



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Dr. Gerhard Preisl und Dr. Helgar Georg Schneider, Rechtsanwälte, 6900 Bregenz, Haus am See, Reichsstraße 5 a, vom 23. Juni 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bregenz vom 8. Juni 2004 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Dezember 2003 bis 29. Mai 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 8. Juni 2004 wurden vom Berufungswerber (Bw.) gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 4 Z 3 lit a bzw lit c Einkommensteuergesetz 1988 € 5.858,40 an zu Unrecht bezogenen Beträgen betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag vom Finanzamt rückgefordert, da der Bw. seit Mitte November 2003 mit den oben angeführten Kindern nicht mehr im gemeinsamen Haushalt lebt.

Mit Eingabe vom 23. Juni 2004 wurde gegen obgenannten Bescheid rechtzeitig Berufung erhoben und ausgeführt, dass es richtig sei, dass der Bw. im November 2003 über Ersuchen der Kindesmutter aus der Ehewohnung, in welcher sich die Kinder befinden, ausgezogen ist. Aufgrund nachfolgender Umstände und rechtlicher Überlegungen sei die Rückforderung der auf dem Konto des Bw. eingelangten Familienbeihilfenbeträge und Kinderabsetzbeträge jedoch nicht gerechtfertigt:

Die (Noch-)Ehefrau des Bw., welche als haushaltführender Elternteil nach § 2 a Abs. 1 FLAG 1967 die für die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge anspruchsberechtigte Person ist, habe gegenüber dem Finanzamt erklärt, dass die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge auf das Konto des Bw. zu überweisen sind. Der Bw. und seine (Noch-)Ehefrau hätten im November 2003 ausdrücklich miteinander vereinbart, dass bis auf weiteres die Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge weiterhin auf das Konto des Bw. überwiesen werden sollen, dies trotz des Auszuges des Bw., damit der Bw. die Rückzahlungen und den Zinsdienst für die Schulden, die auf dem Haus des Bw. sind, bezahlen kann. Die Ehefrau des Bw. habe deshalb beim Finanzamt trotz des Auszuges des Bw. nicht beantragt, dass die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge in Zukunft auf ein anderes Konto überwiesen werden sollen. Es sei deshalb festzuhalten, dass die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge mit Zustimmung der nach § 2 a Abs. 1 FLAG anspruchsberechtigten Person, nämlich mit Zustimmung der Ehefrau, vom Finanzamt auf das Konto des Bw. geflossen sind. Der Bw. habe am 5. März 2004 beim Bezirksgericht gegen seine Ehefrau die Scheidungsklage eingereicht. Offenbar habe dies die Ehefrau als Anlass genommen, von der vorherigen Vereinbarung abzugehen und die Überweisung der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge an sich selbst zu beantragen. Die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge würden vom Staat gewährt werden, um Familien bei einem Teil der durch die Kinder entstehenden Kosten zu unterstützen. Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge hätten bekanntlich Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, für Kinder, die bei ihnen haushaltsgerechtig sind oder für die sie überwiegend die Unterhaltskosten tragen. Die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge stünden grundsätzlich der haushaltführenden Mutter zu (siehe § 2 a Abs. 1 FLAG). Dies bedeute, dass die Kindesmutter schon vor dem Auszug des Bw. die Ansprüche auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge hatte. Sie habe aber das Finanzamt angewiesen, diese Beträge auf das Konto des Bw. zu überweisen, sozusagen als ihre "Zahlstelle". Durch den Auszug des Bw. habe sich deshalb an der rechtlichen Situation nichts geändert, da das Finanzamt diese Beträge weiterhin auf das von der Kindesmutter angegebene und von ihr nicht als Zahlstelle "widerrufene" Konto überwiesen hat. Es könne nun nicht sein, dass die Kindesmutter nach mehreren Monaten im nachhinein der Finanzbehörde mitteilt, dass es sich hier gar nicht um die richtige Zahlstelle gehandelt habe, sondern dass sie das Geld (nochmals) auf ein anderes Konto haben wolle. Wenn die Kindesmutter nunmehr behauptet, dass sie bis zum 29. April 2004 nicht mit einer Zahlung der Beihilfen auf das Konto des Bw. einverstanden gewesen wäre – was jedoch vehement bestritten wird –, dann wäre sie gehalten, in einem ordentlichen Gerichtsverfahren allfällige Regressansprüche gegen den Bw. durchzusetzen. Selbst wenn es gegenständlich einen

Verzicht der Kindesmutter nach § 2 a Abs. 2 FLAG 1967 gegeben hätte und der Berufungswerber selbst Anspruchsberechtigter war, könnte die Kindesmutter nicht rückwirkend ihren Verzicht widerrufen. Dies gehe ganz klar aus der Textierung des § 2 a Abs. 2 FLAG 1967 hervor, wonach ein Verzicht nur dann rückwirkend abgegeben werden kann, wenn eine Familienbeihilfe noch nicht bezogen worden ist. Daraus folge, dass auch nicht nachträglich ein Verzicht widerrufen werden kann, sondern nur für die Zukunft. Andernfalls wäre es wohl ein leichtes, den Staat zur Doppelauszahlung der Beihilfen zu bringen (Beispiel: Die Kindesmutter, die jahrelang zusieht, wie der schon vor Jahren ausgezogene Kindesvater die Beihilfe kassiert, erklärt plötzlich den Widerruf auf drei Jahre zurück – der Staat zahlt dann alles doppelt an die Kindesmutter nach – beim Kindesvater ist wegen Vermögens- und Einkommenslosigkeit nichts zu holen – die Kindeseltern teilen sich dann den "Profit"). Nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 könne die Familienbeihilfe vom Finanzamt nur dann zurückgefordert werden, wenn die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen worden ist. Wie oben ausgeführt, sei der Bw. bloße "Zahlstelle" für die Beihilfenzahlungen an die Kindesmutter. Wenn man davon ausgehe, dass aufgrund eines Verzichtes der Kindesmutter der Bw. Beihilfenbezieher war, ergibt sich, dass – nachdem ein Widerruf nicht nachträglich erklärt werden kann – die Beihilfenzahlungen an den Bw. bis zum Tage des Widerrufes rechtmäßig waren. Wie auch immer, es könne dem Bw. also nicht vorgeworfen werden, dass er Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hätte, sodass er auch nicht zur Rückzahlung der Beihilfen verpflichtet werden kann. Als Beweis wurde die Einvernahme der Kindesmutter und PV angeführt.

Laut Telefaxnachricht vom 14. Juli 2004 des Verfahrenshelfers der Ehegattin des Bw. im anhängigen Scheidungsverfahren existiere keine mündliche noch schriftliche Vereinbarung, dass die Familienbeihilfe weiterhin an den getrennt lebenden Gatten ausbezahlt werden soll, um Rückzahlungen zu leisten. Diese gemachten Angaben des Ehegatten seien unrichtig gewesen. In einer weiteren Telefaxnachricht vom 3. August 2004 wurde noch ergänzend ausgeführt, dass die Ehefrau des Bw. Brasilianerin sei. Sie sei erst vor wenigen Jahren nach Österreich gekommen und daher der deutschen Sprache noch nicht besonders gut mächtig. Bis zum Auszug des Ehegatten aus der Wohnung seien Formalitäten stets vom österreichischen Ehemann erledigt worden. Die Antragstellung auf Änderung des Empfängerkontos für die Familienbeihilfe oder auch nur die Einrichtung eines eigenen Kontos hätten von der Ehefrau des Bw. erst als Möglichkeit erkannt bzw. erst die sprachlichen Hürden etc. überwunden werden müssen. Nach dem Auszug des Ehemannes habe die Mandantin vorerst noch gehofft, dass ihr Ehemann in Bälde wieder zurückkehrt. Die Lebenshaltungskosten der Kinder seien ua. aus den letzten Ersparnissen der Ehefrau gedeckt worden. Erst als diese zur Neige gegangen seien bzw. der Ehegatte durch die Scheidungsklage bekräftigt habe, nicht zurückzukehren, wurde kundige Hilfe gesucht und

dabei realisiert, welche Zahlungen der Ehegattin fälschlicherweise vorenthalten wurden. In der Folge sei ein entsprechender Antrag gestellt worden. Dem Ehemann der Mandantin seien die konkreten Umstände bekannt gewesen. Er habe ua. gewusst, dass seine Ehegattin Schwierigkeiten mit Formalitäten haben wird, und er hat zu seinen Gunsten – es geht doch um erhebliche Beträge – eine Änderung unterlassen, obwohl er mit seinem Auszug aus der Ehewohnung dazu verpflichtet gewesen wäre. Die Wohnung stehe im grundbürgerlichen Alleineigentum des Ehemannes. Durch die Rückzahlung der Raten verringere sich sein persönlicher Schuldenstand bzw. vergrößere sich damit sein Vermögen. Den Kindern fließe durch die Schuldentilgung kein Vorteil zu. Die Aussage, dass der Bw. mit der Bezahlung der Wohnungskosten mehr bezahlt habe, als seine Unterhaltsverpflichtung betragen hat, ist völlig unrichtig. Es sei auch nicht nachvollziehbar, woher diese Information stammt. Das Bezirksgericht habe mit seinem Beschluss einstweilige Unterhaltsbeträge zu Gunsten der Kinder festgesetzt, die im Ausmaß zwischen zumindest jeweils € 80,00 bis € 125,00 in Rechtskraft erwachsen sind. Im Rahmen der Unterhaltsfestsetzung seien sämtliche Auslagen des Kindesvaters für Wohnungskosten unter dem Titel der "Zurverfügungstellung von Wohnraum" voll berücksichtigt worden. Der Bw. müsse zusätzlich zu den Wohnungskosten Unterhalt bezahlen. Es könne daher keine Rede davon sein, dass der Bw. mit den Wohnungskosten bereits mehr bezahlt hat, als seine Unterhaltsverpflichtung betragen hat. Eine Bezahlung der schon bei der gerichtlichen Unterhaltsberechnung berücksichtigten und großteils nur eigenes Vermögen schaffenden Wohnungskosten mit Familienbeihilfenbeträgen, die der Kindesmutter zustehen, sei grundlegend falsch. Eine Vereinbarung zwischen der Mandantin und dem Bw., dass dieser Rückzahlungsraten auf seinen Wohnungskredit - ua. Zahlungen an Tilgungsträger – aus der Familienbeihilfe leistet, sei selbstverständlich niemals getroffen worden.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 4. August 2004 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen, da der Bw. seit Mitte November 2003 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit seinen Kindern lebe und somit die vorrangige Anspruchsvoraussetzung der Haushaltzugehörigkeit ab Dezember 2003 beim Bw. nicht mehr vorliege.

Mit Eingabe vom 13. August 2004 führte der Vertreter des Bw. aus, dass es selbstverständlich richtig sei, dass aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen der Anspruch auf Familienbeihilfe beim haushaltführenden Elternteil liegt. Dies sei jedoch nicht der Punkt. Entscheidend sei vielmehr, dass die Ehefrau des Bw. ausdrücklich (wenn auch nicht schriftlich) gegenüber seines Mandanten bzw. konkludent gegenüber dem Finanzamt (nämlich durch Unterlassen eines Antrages, dass die Familienbeihilfe auf ein anderes Konto zu überweisen ist) sich damit einverstanden erklärt habe, dass die Familienbeihilfe weiterhin auf das Konto seines Mandanten überwiesen wird. Es könne doch wohl nicht sein, dass ein Anspruchsberechtigter

im nachhinein daherkommt und behauptet, dass er nicht mit den Überweisungen auf dieses Konto (einer anderen Person) einverstanden gewesen sei. Wenn dem so tatsächlich wäre, wäre es ein leichtes, bei Vater Staat zweifach die Familienbeihilfe einzukassieren (siehe das unter Punkt 3. der Berufung angegebene Beispiel des Zusammenwirkens der Kindeseltern). Dem Vertreter des Bw. sei schon klar, dass die Ehefrau nunmehr behauptet, dass es keine solche Vereinbarung zwischen seinem Mandanten und ihr gegeben hat. Faktum sei aber jedenfalls, dass die Ehefrau über Monate zugeschaut hat, dass die Familienbeihilfe auf das Konto seines Mandanten überwiesen wird. Sei es in einem solchen Fall wirklich möglich, von Vater Staat die nochmalige Auszahlung der Familienbeihilfe zu begehren? Wohl kaum! Wenn die Ehefrau mit der Zahlung auf das Konto seines Mandanten nicht einverstanden gewesen wäre, hätte sie (nicht zuletzt aufgrund ihrer Schadensminderungspflicht und ihrer abgabenrechtlichen Mitwirkungspflicht) die Verpflichtung gehabt, dem Finanzamt unverzüglich mitzuteilen, dass sie die Gelder in Zukunft auf ein eigenes Konto haben will. Dies habe sie jedoch nicht getan, sodass der Antrag der Ehefrau auf nochmalige Auszahlung der Familienbeihilfe wohl abzuweisen sein wird. Folglich könnte sein Mandant (welcher die Familienbeihilfenbeträge zur Finanzierung der Wohnung, in welcher die Ehefrau mit ihren Kindern wohnt, verwendet hat) nicht zur nochmaligen Zahlung verpflichtet werden. Falls es wirklich so funktionieren sollte, wie sich das die Ehefrau vorstellt, werde befürchtet, dass dies Schule machen wird und es dann immer wieder vorkomme, dass der Staat wegen Uneinbringlichkeit der Ersatzbeträge beim Kindesvater ein zweites Mal zahlen muss.

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

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes 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 § 2 a Abs. 1 FLAG 1967 geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor, wenn ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört. Bis zum Nachweis des Gegenteiles wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt. In den Fällen des Abs. 1 kann nach Abs. 2 der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

Gemäß § 25 FLAG 1967 sind Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person ausgezahlt wird, verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tage des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, bei dem nach § 13 FLAG 1967 zuständigen Finanzamt zu erfolgen. Eine derartige Meldung ist vom Bw. bzw seiner Ehefrau nicht erfolgt.

Da aufgrund bestehender eindeutiger gesetzlicher Bestimmung ein dementsprechender Sachverhalt, wonach der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten kann, wenn die Voraussetzungen des § 2 a Abs. 1 FLAG 1967 vorliegen, ab November 2003 durch den Auszug des Bw. aus der Ehewohnung nicht mehr vorgelegen ist, ist nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates der Anspruch des Bw. auf Überweisung der strittigen Beträge nicht mehr gegeben. Auch eine etwaige schriftliche Vereinbarung wäre diesbezüglich nicht mehr relevant.

Es erübrigt sich auch, den Beweisantrag des rechtlichen Vertreters des Bw. zu folgen, da weder das Beweisthema konkretisiert noch bekanntgegeben wurde, was eine Aussage der genannten Person erweisen hätte können. Unbestritten war und ist, dass der Bw. die eheliche Wohnung im November 2003 verlassen hat und dass es keine schriftliche Vereinbarung gab, welche zum Inhalt hatte, dass die Ehefrau des Bw. weiterhin auf die Zahlungen des Finanzamtes zugunsten des Ehegatten verzichten würde. Von der rechtlichen Vertretung wurde nämlich nur eingewendet, dass die Ehefrau monatelang "zugeschaut" habe.

Unter den gegebenen Umständen war der Berufung daher kein Erfolg beschieden und es war wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Feldkirch, am 1. Dezember 2004