolgt.

Die als Zeugin befragte Kindesmutter gibt an, keinen Gerichtstitel zu besitzen, der ihren Wohnsitz zum Aufenthaltsort der Tochter bestimmt oder bestimmt hatte. Sie kann weiters

keinen Rechtsgrund nennen, auf dessen Grundlage sie sich berechtigt sehen konnte, dass sich die Tochter dauerhaft bei ihr hätte aufhalten können.

Ab etwa 4. Dezember 2012 hat die Tochter ihren Aufenthaltsort wieder beim Bf.

### **Rechtsgrundlagen:**

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben für minderjährige Kinder.

Nach Abs. 2 leg. cit. hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. [...]

Gemäß § 2 Abs 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Gemäß lit. a leg.cit gilt die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

### **rechtliche Beurteilung:**

Unstrittig ist, dass sich die Tochter des Bf. im Streitzeitraum nicht in seinem Haushalt, sondern im Haushalt der Mutter aufgehalten hat. Die Kindesmutter hat in diesem Sinne unbestreitbar Fakten geschaffen. Fraglich ist aber, ob der nicht ganz vier Monate dauernde Aufenthalt der Tochter im Haushalt der Kindesmutter, der überdies gegen Gerichtsbeschlüsse verstieß, als bloß ein vorübergehender iSd § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 anzusehen ist, was für den Bezug der Familienbeihilfe des Bf unschädlich wäre.

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben; demgemäß ist für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes ausschließlich die Tatsache der einheitlichen Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, vgl. VwGH 18.3.1997, 96/14/0006; Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz 143) von Bedeutung, wobei es für die Frage der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes unerheblich ist, wer den Haushalt führt, dem das Kind angehört. Dabei geht das Gesetz erkennbar auch davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Bei einer vorübergehenden Abwesenheit stellt das Gesetz ungeachtet der faktischen Unmöglichkeit des gemeinsamen Wohnens die Fiktion auf, dass die Haushaltszugehörigkeit dennoch nicht als aufgehoben gilt (VwGH 29.04.2013, 2011/16/0195).

Dass die Kindesmutter laut Sachverhalt entsprechende Fakten geschaffen hat, ist für sich allein daher nicht ausreichend dafür, die dauerhafte Zugehörigkeit des Kindes zu ihrem Haushalt anzunehmen; denn nur in diesem Fall verlöre der Bf die Zugehörigkeit des Kindes zu seinem Haushalt.

Laut Sachverhalt war der Wohnsitz des Bf vom Gericht zum Aufenthaltsort der Tochter bestimmt worden. Der Kindesmutter hat laut eigener Aussage keinen Rechtsgrund, der ihren Wohnsitz zum Aufenthalt der Tochter bestimmt oder bestimmt hat, hat ohne Rechtsgrund die Tochter von diesem Aufenthaltsort entfernt und dadurch gegen das Wohlverhaltensgebot verstoßen und dennoch die Tochter an ihrer Adresse hauptwohnsitzgemeldet. Mit Beschluss des BG vom 12.9.2012 muss ihr bewusst geworden sein, dass das Gericht ihr Verhalten nicht gutheißt und dass sie die Tochter dem Bf zurückzugeben hat. Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Kindesmutter ihr Handeln mit dem Bf als Kindesvater nicht abgestimmt hat und der Bf völlig überrumpelt wurde. Konnte die Kindesmutter nicht berechtigt annehmen, dass sich die Tochter dauerhaft bei ihr aufhalten würde, so durfte der Bf aufgrund der Gerichtsentscheide damit rechnen, dass die Tochter ehestmöglich wieder bei ihm ihren faktischen Aufenthalt haben wird.

Die Dauer des Aufenthalts bei der Kindesmutter von knapp unter vier Monaten liegt weiters in einem Bereich, der jedenfalls als "vorübergehend" iSd § 2 Abs 5 lit. a FLAG 1967 zu beurteilen ist. So hat der VwGH einen weniger als drei Monate dauernden Krankenhausaufenthalt als einen nur vorübergehenden Aufenthalt außerhalb einer gemeinsamen Wohnung angesehen (nochmals VwGH 2011/16/0195).

Hält sich ein Kind für nur vier Monate deshalb bei einem Elternteil auf, weil dieser entgegen gerichtlicher Anordnungen das Kind ohne Absprache mit dem anderen Elternteil zu sich genommen hat, und ordnet das Gericht die unverzügliche Rückgabe des Kindes an den anderen Elternteil an, so hält sich das Kind nur vorübergehend iSd § 2 Abs 5 lit. a FLAG 1967 außerhalb der gemeinsamen Wohnung auf.

Der Bf erfüllt daher keinen Rückforderungstatbestand. Da der angefochtene Bescheid sohin nicht hätte ergehen dürfen, war seine Aufhebung auszusprechen.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gemäß Art 133 Abs 3 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, was insbesondere bei Fehlen einer solchen Rechtsprechung gegeben ist. Die hier aufgeworfenen Rechtsfrage, ob der Aufenthalt eines Kindes bei einem Elternteil als vorübergehend iSd § 2 Abs 5 lit. a FLAG 1967 angesehen werden kann, wenn der eine Elternteil gegen Gerichtsbeschlüsse handelt, weil diese den Aufenthaltsort des Kindes beim anderen Elternteil bestimmen, und der Aufenthalt weiters nur knapp vier Monate beträgt, wurde - soweit festgestellt werden konnte - bisher weder vom VwGH noch vom UFS/BFG gelöst, weshalb die ordentliche Revision zuzulassen war. In beiden Punkten war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 24. September 2014