

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der \*\*\*1\*\*\* \*\*2\*\*\*, \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*5\*\*\*, vertreten durch Mag. Natalia Semerad, Rechtsanwältin, 1010 Wien, Walfischgasse 3/5 vom 16.12.2019 gegen den Bescheid des Finanzamts Wien 2/20/21/22, 1220 Wien, Dr. Adolf Schärff-Platz 2, vom 18.11.2019, mit welchem Familienbeihilfe (€ 1.210,60) und Kinderabsetzbetrag (€ 467,20) für den im November 2008 geborenen \*\*\*6\*\*\* \*\*7\*\*\* \*\*2\*\*\*, für den im August 2010 geborenen \*\*\*8\*\*\* \*\*9\*\*\* \*\*2\*\*\*, für den im März 2014 geborenen \*\*\*10\*\*\* \*\*11\*\*\* \*\*2\*\*\* und für den im Jänner 2017 geborenen \*\*\*12\*\*\* \*\*33\*\*\* \*\*2\*\*\*, jeweils für den Zeitraum Oktober 2019 und November 2019 gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurückgefordert werden (Gesamtrückforderungsbetrag € 1.677,80), Sozialversicherungsnummer \*\*\*13\*\*\*, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben.

1. Der angefochtene Bescheid wird, soweit er Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den im August 2010 geborenen \*\*\*8\*\*\* \*\*9\*\*\* \*\*2\*\*\*, für den im März 2014 geborenen \*\*\*10\*\*\* \*\*11\*\*\* \*\*2\*\*\* und für den im Jänner 2017 geborenen \*\*\*12\*\*\* \*\*33\*\*\* \*\*2\*\*\*, jeweils für den Zeitraum Oktober 2019 und November 2019 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückfordert, ersatzlos aufgehoben.

2. Hinsichtlich der Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den im November 2008 geborenen \*\*\*6\*\*\* \*\*7\*\*\* \*\*2\*\*\* im Zeitraum Oktober 2019 und November 2019, wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Es werden zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 301,20) und Kinderabsetzbetrag (€ 116,80), Gesamtrückforderungsbetrag € 418,00, für den im November 2008 geborenen \*\*\*6\*\*\* \*\*7\*\*\* \*\*2\*\*\* im Zeitraum Oktober 2019 und November 2019 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefordert.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### Rückforderungsbescheid

Mit Bescheid vom 18.11.2019 forderte das Finanzamt von der Beschwerdeführerin (Bf) \*\*\*1\*\*\* \*\*2\*\*\* Familienbeihilfe (€ 1.210,60) und Kinderabsetzbetrag (€ 467,20) für den im November 2008 geborenen \*\*\*6\*\*\* \*\*7\*\*\* \*\*2\*\*\*, für den im August 2010 geborenen \*\*\*8\*\*\* \*\*9\*\*\* \*\*2\*\*\*, für den im März 2014 geborenen \*\*\*10\*\*\* \*\*11\*\*\* \*\*2\*\*\* und für den im Jänner 2017 geborenen \*\*\*12\*\*\* \*\*33\*\*\* \*\*2\*\*\*, jeweils für den Zeitraum Oktober 2019 und November 2019 gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurück (Gesamtrückforderungsbetrag € 1.677,80). Die Begründung dazu lautet:

*Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen 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.*

*Da Sie mit Ihren Kindern in keinem gemeinsamen Haushalt leben, war der oben genannte Zeitraum zurückzufordern.*

### Beschwerde

Die Bf legte durch ihre rechtsfreundliche Vertreterin gegen den Bescheid mit Schreiben vom 16.12.2019 Beschwerde und führte in dieser aus:

II.

*Das Finanzamt Wien 2/20/21/22 erließ am 18.11.2019 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge. Konkret handelt es sich um Beträge aus bezogener Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages. Binnen offener Frist erhebe ich nachstehend Bescheidbeschwerde und führe aus wie folgt:*

#### 1. Zum Sachverhalt

*Ich bin mit Herrn \*\*\*11\*\*\* \*\*14\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. \*\*\*15\*\*\*, wh. in \*\*\*16\*\*\* \*\*17\*\*\*, \*\*\*3\*\*\*, seit 2008 verheiratet.*

*Unserer Ehe entstammen vier Söhne - der mj. \*\*\*6\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. \*\*\*18\*\*\*, der mj. \*\*\*8\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. \*\*\*19\*\*\*, der mj. \*\*\*10\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. \*\*\*20\*\*\* und der mj. \*\*\*12\*\*\* \*\*2\*\*\* geb. \*\*\*21\*\*\*.*

*Bis einschließlich August 2019 lebten Herr \*\*\*2\*\*\* und ich in einer Wohngemeinschaft an der Anschrift \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*.*

*Am 01.09.2019 wurde gegen den Kindesvater ein Betretungsverbot ausgesprochen und mit dem Beschluss des Bezirksgerichtes Leopoldstadt zu GZ \*\*\*22\*\*\* vom 02.09.2019 eine Einstweilige Verfügung gem. § 382 b und e EO (Kontaktverbot und Gewaltschutz) verhängt.*

*Beim Bezirksgericht Leopoldstadt sind ein Ehescheidungsverfahren zu GZ \*\*\*23\*\*\* und ein Pflegschaftsverfahren zu GZ \*\*\*24\*\*\* anhängig.*

*Mit dem Beschluss vom 15.10.2019 zu GZ \*\*\*24\*\*\* wurde die vorläufige Betreuung unserer Söhne durch den Kindesvater festgelegt, dies, weil ich mich einer Reihe an medizinischen Untersuchungen unterziehen musste, welche zum Teil auf die vonseiten des Kindesvaters mir zugefügten Körperverletzungen zurückzuführen waren.*

*Obschon der Kindesvater unsere Kinder nun in seinem Haushalt betreut, trage ich nach wie vor sämtliche kinderbezogenen Kosten, weshalb der Antrag des Kindesvaters auf Übertragung der Familienbeihilfe unberechtigt ist.*

*Zum Nachweis meiner Ausgaben für meine vier Kinder im Zeitraum Oktober und November 2019 lege ich folgende Unterlagen vor:*

- *Rechnungskonvolut betreffend die Kosten für die Kinderbetreuungseinrichtungen iHv monatlich € 534,51, weshalb im Konkreten das Doppelte des Betrages - €1.069,02 - zu berücksichtigen ist (Beilage ./1);*
- *Rechnung für das Gewand unserer Söhne (Hinweis: Die Rechnungspositionen „Jersey Tops Größe „S“, Gesamtbetrag € 65,96 “ stellen keine kinderbezogenen Ausgaben dar, sodass ein Betrag in Höhe von € 244,80 zu berücksichtigen ist) (Beilage ./2);*
- *Bestätigung vom 04.02.2019 über die von mir geleisteten Schulgebühren für den mj. \*\*\*8\*\*\* \*\*\*2\*\*\* (Beilage ./3);*
- *Bestätigung vom 04.02.2019 über die von mir geleisteten Schulgebühren für den mj. \*\*\*6\*\*\* \*\*\*2\*\*\* (Beilage ./4);*
- *Bestätigung vom 26.11.2019 über die von mir geleisteten Schulausgaben iHv insgesamt € 270, davon im November 2019 € 200,00 (Beilage ./5);*
- *Rechnungen betreffend die Telefonkosten der Kinder iHv monatlich ca. € 20,00 je Kind, sodass im Konkreten das Doppelte des Betrages - € 80,00 - zu berücksichtigen ist (Beilage ./6);*
- *Rechnung Möbelix vom 18.09.2019 iHv € 1.586,40, welche ich seit Oktober 2019 in Raten abzahle. Die monatliche Rate beträgt rund € 74,00, weshalb im Konkreten ein Betrag von € 148,00 zu berücksichtigen ist (Beilage ./7)*

*Aus dem Dargestellten wird deutlich, dass ich in den Monaten Oktober und November 2019 mindestens ca. € 1.740,00 an kinderbezogenen Ausgaben gehabt und daher die Unterhaltskosten für alle vier Kinder im relevanten Zeitraum überwiegend getragen habe.*

*Der Bezug der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages iHv € 1.677,80 war sohin berechtigt. Ich stelle daher den Antrag, der Bescheid vom 18.11.2019 möge ersatzlos aufgehoben werden.*

*III.*

*Des Weiteren wird unter Bezugnahme auf die Ausführungen ad. II. gestellt der Antrag gemäß § 212a Abs 1 BAO*

*Die Einhebung des Betrages iHv € 1.677,80 möge ausgesetzt werden, da die Beschwerde nicht wenig erfolgsversprechend und die Eindringlichkeit der Abgabe angesichts meiner beruflichen Situation (dauerhafte Anstellung bei \*\*\*25\*\*\* seit 2015) und meines monatlichen Einkommens iHv € 2.416,84 nicht gefährdet erscheint.*

*Die angeführten Beilagen waren beigelegt.*

### **Bericht der Wiener Kinder- und Jugendhilfe vom 31.10.2019**

Aktenkundig ist der Bericht der Wiener Kinder- und Jugendhilfe vom 31.10.2019 :

*Mj. \*\*\*2\*\*\* \*\*12\*\*\*, geb.: \*\*\*21\*\*\**

*Mj. \*\*\*2\*\*\* \*\*10\*\*\*, geb.: \*\*\*20\*\*\**

*Mj. \*\*\*2\*\*\* \*\*8\*\*\*, geb.: \*\*\*19\*\*\**

*Mj. \*\*\*2\*\*\* \*\*6\*\*\*, geb.: \*\*\*18\*\*\**

*Die Familie ist der Wiener Kinder- und Jugendhilfe (WKJH) seit 09/2019 bekannt.*

*Die Eltern leben seit September 2019 in getrennten Wohnungen und die Kinder halten sich seitdem hauptsächlich bei ihrem Vater auf.*

*Seit Anfang Oktober 2019 nächtigen die Kinder fast durchgehend (mit nur einer Ausnahme) bei ihrem Vater und werden von diesem versorgt.*

*Die Aufenthalte der Kinder wurden gemeinsam mit den Eltern mittels Niederschriften bei der WKJH festgelegt.*

*Im November 2019 wird es einen ersten Termin bei Gericht bezüglich der Ehescheidung geben.*

## Antrag

Die Bf beantragte am 17.2.2020 (Formular Beih 100) Familienbeihilfe für ihre vier Söhne ab 14.2.2020 mit dem Vermerk „Scheidung, das Kind wohnt bei mir“. Die Kopie eines Rekurses der Bf vom 14.2.2020 gegen einen Beschluss des Bezirksgerichts Leopoldstadt vom 31.1.2020 betreffend Unterhalt war beigelegt. Darin wird ausgeführt:

*In meiner Urkundenvorlage vom 22.11.2019 brachte ich vor, dass es sich bei dem Beschluss vom 15.11.2019 zu GZ \*\*\*24\*\*\* - Festlegung der hauptsächlichen Betreuung der Kinder im Haushalt des KV - um eine vorläufige Entscheidung handelt. Ich erklärte auch meine Bereitschaft, auch weiterhin die Kosten für die Kinderbetreuungseinrichtungen zu tragen. Damit brachte ich zum Ausdruck, dass man davon ausgehen muss, dass die hauptsächliche Betreuung der Kinder in der absehbaren Zeit wieder mir übertragen wird.*

*Dieses mein Vorbringen ist im bekämpften Beschluss auf Seiten 2 und 3 zitiert.*

*Dessen ungeachtet hat das Gericht bezüglich der „Vorläufigkeit“ der Festlegung der hauptsächlichen Betreuung der Kinder im Haushalt des KV (Beschluss vom 15.11.2019) keinerlei Feststellungen getroffen, sondern hat den bekämpften Teilbeschluss erlassen, mit welchem ich ab Februar 2020 zur Zahlung des Unterhaltes für meine vier Söhne verpflichtet werde.*

*Hätte das Erstgericht mein Vorbringen hinsichtlich der Vorläufigkeit der zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Kontaktregelung richtig gewürdigt, hätte es nachstehende begehrte Ersatzfeststellung treffen müssen bzw. von der Erlassung des bekämpften Beschlusses gänzlich absehen:*

*„Bei der Entscheidung vom 15.11.2020 zu GZ \*\*\*24\*\*\* handelt es sich lediglich um eine vorläufige Festlegung der hauptsächlichen Betreuung der Kinder im Haushalt des Kindesvaters. Die Kindesmutter begleicht die Kosten für die Kinderbetreuungseinrichtungen und möchte diese Kosten auch in Zukunft tragen, dies auf Grund der lediglich vorübergehenden Verlegung der hauptsächlichen Betreuung der Kinder aus ihrem Haushalt in den Haushalt des Kindesvaters“.*

*Tatsächlich wurde am heutigen Tag vor den Bezirksgericht Leopoldstadt im Pflschaftsverfahren zu GZ \*\*\*24\*\*\* mit dem KV ein Vergleich mit folgendem Inhalt geschlossen:*

*Die hauptsächliche Betreuung der drei jüngeren Kinder - mj. \*\*\*8\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, mj. \*\*\*10\*\*\* \*\*\*2\*\*\* und mj. \*\*\*12\*\*\* \*\*\*2\*\*\* - ist mit dem heutigen Tag - sohin mit dem 14.02.2020 - in meinem Haushalt festgelegt. Der KV hat zu den genannten Kindern ein 14-tägiges Kontaktrecht von Freitag (Abholung von den Kinderbetreuungseinrichtungen) bis Montag (Bringen in die Kinderbetreuungseinrichtungen), dies beginnend mit dem 21.02.2020.*

*Die hauptsächliche Betreuung des ältesten Sohnes, mj. \*\*\*6\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, wird weiterhin im Haushalt des KV stattfinden. Das Kontaktrecht der KM mj. \*\*\*6\*\*\* \*\*\*2\*\*\* findet 14-tägig von Freitag (Abholung von den Kinderbetreuungseinrichtungen) bis Montag (Bingen in die Kinderbetreuungseinrichtungen), dies beginnen mit dem 28.02.2020.*

*Beweis: Vergleich zu GZ \*\*\*24\*\*\* vom 14.02.2020.*

*Mit dem zitierten Vergleich trifft mich gegenüber den drei jüngeren Kindern keine (Geld-)Unterhaltspflicht. Meine gegenüber dem mj. \*\*\*6\*\*\* \*\*\*2\*\*\* bestehende Unterhaltspflicht ist jedenfalls um die von mir geleisteten Schulbeiträge zu reduzieren, da sämtliche Kosten für die Kinderbetreuungseinrichtungen stets und lückenlos von mir beglichen wurden. Auch für den Monat Februar 2020 wurden die Rechnungen auf meinen Namen ausgestellt, weil der Kindesvater - entgegen seiner Absichtserklärung zur Übernahme der Kosten - an die Kinderbetreuungseinrichtungen nicht gewendet und sich nicht als Zahlungspflichtigen angegeben hat.*

*Hätte das Erstgericht die begehrte Ersatzfeststellung getroffen, hätte es von der Erlassung des bekämpften Teileschlusses abgesehen und hätte es bis zur endgültigen Entscheidung im Pflegschaftsverfahren zu GZ \*\*\*24\*\*\* zugewartet. Überdies hätte das Erstgericht angesichts der inzwischen geänderten Betreuungssituation die Unterhaltspflicht des Kindesvaters gegenüber drei unserer Kinder festgestellt. Um die Höhe dieser Unterhaltspflicht festzusetzen, hätte das Erstgericht die Einkommenssituation des Kindesvaters eruieren müssen.*

Dazu folgende Vereinbarung:

[...]

Nach den vorgelegten Meldebestätigungen hatten \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* und \*\*\*8\*\*\* von 22.11.2019 bis 17.2.2020 ihren Hauptwohnsitz in der \*\*\*16\*\*\* \*\*\*32\*\*\* und seit 17.2.2020 ihren Hauptwohnsitz in der \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*.

## **Vereinbarung**

Am 27.2.2020 wurde die Ausfertigung der am 14.2.2020 vor Gericht geschlossen Vereinbarung vorgelegt:

*1. Es wird festgelegt, dass die Minderjährigen \*\*\*8\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geboren am \*\*\*19\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geboren am \*\*\*20\*\*\* und \*\*\*12\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geboren am \*\*\*21\*\*\*, ab 14.2.2020 im Haushalt der Mutter \*\*\*1\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geboren am \*\*\*26\*\*\*, hauptsächlich betreut werden.*

2. Der Vater \*\*\*11\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geboren am \*\*\*15\*\*\*, ist berechtigt und verpflichtet, die in Punkt 1. genannten Kinder alle 14 Tage, beginnend mit 21.2.2020 am Freitag von der Kinderbetreuung abzuholen und am Montag wieder zur Kinderbetreuung zu bringen.

3. Sollte ein Kind wegen Krankheit nicht in der Kinderbetreuung sein, so entfällt das Kontaktrecht.

4. Die hauptsächliche Betreuung des mj.\*\*\*6\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geboren am \*\*\*18\*\*\*, bleibt im Haushalt des Vaters.

5. Die Mutter \*\*\*1\*\*\* \*\*\*2\*\*\* ist berechtigt und verpflichtet, den mj.\*\*\*6\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geboren am \*\*\*18\*\*\*, alle 14 Tage, beginnend mit 28.2.2020 am Freitag von der Kinderbetreuung abzuholen und am Montag zur Kinderbetreuung zu bringen.

6. Solange der Vater nicht berufstätig ist, wird er die Minderjährigen am Dienstag von der Kinderbetreuung / Schule abholen, zur Therapie in der \*\*\*27\*\*\* bringen und danach wieder in die Kinderbetreuung / Schule bringen.

7. Beide Eltern werden für \*\*\*6\*\*\*, je nach Empfehlung des Therapeuten, eine Psychotherapie im Ausmaß von ein- bis zweimal pro Woche organisieren. Die Kosten teilen sich die Eltern je zur Hälfte.

8. Die gemeinsame Obsorge für alle vier gemeinsamen Kinder bleibt aufrecht.

## **Scheidungsurteil**

Vorgelegt wurde auch das Scheidungsurteil des Bezirksgerichts Leopoldstadt vom 14.2.2020 zu \*\*\*23\*\*\*, wonach die zwischen \*\*\*1\*\*\* \*\*\*2\*\*\* und \*\*\*11\*\*\* \*\*\*14\*\*\* \*\*\*2\*\*\* im Jahr 2008 geschlossene Ehe geschieden wurde. Das Verschulden treffe \*\*\*11\*\*\* \*\*\*14\*\*\* \*\*\*2\*\*\*.

## **Anmeldebescheinigung für EWR-Bürger/-innen und Schweizer Bürger/innen**

Des weiteren wurden Anmeldebescheinigungen für EWR-Bürger/-innen und Schweizer Bürger/innen ( die Eltern und die Kinder sind polnische Staatsbürger, somit Unionsbürger) betreffend \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\* vorgelegt, jeweils nach deren Geburt in Österreich ausgestellt.

## **Dienstvertrag**

Laut vorgelegtem Dienstvertrag ist die Bf seit 1.10.2015 bei der \*\*\*28\*\*\* vollzeitbeschäftigt und bei der \*\*\*29\*\*\* \*\*\*28\*\*\* pflichtversichert.

## **Abweisungsbescheid**

Mit Bescheid vom 12-3-2020 wies das Finanzamt den Antrag der Bf vom 17.2.2020 auf Familienbeihilfe für \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\* für den Zeitraum Februar 2020 ab und führte dazu aus:

*Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen 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.*

*Die Kinder befinden sich laut vorgelegten Unterlagen erst seit 17.2.2020 wieder im gemeinsamen Haushalt.*

*Die Familienbeihilfe für o.a. Zeitraum war daher abzuweisen.*

## **Beschwerdevorentscheidung**

Mit Beschwerdeentscheidung vom 2.4.2020 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab:

*Gesetzliche Grundlagen:*

*Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Personen 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.*

*Zum Haushalt einer Person gehört das Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes, wobei es unermesslich ist, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt.*

*Sachverhalt und rechtliche Würdigung:*

*Sie wohnten bis einschließlich August 2019 mit Ihrem Gatten und Ihren 4 Kindern im gemeinsamen Haushalt im 2. Bezirk. Laut schriftlicher Bestätigung der Stadt Wien, Kinder- und Jugendhilfe, datiert mit 31.10.2019, lebten Sie und Ihr Gatte seit September 2019 in getrennten Wohnungen und die Kinder hielten sich seitdem hauptsächlich beim Kindesvater auf. Seit*

*Anfang Oktober 2019 nächtigten die Kinder fast durchgehend (mit nur einer Ausnahme) beim Kindesvater und wurden von diesem versorgt.*

*In der Beschwerde brachten Sie vor, dass die Kinder zwar im Haushalt des Kindesvater betreut wurden, aber Sie nach wie vor sämtliche kinderbezogene Kosten trugen. Dies wurde durch Vorlage eines Konvolut an Rechnungen nachgewiesen.*

*Für ein Kind, das im Haushalt eines Elternteiles betreut wird, kann beim anderen Elternteil kein Anspruch auf die Familienbeihilfe aus dem Titel der überwiegenden Kostentragung vorliegen, unabhängig davon, ob und wie viel an Unterhalt geleistet wird. Es liegt in der Absicht des Gesetzgebers, die Familienbeihilfe dem Haushalt zuzuleiten, in dem das Kind lebt.*

*Da Sie im Rückforderungszeitraum nicht im gemeinsamen Haushalt mit Ihren 4 Kindern wohnten, besteht trotz überwiegender Kostentragung kein Anspruch auf Familienbeihilfe.*

*Daher ist Ihre Beschwerde als unbegründet abzuweisen.*

### **Vorlageantrag**

Mit Schreiben vom 8.5.2020, Postaufgabe 11.5.2020, stellte die Bf Vorlageantrag:

*In außen bezeichneter Rechtssache wurde meiner Rechtsvertreterin die Beschwerdeentscheidung vom 02.04.2020 postalisch zugestellt. Aufgrund der Covid-19-Maßnahmen war das Büro meiner Rechtsvertreterin nicht regelmäßig besetzt, sodass keine persönliche Entgegennahme der Post erfolgen konnte. Vielmehr wurde die Beschwerdeentscheidung im Postkasten der Kanzlei deponiert. Das genaue Zustelldatum konnte daher - auch nach telefonischer Rücksprache mit der Behörde - nicht eruiert werden, sodass nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, wann die Frist zur Einbringung des Vorlageantrags endet.*

*Im Hinblick darauf, dass die Kanzlei meiner Rechtsvertreterin die Beschwerdeentscheidung am 15.04.2020 im Postkasten vorgefunden hat, bringe ich fristgerecht ein den Antrag zur Vorlage zur Entscheidung der Bescheidbeschwerde an das Bundesfinanzgericht.*

*Mit Beschwerdeentscheidung vom 02.04.2020 zum Bescheid vom 18.11.2019 über die Rückforderung bezogener Beträge wurde meine Beschwerde vom 16.12.2019 als unbegründet abgewiesen.*

*Die Abweisung erfolgte jedoch zu Unrecht.*

*Ergänzend zu meinen Angaben in der Beschwerde vom 16.12.2019 teile ich mit, dass die Unterbringung aller vier Kinder bei Kindesvater im verfahrensrelevanten Zeitraum lediglich vorübergehend erfolgte, während ich weiterhin für den Unterhalt der Kinder aufkam.*

*Die Unterbringung der Kinder bei Kindesvater war bedingt durch die Notwendigkeit einer ganzen Reihe dringender ärztlicher Untersuchungen meines Gesundheitszustandes, weil ich infolge der jahrelangen Gewalterfahrungen mit dem Kindesvater gesundheitlich schwer gezeichnet war.*

*[...]*

*Aus diesem Grund wurden die Kinder vorübergehend beim Kindesvater untergebracht.*

*In dieser Zeit übernahm ich jedoch weiterhin die mit dem Kindesunterhalt verbundenen Kosten iHv € 1.760.00. wie etwa die Kosten für sämtliche Kinderbetreuungseinrichtungen, Schulgebühren, Schulabgaben (zB Schulausflüge), das Kindergewand, die Telefonrechnungen der Kinder sowie für die Einrichtungsgegenstände (Kinderbetten und Matratzen).*

*Die Berichtigung dieser Kosten habe ich der Behörde durch die Vorlage von Rechnungen nachgewiesen. Festgehalten wird, dass der meinerseits geleisteter Kinderunterhalt den verfahrensgegenständlichen Betrag (€1.677,80) sogar übersteigt.*

*Der Grundbetrag der Familienbeihilfe wird gewährt, um einen Beitrag zu den Aufwendungen zu leisten, die mit dem Kindesunterhalt im Allgemeinen verbunden sind (vgl. VwGH 14.12.2007, 2006/10/0200; 22.3.2011, 2007/18/0689).*

*Der Bezug der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages durch mich im verfahrensrelevanten Zeitraum iHv € 1.677,80 war sohin berechtigt.*

*Die Abweisung meiner Bescheidbeschwerde erfolgte sohin zu Unrecht.*

*Abschließend teile ich mit, dass ich seit Jahren Alleinverdienerin bin. Während der aufrechten Ehe mit dem Kindesvater führte ich neben meinem Vollzeitjob als \*\*\*30\*\*\*n den Haushalt, übernahm die Betreuung der Kinder im Alleingang und litt acht Jahre lang - bis zu meinem Trennungsentschluss im August 2019 – unter massiver häuslicher Gewalt vonseiten des Kindesvaters. Diesbezüglich ist ein Strafverfahren gegen den Kindesvater am Landesgericht für Strafsachen Wien wegen fortgesetzter Gewalt (§ 107b StGB) anhängig.*

*Mit Urteil des Bezirksgerichtes Leopoldstadt vom x.2020 wurde meine Ehe mit dem Kindesvater aus dem Verschulden des Kindesvaters geschieden.*

*Die Betreuung der gemeinsamen Kinder ist inzwischen derart geregelt, dass die hauptsächliche Betreuung der drei jüngeren Kinder - des mj. \*\*\*8\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geb. \*\*\*19\*\*\*, des mj. \*\*\*10\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geb. \*\*\*20\*\*\* und des mj. \*\*\*12\*\*\* \*\*\*2\*\*\* geb. \*\*\*21\*\*\* - in meinem Haushalt und die Betreuung des ältesten Sohnes - des mj. \*\*\*6\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geb. \*\*\*18\*\*\* - im Haushalt des Kindesvaters vereinbart wurde, was abermals beweist, dass die Unterbringung aller vier Kinder beim Kindesvater im verfahrensrelevanten Zeitraum lediglich vorübergehend erfolgte.*

*Im Hinblick auf das Ausgeführte wäre die Rückzahlungsverpflichtung des Betrages von € 1.677,80 unbillig, zumal ich den genannten Betrag nachweislich für die Versorgung der Kinder ausgegeben habe.*

*Überdies würde mich die Rückzahlungsverpflichtung wirtschaftlich besonders hart treffen, zumal der Kindesvater für die drei jüngeren in meinem Haushalt wohnenden Kinder nur einen notdürftigen vorläufigen Unterhalt (€ 100,00, € 80.00 und € 80.00 ) leistet. Zur Bemessung des endgültigen Unterhaltes ist ein Verfahren beim Bezirksgericht Leopoldstadt anhängig.*

*Beweis:*

*Einstweilige Verfügung vom 30.03.2020;*

*meine Einvernahme.*

*Weiters verweise ich auf die Ausführungen in meiner Beschwerde und beantrage diese dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen.*

*Ich stelle daher den Antrag, der Bescheid vom 18.11.2019 möge ersatzlos aufgehoben werden.*

*Beigefügt war eine Einstweilige Verfügung des Bezirksgerichts Donaustadt vom 30.3.2020 zu \*\*\*24\*\*\* betreffend Unterhalt. Aus dieser geht hervor:*

*... Der Kindesvater, ..., brachte am 04.03.2020 vor, dass er derzeit erwerbs- und einkommenslos sei. Er sei gerade dabei sein Leben neu zu organisieren, nachdem im September 2019 ein „Rosenkrieg“ durch die Kindesmutter eröffnet worden sei. Er sei der Ehewohnung verwiesen worden und sei von einem Tag auf den anderen „auf der Straße“ gestanden. Nachdem er eine Unterkunft gefunden habe, seien die vier gemeinsamen Kinder zu ihm gezogen. Aufgrund der Betreuungssituation sei er vorerst nicht in der Lage gewesen, eine Beschäftigung zu finden. Erst durch die am x.2020 erfolgte Scheidung von der Mutter und dem Umzug der drei jüngeren Kinder zur Mutter sei in seinem Leben wieder Ruhe eingekehrt und könne er sich erst seit wenigen Tagen darum kümmern, sich einen neuen Job zu suchen. Er werde derzeit von seiner Familien mit rund EUR 1.000,00 monatlich unterstützt. Er sei bereit vorerst einen freiwilligen monatlichen Unterhaltsbetrag von EUR 100,00 für \*\*\*8\*\*\*, und je EUR 80,00 für \*\*\*10\*\*\* und \*\*\*12\*\*\* zu leisten...*

*Aufgrund der Aktenlage ergibt sich folgender, für die Entscheidung maßgeblicher Sachverhalt:*

*\*\*\*8\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* und \*\*\*12\*\*\* \*\*\*2\*\*\* sind die Kinder von Frau \*\*\*1\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geb. \*\*\*26\*\*\* und Herrn \*\*\*11\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, geb. \*\*\*15\*\*\*. Alle Parteien sind polnische Staatsbürger. (ON 9, 12)*

*Nach dem Akteninhalt sind die Minderjährigen einkommens- und vermögenslos.*

*Die drei Minderjährigen lebten seit Anfang Oktober 2019 bis 14.02.2020 gemeinsam mit ihrem älteren Bruder \*\*\*6\*\*\* im Haushalt des Vaters, der nach einer Wegweisung aus der Ehemwohnung in in der \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\* vorübergehend bei seinem Bruder und seiner Schwägerin in „\*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*32\*\*\*“ untergekommen ist. (ON 1, 12, 19)*

*Seit 19.02.2020 lebt der Vater an der Adresse „\*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*31\*\*\*“. (ON 33) ...*

*Am 14.02.2020 schlossen die Eltern im Obsorgeverfahren den Vergleich, dass die minderjährigen \*\*\*8\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* und \*\*\*12\*\*\* ab 14.02.2020 hauptsächlich im Haushalt der Mutter betreut werden sollen; der mj. \*\*\*6\*\*\* soll im Haushalt des Vaters bleiben. ...*

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 26.5.2020 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

### ***Inhaltsverzeichnis zu den vorgelegten Aktenteilen (Aktenverzeichnis)***

#### ***Beschwerde***

*1 Beschwerde 16.12.2019*

#### ***Bescheide***

*2 Familienbeihilfe (Zeitraum: 10.2019-11.2019) 18.11.2019*

#### ***Beschwerdevorentscheidung***

*3 Beschwerdevorentscheidung 02.04.2020*

#### ***Vorlageantrag***

*4 Vorlageantrag 11.05.2020*

#### ***Vorgelegte Aktenteile***

*5 31.10.19 WKJH Info 31.10.2019*

*6 17.2.2020 Änderung Antrag 17.02.2020*

*7 27.2.20 Unterlagen 27.02.2020*

*8 12.3.20 Abweisungsbescheid 12.03.2020*

#### ***Bezug habende Normen***

§ 2 Abs 2, Abs 5 FLAG

### **Sachverhalt und Anträge**

*Sachverhalt:*

*Mit Rückforderungsbescheid vom 18.11.2019 wurde von der Bf die Familienbeihilfe für ihre Kinder \*\*\*8\*\*\* \*\*9\*\*\*, \*\*\*12\*\*\* \*\*33\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* \*\*11\*\*\* und \*\*\*6\*\*\* \*\*7\*\*\* jeweils für den Zeitraum Oktober 2019 – November 2019 zurückgefordert. Begründend wurde ausgeführt, dass mit der Kindesmutter respektive Bf keine Haushaltszugehörigkeit im genannten Zeitraum besteht. Sowohl die Kindesmutter als auch ihre Kinder sind polnische Staatsangehörige. Die Kinder wohnten im Oktober und November 2019 beim Kindesvater, von dem die Bf seit x.2020 geschieden ist. Die Bf legte einige Rechnungen vor, die nachweisen, dass sie für einige (ua laufende) Kosten der Kinder aufkam.*

*Beweismittel:*

*Siehe Inhaltsverzeichnis*

*Stellungnahme:*

*Wie sich aus § 2 Abs 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Hier kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an.*

*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 Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (zB Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt. Zudem ist bei der Haushaltszugehörigkeit auch der Aspekt der Wirtschaftsführung zu prüfen. Hier ist festzustellen, 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.*

*Die Bf kam zwar laut vorgebrachten Rechnungen für einige Kosten der Kinder auf, wobei die vorgelegten Rechnungen jedoch nicht den Beweis bilden, dass die Bf alle laufenden Kosten, va für Nahrung, getragen hat. Zudem bildet die gemeinsame Kostentragung der Eltern keine Ausnahme, weswegen auch das Vorliegen einer gemeinsamen Wohngemeinschaft für den Anspruch auf Familienbeihilfe gefordert wird.*

*Die Wohngemeinschaft bestand jedoch im beschwerdegegenständlichen Zeitraum unstrittig (Vorbringen der Bf, Bestätigung des WKJH, einstweilige Verfügung vom 30.3.2020 zu GZ \*\*\*24\*\*\*) zwischen den Kindern und dem Kindesvater.*

*Die Kinder waren somit im beschwerdegegenständlichen Zeitraum beim Kindesvater haushaltszugehörig, weswegen die Familienbeihilfe bei der Bf rechtmäßig zurückgefordert wurde und ihre Beschwerde daher abzuweisen ist.*

## **Meldedaten**

Im Zentralen Melderegister sind für den Beschwerdezeitraum folgende Meldedaten erfasst:

**\*\*\*1\*\*\* \*\*\*2\*\*\* (Mutter):**

Seit 30.7.2013: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*

**\*\*\*11\*\*\* \*\*\*14\*\*\* \*\*\*2\*\*\* (Vater):**

Von 7.8.2013 bis 16.10.2019: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*

Von 16.10.2019 bis 19.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*32\*\*\*

Seit 19.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*31\*\*\*

**\*\*\*12\*\*\* \*\*\*33\*\*\* \*\*\*2\*\*\* (Sohn):**

Bis 22.11.2019: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*

Von 22.11.2019 bis 17.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*32\*\*\*

Seit 17.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*

**\*\*\*8\*\*\* \*\*\*9\*\*\* \*\*\*2\*\*\* (Sohn):**

Bis 22.11.2019: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*

Von 22.11.2019 bis 17.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*32\*\*\*

Seit 17.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*

**\*\*\*10\*\*\* \*\*\*11\*\*\* \*\*\*2\*\*\* (Sohn):**

Bis 22.11.2019: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*

Von 22.11.2019 bis 17.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*32\*\*\*

Seit 17.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*

\*\*\*6\*\*\* \*\*7\*\*\* \*\*2\*\*\* (Sohn):

Bis 22.11.2019: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*5\*\*\*

Von 22.11.2019 bis 19.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*32\*\*\*

Seit 19.2.2020: \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*31\*\*\*.

**Beschluss BG Leopoldstadt vom 15.11.2019, \*\*\*24\*\*\***

Am 15.11.2019 fasste das Bezirksgericht Leopoldstadt zu \*\*\*24\*\*\* folgenden Beschluss:

*Die Obsorge für die mj. Kinder \*\*\*6\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. am \*\*\*18\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. am \*\*\*19\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. am \*\*\*20\*\*\*, und \*\*\*12\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. am \*\*\*21\*\*\*, kommt vorläufig – bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Obsorgeverfahren – weiterhin beiden Elternteilen, das sind die Mutter \*\*\*1\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. am \*\*\*26\*\*\*, und der Vater \*\*\*11\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. am \*\*\*15\*\*\*, zu.*

*Die hauptsächliche Betreuung der Kinder erfolgt vorläufig durch den Vater \*\*\*11\*\*\* \*\*2\*\*\*, geb. am \*\*\*15\*\*\*.*

*Dieser Beschluss ist gemäß § 107 Abs 2 3. Satz AußStrG vorläufig verbindlich und vollstreckbar.*

Aus der Begründung des Beschlusses:

*Mit polizeilicher Wegweisung vom 1.9.2019 wurde der Vater der Ehewohnung verwiesen. Mit einstweiliger Verfügung vom 12.9.2019 wurde ihm die Rückkehr in die Wohnung verboten (ON 1 iVm ON 6).*

*Am 1.10.2019 beantragte die Mutter die gerichtliche Regelung der Kontakte zwischen dem Vater und den Kindern. Schon im Rahmen dieser Vorsprache gab sie bekannt, dass der mj. \*\*\*6\*\*\* \*\*2\*\*\* sich auf eigenen Wunsch beim Vater aufhalte und nicht mehr zur Mutter zurückkehrt. Sie gab weiters an, sich eine Hälfte-Hälfte-Betreuung der Kinder gemeinsam mit dem Vater vorstellen zu können.*

*Am 30.10.2019 beantragte der Vater, ihn vorläufig wie auch endgültig mit der alleinigen Obsorge und der Bestimmung des Hauptbetreuungsortes für die Kinder zu betrauen und der Mutter die Obsorge zu entziehen. Er lebe seit seiner Wegweisung Ende August 2019 bei seinem Bruder in einem 20m<sup>2</sup> großen Zimmer. Seit Anfang September 2019 habe die Mutter den Vater regelmäßig aufgefordert, die Kinder zu versorgen, da sie Arzttermine habe wegen verschiedener gesundheitlicher Probleme habe, die bislang jedoch nicht nachweisbar seien. ... Der mj. \*\*\*6\*\*\* \*\*2\*\*\* halte sich auf eigenen Wunsch seit 5.9.2019 dauerhaft beim Vater auf. Die Kinder werden von der Mutter nur mangelhaft versorgt. Immer wieder hätten sich Probleme in der Verlässlichkeit der Mutter gezeigt. Seit Anfang Oktober 2019 halten sich die*

*Kinder gänzlich beim Vater auf, der sie mit Zustimmung der Kinder- und Jugendhilfe alleine versorge...*

*Aufgrund des bisherigen Akteninhaltes sowie nach Einholung einer vorläufigen Stellungnahme der Wiener Kinder- und Jugendhilfe ist bescheinigt, dass der mj. \*\*\*6\*\*\* \*\*2\*\*\* seit 5.9.2019, die anderen drei Kinder seit Anfang Oktober 2019 dauerhaft beim Vater aufhältig sind und im Alltag von diesem versorgt werden. Die Mutter zeigte sich wiederholt unzuverlässig und hielt auch vor der WKJH geschlossene Vereinbarungen über die Betreuung der Kinder nicht ein....*

*Der Mutter wurde der Antrag des Vaters auf vorläufige Obsorgeübertragung zur Äußerung binnen 5 Tagen durch Hinterlegung am 6.11.2019 zugestellt. Sie äußerte sich binnen der gesetzten Frist nicht zum Antrag....*

*Aus den bisherigen Erhebungsergebnissen ergibt sich einerseits, dass der Vater die Kinder trotz der gegen ihn ausgesprochenen Einstweiligen Verfügung konstant und verlässlich betreut und versorgt. Andererseits stellt die Mutter derzeit keine verlässliche Betreuungsperson für die Kinder dar.*

*Es war im Sinne des § 107 Abs 2 AußStrG eine vorläufige Regelung zu treffen. Dabei war die hauptsächliche Betreuung war dem Vater zuzusprechen, da dies den in Zusammenarbeit mit der WKJH geregelten Lebensverhältnissen der Kinder entspricht.*

*Im Sinne einer vorläufigen Regelung war lediglich mit dem geringst möglichen Eingriff in die Obsorgerechte der Mutter vorzugehen. Einer gänzlichen vorläufigen Entziehung der Obsorge der Mutter zur Sicherung des Kindeswohles bedarf es nach dem derzeitigen Verfahrensstand jedoch nicht, weshalb die Obsorge beider Elternteile – zumindest vorläufig – beibehalten werden konnte...*

## **Auszahlung**

Laut dem elektronischen Beihilfeprogramm FABIAN hat die Bf unter anderem folgende Familienleistungen erhalten:

|            |         |    |      |       |    |      |      |
|------------|---------|----|------|-------|----|------|------|
| 12.03.2020 | 593,10  | FB | 0320 | 0320, | KG | 0320 | 0320 |
| 31.10.2019 | 838,90  | FB | 1119 | 1119, | KG | 1119 | 1119 |
| 03.10.2019 | 838,90  | FB | 1019 | 1019, | KG | 1019 | 1019 |
| 03.09.2019 | 1038,90 | FB | 0919 | 0919, | KG | 0919 | 0919 |

## Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

### Sachverhalt

Die Bf \*\*\*1\*\*\* \*\*2\*\*\* wohnte mit ihren Kindern, dem im November 2008 geborenen \*\*\*6\*\*\* \*\*7\*\*\* \*\*2\*\*\*, dem im August 2010 geborenen \*\*\*8\*\*\* \*\*9\*\*\* \*\*2\*\*\*, dem im März 2014 geborenen \*\*\*10\*\*\* \*\*11\*\*\* \*\*2\*\*\* und dem im Jänner 2017 geborenen \*\*\*12\*\*\* \*\*33\*\*\* \*\*2\*\*\*, und ihren damaligen Gatten \*\*\*11\*\*\* \*\*14\*\*\* \*\*2\*\*\* bis einschließlich August 2019 im gemeinsamen Haushalt in \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*5\*\*\*. Am 14.8.2019 wurde die Bf mit dem Verdacht auf einen Schlaganfall bzw. auf eine Gehirnblutung im Spital behandelt und musste anschließend zahlreiche Untersuchungen vornehmen lassen.

Am 1.9.2019 wurde gegen den Vater ein Betretungsverbot ausgesprochen und mit Beschluss des Bezirksgerichts Leopoldstadt vom 2.9.2019 eine einstweilige Verfügung gemäß § 382b und § 382e EO erlassen. Der Vater wohnte danach vorübergehend bei seinem Bruder und seiner Schwägerin in \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*32\*\*\*. Ab Anfang September 2019 befand sich \*\*\*6\*\*\* \*\*2\*\*\* dauerhaft bei seinem Vater, der im Haushalt seines Bruders und seiner Schwägerin ein Zimmer bewohnte. Seit Anfang Oktober 2019 wohnten auch \*\*\*8\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* und \*\*\*12\*\*\* \*\*2\*\*\* bei ihrem Vater.

Mit Beschluss des Bezirksgerichts Leopoldstadt vom 15.10.2019 wurde die vorläufige gemeinsame Obsorge durch beide Eltern und vorläufig die hauptsächliche Betreuung der Kinder durch den Vater festgelegt.

\*\*\*6\*\*\* hat vor dem 1.10.2019 den Wunsch geäußert, sich dauerhaft beim Vater aufzuhalten und nicht mehr zur Mutter zurückzukehren. Die Kinder befanden sich beim nicht erwerbstätigen Vater und dessen Angehörigen. Die erwerbstätige Mutter trug einen Teil der Unterhaltskosten für ihre Kinder, insbesondere Kosten für Kinderbetreuungseinrichtungen und Schulgeld, Schulsachen, Schulveranstaltungsbeiträge, Bekleidung und Telefonkosten. Die Wohnungskosten und die Kosten der Haushaltsführung wurden von den Angehörigen des Vaters, allenfalls teilweise vom Vater getragen.

Am 14.2.2020 wurde vor dem Bezirksgericht Leopoldstadt zwischen den Eltern die Vereinbarung getroffen, dass \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*2\*\*\* mit diesem Tag wieder in den Haushalt der Mutter zurückkehren. \*\*\*6\*\*\* hingegen solle weiterhin beim Vater bleiben. \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*2\*\*\* befinden sich seither wieder im Haushalt der Mutter. Am selben Tag wurde die Ehe zwischen der Mutter und dem Vater geschieden. Der Vater führt seit 19.2.2020 einen eigenen Haushalt in \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*31\*\*\*.

Der Bf wurde am 3.9.2019 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag von zusammen € 1.038,90 für September 2019 ausbezahlt. am 3.10.2019 und am 31.10.2019 von jeweils € 838,90 für Oktober und für November 2019 und am 12.3.2020 € 593,10 für März 2020.

## Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Aktenlage, insbesondere das Vorbringen der Bf sowie die aktenkundigen Feststellungen des Bezirksgerichts Leopoldstadt.

Die wiederholt gemachte Angabe, der Vater wohne in \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*17\*\*\* bzw. habe dort gewohnt, dürfte ein Schreibfehler sein. Aus der einstweiligen Verfügung und aus dem Melderegister geht hervor, dass der Bruder des Vaters in der \*\*\*16\*\*\* auf Tür 10 wohnt und der Vater nunmehr auf Tür 16. Eine Meldung an Tür 22 in diesem Haus erfolgte niemals. Dass die Unterbringung beim Vater hinsichtlich der drei jüngeren Kinder nur vorläufig war, ergibt sich aus dem Vorbringen der Bf und aus den Beschlüssen des Bezirksgerichts Leopoldstadt.

Wenngleich das Bezirksgericht Leopoldstadt am 15.11.2019 die vorläufige hauptsächliche Betreuung aller vier Kinder durch den Vater anordnete, ergibt sich aus dem Beschluss, dass \*\*\*6\*\*\* schon länger als die jüngeren Kinder beim Vater war und jedenfalls vor dem 1.10.2019 (an dem dies die Mutter vor Gericht angab) seinen Wunsch, beim Vater zu bleiben und nicht zur Mutter zurückzukehren, bekannt gab.

Aus den vorgelegten Belegen ergibt sich, dass die Mutter auch in der Zeit, in der sich die Kinder bei den Angehörigen des Vaters befanden, einen Teil der Unterhaltskosten getragen hat. Der Kaufvertrag mit einem Möbelhaus vom 18.9.2019 betrifft ein Hochbett, einen Lattenrost und eine Allergikermatratze. Ob das Hochbett für die Wohnung in der \*\*\*16\*\*\* oder die Wohnung in der \*\*\*4\*\*\* angeschafft wurde, wurde nicht bekannt gegeben.

Auch unabhängig von der Zuordnung dieses Kaufs geht das Gericht von der Tragung eines Teils des Unterhalts der Kinder durch die Mutter, die im Gegensatz zum Vater im Beschwerdezeitraum und davor erwerbstätig war, aus. Dass die Mutter im Beschwerdezeitraum nicht den alleinigen Unterhalt geleistet hat, ergibt sich aus dem Umstand, dass die Kinder in dieser Zeit im Haushalt von Angehörigen des Vaters gewohnt haben. Eine Beteiligung an diesen Kosten, etwa an Lebensmitteleinkäufen, wurde von der Bf nicht behauptet. Ohne weitere Ermittlungen kann nicht festgestellt werden, ob die Mutter im Beschwerdezeitraum den überwiegenden Unterhalt geleistet hat, was allerdings auf sich beruhen kann, da es rechtlich (siehe unten) primär auf die Haushaltszugehörigkeit ankommt.

Zum Beweisantrag im Vorlageantrag auf Parteienvernehmung ist zu sagen, dass das Bundesfinanzgericht dem Vorbringen im Vorlageantrag, soweit dieses für die gegenständliche Entscheidung von Bedeutung ist, grundsätzlich folgt. Was \*\*\*6\*\*\* anlangt, ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen. Die Bf hat vor dem Bezirksgericht am 1.10.2019 selbst angegeben, dass dieser beim Vater bleiben möchte, auch wenn am 15.11.2019 eine vorläufige Regelung getroffen wurde.

## Rechtsgrundlagen

§ 2 FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 28/2020:

**§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,**

- a) für minderjährige Kinder,
- b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird; Gleiches gilt, wenn alle Lehrveranstaltungen und Prüfungen der Studieneingangs- und Orientierungsphase nach § 66 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, erfolgreich absolviert wurden, sofern diese mit mindestens 14 ECTS-Punkten bewertet werden. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu

erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird; für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem ehestmöglichen Beginn eines Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd für längstens drei Monate,

e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder eines Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd begonnen oder fortgesetzt wird,

(Anm.: lit. f aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)

g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer. Diese Regelung findet in Bezug auf jene Kinder keine Anwendung, für die vor Vollendung des 24. Lebensjahres Familienbeihilfe nach lit. I gewährt wurde und die nach § 12c des Zivildienstgesetzes nicht zum Antritt des ordentlichen Zivildienstes herangezogen werden,

h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,

i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind

*geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*

*j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie*

*aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und*

*bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und*

*cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,*

*k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*

*l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am*

*aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,*

*bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,*

*cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,*

*dd) Europäischen Freiwilligendienst nach der Verordnung (EU) Nr. 1288/2013 zur Einrichtung von „Erasmus+“, ABl. Nr. L 347 vom 20.12.2013 S. 50.*

*(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat 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 Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.*

*(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person*

- a) deren Nachkommen,*
- b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,*
- c) deren Stiefkinder,*
- d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).*

*(3a) Kinder im Sinne dieses Abschnittes sind auch Kinder, die aufgrund einer akut gefährdenden Lebenssituation kurzfristig von Krisenpflegepersonen betreut werden (Krisenpflegekinder). Krisenpflegepersonen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Personen, die im Auftrag des zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträgers ausgebildet und von diesem mit der vorübergehenden Pflege und Erziehung eines Kindes für die Dauer der Gefährdungsabklärung betraut wurden.*

*(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsfortbildung.*

*(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn*

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,*
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,*
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).*

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

*(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8*

*Abs. 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 2 und 4) entspricht.*

*(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.*

*(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.*

*(9) Die Anspruchsdauer nach Abs. 1 lit. b und lit. d bis j verlängert sich im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise, unabhängig von der Dauer der Beeinträchtigung durch diese Krise, nach Maßgabe folgender Bestimmungen:*

*a) für volljährige Kinder, die eine Berufsausbildung absolvieren, über die Altersgrenze hinaus um längstens sechs Monate, bei einer vor Erreichung der Altersgrenze begonnenen Berufsausbildung infolge der COVID-19-Krise,*

*b) für volljährige Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes genannte Einrichtung besuchen, abweichend von lit. a über die Altersgrenze und die Studiendauer, für die nach Abs. 1 Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, hinaus um ein weiteres Semester oder um ein weiteres Ausbildungsjahr, bei einem vor Erreichung der Altersgrenze begonnenem Studium infolge der COVID-19-Krise,*

*c) für volljährige Kinder, die eine Berufsausbildung beginnen oder fortsetzen möchten (Abs. 1 lit. d bis g), über die Altersgrenze hinaus um längstens sechs Monate, wenn zum Zeitpunkt der Erreichung der Altersgrenze der Beginn oder die Fortsetzung der Berufsausbildung infolge der COVID-19-Krise nicht möglich ist,*

*d) für volljährige Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes genannte Einrichtung besuchen möchten (Abs. 1 lit. d bis g), abweichend von lit. a über die Altersgrenze und die Studiendauer, für die nach Abs. 1 Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, hinaus um ein Semester oder um ein Ausbildungsjahr, wenn zum Zeitpunkt der Erreichung der Altersgrenze der Beginn oder die Fortsetzung des Studiums infolge der COVID-19-Krise nicht möglich ist.*

*§ 2a FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. Nr. 367/1991:*

*§ 2a. (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. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.*

*(3) (Anm.: aufgehoben durch § 50a Abs. 7, BGBl. Nr. 376/1963 idF BGBl. Nr. 511/1994).*

§ 10 FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 50/2015:

*§ 10. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.*

*(2) Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.*

*(3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.*

*(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.*

*(5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.*

§ 26 FLAG 1967 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 103/2007

*§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.*

*(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.*

*(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.*

*(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.*

*(5) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 142/2000)*

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet i.d.F. BGBl. I Nr. 103/2019:

*(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Abweichend davon gilt:*

*1. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu.*

*2. Für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhalten, ist die Höhe des Kinderabsetzbetrages auf Basis der vom Statistischen Amt der Europäischen Union veröffentlichten vergleichenden Preisniveaus für jeden einzelnen Mitgliedstaat der EU, jede Vertragspartei des Europäischen Wirtschaftsraumes und die Schweiz im Verhältnis zu Österreich zu bestimmen:*

*a) Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist erstmals ab 1. Jänner 2019 auf Basis der zum Stichtag 1. Juni 2018 zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen. Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist in der Folge jedes zweite Jahr auf Basis der zum Stichtag 1. Juni des Vorjahres zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen.*

*b) Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist gemäß § 8a Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 kundzumachen.*

*Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.*

## **Rückzahlung zu Unrecht bezogener Familienleistungen**

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 ergibt sich eine objektive Rückzahlungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe (allenfalls in Form einer Ausgleichszahlung / Differenzzahlung) und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 26 Rz 12 zitierte Rechtsprechung). Fehlt es an einem Anspruch auf Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung / Differenzzahlung), ist auch der Kinderabsetzbetrag zurückzufordern.

Es kommt nur auf die objektive Rechtswidrigkeit des Bezugs der Familienleistungen an (vgl. etwa VwGH 10.12.1997, 97/13/0185; VwGH 22.4.1998, 98/13/0067), also auf das Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug (vgl. VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 9.7.2008, 2005/13/0142). Subjektive Momente, wie Verschulden an der (ursprünglichen oder weiteren) Auszahlung der Familienleistungen (etwa durch unrichtige Angaben im Antrag gemäß § 10 FLAG 1967 oder Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 25 FLAG 1967), Gutgläubigkeit des Empfangs der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags oder die Verwendung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Gleiches gilt für den gutgläubigen Verbrauch der Beträge (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 26 Rz 13 zitierte Rechtsprechung). Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH 19.12.2013, 2012/16/0047 oder VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

Einer Rückforderung steht auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch das Finanzamt verursacht worden ist (die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 26 Rz 16 zitierte Rechtsprechung). Allerdings kann ein Grund für eine Nachsicht nach § 236 BAO vorliegen (vgl. BFG 13.6.2018, RV/7104954/2017; BFG 20.6.2016, RV/7100264/2016).

Diese objektive Erstattungspflicht hat zur Folge, dass der Behörde, sobald die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht mehr gegeben sind, hinsichtlich der Rückforderung von bereits bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag kein Ermessensspielraum bleibt (vgl. BFG 13.6.2018, RV/7104954/2017).

Zur Rückzahlung eines unrechtmäßigen Bezuges an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ist nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 derjenige verpflichtet, der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047). Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag müssen demjenigen, von dem sie zurückgefordert wird, tatsächlich ausbezahlt worden sein. Es ist daher zu prüfen, ob die Bf im Rückforderungszeitraum Oktober 2019 und November 2019 Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für ihre vier Söhne hatte.

### **Vorrang der Haushaltszugehörigkeit vor der Unterhaltsleistung**

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Auf die Unterhaltspflicht der diese Unterhaltskosten überwiegend tragenden Person kommt es nicht an (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054). Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25.2.1987, 86/13/0158).

Bei Zugehörigkeit des Kindes zum gemeinsamen Haushalt eines Familienangehörigen gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 i.V.m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 geht gemäß § 2a Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967 der Anspruch des überwiegend haushaltsführenden Elternteils dem Anspruch des anderen Elternteils vor. Im gegenständlichen Fall liegt ein gemeinsamer Haushalt der Eltern der Kinder nicht mehr vor. Die Regelung des § 2a FLAG 1967 ist daher nicht mehr anzuwenden.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben. So kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an (vgl. VwGH 20.4.1995, 95/13/0071; VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Das FLAG 1967 geht davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann (vgl. VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214). Die gleichzeitige Zugehörigkeit zu zwei Haushalten in einem Monat hat der Gesetzgeber im FLAG 1967 nicht vorgesehen.

So wird gemäß § 7 FLAG 1967 für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, auch 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 (vgl. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Die Familienbeihilfe (und der Kinderabsetzbetrag) sind monatsbezogene Leistungen. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches kann je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. etwa VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098; VwGH 28.11.2001, 96/13/0076).

### **Haushaltszugehörigkeit von Oktober 2019 bis Februar 2020**

Unbestritten haben bis September 2019 alle vier Kinder im gemeinsamen Haushalt mit der Mutter und bis 1.9.2019 auch mit dem Vater in \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\* gewohnt.

Weiters ist unstrittig, dass die Mutter wegen medizinischer Untersuchungen und Behandlungen vorübergehend die vier Kinder nicht selbst betreuen konnte und diese daher eine Zeit lang vom Vater betreut wurden. Von Anfang September 2019 bis Anfang Oktober 2019 befand sich \*\*\*6\*\*\*, von Anfang Oktober 2019 bis Mitte Februar 2020 befanden sich alle vier Kinder beim Vater. Dieser wohnte mit den Kindern im Haushalt seines Bruders und dessen Gattin in \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*32\*\*\*. Seit Mitte Februar 2020 wohnen \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\* wieder gemeinsam mit ihrer Mutter in \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*4\*\*\* \*\*\*5\*\*\*, während \*\*\*6\*\*\* beim Vater blieb und mit dem Vater in weiterer Folge im Februar in eine eigene Wohnung in \*\*\*3\*\*\*, \*\*\*16\*\*\* \*\*\*31\*\*\* zog.

## **Gemeinsames Wohnen des Vaters mit den Kindern**

Im Beschwerdezeitraum führte der Vater keinen eigenen Haushalt, sondern wurde gemeinsam mit den Kindern in den Haushalt seines Bruders und seiner Schwägerin aufgenommen. Eine eigene Wohnung setzt nicht nur eine abgeschlossene Einheit von Räumlichkeiten voraus, in denen ein selbständiger Haushalt geführt wird, sondern es muss im Falle eines Wohnungsverbandes (vgl. VwGH 18.12. 1997, 97/11/0199; VwGH 10.11.1998, 98/11/0236) auch die selbständige Benützbarkeit ohne Beeinträchtigung der anderen im Wohnungsverband liegenden Wohnungen gewährleistet sein (vgl. VwGH 19.10.2010, 2010/11/0170; VwGH 26.1.2010, 2009/11/0271). Eine eigene Wohnung liegt nicht vor, wenn in der Wohnung eines anderen Küche, Bad und WC von verschiedenen Personen (Mitbewohnern bzw. Haupt- und Untermieter) gemeinsam benützt werden (vgl. VwGH 23.9.2014, 2012/11/0150). Diese Rechtsprechung ist allerdings auf § 2 Abs. 2 FLAG 1967 und § 2 Abs. 5 FLAG 1967 nur bedingt übertragbar.

Den gemeinsamen Haushalt des Onkels und der Tante der Kinder hat offenbar die Tante, allenfalls der Onkel, nicht aber der Vater geführt. Allerdings kommt es auf die Haushaltsführung nur bei mehreren im selben Haushalt lebenden Anspruchsberechtigten an (§ 2a Abs. 1 FLAG 1967). Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben; so kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 2Rz 140).

Diese Voraussetzung war im Beschwerdezeitraum wegen des gemeinsamen Wohnens der Kinder mit dem Vater dem Grund nach gegeben. Auch wenn sich alle im Haushalt der Tante und des Onkels bzw. des Bruders und der Schwägerin befanden, teilten sich Kinder und Vater eine Wohnung. Mangels gegenteiliger Feststellungen der Behörde ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass sich der Vater nach seinen Verhältnissen an den Kosten der Haushaltsführung beteiligt hat, es gab daher auch eine gemeinsame Wirtschaftsführung, jedenfalls mit den Kindern. Im Beschwerdezeitraum gehörten daher die Kinder, wie auch von den Verfahrensparteien vorgebracht, zum Haushalt des Vaters in der \*\*\*16\*\*\*, wenn sie keinem anderen Haushalt eines Anspruchsberechtigten angehört haben.

Wer die überwiegenden Unterhaltskosten für die Kinder im Beschwerdezeitraum getragen hat, kommt es daher gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 nicht an, solange ein Elternteil bzw. ein anderer Anspruchsberechtigter gemeinsam mit den Kindern in einem Haushalt lebt.

## **Weiter Haushaltszugehörigkeit bei der Mutter**

Im Gegensatz zum Vorbringen des Finanzamtes ist die Sache aber nicht entschieden.

Unbestritten stand der Bf bis zum Beschwerdezeitraum gemäß § 2 FLAG 1967 i.V.m. § 2a FLAG 1967 Familienbeihilfe für alle vier Söhne, die sich in dem von ihr geführten Haushalt in der \*\*\*4\*\*\* befanden, zu. § 10 Abs. 2 FLAG 1967 regelt, dass Familienbeihilfe solange zusteht, bis eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Es ist daher zuerst zu prüfen, ob die Haushaltszugehörigkeit bei der Mutter durch das vorübergehende Wohnen mit dem Vater aufgehoben worden ist, also die bisherige Anspruchsgrundlage weggefallen ist. Gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 ist die Haushaltszugehörigkeit dann nicht aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält. Anders als bei einer auf einen regelmäßigen Wechsel des Wohnens bei dem einen oder dem anderen Elternteil angelegten „Doppelresidenz“ (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 2Rz 140) oder einem auf Dauer angelegten Wechsel der Haushaltszugehörigkeit liegt nach der Aktenlage hier nur eine vorübergehende Abwesenheit aus dem gemeinsamen Haushalt mit der Mutter vor.

Ein Weiterbestehen einer „fiktiven“ Haushaltszugehörigkeit zum Haushalt der Kindesmutter bei tatsächlicher und auf mehrere Jahre angelegter Übersiedlung des Kindes in den Haushalt des Vaters wäre ausgeschlossen (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 2Rz 140).

Im gegenständlichen Fall dauerte der Aufenthalt betreffend \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\* außerhalb der Wohnung der Mutter von Anfang Oktober 2019 bis Mitte Februar 2020, also rund 4 ½ Monate. Hingegen erklärte \*\*\*6\*\*\* schon vor Beginn des Beschwerdezeitraums, beim Vater bleiben zu wollen, wo er auch ab Mitte Februar 2020 endgültig blieb. Ein bestehender gemeinsamer Haushalt wird durch gewisse durch Lebensumstände bedingte, auf nicht allzu lange Zeit berechnete Unterbrechungen des Zusammenlebens (wie etwa Krankenhaus- und Erholungsaufenthalte) nicht beseitigt (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 2Rz 144). Für die Frage, ob ein Aufenthalt ein vorübergehender oder ein ständiger ist, ist von einer Ex-ante-Betrachtung auszugehen (vgl. VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195 mit Verweis auf VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008). Es kommt daher vor allem darauf an, was ursprünglich gewollt war.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur zeitlich beschränkt sein darf, und diese zeitliche Beschränkung, damit sie nicht zur Auflösung der Wohnungsgemeinschaft führt, nicht lange Zeit, sondern nur einen vorübergehenden Zeitraum dauern darf (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 2Rz 146). Der Gegensatz zum vorübergehenden Aufenthalt nach § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 ist der ständige Aufenthalt, wie er etwa in § 5 Abs. 3 FLAG 1967 (ständiger Auslandsaufenthalt des Kindes) bestimmt ist.

Für die Abgrenzung des vorübergehenden Aufenthalts nach § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 vom ständigen Aufenthalt ist also die zu § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ergangene Rechtsprechung heranzuziehen. Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes i.S.d. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 geht es um

objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen sind (vgl. etwa VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055; VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 5 Rz 9).

Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0055).

Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Der VwGH hat eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten gerade noch als einen vorübergehenden Aufenthalt angesehen (vgl. VwGH 24.6.2010, 2009/16/0133).

Die unbestritten betreffend \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\* zu Beginn nur auf eine vorübergehende Dauer, nämlich solange die Mutter zur Haushaltsführung nicht in der Lage ist, angelegte Betreuung der Kinder in einer anderen Wohnung durch den Vater, dauerte viereinhalb Monate. Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, also wenn der Aufenthalt von Anfang an auf längere Zeit angelegt war, ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (vgl. VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Dies war hier nicht der Fall. Die Entscheidung, welches Kind bei welchem Elternteil künftig wohnen solle, blieb einem Gerichtsbeschluss bzw. einer Einigung der Eltern vorbehalten

Eine Aufgabe des Status des bloß vorübergehenden Aufenthalts beim Vater ist hinsichtlich \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\* im Beschwerdezeitraum (Oktober und November 2019) nach der Aktenlage nicht ersichtlich. Tatsächlich sind \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\* nach viereinhalbmonatiger Abwesenheit wieder in den Haushalt der Mutter zurückgekehrt. Hingegen war bereits zu Beginn des Beschwerdezeitraums abzusehen, dass \*\*\*6\*\*\* beim Vater bleibt.

Es haben sich daher \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\*, nicht aber \*\*\*6\*\*\*, im Beschwerdezeitraum nur vorübergehend außerhalb des ursprünglich gemeinsamen Haushalts ihrer Eltern und danach Haushalts der Mutter in der \*\*\*4\*\*\* aufgehalten. Dieser vorübergehende Aufenthalt von \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\* hat gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 die Haushaltszugehörigkeit zur Mutter im Beschwerdezeitraum nicht beendet.

Da die Haushaltszugehörigkeit von \*\*\*12\*\*\*, \*\*\*8\*\*\* und \*\*\*10\*\*\* zur Mutter im Beschwerdezeitraum weiter bestanden hat, kommt es im Beschwerdezeitraum zu keiner

Beendigung der Auszahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967. Hingegen endete die Haushaltszugehörigkeit zur Mutter von \*\*\*6\*\*\* vor dem 1.10.2019.

### **Keine Rückforderung für \*\*\*8\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* und \*\*\*12\*\*\***

Da die Bf im Beschwerdezeitraum Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für drei (\*\*\*8\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* und \*\*\*12\*\*\*) der vier Kinder hat, sind die bereits ausgezahlten Beträge für diese Kinder diesen Zeitraum nicht gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurückzufordern.

Hingegen besteht die Rückforderung betreffend \*\*\*6\*\*\* zurecht.

Für \*\*\*6\*\*\* wurde im Beschwerdezeitraum monatlich € 141,50 an Familienbeihilfe und € 58,40 an Kinderabsetzbetrag geleistet. Der Zuschlag für vier Kinder betrug € 26,50, jener für drei Kinder € 17,40, die Differenz beträgt somit € 9,10. Insgesamt entfällt auf \*\*\*6\*\*\* ein Betrag von € 150,60 an Familienbeihilfe und € 58,40 an Kinderabsetzbetrag, das sind € 209,00 für einen Monat und € 418,00 für zwei Monate.

### **Unbilligkeit nicht im Rückforderungsverfahren zu prüfen**

Zum Vorbringen der Bf, eine Rückforderung wäre unbillig, ist zu festzustellen:

Billigkeitsüberlegungen sind im Rückforderungsverfahren nach § 26 Abs 1 bis 3 FLAG 1967 vom Finanzamt oder vom BFG nicht anzustellen (vgl. BFG 24.4.2017, RV/7105636/2015 und BFG 20.6.2016, RV/7100264/2016, unter Hinweis auf VwGH 20.2.2008, 2006/15/0076).

Die objektive Erstattungspflicht hat zur Folge, dass der Behörde, sobald die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe nicht mehr gegeben sind, hinsichtlich der Rückforderung von bereits bezogener FB kein Ermessensspielraum bleibt (vgl. BFG 13.6.2018, RV/7104954/2017).

Eine Nachsicht gemäß § 236 BAO (Abschreibung von Abgabenschuldigkeiten) ist ein von der Rückforderung getrenntes Verfahren. Die Gewährung einer Nachsicht liegt im Ermessen der Finanzämter und kann bei Versagung der beantragten Nachsicht in einem Rechtsmittelverfahren angefochten werden. Die Nachsicht setzt keine Weisung der Oberbehörde nach § 26 Abs. 4 FLAG 1967 voraus (vgl. Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 26 Rz 78).

Wenn die Bf die Voraussetzungen für eine Nachsicht – persönliche oder sachliche Unbilligkeit – betreffend der verbleibenden Rückforderung für gegeben sieht, steht es ihr frei, einen diesbezüglichen Antrag beim Finanzamt einzubringen. Dieser ist in einem gesonderten Verfahren zu prüfen.

### **Teilweise Aufhebung des angefochtenen Bescheids**

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher hinsichtlich \*\*\*8\*\*\*, \*\*\*10\*\*\* und \*\*\*12\*\*\* als mit Rechtswidrigkeit behaftet (Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG), er ist gemäß § 279 BAO insoweit aufzuheben.

Hingegen erweist sich eine Rückforderung eines Betrags von € 301,20 an Familienbeihilfe und von € 116,90 an Kinderabsetzbetrag, zusammen € 418,00, hinsichtlich \*\*\*6\*\*\* als rechtmäßig. Insofern ist weiterhin eine Vorschreibung vorzunehmen.

### **Keine Zulassung einer Revision**

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da der hier zu lösenden Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Bundesfinanzgericht folgt der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die Tatfrage, ob der Aufenthalt der Kinder außerhalb des Haushalts der Mutter von Anfang an nur als vorübergehend geplant war, ist einer Revision grundsätzlich nicht zugänglich.

Wien, am 5. Juni 2020