

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A, Adr, vertreten durch Rechtsanwalt, über die Beschwerde vom 02.09.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Innsbruck vom 28.07.2016, SV-Nr, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Oktober 2015 bis Jänner 2016 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Im Rahmen der Überprüfung des Familienbeihilfenanspruches hat das Finanzamt am 4.7.2016 an Fr. A (= Beschwerdeführerin, Bf) ein Ergänzungersuchen übermittelt. Mit Antwortschreiben vom 25.7.2016 wurde ein Beschluss des Bezirksgerichtes X vom 31.3.2015, ZI1, über die einvernehmliche Scheidung samt Protokoll und Scheidungsvergleich vorgelegt und mitgeteilt:

Die Ehe zwischen der Bf und Herrn B sei am 31.3.2015 geschieden worden. Der geschiedene Gatte habe offensichtlich nunmehr einen Antrag auf Familienbeihilfe (FB) gestellt, der unberechtigt sei. Laut rechtskräftigem und vollstreckbarem Scheidungsvergleich sei nämlich hinsichtlich der beiden gemeinsamen Kinder - C, geb. Feber 2009, und D, geb. Mai 2012 - vereinbart worden, dass die FB in Zukunft ausschließlich von der Bf bzw. Kindesmutter (KM) bezogen werde und der Kindesvater (KV) aus diesem Titel auf jegliche Forderung gegenüber sowohl der KM als auch dem Finanzamt verzichte. Es sei ein gemeinsames Obsorgerecht vereinbart, jedoch auch, dass die Wohnsitznahme der Kinder beim KV erfolge. Der geschiedene Gatte sei allerdings gegen den Willen der Bf mit beiden Kindern im Jänner 2016 nach Y verzogen, weshalb ein Obsorgerechtsverfahren bei Gericht behänge.

Der Scheidungsvergleich lautet auszugsweise wie folgt:

"... I. Obsorge

Die Obsorge nach § 158 ABGB ... für die mj. Kinder ... steht künftig beiden Antragstellern gemeinsam zu.

Die Wohnsitznahme erfolgt beim Vater und Erstantragsteller.

II. Kindesunterhalt:

Der Vater ... verpflichtet sich in Zukunft für den Unterhalt der mj. D ... und C ... durch Leistung eines Unterhaltes alleine aufzukommen.

Der Kindesvater kommt seiner Unterhaltsverpflichtung dadurch nach, indem die beiden Kinder bei ihm wohnen und er sie in seinem Haushalt versorgt und gepflegt.

Sollte die Kindesmutter von den Kindern unterhaltsrechtlich in Anspruch genommen werden, erklärt der Vater die Kindesmutter vollkommen schad- und klaglos zu halten.

.....

Hinsichtlich der Familienbeihilfe für die beiden gemeinsamen Kinder wird vereinbart, dass diese in Zukunft ausschließlich von der Mutter ... bezogen wird. Der Erstantragsteller verpflichtet sich diesbezüglich, sämtliche erforderlichen Erklärungen über Aufforderung insbesondere gegenüber dem Finanzamt unverzüglich abzugeben. Darüber hinaus verzichtet der Erstantragsteller auf jegliche Forderung aus dem Titel der Familienbeihilfe sowohl gegenüber dem Finanzamt als auch gegenüber der Zweitantragstellerin.

III. Kontaktrecht

Die Kindesmutter ... übt ihr Kontaktrecht der Gestalt aus, indem sie die gemeinsamen Kinder an jedem Tag ... in der Woche nach Absprache zu sich nehmen kann, zumindest aber jeweils dreimal pro Woche

IV. Ehegattenunterhalt

.....

V. Ehwohnung, Vermögen, Schulden

Das Wohnverhältnis an der Mietwohnung in X,AStr1, wurde insofern einvernehmlich geregelt, wobei die Zweitantragstellerin aus der gemeinsamen Wohnung bis längstens 30.9.2015 ausziehen wird.

....

Der Mietvertrag läuft ausschließlich auf den Erstantragsteller B.

....".

Im Akt erliegen Abfragen des FA aus dem Zentralen Melderegister (ZMR) zu sämtlichen Familienmitgliedern, woraus hervorkommt:

Gemeinsam gemeldeter Hauptwohnsitz mit beiden Kindern war ab Feber 2013 die vormalige Ehwohnung in X,AStr1. Seit dem 17.9.2015 ist die Bf mit Hauptwohnsitz an der Adresse in X,BStr2, gemeldet; der geschiedene Gatte/KV ist mit beiden mj. Kindern nach Y verzogen und dort ab Feber 2016 mit Hauptwohnsitz angemeldet.

Das Finanzamt hat daraufhin mit Bescheid vom 28.7.2016, SV-Nr, von der Bf für die beiden mj. Kinder zu Unrecht bezogene Beträge an FB und Kinderabsetzbetrag (KG) für den Zeitraum Oktober 2015 bis Jänner 2016 in Höhe von gesamt € 1.464,20

zurückgefordert. In der Begründung wird nach Darstellung des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ausgeführt: *"Da Sie seit 17. September 2015 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit Ihren Kindern leben, muss die Familienbeihilfe für obige Zeit zurückgefordert werden."*

In der dagegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde wurde unter Verweis auf den Scheidungsvergleich gleichlautend wie bereits im (obzitierten) Antwortschreiben vom 25.7.2016 ausgeführt und die Bescheidaufhebung beantragt.

Die abweisende Beschwerdevorentscheidung wurde im Wesentlichen dahin begründet: Mangels anderweitiger Behauptungen sei davon auszugehen, dass die Bf zumindest seit 17.9.2015 (lt. ZMR) nicht mehr mit den beiden Kindern im gemeinsamen Haushalt lebe. Ab diesem Zeitpunkt seien sie allein beim KV haushaltszugehörig, wodurch dem KV der Anspruch auf FB vermittelt werde. Dem Einwand, laut Scheidungsvergleich sei der alleinige FB-Bezug durch die Bf sowie der Verzicht des KV auf jegliche Forderung aus diesem Titel vereinbart, komme im Hinblick auf die zwingenden Vorschriften des FLAG keine rechtliche Relevanz zu, da es sich hierbei um eine zivilrechtliche Vereinbarung handle.

Mit Vorlageantrag vom 12.12.2016 wurde - ohne weiteres Vorbringen oder Replik - die Entscheidung über die Beschwerde durch das Bundesfinanzgericht (BFG) begehrt.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG), BGBl 1967/376 idgF, haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben:

nach lit a) für minderjährige Kinder.

Nach **§ 2 Abs. 2 FLAG 1967** hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind *die Person, 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 (dh. subsidiär) Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

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

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG näher umschrieben; demnach kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an.

Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe *primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an*. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann.

§ 2a FLAG 1967 regelt den "vorrangigen Anspruch auf Familienbeihilfe":

"(1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. ...".

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Gleiches gilt für zu Unrecht bezogene und gemeinsam mit der Familienbeihilfe ausbezahlte Kinderabsetzbeträge (§ 33 Abs. 3 EStG iVm § 26 FLAG).

Zufolge § 2a FLAG 1967 soll dann, wenn ein Kind zum *gemeinsamen Haushalt* der Eltern gehört, jener vorrangig den FB-Anspruch haben, der den Haushalt überwiegend führt. Diesbezüglich gilt – bis zum Nachweis des Gegenteils - die gesetzliche Vermutung, dass es sich hierbei um die Kindesmutter handelt.

Diese Bestimmung regelt also den "Konkurrenzfall", wenn ein Kind zum Haushalt beider Elternteile gehört, und stellt dabei auf die überwiegende Haushaltsführung ab. Der Verzicht einer anspruchsberechtigten Person auf Bezug der FB zugunsten des anderen Elternteils setzt nach § 2a FLAG somit voraus, dass das Kind, für das der Anspruch besteht, zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört.

Mit dem *Auszug eines Elternteiles* aus der (bisher) gemeinsamen (Ehe)Wohnung und dem Verbleiben des Kindes in dieser Wohnung fällt für diesen (dh. den ausgezogenen) Elternteil die Anspruchsberechtigung gänzlich weg, weil die Tatbestandsvoraussetzung des § 2 Abs. 2 FLAG (= die primär maßgebende Haushaltszugehörigkeit) nicht mehr gegeben ist. Es liegt damit auch kein Fall des § 2a FLAG mehr vor.

Unabhängig von einem zuvor allenfalls abgegebenen Verzicht iSd § 2a Abs. 2 FLAG kommt der Anspruch auf FB ab dem dem Auszug folgenden Monat (§ 10 Abs. 2) *nur mehr dem Elternteil zu, welcher mit dem Kind im gemeinsamen Haushalt wohnt* (vgl. VwGH 21.9.2009, 2009/16/0081; VwGH 28.2.2002, 2001/15/0207; siehe zu vor: *Csaszar/Lenneis/Wanke*, Kommentar FLAG, Rz 3 zu § 2a).

Damit ist aber der gegenständliche Beschwerdefall bereits entschieden:

Sowohl die im Scheidungsvergleich ausdrücklich festgelegte Wohnsitznahme und damit die Haushaltszugehörigkeit der beiden Kinder beim Kindsvater wie auch der Auszug der Bf spätestens zum 17.9.2015 aus der bisherigen Ehwohnung, wie aus deren Hauptwohnsitzverlegung laut ZMR hervorgeht, stehen gänzlich außer Streit.

Der Auszug der Bf aus dem gemeinsamen Haushalt führt daher bei ihr zum Wegfall des FB-Anspruches hinsichtlich beider Kinder, da die Tatbestandsvoraussetzung nach § 2

Abs. 2 FLAG der "Haushaltszugehörigkeit" nicht mehr vorliegt. Dieser Anspruch kommt ab dem Folgemonat ausschließlich mehr dem Kindesvater zu.

In Anwendung oben dargestellter und allein maßgeblicher Bestimmungen des FLAG 1967 entfaltet diesfalls, entgegen dem Dafürhalten der Bf, auch der im Zuge der Scheidung zu ihren Gunsten abgegebene Verzicht des KV auf die Familienbeihilfe gegenüber der Finanzbehörde keinerlei rechtlich verbindliche Wirkung.

Aufgrund des Umstandes, dass die Bf den gemeinsamen Haushalt verlassen hat, liegt kein sog. "Konkurrenzfall" iSd § 2a Abs. 2 FLAG 1967 vor. Dem im Rahmen des zivilrechtlichen Scheidungsverfahrens abgegebenen Verzicht des KV kommt damit keinerlei rechtliche Bedeutung zu.

Festgehalten wird in diesem Zusammenhalt noch, dass nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes die Rückzahlungspflicht gemäß § 26 Abs. 1 FLAG den Bezieher der Familienbeihilfe trifft. Diese Bestimmung normiert eine *objektive* Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat und ist die Rückerstattungspflicht von subjektiven Momenten unabhängig.

Entscheidend ist somit allein, ob der Empfänger die Beträge nach den gesetzlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu Unrecht erhalten hat (vgl. VwGH 16.2.1988, 85/14/0130; VwGH 13.3.1991, 90/13/0241; VwGH 31.10.2000, 96/15/0001).

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage konnte daher der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein und war spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision:

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Lösung der Frage, ob dem nicht mehr haushaltszugehörigen Elternteil (Bf) bei einem vom anderen Elternteil abgegebenen Verzicht zu seinen Gunsten etwa dennoch ein Anspruch auf die FB zukommt, ergibt sich bereits anhand der gesetzlichen Bestimmungen nach §§ 2 Abs. 2 und 2a FLAG 1967 in Zusammenhalt mit der angeführten VwGH-Rechtsprechung (zB VwGH 21.9.2009, 2009/16/0081; VwGH 28.2.2002, 2001/15/0207). Nachdem sohin keine Rechtsfrage von "grundsätzlicher Bedeutung" vorliegt, ist eine Revision nicht zulässig.

