

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Vorsitzenden Dr. Romuald Kopf und die weiteren Senatsmitglieder Dr. Gerhild Fellner, Mag. Tino Ricker und Mag. Michael Kühne im Beisein der Schriftführerin Jennifer Reinher

in der Beschwerdesache des Adr1,

betreffend den Bescheid des Finanzamtes Feldkirch vom 20.06.2016,

hinsichtlich "Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge - Kinderabsetzbetrag" für 3 Kinder für den Zeitraum 04/2014 bis 04/2016

in der Sitzung vom 6.4.2017 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

In seiner **Beschwerde** brachte der Beschwerdeführer vor, seine Leistungen an seine Gattin und die drei Kinder hätten dem vollen Umfang der bezogenen Zahlungen entsprochen.

Der Verzicht vom aabbcccc, den seine Gattin zu seinen Gunsten auf die Ausgleichszahlungen für die Kinder abgegeben habe, liege dem Finanzamt vor.

Er habe zudem die Zuschriften des Finanzamtes zur "Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe", die an seine alte Adresse gegangen seien, nie bzw. erst mit Verspätung erhalten.

Es erging eine abweisende **Beschwerdevorentscheidung**, in der seitens der Abgabenbehörde ausgeführt wurde: Der Beschwerdeführer habe ab 18.4.2014 einen Wohnsitz in A begründet. Seine Kinder wohnten jedoch in B. Aus seiner

Arbeitnehmerveranlagung sei zu ersehen, dass er seit 1.4.2014 Unterhalt für seine drei Kinder leiste, was nur dann erforderlich sei, wenn die Kinder nicht im selben Haushalt mit dem Vater wohnten.

Die im Sinne des § 2a Abs. 1 iVm § 4 Abs. 2 FLAG 1967 abgegebene Verzichtserklärung habe einen Zeitraum betroffen, in dem die Kinder zum gemeinsamen Haushalt beider Eltern gehört hätten. Da die Haushaltszugehörigkeit zum Beschwerdeführer seit 1.4.2014 aufgehoben sei, sei die Verzichtserklärung hinfällig und nicht mehr anwendbar.

Haushaltsführender Elternteil sei seit diesem Zeitpunkt die getrennt lebende Gattin, der Beschwerdeführer habe keinen Anspruch mehr auf die Ausgleichszahlung. Es sei daher zu Recht zur Rückforderung gekommen.

Entsprechend den §§ 26 Abs. 1 FLAG und 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 seien zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen zurückzuzahlen, wobei es ausschließlich auf die Verwirklichung des objektiven Sachverhaltes ankomme. Umstände, wie etwa ein inzwischen erfolgter gutgläubiger Verbrauch, spielten daher keine Rolle.

Daraufhin langte ein **Antrag auf Vorlage der Beschwerde** an das Bundesfinanzgericht ein. Der Beschwerdeführer hielt sein bisheriges Vorbringen aufrecht und ergänzte: Die schriftliche Verzichtserklärung seiner Gattin sei niemals in Schriftform widerrufen worden, somit sei dieses Dokument nach wie vor aufrecht gewesen.

Sein Nebenwohnsitz sei weiterhin Bb. Der Wohnsitzbegriff des § 26 BAO erfordere nicht die ununterbrochene tatsächliche Anwesenheit. Es könne jemand auch mehrere Wohnsitze haben. Er habe außerdem den gesamten Unterhalt für seine getrennt lebende Frau und sein drei Kinder geleistet und auch deren Wohnversorgung sichergestellt. Das von der Gattin und den Kindern bewohnte Haus stehe in seinem Eigentum.

Somit habe er überwiegend alle Kosten getragen. Zu Recht sei ihm daher der Kinderabsetzbetrag zugestanden. Er legte Kostenaufstellungen für die Jahre 2014 und 2015, die nicht widerrufene Verzichtserklärung der Gattin aus dem Jahr 2008 sowie eine gerichtliche Vereinbarung betreffend die Unterhaltsleistungen bei.

Der Beschwerdeführer führte im Weiteren aus, die Kinder seien regelmäßig bei ihm in A, bzw. er bei den Kindern in Bb. Er führe also zwei Haushalte gleichzeitig.

Er beantragte eine mündliche Verhandlung vor dem gesamten Beschwerdesenat.

Die mündliche Verhandlung fand am 6.4.2017 statt. Auf die darüber aufgenommene Niederschrift wird verwiesen.

### **Erwägungen:**

Das Bundesfinanzgericht legt seinem Erkenntnis nachstehende Punkte als feststehend zugrunde:

- Der Beschwerdeführer und seine Gattin C leben seit 18.4.2014 getrennt.
- Der Hauptwohnsitz des Beschwerdeführers befand sich ab diesem Datum in A, später in H.
- Die Gattin lebt mit den drei minderjährigen Kindern D, E und F weiterhin am ursprünglich von der gesamten Familie bewohnten Haus in Bb.
- Die Kinder besuchen im Streitzeitraum den Kindergarten in I bzw. die Volksschule in Bb (F), die Volksschule in Bb (E) und das Gymnasium in J (D).
- Nach der Schule/dem Kindergarten kehren sie in das Haus in Bb zurück.
- Die Kinder nächtigen überwiegend in diesem Haus.
- Das Haus steht im Eigentum des Beschwerdeführers.
- Der Beschwerdeführer hat in Bb seit 18.4.2014 einen Nebenwohnsitz.
- Er übt eine Berufstätigkeit in G aus und bezahlt Unterhalt für die Gattin und die drei Kinder.
- Die Arbeitszeiten des Beschwerdeführers in K/Liechtenstein umfassen den Zeitraum 6:00 bis 16:30.
- Die Kinder verbringen jedes zweite Wochenende von Freitagnachmittag bis Sonntag beim Beschwerdeführer, außerdem 4 Wochen Urlaub. Auch unter der Woche hat er regelmäßig Kontakt zu ihnen und begleitet sie etwa zum Musikunterricht.
- Anlässlich seines Auszuges aus dem Familienwohnhaus im April 2014 teilte der Beschwerdeführer dem Finanzamt seine Adressänderung mit. Die Beihilfenabteilung wurde darüber seitens der Allgemeinveranlagung nicht in Kenntnis gesetzt.
- Dem Beschwerdeführer wurde ab 2014 der Unterhaltsabsetzbetrag gewährt.

Die Feststellungen beruhen auf Zentralmelderegisterauskünften, einem Gerichtsprotokoll betreffend Unterhaltsvereinbarung, einem Grundbuchsauszug, unwidersprochen gebliebenem Akteninhalt sowie den glaubwürdigen Ausführungen des Beschwerdeführers und des Vertreters der Beihilfenabteilung in der mündlichen Verhandlung.

Betreffend die mehrfach erwähnte, im Akt aufliegende Verzichtserklärung der Gattin vom aabbcccc stellt das Bundesfinanzgericht fest, dass diese keine Unterschrift der Gattin aufweist.

### **Gesetzliche Grundlagen und rechtliche Würdigung:**

Gemäß **§ 4 Abs. 1 FLAG** 1967 haben Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Gemäß Abs. 2 leg. cit. erhalten österreichische Staatsbürger, die nach Abs. 1 ..... vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der ausländischen Beihilfe geringer ist als die Familienbeihilfe nach dem FLAG.

Gemäß Abs. 6 leg. cit. gilt die Ausgleichszahlung als Familienbeihilfe iSd FLAG.

Auch wenn die ausländische Familienleistung höher ist als die österreichische Familienbeihilfe, steht der Kinderabsetzbetrag iSd **§ 33 Abs. 3 EStG 1988** immer in voller Höhe zu.

Wie schon in der Beschwerdevorentscheidung ausgeführt, hat gemäß **§ 2 Abs. 2 FLAG 1967** jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die aber die Unterhaltskosten überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

In Abs. 5 des § 2 FLAG 1967 wird normiert, dass ein Kind dann zum Haushalt einer Person gehört, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsführung gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) das Kind sich nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b)....
- c)....

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Gemäß **§ 2a Abs. 1 FLAG 1967** gilt: Gehört ein Kinde 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.

Abs. 2 leg. cit. besagt, dass in den Fällen des Abs. 1 der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles darauf verzichten kann. .... Der Verzicht kann widerrufen werden.

In **§ 26 Abs. 1 FLAG 1967** wird verfügt, dass, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen hat. Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 ist § 26 FLAG 1967 auch im Falle zu Unrecht bezogener Kinderabsetzbeträge anzuwenden.

Gemäß **§ 33 Abs. 4 Z 3 EStG 1988** steht Steuerpflichtigen, die für ein Kind den gesetzlichen Unterhalt leisten, ein Unterhaltsabsetzbetrag zu, wenn sich das Kind in der EU.....aufhält und nicht ihrem Haushalt zugehört....

**Strittig ist:** Erfolgte die Rückforderung der im Wege einer Ausgleichszahlung an den Beschwerdeführer geleisteten Kinderabsetzbeträge für seine drei Kinder zu Recht?

Wie aus obenstehenden Normierungen erschlossen werden kann, ist für die Anspruchsberechtigung die Haushaltszugehörigkeit des Kindes entscheidend. Das Gesetz geht gemäß § 2 FLAG 1967 erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann.

Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, hängt ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar

jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nöchtigungen in Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (zB Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (*Horst Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 2, Rz 140 mit Verweis auf die höchstgerichtliche Judikatur).

Mit dem Auszug eines Elternteiles aus der bisher gemeinsamen (Ehe-)Wohnung und dem Verbleiben des Kindes in dieser Wohnung fällt für diesen Elternteil die Anspruchsberechtigung weg, weil die Tatbestandsvoraussetzung des § 2 Abs 2 nicht mehr gegeben ist (*Nowotny aaO*, Rz 141 mit Verweis auf die höchstgerichtliche Judikatur).

Ein Anspruch auf Geldunterhalt spielt bei der Haushaltszugehörigkeit nach § 2 Abs. 2 erster Satz in Verbindung mit Abs. 5 erster Satz keine Rolle (*Nowotny aaO*, mit Verweis auf die höchstgerichtliche Judikatur).

**Im Lichte der herrschenden Lehre und geltenden Rechtsprechung** ist daher für die Position des Beschwerdeführers nichts zu gewinnen:

Unstrittig ist er im April 2014 aus der bis dahin bestehenden Ehe- und Familienwohnung ausgezogen. Die drei Kinder, damals zwei Schüler und ein Kindergartenkind, sind mit der Mutter dort zurückgeblieben. Sie gehörten daher zum Haushalt der Mutter, die als nicht berufstätige Frau zweifellos für die Betreuung der Kinder sorgte, den Schul- bzw. Kindergartenbesuch koordinierte, für die Kinder kochte, ihre Kleidung in Ordnung hielt etc.

Soweit der Beschwerdeführer argumentierte, entsprechend dem Wohnsitzbegriff des § 26 BAO könne eine Person auch mehrere Wohnsitze haben, vermag dies seine Position nicht zu stärken. Es kommt nämlich nicht auf seine/n Wohnsitz/e an (Hauptwohnsitz in A bzw. H, Nebenwohnsitz in Bb), sondern auf die Haushaltszugehörigkeit der Kinder. Nach dem Ergebnis der Ermittlungen und dem Akteninhalt (Schule bzw. Kindergarten im örtlichen Einzugsbereich, polizeiliche Meldung als Hauptwohnsitz, Erklärung der Gattin in ihrem Schreiben aus dem Jahr 2016 betreffend Gewährung der Ausgleichszahlung) gehören die Kinder zweifellos dem Haushalt der Mutter an. Regelmäßige Besuche beim Vater in A oder H heben als vorübergehende Aufenthalte die Haushaltszugehörigkeit bei der Mutter nicht auf (§ 2 Abs. 5 lit. a FLAG).

Wie oben ausgeführt, spielt der Umstand, dass der Vater für den Unterhalt der Kinder (und der Mutter) inklusive der Bereitstellung von Wohnraum in dem ihm gehörigen Haus aufzukommen hat, hiebei keine Rolle. In diesem Zusammenhang ist auf den dem Beschwerdeführer gewährten Unterhaltsabsetzbetrag hinzuweisen. Ein solcher steht einem Steuerpflichtigen nur für ein Kind zu, das nicht seinem Haushalt angehört (siehe oben). Kinderabsetzbetrag und Unterhaltsabsetzbetrag schließen einander beim selben Steuerpflichtigen für gleiche Zeiträume aus (*Herzog in Doralt/Kirchmayr/Zorn*, EStG<sup>18</sup>, § 33 Tz 61).

Gemäß § 2 Abs. 2, 2. Satz FLAG 1967, hätte der Beschwerdeführer - zu dessen Haushalt die Kinder nicht gehören - aus dem Titel der überwiegenden Tragung des Unterhalts nur

dann Anspruch auf die Familienbeihilfe (samt Kinderabsetzbeträgen), wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt wäre. Dies ist aber nach allem Ausgeführten die Mutter der Kinder.

Soweit sich der Beschwerdeführer auf die in Zeiten aufrechter Ehe (2008) von seiner Gattin iSd § 2a Abs. 1 und 2 FLAG abgegebene, niemals widerrufenen Verzichtserklärung stützt, ist ihm zu entgegnen: Schon aus dem Gesetzestext geht hervor, dass die laut § 2a leg. cit. vorgesehene Verzichtsmöglichkeit des überwiegend den Haushalt führenden Elternteiles sich auf Fälle der gemeinsamen Haushaltsführung der Eltern bezieht.

Wird die gemeinsame Haushaltsführung aufgehoben, wie es im Streitfall ab April 2014 der Fall war, so ist dem Anwendungsbereich des § 2a FLAG 1967 der Boden entzogen und eine allenfalls abgegebene Verzichtserklärung verliert ihre Gültigkeit. Es ist quasi zu einem Wegfall der Geschäftsgrundlage gekommen, weil nicht mehr zwei Eltern mit den Kindern zusammen einen Haushalt führen, sondern die beiden Eltern zwei getrennte Haushalte führen. Die Frage, welcher Elternteil Anspruch auf die Familienbeihilfe hat, ist neu zu bewerten. Hiezu ist iSd § 2 Abs. 2 und 5 FLAG festzustellen, bei welchem Elternteil die Kinder haushaltszugehörig sind.

Sollte daher im Streitfall auch bei der Abgabenbehörde eine gültig zustandegekommene Verzichtserklärung der Gattin aus dem Jahr 2008 aufliegen - das im Akt befindliche Exemplar ist, wie gesagt, nicht von ihr unterfertigt - bzw. sollte die Beihilfenstelle in Zeiten aufrechter Ehe die bloß elektronisch heruntergeladene, nicht unterschriebene Erklärung akzeptiert haben, ist damit nichts zu gewinnen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer ab April 2014 keinen Anspruch mehr auf die Familienbeihilfe für seine drei Kinder hat, weil sie seit diesem Zeitpunkt gemäß § 2 Abs. 2 und 5 FLAG 1967 nicht mehr bei ihm haushaltszugehörig sind.

Die Rückforderung gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967, die insofern auch für Kinderabsetzbeträge gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 gilt, erfolgte daher zu Recht. Die Verpflichtung zur Rückerstattung ist von subjektiven Momenten unabhängig und allein an die Voraussetzung des Fehlens der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug geknüpft (vgl. VwGH 3.8.2004, 2001/13/0048 und VwGH 18.4.2007, 2006/13/0174). Daher vermag auch der Hinweis auf die dem Finanzamt bekanntgegebene, aber nicht an die Beihilfenstelle weitergeleitete Adressänderung die Argumentationslinie des Beschwerdeführers nicht zu stützen.

Auf die detaillierten Ausführungen zu § 26 Abs. 1 FLAG 1967 in der Beschwerdeentscheidung vom 22.7.2016 wird verwiesen.

Der Vollständigkeit halber ergeht der Hinweis, dass die Mutter der Kinder im Juni 2016 die Ausgleichszahlungen für die drei Kinder beantragt hat und ihr diese rückwirkend ab April 2014 zugesprochen wurden.

Insgesamt war wie im Spruch zu entscheiden.

### **Zulässigkeit/Unzulässigkeit 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 vorliegenden Rechtsfrage entspricht der geltenden Rechtsprechung. Zudem ist das gesetzliche Instrumentarium so eindeutig, dass nur eine Möglichkeit der Auslegung ernstlich in Betracht zu ziehen ist und daran keine Zweifel bestehen können.

Feldkirch, am 18. April 2017