



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Dr. Judith Leodolter und die weiteren Mitglieder Mag. Andrea Müller-Dobler, Mag. Martin Saringer und Mag. Franz Josef Groß über die Berufung der Bw., vom 7. April 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vertreten durch Mag. Nikolaus Reisner als Sachwalter, vom 12. März 2010 betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum 1. August 2009 bis 28. Februar 2010 nach der am 15. Juni 2011 durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog für ihre Kinder F und A, beide geboren am 0.0.000 die Familienbeihilfe.

Aus dem Zentralen Melderegister ist ersichtlich, dass die Kinder von der Geburt an bis zum 24. August 2005 in 7 und von 28. August 2005 bis 28. Juli 2009 in 14 im Haushalt der Bw. und ab 28. Juli 2009 in 17 in W im Haushalt des Kindesvaters wohnten.

Am 24. April 2008 haben die Eheleute B und die Bw. im Zuge der Ehescheidung gemäß § 55a EheG einen gerichtlichen Vergleich geschlossen, der u.a. folgende Punkte regelt:

#### 1. Obsorge:

*Vorbehaltlich der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung wird hinsichtlich der ehelichen mj. Kinder A und F, beide geboren am 0.0.000 nachstehende Vereinbarung getroffen:*

*Die Eltern vereinbaren, dass beiden Eltern die gemeinsame Obsorge über beide ehelichen Kindern auch in Zukunft zukommen soll. Der hauptsächliche Aufenthalt ist bei der Mutter.*

*Dem Vater steht ein Besuchsrecht den ehelichen Kindern zu, dieses wird zwischen den Kindeseltern außergerichtlich und flexibel vereinbart.*

## 2. Kindesunterhalt:

*B verpflichtet sich, zu Handen der Bw. für den mj. A, geboren am 0.0.000, einen monatlichen Unterhaltsbetrag von 1.000 € sowie für den mj. F, geboren am 0.0.000, einen monatlichen Unterhaltsbetrag von 1.000 €, jeweils beginnend zum ersten eines Monats, beginnend mit 1. Mai 2008 zu Handen der Kindesmutter im vorhinein zu bezahlen. Dies ausgehend von einer Bemessungsgrundlage von 5.500 € netto (12 x jährlich). Hiezu wird festgehalten, dass den Eltern bewusst ist, dass der Unterhaltsbetrag über dem Betrag liegt, zu dessen Bezahlung der Kindesvater nach den gesetzlichen Bestimmungen verpflichtet wäre. Dieser Betrag soll für die Zukunft einvernehmliche Basis der Berechnung des Kindesunterhalts sein.*

Aufgrund dieses Vergleiches erging ein Beschluss des Bezirksgerichtes XY, in dem die in diesem Vergleich vereinbarten Punkte (Obsorge und Besuchsrecht, Unterhalt) pflegschaftsgerichtlich genehmigt wurden:

Bezüglich der beiden Kinder wird die gemeinsame Obsorge beider Elternteile vereinbart.

Der hauptsächliche Aufenthalt beider Kinder ist bei der Mutter.

Am 20. Jänner 2009 beantragte der Kindesvater die alleinige Obsorge für die Kinder und brachte vor, dass die Kindesmutter psychisch instabil und das Wohl der Minderjährigen bei einem Verbleib bei der Mutter gefährdet sei. Die Kinder seien in Absprache mit den Jugendämtern und der Kriminalpolizei bei ihm aufhältig. Auf Anraten dieser Stellen würde jeglicher Kontakt mit der Kindesmutter vermieden werden, da diese aufgrund ihres psychischen Zustandes als gefährlich eingeschätzt werde.

Mit Beschluss des Bezirksgerichtes XY vom 5. Mai 2009 wurde der Bw. die alleinige Obsorge an ihren minderjährigen Kindern vorläufig entzogen und vorläufig dem Vater B übertragen.

Der Antrag der Bw. auf vorläufige Obsorgeübertragung wurde abgewiesen.

Laut Beschluss des Bezirksgerichtes XY wurde Dr.D. als Sachverständiger beauftragt, zu klären, ob die Bw. an einer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung leide und

welche Angelegenheiten die betroffene Person aus diesem Grund nicht ohne Gefahr eines Nachteiles für sich besorgen könne.

Mit einem Gutachten vom 22. Juni 2009 beantwortete dieser folgendermaßen die Fragen:

*Bei der Bw. ist ein sicherer Hinweis auf eine floride psychiatrische Erkrankung nicht zu finden. Es finden sich keine eindeutigen Hinweise, dass die Bw. ihre Angelegenheiten nicht ohne Gefahr eines Nachteiles für sich selbst erledigen könnte. Es finden sich keine Hinweise auf einen Mangel an Einsichtsfähigkeit in medizinischen Fragestellungen. Es finden sich keine Hinweise auf eine mangelnde Einsichtsfähigkeit betreffend Wahl ihres Aufenthaltsortes.*

Der Kindesvater stellte einen Antrag auf Familienbeihilfe, weil die Kinder seit Juli 2009 in seinem Haushalt lebten. Diesem Antrag wurde ab August 2009 entsprochen. Folglich wurden mit Bescheid vom 12. März 2010 von der Bw. die zu Unrecht bezogenen Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zurückgefordert.

Die Bw. hat innerhalb offener Frist gegen die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge Berufung erhoben und führte begründend aus:

Die Kinder seien mit einer Gefährdungsanalyse eines Polizisten durch Amtsmissbrauch dem Vater vorläufig übertragen worden.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG gelte die Haushaltszugehörigkeit nicht aufgehoben, wenn sich die Kinder nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhalten.

Die Verzögerung des Verfahrens werde durch den Vater dazu benützt, um sich finanziell auf Kosten der Kinder zu bereichern. Weiters sei die lange Krankheitsdauer der Richter beim Bezirksgericht die bestimmenden Faktoren, die die Rückkehr der Kinder in ihre gewohnte Umgebung nicht ermöglichen.

Die Transferleistungen des Staates, sowie Kindergeld und Familienbeihilfe würden weder für die Wahrung der Gesundheit noch Ausbildung und Pflege und Erziehung und auch nicht für die Vermögensverwaltung der Kinder aufgewendet.

Die Ausgaben des alltäglichen Lebens sowie Taschengeld, Kleidung, Nahrung, Urlaubsvorsorge, Versicherungen, Internetrechnungen, Sparverträge und Gesundheitsleistungen wurden von der Bw. getragen.

Weiters schädige der Kindesvater durch nicht Einhalten der Vereinbarungen, Urlaubsstornos und damit verbundenen Kosten die gesamte Familie.

Die Kinder würden weiters vom Vater bis zur Behinderung gequält und das Strafverfahren werde zeigen, was die Konsequenzen dieses menschenunwürdigen Verhaltens mit sich bringe.

Den Kindern werde die ärztliche Betreuung, seitdem sie beim Vater aufhältig sind, verweigert, so dass sie bereits wahrscheinlich irreparable physische und psychische Schäden haben.

Um diese Kriminalität, die weder dem Wohl der Kinder noch des Staates diene, vorzubeugen, ersucht die Bw. weiterhin die Transferleistungen ihr auszubezahlen, die im Sinne der Kinder aufgewendet bzw. gespart werden.

Es sei auch möglich diese Transferleistungen auf ein Treuhandkonto einzubezahlen, damit diese im Sinne der Kinder nachweislich ausgegeben werden können.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 28. Juni 2010 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Mit Schreiben vom 14. September 2010 stellte die Bw. einen Vorlagenantrag und beantragte eine mündliche Verhandlung vor dem Senat.

Begründend führte die Bw. aus, dass die vorläufige Obsorge lediglich durch Amtsmissbrauch und Kindesentziehung übertragen worden sei und es bis heute keine endgültige Entscheidung darüber vorliege. Ebenso sei die Ummeldung der Kinder durch einen weiteren Amtsmissbrauch der Polizei erfolgt.

Viele Kosten für die Kinder würden nach wie vor von der Bw. und ihrer Familie getragen. Die Kinder würden gegen Menschen- und Kinderrechte seitens des Kindesvaters als Vermögenswerte gehalten und verwahrlost werden.

Mit Schreiben vom 11. April 2011 hat der Sachwalter den Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgezogen.

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

Unstrittig ist, dass die Kinder bis 28. Juli 2009 im Haushalt der Bw. lebten, und ab diesem Zeitpunkt im Haushalt des Kindesvater. Mit Beschluss vom 5. Mai 2009 des Bezirksgerichtes XY wurde der Bw. die Obsorge vorläufig entzogen und vorläufig dem Kindesvater übertragen.

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

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

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

Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass das Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG 1967 für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt „Haushaltszugehörigkeit“ keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit.

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 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 vom 18. März 1997, 96/14/0006) von Bedeutung, wobei es für die Frage der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes unerheblich ist, wer den Haushalt führt, dem das Kind angehört.

Unter Wohngemeinschaft versteht man das Zusammenleben mehrerer Personen in einer Wohnung, wobei allgemeine Räume wie Badezimmer, Küche oder Wohnzimmer gemeinsam benutzt werden, d.h. in welchem Haushalt die Kinder gewöhnlich ihren Alltag verbringen, die Mitteln des Haushalts benutzen und wo sie üblicherweise nächtigen und von wo aus sie die Schule besuchen.

Unter Wirtschaftsgemeinschaft versteht man, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt.

Vom erkennenden Senat wird festgestellt, dass für den Zeitraum des Berufungsbegehrens die Haushaltszugehörigkeit der Kinder beim Kindesvater gelegen ist. Durch die Übersiedlung der Kinder zum Kindesvater entsteht dort eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, wonach der Kindesvater Anspruchsberechtigter der Familienbeihilfe ist.

Somit kommt die Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 2 zweiter Satz nicht in Betracht, da es bereits einen Anspruchsberechtigten aufgrund der Haushaltszugehörigkeit der Kinder gibt. Die Prüfung der Unterhaltszahlungen ist somit obsolet.

Zu prüfen war lediglich, ob durch die Übersiedlung der Kinder zum Kindesvater sich diese nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Bw. aufhalten, und folglich die Haushaltszugehörigkeit zur Bw. nicht aufgehoben wurde.

Dazu wird festgestellt, dass sich die Kinder bereits seit mehr als einem Jahr nicht im Haushalt der Bw. aufgehalten haben. Weiters liegt ein Beschluss des Bezirksgerichtes XY vor, in dem die Obsorge der Kinder dem Kindesvater vorläufig übertragen und der Bw. – wenn auch vorläufig – entzogen wurde.

Vorübergehend kann ein Aufenthalt nur sein, wenn er nicht zu einer Auflösung der Wohngemeinschaft führt. 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.

Aufgrund dieser Tatsachen, Auflösung der Wohngemeinschaft mit der Bw., fehlende Haushaltszugehörigkeit und Übertragung der Obsorge an den Kindesvater kann nicht von einem vorübergehenden Aufenthalt der Kinder beim Kindesvater ausgegangen werden.

Nachdem die Kinder im gemeinsamen Haushalt mit dem Kindesvater leben, kann geschlossen, dass die Aufwendungen für die Kinder der Bw. zum überwiegenden Teil durch die Haushaltsführung des Kindesvaters getragen werden.

Aus diesen Gründen liegt eine einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kindesvater vor, und kein vorübergehender Aufenthalt beim Kindesvater außerhalb der Wohnung der Bw.

Da die beiden Kinder im strittigen Zeitraum nicht mehr im Haushalt der Bw. lebten, hat die Bw. keinen Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge und besteht die Rückforderung des Finanzamtes zu Recht. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 16. Juni 2011