

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch ***2***, ***1***, über die Beschwerde vom 18. April 2018 gegen den Bescheid des ***FA*** vom 19. März 2019 betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum April bis Dezember 2017 in Höhe von insgesamt 5.465,- Euro zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß [§ 279 BAO](#) teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird wie folgt abgeändert:

Der Rückforderungszeitraum zu Unrecht für die drei Kinder bezogener Beträge umfasst die Monate April, Juni, November und Dezember 2017.

Der Rückforderungsbetrag beläuft sich auf 1.728,09 Euro an Familienbeihilfe und 700,80 Euro an Kinderabsetzbeträgen.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

1. Am 19.03.2018 erließ die belangte Behörde einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe iHv. 3.888,20 Euro und Kinderabsetzbetrag iHv. 1.576,80 Euro für die drei Kinder der Beschwerdeführerin (in der Folge kurz: BF) für den Zeitraum von April bis Dezember 2017. Begründend wurde angeführt, dass laut den vorgelegten Protokollen des Jugendamtes die Kinder sich im Haushalt des Kindesvaters befinden würden.

2. Mit Eingabe vom 16.04.2018 wurde vom Sachwalter der BF Beschwerde gegen diesen Bescheid erhoben. Begründend wurde ausgeführt, dass die Kinder von April bis Dezember

2017 überwiegend von der BF, die sich im Haushalt der mütterlichen Großmutter aufgehalten habe, versorgt und betreut worden seien.

Durch die Tätigkeit des Kindesvaters als Berufsmusiker, der sich größtenteils auf diversen Konzerten in Österreich und im Ausland aufhalte, sei es diesem möglich die Kinder nur untergeordnet zu betreuen.

Es wurde bestritten, dass sich Gegenteiliges aus Protokollen des Jugendamtes ergeben solle, welche der BF nie zur Kenntnis gebracht worden seien. Als Verfahrensmangel wurde daher eine Verletzung des Parteiengehörs und des Unmittelbarkeitsgrundsatzes gerügt.

Als Beweismittel wurde die Vernehmung von ***Z*** und ***Y*** (Eltern der BF), von ***X*** und ***W*** beantragt.

3. Am 11.04.2019 erfolgte die Abweisung der Beschwerde in der Beschwerdeverentscheidung, da aufgrund der dem Finanzamt vorliegenden Unterlagen von einer Haushaltszugehörigkeit beim Kindesvater auszugehen sei.

4. Mit Eingabe vom 24.04.2019 beantragte die BF über ihren Erwachsenenvertreter die Vorlage der Beschwerde zur Entscheidung an das Bundesfinanzgericht.

5. Am 14.01.2020 legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Mit dem Vorlagebericht wurden folgende Aktenteile übermittelt:

1 Beschwerde 16.04.2018

2 Familienbeihilfe (Zeitraum: 04.2017-12.2017), 19.03.2019

3 Beschwerdeverentscheidung, 11.04.2019

4 Vorlageantrag, 24.04.2019

5 Mängelbehebungsauftrag zu Vorlageantrag Bescheid, 07.10.2019

6 Mängelbehebungsauftrag zu Vorlageantrag Antwort, 10.10.2019

Vorgelegte Aktenteile Beschwerdeführerin

7 Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe (Einstellung), 13.12.2017

8 Ergänzungsersuchen 1, 14.12.2017

9 Ergänzungsersuchen 1 Antwort, 22.12.2017

10 Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe (Rückforderung) 19.03.2018

11 Beendigung Sachwalterschaft, 02.07.2018

12 Ergänzungsersuchen 2, 12.07.2018

13 Ergänzungsersuchen 2 Antwort, 20.07.2018

14 Ergänzungsersuchen 3, 12.02.2019

15 Ergänzungsersuchen 3 Antwort (Scheidungsurteil), 05.03.2019

16 Ergänzungsersuchen 4, 18.10.2019

17 Ergänzungsersuchen 4, Antwort 07.11.2019

Kindesvater

18 Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe vom Kindesvater, 07.11.2017

19 Ergänzungsersuchen 1 an Kindesvater, 14.12.2017

20 Ergänzungsersuchen 1 an Kindesvater Antwort, 22.02.2018

21 Ergänzungsersuchen 1 an Kindesvater Ergänzung, 02.03.2018

22 Ergänzungsersuchen 2 an Kindesvater, 12.07.2018

23 Auskunftersuchen an väterliche Großeltern, 12.02.2019

24 Ergänzungsersuchen 3 an Kindesvater, 12.02.2019

25 Auskunftersuchen an väterliche Großeltern Antwort, 28.02.2019

Stundung

26 Zahlungserleichterung Stundung Antrag, 08.10.2019

27 Zahlungserleichterung Stundung Bewilligung, 15.10.2019

Zusatz, Sonstiges

28 DB7 - Durchgeführte Leistungen, 24.06.2019

29 ZMR-Abfrage Beschwerdeführerin, 26.06.2019

30 ZMR-Abfrage Kinder, 26.06.2019

31 ZMR-Abfrage Kindesvater, 26.06.2019

Der Sachverhalt wurde im Vorlagebericht wie folgt dargestellt:

„Die Beschwerdeführerin bezog für ihre 3 Kinder ab deren Geburt bis Dezember 2017 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge. Die Auszahlungen wurden auch im strittigen Zeitraum April bis Dezember 2017 durchgeführt (Dok.28).

Am 07.11.2017 stellte der Kindesvater Anträge auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für die drei Kinder ab 23.3.2017 wegen "Hauptaufenthalt" der Kinder in seinem Haushalt (Dok.18). Folgende Beilagen waren angeschlossen:

- Schreiben des Bezirksgerichts ***K*** vom 10.10.2017, in welchem unter Punkt 3. zum Thema "Kinderbeihilfe" ausgeführt wird, dass Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag kein Eigeneinkommen des Unterhaltsberechtigten seien und zudem die Bezugsberechtigung vom Kindesvater jederzeit beim Finanzamt aufgrund der gemeinsamen Obsorge und der getrennten Wohnsitze der Kindeseltern geändert werden könne (Seiten 11 bis 12).*
- Einstweilige Verfügung des Bezirksgerichts ***K*** vom 22.03.2017 über ein Rückkehr- und Aufenthaltsverbot der Beschwerdeführerin gemäß § 382b EO bis zur rechtskräftigen Beendigung des Ehescheidungsverfahrens (Seiten 13 bis 19). In der Begründung wurde darin u.a. ausgeführt, dass der Kindesvater einen Antrag auf Obsorge sowie vorläufige Obsorge gestellt habe und ein Sachwalterschaftsverfahren für die BF eingeleitet worden sei.*
- Sachwalterschaftsbeschluss des Bezirksgerichts ***K*** vom 03.05.2017 mit welchem für die BF ein Sachwalter bestellt wurde (Seiten 20 bis 21)*

Am 13.12.2017 erging aufgrund der Einstellung der Familienbeihilfe eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe (Dok.7) an die BF, in welchem der Dezember 2017 als Ende des Familienbeihilfenbezuges für die 3 Kinder angegeben war.

Mittels Ergänzungersuchen vom 14.12.2017 (Dok.8) wurde die BF um Übermittlung von Kindergarten- bzw. Schulbesuchsbestätigungen der Kinder, der Scheidungsurkunde und eines Beschlusses über die Beendigung ihrer Wegweisung gebeten. Zusätzlich wurde angefragt, ab wann wieder ein gemeinsamer Haushalt der BF mit den Kindern bestehe. Am selben Tag wurde auch ein gleichlautendes Ergänzungersuchen (Dok.19) an den Kindesvater gerichtet.

*Mit Schreiben vom 22.12.2017 (Dok.9) legte der für die BF bestellte Sachwalter Dr. ***V*** den Beschluss über die Sachwalterschaft sowie Kindergarten- bzw. Schulbesuchsbestätigungen der Kinder vor. Im Schreiben selbst war ausgeführt, dass das Ehescheidungsverfahren beim Bezirksgericht ***K*** weiterhin anhängig sei und die Rechtswirksamkeit der Wegweisung erst mit Rechtskraft des Ehescheidungsverfahrens ende.*

Zur Betreuungssituation bzw. Haushaltsführung mit den Kindern wurde angegeben:

- Ab der Wegweisung der BF am 22.03.2017 bis Anfang April 2017 habe die BF in ihrer Ordination (***Adresse2***) gewohnt. Die Kinder seien untertags durch die BF betreut worden und hätten bei der mütterlichen Großmutter (mGM) ***Z*** genächtigt.
- Im April 2017 sei die BF bei ihrer Mutter in ***Adresse3***, eingezogen. Die Betreuungssituation der Kinder sei unverändert gewesen. Lediglich an den Wochenenden hätten sich ein oder 2 Kinder bei den väterlichen Großeltern (vGE) ***S*** und ***T*** ***U*** in ***AdressevGE***, oder in der Ehewohnung in ***I*** befunden.
- In der Zeit des Psychiatrieaufenthalts der BF von Mai bis Mitte Juni 2017 seien die Kinder mehr oder weniger gleichteilig zwischen der mGM und den vGE aufgeteilt worden.
- Ab der Rückkehr der BF Mitte Juni 2017 habe die Beschwerdeführerin wieder bei der mGM gelebt. Die Kinder hätten sich wieder bei ihr und der mGM befunden.
- In den Ferien seien die Kinder wieder zwischen der mGM und den vGE aufgeteilt gewesen.
- Ein überwiegender Aufenthalt bzw. eine Betreuung der Kinder durch die vGE oder den Kindesvater habe zu keinem Zeitpunkt stattgefunden.

Die Antwort des Kindesvaters langte am 22.02.2018 im Finanzamt ein (Dok.20, Seite 5). Er gab darin betreffend das Jahr 2017 an:

- Ab der Wegweisung der BF im März 2017 seien alle 3 Kinder bei ihm gewesen. Die BF habe die Kinder nur unter Aufsicht sehen dürfen. Erst Mitte April sei durch das Gericht festgestellt worden, dass von der BF für die Kinder keine Gefährdung mehr ausgehe.
- Während der Krankenhausaufenthalte bzw. der Reha der BF in ***R***, ***Q*** (2 Wochen) und ***P*** (6 Wochen) seien die Kinder grundsätzlich bei ihm gewesen. Nur an den ersten beiden Wochentagen sowie an den Nachmittagen, an denen er unterrichtet habe, sei er von der mGM unterstützt worden.
- Er habe immer die ganze Wäsche der Kinder gewaschen und frische Ersatzkleidung zur mGM bzw. zur BF gebracht.
- An den Wochenenden habe er jeweils eines der Kinder zur BF gebracht, da diese nicht alleine sein wollte.
- Schuhe, Bekleidung, Schulgeld, Musikschulbeitrag, Nachmittagsbetreuung, Kinder-Turntraining etc. habe er bezahlt und mit Ausnahme von Montag und Dienstag auch für die Kinder gekocht.
- Ab Februar 2018 habe er einen Plan für die Aufteilung der Kinder gemacht.

- Auch habe er bei einer Band, mit der er immer am Wochenende und auch manchmal unter der Woche gespielt habe, aufgehört sowie generell seine musikalischen Tätigkeiten drastisch eingeschränkt.

In der Beilage zur Antwort des Kindesvaters befand sich zudem ein Situationsbericht des Kinder- und Jugendhilfeträgers vom 24.01.2018 (Dok.20, Seiten 1 bis 4). Darin wurden Gespräche mit der BF und der mGM vom 23.01.2018 und mit dem Kindesvater vom 18.01.2018 wiedergegeben.

- Gespräch mit der BF und der mütterlichen Großmutter vom 23.01.2018: Die Kinder seien immer von Sonntagabend bis meist Mittwoch bei der BF bzw. der mGM aufhältig. In ****|*** beim Kindesvater würden die Kinder eigentlich lediglich einmal pro Woche schlafen. An den anderen Tagen wären die Kinder bei der BF oder bei den vGE. An den Wochenenden würden die Kinder aufgeteilt und wären teilweise bei der BF oder beim Kindesvater bzw. den vGE.

Laut mGM spiele der Kindesvater in 2 oder 3 Bands und sei daher oft am Wochenende unterwegs und könne da die Kinder nicht betreuen.

Früher habe sich der Kindesvater gar nicht um die Kinder gekümmert. Jetzt würde er sich etwas mehr um die Kinder kümmern. Jedoch würden die Kinder von ihm hauptsächlich zu den vGE gebracht werden.

- Gespräch mit dem Kindesvater vom 18.01.2018:

Der Kindesvater sei Montag und Dienstag beruflich sehr eingeteilt. Die Kinder leben daher Montag und Dienstag bei der BF im Haushalt der mGM. Er bringe die Kinder entweder Sonntagabend zur BF oder die Kinder gehen am Montag nach der Schule zur BF. Mittwochs hole der Kindesvater die Kinder von der Schule oder der BF ab. Die Wochenenden seien flexibel geregelt. Die Kinder seien einmal da und einmal dort. Die Kinder seien aber auch oft bei den vGE.

Am 02.03.2018 übermittelte der Kindesvater zusätzlich eine Aufstellung seiner musikalischen Engagements nach der Wegweisung der BF (Dok.21).

Dies sei im April 2017 an 4 Tagen, im Mai 2017 an 7 Tagen, im Juni 2017 an 11 Tagen, im Juli 2017 an 6 Tagen, im August 2017 an 10 Tagen, im September 2017 an 17 Tagen und im Oktober 2017 an 6 Tagen der Fall gewesen.

Zusätzlich führte er hinsichtlich der Kinder aus:

- Die Kinder seien entweder bei den vGE oder mit den vGE am Familienwohnsitz gewesen.
- Zur Zeit des Oktoberfests in München (16.-19.09. und 21.-30.09.2017) seien die Kinder während der Woche bei der mGM und von Freitag bis Sonntag bei den vGE gewesen.

- *Manchmal sei auf Wunsch der mGM eines der Kinder am Wochenende bei der BF gewesen, da diese nicht alleine sein wollte.*
- *Die Auftritte hätten grundsätzlich nie vor 22 Uhr begonnen und hauptsächlich am Wochenende stattgefunden. Er habe die Kinder vorher schlafen gelegt und sei am nächsten Tag wieder für die dagewesen.*
- *Nach der Wegweisung der BF habe diese die Kinder nicht alleine sehen dürfen. In dieser Zeit und während der Aufenthalte der BF im Krankenhaus bzw. in der Reha seien die Kinder fast immer bei ihm gewesen. Dabei sei er von den vGE unterstützt worden, da sie der mGM zu viel gewesen seien.*
- *Mit Ende Oktober 2017 habe er die musikalische Tätigkeit als Schlagzeuger bei der Band "***O***" aufgegeben.*

Aufgrund der von beiden Seiten vorgelegten Unterlagen wurden mit Bescheid vom 19.03.2018 (Dok.2) die ausbezahlten Leistungen an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum April bis Dezember 2017 von der BF zurückgefordert, da sich die Kinder laut den vorgelegten Protokollen des Jugendamtes überwiegend im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten hätten.

Mit selben Datum erging auch eine diesbezügliche geänderte Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe an die BF (Dok.10).

Gegen den Bescheid vom 19.03.2018 richtet sich die Beschwerde vom 16.04.2018 (Dok.1). Darin wurde ausgeführt, dass es völlig tatsachenunrichtig sei, dass sich die Kinder im Zeitraum April bis Dezember 2017 überwiegend im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten hätten. Die Kinder seien tatsächlich überwiegend von der BF im Haushalt der mGM versorgt und betreut worden. Der Kindesvater habe bei der Betreuung der Kinder nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Aus den Protokollen des Jugendamtes würde sich Gegenteiliges nicht ergeben und seien derartige Behauptungen schlichtweg unrichtig.

*Das Finanzamt wurde am 02.07.2018 vom ehemaligen Sachwalter darüber informiert, dass die Sachwalterschaft mit beiliegendem Beschluss des Bezirksgerichts ***K*** vom 29.06.2018 beendet worden sei und er sämtliche Angelegenheiten der BF mit 05.07.2017 (gemeint vermutlich 5.7.2018) in deren Eigenverantwortung zurückgebe (Dok.11).*

Mit Ergänzungsersuchen vom 12.07.2018 (Dok.12) wurde die BF zur Vorlage eines Obsorgebeschlusses für ihre Kinder oder einer Scheidungsurkunde sowie einer Erklärung zur Haushaltszugehörigkeit der Kinder ab April 2017 aufgefordert.

Am selben Tag wurde auch der Kindesvater mittels Ergänzungsersuchen (Dok.22) um Vorlage eines Obsorgebeschlusses für die Kinder oder einer Scheidungsurkunde ersucht. Beantwortet

wurde das Schreiben an die BF am 20.07.2018 durch die nunmehrige Vertreterin ***N*** Rechtsanwältin OG unter Berufung auf eine erteilte Vollmacht (Dok.13). Demnach sei das Scheidungsverfahren noch nicht abgeschlossen und die Obsorge für die Kinder stehe beiden Elternteilen gemeinsam zu. Die Unterbringung der Kinder erfolge folgendermaßen:

Die Wochenenden verbrachten die Kinder mit 14-tägigem Wechsel abwechselnd bei der Beschwerdeführerin bzw. bei den vGE. Von Sonntagabend bis Mittwochmittag befanden sich die Kinder bei der BF. Die Versorgung, Betreuung und Verköstigung der Kinder sowie die Erledigung von Wäsche und Hausarbeiten erfolge in dieser Zeit ausschließlich durch die BF. Die mGM befinde sich fast durchgehend bei ihrem Lebensgefährten in ***M***. Lediglich bei kurzfristiger berufsbedingter Verhinderung der BF betreue die mGM die Kinder. Der Kindesvater hole die Kinder mittwochs von der Schule bzw. vom Kindergarten ab und bringe sie sofort wieder zu den vGE. Der Kindesvater habe selbst praktisch keinen Kontakt zu den Kindern, er transportiere sie lediglich.

Seitens des Kindesvaters langte keine Antwort auf das Ergänzungsersuchen vom 12.07.2018 ein.

Am 12.02.2019 wurden neuerlich Ergänzungsersuchen an die BF (Dok.14) und den Kindesvater (Dok.24) verschickt. Darin wurde nochmals um Vorlage eines Obsorgebeschlusses bzw. einer Scheidungsurkunde ersucht.

Ebenfalls am 12.02.2019 ergingen schriftliche Auskunftersuchen an die väterlichen Großeltern (Dok.23), mit welchen diese aufgefordert wurden bekanntzugeben, wie oft pro Woche sich die Enkelkinder in ihrem Haushalt aufhalten bzw. wie oft pro Woche die Kinder im Haushalt des Kindesvaters versorgt würden.

In ihrer Antwort vom 28.02.2019 (Dok.25) gaben die Großeltern folgendes an:

- Februar bis Mitte April 2017: Außer Montag und Dienstag seien die Kinder täglich beim Vater bzw. bei ihnen gewesen. Am Montag und Dienstag habe die mGM die Kinder nachmittags betreut. Mittwoch- und Donnerstagnachmittag seien die Kinder stundenweise bei ihnen gewesen. Bei Auftritten des Kindesvaters am Freitagabend oder am Samstag seien die Kinder über Nacht bei ihnen gewesen. Der Kindesvater habe nach seinen Auftritten aber ebenfalls immer bei ihnen genächtigt.
- Ab Mai 2017 seien am Wochenende abwechselnd 2 Kinder beim Vater und ein Kind bei der BF gewesen.
- Eine Betreuung der Kinder ihrerseits im Haushalt des Kindesvaters habe nur dann stattgefunden, wenn der Kindesvater später von der Schule nach Hause gekommen sei oder einen Termin gehabt habe.

- Während der Ferien und der Krankenhaus- und Reha-Aufenthalte der BF seien die Kinder öfter mit dem Vater bei den vGE gewesen.
- Mit Schulbeginn habe der Kindesvater jeden Montag und Dienstag je ein Kind in die Nachmittagsbetreuung der Schule gegeben (inkl. Mittagessen).
- Für Wäsche und Mittagessen der Kinder habe grundsätzlich immer der Kindesvater gesorgt.
- Ab 2018 sei vom Vater ein Plan für die Aufteilung der Kinder aufgestellt worden, welcher auch 2019 noch eingehalten werde.

Am 05.03.2019 langte vom Vertreter der Kindesmutter (nunmehr ***L*** Rechtsanwälte OG) das nicht rechtskräftige Scheidungsurteil des Bezirksgerichts ***K*** vom 17.12.2018 ein (Dok.15). Ein Obsorgebeschluss für die Kinder sei nicht existent und bis auf weiteres gelte daher weiterhin die gemeinsame Obsorge.

Seitens des Kindesvaters langte keine Antwort zum Ergänzungsersuchen vom 12.02.2019 ein.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 11.04.2019 (Dok.3) wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, da sich die Kinder überwiegend im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten hätten.

Am 24.04.2019 langte ein Vorlageantrag (Dok.4) ein.

Aufgrund eines Inhaltsmangels wurde am 07.10.2019 ein Mängelbehebungsauftrag (Dok.5) zum Vorlageantrag vom 24.04.2019 erlassen. Als Frist für die Beantwortung wurde der 24.10.2019 vermerkt.

In der Antwort vom 10.10.2019 (Dok.26) gab der Vertreter der BF bekannt, dass sich der Vorlageantrag gegen den Bescheid vom 19.03.2018 (Rückforderungsbescheid) richte. Im Schreiben hat sich der Vertreter nicht auf die erteilte Vollmacht berufen.

Beweismittel:

Insbesondere

*Antwort der Beschwerdeführerin vom 22.12.2017 (Dok.9)

*Antwort der Beschwerdeführerin vom 20.7.2018 (Dok.13)

*Schreiben Rechtsanwalt vom 10.10.2019 (Dok.17)

*Situationsbericht Kinder- und Jugendhilfeträger vom 24.1.2018 (Dok.20, Seiten 1 bis 4)

*Antwort des Kindesvaters vom 22.2.2018 (Dok.20, Seiten 6 bis 6)

**Ergänzung des Kindesvaters vom 2.3.2018 (Dok.21)*

**ZMR-Abfrage Beschwerdeführerin vom 26.6.2019 (Dok.29)*

**ZMR-Abfrage Kinder vom 26.6.2019 (Dok.30)*

**ZMR-Abfrage Kindesvater vom 26.6.2019 (Dok.31).“*

Die Stellungnahme des Finanzamtes im Vorlagebericht lautet wie folgt:

*Die BF hat nach eigenen Angaben im Schreiben vom 22.12.2017 (Dok.9) vom 22.03.2017 bis Anfang April 2017 in ihrer Ordination in ***Adresse2***, gewohnt und ist im April 2017 bei ihrer Mutter ***Z*** in deren Haus in ***Adresse3***, eingezogen und hat dort zumindest bis zum 31.05.2019 gewohnt (Dok.17).*

*Laut ZMR-Abfrage vom 26.06.2019 (Dok.29) war die BF von 20.10.2008 bis 31.05.2017 mit Hauptwohnsitz am Familienwohnsitz in ***Bf1-Adr*** gemeldet. Im Zeitraum vom 31.05.2017 bis 20.11.2017 befand sich der Hauptwohnsitz der BF lt. ZMR in ***AdressevGE***, (Wohnsitz der vGE). Seit 20.11.2017 befindet sich nunmehr der Hauptwohnsitz der BF lt. ZMR wieder am Familienwohnsitz ***Bf1-Adr***. Zusätzlich ist die BF seit 20.10.1979 mit Nebenwohnsitz in ***Adresse4***, gemeldet (Wohnsitz des Vaters der BF).*

*Am Ort der Ordination (***Adresse2***) bzw. am Wohnsitz der Mutter der BF (***Adresse3***) sind im strittigen Zeitraum weder ein Haupt- noch ein Nebenwohnsitz im ZMR erfasst.*

*Die Kinder sind lt. ZMR-Abfrage vom 26.06.2019 (Dok.30) seit ihrer Geburt durchgängig an der Adresse ***Bf1-Adr*** gemeldet. Gleiches gilt seit 24.06.2009 auch für den Kindesvater (Dok.31).*

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind polizeiliche Meldebestätigungen nicht geeignet einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern, sondern können nur ein –widerlegbares – Indiz hierfür sein (VwGH 23.02.1981, [1388/80](#) mwN). Meldebestätigungen können daher auch nur ein (widerlegbares) Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft darstellen. Daher ist den von der BF gemachten Angaben betreffend ihrer eigenen Wohnsituation (Dok.9 und 17) eine höhere Beweiskraft beizumessen als den Daten im ZMR.

Die von der BF (Dok.13), dem Kindesvater (Dok.20 und 21) und den vGE (Dok.25) getätigten Aussagen in den beigebrachten Unterlagen stimmen darin überein, dass sich die Kinder grundsätzlich von Sonntagabend bis Mittwoch (3 Nächtigungen) bei der BF im Haushalt der mGM sowie grundsätzlich von Mittwochnachmittag bis Sonntagabend (4 Nächtigungen) beim Kindesvater aufhielten.

Ab Mitte April 2017 seien die Kinder an den Wochenenden aufgeteilt worden (jeweils ein Kind bei der BF und 2 Kinder beim Kindesvater).

Zusätzlich ist dies auch dem Situationsbericht des Kinder- und Jugendhilfeträgers vom 24.1.2018 so zu entnehmen (Dok.20, Seiten 1 bis 4).

Nach [§ 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung](#) hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Das Beweisverfahren wird vor allem beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 167 BAO).

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln (keine gesetzliche Randordnung, keine formalen Regeln) gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (Ritz, BAO- Kommentar, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN).

Das Finanzamt geht aufgrund der vorliegenden Unterlagen davon aus, dass im strittigen Zeitraum von April bis Dezember 2017 eine Wohngemeinschaft der Kinder mit dem Kindesvater vorgelegen hat und sich die Kinder lediglich des Öfteren "bloß vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung" mit dem Kindesvater bei der Kindesmutter aufgehalten haben. Das Finanzamt ersucht daher um Abweisung der Beschwerde."

6. Mit Schriftsatz vom 19.05.2020 nahm die BF über ihren Erwachsenenvertreter Stellung zum Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes vom 25.02.2020 bezüglich der Zeugen, verlangte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Vernehmung der bereits in der Beschwerde genannten Zeugen und eine Befragung des Kindesvaters.

Ergänzend wurde vorgebracht, dass der Kindesvater wegen seiner hauptberuflichen Tätigkeit als Musikschullehrer am Nachmittag beschäftigt sei. Seine nebenberufliche Tätigkeit in einer Musikband binde ihn am späten Nachmittag für die Proben und an den Wochenenden für die Auftritte, die mit langen Anfahrten verbunden seien. Die Kinder seien in dieser Zeit von den väterlichen Großeltern betreut worden, wobei diese Betreuung für die Frage der Haushaltszugehörigkeit nicht dem Kindesvater zuzurechnen sei.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Aufgrund der Beweiswürdigung festgestellter Sachverhalt

Die Aussagen der BF und des Kindesvaters zur Haushaltszugehörigkeit der Kinder sind widersprüchlich.

In der Beurteilung des Wahrheitsgehaltes des Sachvorbringens der Parteien selbst ist nach herrschender Auffassung Vorsicht am Platz, weil die Erfahrung lehrt, dass die Verfangenheit in einem Rechtsstreit und das Bestreben, in diesem zu obsiegen, Fähigkeit und Bereitschaft zur Wahrnehmung und Wiedergabe der wirklich geschehenen Sachverhalte zu beeinträchtigen pflegen, was für den Streit geschiedener oder in Scheidung stehender Eheleute noch in verstärktem Maße gilt (vgl. VwGH vom 17.09.1997, [95/13/0015](#)).

Die von der BF angebotenen Zeugen ***W*** und ***X*** wurden bereits im Scheidungsverfahren vernommen und sagten dort aus, dass der Kindesvater nie zu Hause gewesen sei, wenn sie sich am Nachmittag im Haus der BF trafen. Die im Scheidungsverfahren erkennende Richterin befand dies aufgrund der beruflichen Tätigkeit allerdings nicht als verwunderlich. Die Beobachtungen dieser Personen beziehen sich auf die Zeit, in der die BF noch mit dem Kindesvater zusammenwohnte. Für die Frage der Haushaltszugehörigkeit im Streitzeitraum scheint aus den Aussagen dieser Personen wenig zu gewinnen.

Auch der als Zeuge angebotene Vater der BF wurde bereits im Scheidungsverfahren vernommen, wobei er sich in Rage geredet habe und die im Scheidungsverfahren erkennende Richterin befand, dass von ihm eine objektive, wahrheitsgemäße Aussage ganz eindeutig nicht erwartet werden könne.

Im übrigen konnte auf die Vernehmung der von der BF genannten Zeugen verzichtet werden, da das Bundesfinanzgericht ohnehin dem Vorbringen der BF und ihrer Mutter folgt, dass die Kinder überwiegend von der BF betreut wurden.

Dies kann allerdings nur für diejenigen Monate gelten, in denen die BF sich nicht längere Zeit in einer Betreuungseinrichtung befand oder die Kinder aufgrund eines Gerichtsbeschlusses nur unter Aufsicht sehen durfte. In diesen Zeiten kann ihr eine Betreuung der Kinder offensichtlich nicht möglich gewesen sein.

Monatweise Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit im strittigen Zeitraum:

April 2017:

Aufgrund der einstweiligen Verfügung des Bezirksgerichts ***K*** vom 22.03.2017 wurde über die BF ein Rückkehr- und Aufenthaltsverbot am Familienwohnsitz bis Mitte April verhängt. In dieser Zeit durfte die BF die Kinder nur unter Aufsicht sehen. Die BF wohnte bis Anfang April in ihrer Ordination und zog dann in das Haus ihrer Mutter in der ***Adresse3***

ein.

Eine überwiegende Betreuung der Kinder durch die BF und Zugehörigkeit der Kinder zum Haushalt der BF kann unter diesen Umständen in diesem Monat nicht angenommen werden.

Juni 2017:

Von 31.05. bis 21.06.2017 hielt sich die BF in der psychiatrischen Abteilung des Krankenhauses ***Q*** auf. Dies geht hervor aus dem Scheidungsurteil vom 17.12.2018.

Eine überwiegende Betreuung der Kinder durch die BF und Zugehörigkeit zum Haushalt der BF kann in diesem Monat nicht angenommen werden.

November und Dezember 2017:

Von 31.10. bis 12.12.2017 war die BF auf Rehabilitation in ***P***. Dies geht aus dem Scheidungsurteil vom 17.12.2017 hervor.

Eine überwiegende Betreuung der Kinder durch die BF und Zugehörigkeit der Kinder zum Haushalt der BF kann in diesen Monaten nicht angenommen werden. Es wurde von der BF nicht vorgebracht, dass die Kinder nach der Rückkehr aus der Rehabilitation beinahe ausschließlich von ihr betreut worden wären.

Für die Monate Mai, Juli, August, September und Oktober wird Folgendes festgestellt:

Laut Aussage der BF und ihrer Mutter ***Z*** im Situationsbericht der Bezirkshauptmannschaft ***K*** als Kinder- und Jugendhilfeträger vom 24.01.2018 schliefen die Kinder von Sonntagabend bis Mittwoch bei der BF. An den Wochenenden waren die Kinder teilweise bei der BF und teilweise beim Kindesvater.

Unter der vereinfachenden Annahme, dass die Kinder jedes zweite Wochenende von Freitag bis Sonntag bei der BF schliefen, ergeben sich in einem Zeitraum von vier Wochen 16 Nächtigungen bei der BF und 12 beim Kindesvater. Somit liegt eine monatlich überwiegende Anzahl an Nächtigung der Kinder bei der BF vor.

Auch unter der Annahme, dass an jedem Wochenende jeweils ein Kind bei der BF und zwei Kinder beim Kindervater geschlafen haben, liegt eine monatlich überwiegende Anzahl an Nächtigungen bei der BF vor.

Aufgrund der beruflichen Tätigkeit schliefen die Kinder öfters bei den väterlichen Großeltern und wurden oft von diesen betreut, wenn der Kindesvater am Nachmittag in der Musikschule arbeitete.

Bis Oktober 2017 war der Kindesvater darüberhinaus in einer Musikband aktiv.

Nach seinen eigenen Angaben fanden die musikalischen Auftritte in folgender Anzahl statt:

Mai : 7, Juli: 6, August:10, September:17 und Oktober: 6.

Es ist der BF zuzustimmen, dass die Nächtigungen bei den väterlichen Großeltern nicht ungeprüft dem Kindesvater zugerechnet werden können.

Insgesamt wird festgestellt, dass die BF in diesen Monaten die Kinder überwiegend betreute und diese bei ihr auch überwiegend nächtigten.

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Zu Spruchpunkt I. (Abänderung)

2.1.1. Rechtslage

[§ 2 Abs 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG) lautet:

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.

[§ 2 Abs 5 FLAG 1967](#) lautet:

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.

[§ 7 FLAG 1967](#) lautet:

Für ein Kind wird Familienbeihilfe nur einer Person gewährt.

[§ 10 FLAG 1967](#) lautet:

(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 Ausschlussgrund hinzukommt.

[§ 25 FLAG 1967](#) lautet:

Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person

ausgezahlt (§ 12) wird, sind verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, bei dem nach § 13 zuständigen Finanzamt zu erfolgen.

Diese Rückzahlungspflicht normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (u.a. VwGH 23.9.2005, [2005/15/0080](#)).

[§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#) lautet:

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß [§ 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988](#) ist [§ 26 FLAG 1967](#) anzuwenden, wenn Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen wurden.

2.1.2. Rechtliche Würdigung

Gemäß § 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe knüpft somit primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß [§ 7 FLAG 1967](#) für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist (VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#); VwGH 28.11.2007, [2007/15/0058](#); VwGH 28.10.2009, [2008/15/0214](#)). Ein solcher gemeinsamer Haushalt der Beschwerdeführerin und des Kindesvaters lag im beschwerdegegenständlichen Zeitraum nicht vor, die Bestimmung des § 2a FLAG gelangt daher nicht zur Anwendung.

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG näher umschrieben. Demnach kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an (vgl. VwGH 18.04.2007, [2006/13/0120](#); VwGH 28.10.2009, [2008/15/0214](#)).

Zusätzlich regelt das FLAG in § 2 Abs. 5 lit. a, dass die Haushaltszugehörigkeit bei einem bloß vorübergehenden Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung nicht als aufgehoben gilt.

Eine einheitliche Wirtschaftsführung setzt in Bezug auf die vorübergehend außerhalb der Wohngemeinschaft lebenden Kinder voraus, dass diese Kinder im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend bedacht und damit noch der elterlichen Obsorge teilhaftig werden (VwGH vom 19. 10. 1960, [1509/58](#)).

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 08.02.2007, [2006/15/0098](#); VwGH 28.11.2001, [96/13/0076](#)).

Der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch steht in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt hat oder nach § 2a FLAG als Haushaltsführender vermutet wird (vgl. VwGH 28.11.2007, [2007/15/0058](#)).

Der Verwaltungsgerichtshof hat bei einem Kind, das von mehreren Personen jeweils in deren Haushalten betreut wurde, die Ansicht vertreten, dass die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, ganz wesentlich davon abhängt, 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 (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt" (vgl. VwGH 18.04.2007, [2006/13/0120](#)).

Wird ein Kind von mehreren Personen jeweils in deren Haushalten betreut, ist für die Frage des Überwiegens der Haushaltszugehörigkeit in typisierender Betrachtungsweise im Sinne des Erkenntnisses VwGH 18.04.2007, [2006/13/0120](#) darauf abzustellen, bei wem das Kind im jeweiligen Monat überwiegend genächtigt hat.

Dies entspricht auch dem Überwiegensprinzip: Rechnet man die Zeiten für Schulweg und Schulbesuch als neutrale Zeiten von den 24 Stunden eines Tages ab, ist die Zeit für Abendessen, Abendbetreuung, Nächtigung, Morgenbetreuung, Frühstück, die jedenfalls mit der Nächtigung verbunden ist, jedenfalls länger als die Zeit der Mittags- und Nachmittagsbetreuung. Auch die Kosten für Mittagessen und allfällige Jause sind nicht höher anzusetzen als die mit der Nächtigung verbundenen Kosten für Nachtmahl, Frühstück und allfällige Verpflegung für den Schulbesuch.

Das Beweisverfahren wird vor beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 167 BAO). Dieser Grundsatz legt fest, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es

keine Beweisregeln (keine gesetzliche Randordnung, keine formalen Regeln) gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen.

Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (Ritz, BAO-Kommentar, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN).

Aufgrund der im Verfahrensgang angeführten Dokumente insbesondere des Situationsberichtes der Bezirkshauptmannschaft, des Scheidungsurteils und der Antworten der BF, des Kindesvaters und dessen Eltern auf die Ergänzungsersuchen des Finanzamtes gelangt das erkennende Gericht in freier Beweiswürdigung gemäß § 167 BAO zu dem Ergebnis, dass die Kinder im strittigen Zeitraum in den Monaten April, Juni, November und Dezember nicht bei der BF haushaltszugehörig waren.

Aus diesem Grunde hat die BF keinen Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 oder auf Kinderabsetzbeträge.

In den Monaten Mai, Juli, August, September und Oktober hingegen wurden die Kinder überwiegend von der BF betreut und besteht Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der im angefochtenen Bescheid rückgeforderte Betrag ist daher auf die in den Monaten April, Juni, November und Dezember ausbezahlten Beträge zu kürzen.

Zum Antrag der BF auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung in der Stellungnahme vom 19.05.2020:

Gemäß § 274 Abs. 1 Z 1 BAO hat eine mündliche Verhandlung dann stattzufinden, wenn es in der Beschwerde oder im Vorlageantrag beantragt wird. Ein Rechtsanspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung setzt einen rechtzeitigen Antrag des Beschwerdeführers voraus. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt es nicht, wenn ein Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Bundesfinanzgericht erst in einem ergänzenden Schriftsatz gestellt wird (siehe etwa VwGH vom 23.4.2001, 96/14/0091). Eine mündliche Verhandlung war deshalb nicht durchzuführen.

2.2. Zu Spruchpunkt II. (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 Frage der Haushaltszugehörigkeit ist eine Frage der Beweiswürdigung im Einzelfall, die einer ordentlichen Revision nicht zugänglich ist. Bei der Qualifizierung der Haushaltszugehörigkeit wurde die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes beachtet.

Linz, am 23. September 2020