

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der ***1*** ***2*** ***3***, ***4***, ***5***, vom 7.5.2018 gegen den Bescheid des damaligen Finanzamts Wien 4/5/10,1030 Wien, Marxergasse 4, vom 17.4.2018, mit welchem Familienbeihilfe (€ 872,00) und Kinderabsetzbetrag (€ 350,40) für den im April 2004 geborenen ***6*** ***3*** und für den im März 2008 geborenen ***7*** ***3*** jeweils für den Zeitraum Februar 2018 bis April 2018 gemäß [§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#) und [§ 33 Abs. 3 EStG 1988](#) zurückgefordert werden (Gesamtrückforderungsbetrag € 1.222,40), Sozialversicherungsnummer ***8***, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß [§ 279 BAO](#) als unbegründet abgewiesen.

Der Spruch des angefochtenen Bescheids bleibt unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Bescheid

Mit Bescheid vom 17.4.2018 forderte das damalige Finanzamt Wien 4/5/10 von der Beschwerdeführerin (Bf) ***1*** ***3*** Familienbeihilfe (€ 872,00) und Kinderabsetzbetrag (€ 350,40) für den im April 2004 geborenen ***6*** ***3*** und für den im März 2008 geborenen ***7*** ***3*** jeweils für den Zeitraum Februar 2018 bis April 2018 gemäß [§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#) und [§ 33 Abs. 3 EStG 1988](#) mit folgender Begründung zurück (Gesamtrückforderungsbetrag € 1.222,40):

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.

Laut Obsorgebeschluss leben die Kinder beim Kindesvater und dieser hat einen Antrag auf Familienbeihilfe gestellt.

Beschwerde

Mit Schreiben vom 7.5.2018, als „Einspruch gegen die Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe 2018 Versicherungsnummer ****8****“ bezeichnet, legte die Bf ersichtlich Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid ein und führte in dieser aus:

*Ich erhalte erst seit 06.04.2018 für 3 Kinder die Familienbeihilfe die Tochter ***9*** ***10*** lebt bei mir und ihrer Großmutter. Für die Buben bekam die Hälfte der Ex-Man ***3*** ***11*** und das andere ich. Da die Buben seit 04.05.2016 in einer WG der Stadt Wien wohnen und gemeldet sind. Alle 14 Tage oder Feiertage sind die Buben bei mir und abwechselnd beim Vater.*

Ich habe auf Anraten der Volksanwaltschaft, ..., das die Teilung je 200 € Vater u. Mutter pro Monat gerecht sind, seit 10.04.2017!!!

Ich kann von ihnen von 2016-2018 alle Ausgaben belegen und die Rechnungen vorlegen auch von den Sommerurlaub 2016, 2017 wo ich mit ihnen in Kroatien war.

BELEGE!! können jederzeit eingesehen werden

Meldebestätigungen, wonach ***7*** ***3*** und ***6*** ***3*** seit Mai 2016 mit Hauptwohnsitz in ***4***, ***12*** und in ***13***, ***14*** gemeldet sind, und wonach ***9*** ***10*** seit August 2015 mit Hauptwohnsitz in ***4***, ***5*** und in ***4***, ***12*** gemeldet ist, waren beigelegt.

Des weiteren war folgendes Schreiben des Magistrats der Stadt Wien, Amt für Jugend und Familie, Rechtsvertretung, Bezirk 10 vom 12.2.2016 an die Bf beigelegt:

*... die minderjährigen ***6*** ***3***, geboren am ***15*** und ***7*** ***3***, geboren ***16***, befinden sich seit01.2016 in Voller Erziehung der Stadt Wien. Informativ teilen wir Ihnen mit, dass die Kosten, die der Stadt Wien dafür erwachsen, derzeit täglich EUR 80,00 betragen. Die Höhe des von Ihnen zu leistenden Betrages wird aufgrund Ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse errechnet. Bei Festsetzung werden Sie gesondert verständigt.*

Unter Berufung auf §§27, 37 des Wiener Kinder- und Jugendhilfegesetzes 2013, LGBl. für Wien Nr. 51, zeigt das Amt für Jugend und Familie - Rechtsvertretung Bezirk 10 an, dass der gegen Sie zustehende Rechtsanspruch dieser Minderjährigen auf Geldleistungen zur Deckung des

Unterhaltes höchstens bis zum vollen Ausmaß der erwachsenden Verpflegskosten auf die Stadt Wien übergegangen ist.

Künftig fällig werdende Unterhaltsleistungen sind deshalb nur mehr auf das Konto des Amtes für Jugend und Familie - Rechtsvertretung Bezirk 10 bei der Bank Austria, IBAN AT78 1200 0006 9625 3517, BIC BKAUATWW, Verwendungszweck 3054829, zu überweisen.

Ein Sozialarbeiter beim Magistrat der Stadt Wien, Amt für Jugend und Familie, Soziale Arbeit mit Familien bestätigte am 29.5.2017, „dass die beiden Kinder ***3*** ***6*** und ***3*** ***7*** regelmäßig bei ihrer Mutter Frau ***3*** ***1*** übernachten. Dies würde in einer möglichen neuen Wohnung für Frau ***3*** ebenfalls der Fall sein.“

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerde vorentscheidung vom 10.8.2018 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab und führte als Begründung 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.

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

Ein bereits zweijähriger Aufenthalt der Kinder in einer Wohngemeinschaft im Zuge einer Maßnahme der Jugendfürsorge kann jedoch nicht mehr als vorübergehender Aufenthalt angesehen werden. Auch 14-tägige Nächtigungen begründen nach ständiger Judikatur keine Haushaltszugehörigkeit des Kindes bei seinen Eltern. (Vgl. auch BFG 19.4.2018, [RV/7101056/2017](#)).

Da auch der Unterhalt nicht überwiegend von Ihnen geleistet wird, war die Beschwerde abzuweisen.

Ein Zustellnachweis befindet sich nicht in den elektronisch vorgelegten Akten.

Vorlageantrag

Mit Schreiben vom 20.9.2018 (bezeichnet als „EINSPRUCH“) stellte die Bf ersichtlich Vorlageantrag.

Ich habe von Ihnen die Beschwerdeentscheidung erhalten. Wobei ich es finde das einiges nicht richtig angegeben wurde. Oder ich Ihnen zu wenig Infos und Belege geschickt zu haben.

*Ich habe seit 12.5.1991 ab der Geburt meiner 1. Tochter bis Oktober 2014 regelmäßig für 4 Kinder die Kinderbeihilfe erhalten. Ab der Scheidung ... Okt. 2014 erhielt Hr. ***3*** ***11*** sie für 1 ½ J. zuerst für 3 Kinder und dann ein ½ Jahr später für 2 Kinder. Danach kamen die Kinder von meinem Mann aus ins Krisenzentrum und dann in die Wohngemeinschaft der Stadt Wien [***13***, ***14***]... wo ich für beide Jungen montl. € 90,- bezahle. Die Kinder leben dort von MO-DO und FR-SO jedes zweite Wochenende bei mir sowie Feiertage, Feiertage und Ferien sind sie bei mir. Was ich an Kleidung, Schulsachen, Frisör, Handy monatl. Aufladung kann ich Rechnungen vorlegen auch in den letzten 3 Jahren 2 Wochen Urlaub in Croatien. Bei der Scheidung habe ich und mein Exmann das Sorgerecht erhalten. Und für ***3*** ***6*** und ***3*** ***7*** haben wir weiterhin das Sorgerecht und nicht die Stadt Wien. Da sie uns nicht weggenommen wurden, sondern mein Exmann gab sie vorübergehend aus einigen Gründen in eine WG! Sowie die Wohnverhältnisse geklärt sind und ich eine größere Wohnung haben können die Buben jederzeit wieder bei mir leben.*

Sollten Sie vom Jugendamt, WG oder von mir Unterlagen benötigen wäre kein Problem sie ihnen zu schicken oder Rechnungen.

Ausgänge

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 11, Wiener Kinder- und Jugendhilfe - Region Süd, bestätigte am 22.2.2019 folgend angeführte Ausgänge und Urlaube der Söhne ***7*** ***3*** und ***6*** ***3*** zur Mutter im Jahr 2018:

7:

Urlaub	22.12.2018	25.12.2018	Mutter
Nachtausgang	08.12.2018	09.12.2018	Mutter
Nachtausgang	24.11.2018	25.11.2018	Mutter
Nachtausgang	10.11.2018	11.11.2018	Mutter
Wochenendausgang	26.10.2018	28.10.2018	Mutter
Wochenendausgang	13.10.2018	14.10.2018	Mutter
Wochenendausgang	29.09.2018	30.09.2018	Mutter
Wochenendausgang	15.09.2018	16.09.2018	Mutter
Urlaub	08.08.2018	24.08.2018	Mutter
Wochenendausgang	14.07.2018	15.07.2018	Mutter
Wochenendausgang	30.06.2018	01.07.2018	Mutter
Wochenendausgang	16.06.2018	17.06.2018	Mutter
Wochenendausgang	02.06.2018	03.06.2018	Mutter
Wochenendausgang	25.05.2018	27.05.2018	Mutter
Wochenendausgang	19.05.2018	20.05.2018	Mutter
Wochenendausgang	21.04.2018	22.04.2018	Mutter
Wochenendausgang	07.04.2018	08.04.2018	Mutter
Nachtausgang	16.03.2018	17.03.2018	Mutter
Tagesausgang	24.02.2018	24.02.2018	Mutter
Tagesausgang	27.01.2018	27.01.2018	Mutter

6:

Wochenendausgang	16.02.2019	17.02.2019	Mutter
Nachtausgang	07.02.2019	08.02.2019	Schwester
Nachtausgang	02.02.2019	03.02.2019	Mutter
Wochenendausgang	12.01.2019	13.01.2019	Mutter
Wochenendausgang	05.01.2019	06.01.2019	Mutter
Urlaub	22.12.2018	25.12.2018	Mutter
Nachtausgang	08.12.2018	09.12.2018	Mutter
Nachtausgang	24.11.2018	25.11.2018	Mutter
Nachtausgang	10.11.2018	11.11.2018	Mutter
Wochenendausgang	26.10.2018	28.10.2018	Mutter
Wochenendausgang	13.10.2018	14.10.2018	Mutter
Wochenendausgang	29.09.2018	30.09.2018	Mutter
Wochenendausgang	15.09.2018	16.09.2018	Mutter
Nachtausgang	01.09.2018	02.09.2018	Schwester
Urlaub	08.08.2018	24.08.2018	Mutter

Wochenendausgang	14.07.2018	15.07.2018	Mutter
Wochenendausgang	30.06.2018	01.07.2018	Mutter
Wochenendausgang	16.06.2018	17.06.2018	Mutter
Wochenendausgang	02.06.2018	03.06.2018	Mutter
Wochenendausgang	19.05.2018	20.05.2018	Mutter

Nachtausgang	26.04.2018	27.04.2018	Mutter
Wochenendausgang	21.04.2018	22.04.2018	Mutter
Wochenendausgang	07.04.2018	08.04.2018	Mutter

Nachtausgang	16.03.2018	17.03.2018	Mutter
Tagesausgang	24.02.2018	24.02.2018	Mutter

Wochenendausgang	03.02.2018	05.02.2018	Mutter
Tagesausgang	27.01.2018	27.01.2018	Mutter

Stadtwien
Abteilung 11
Mutterhilfe
Kundenpunkt

Zentrales Melderegister

Das Finanzamt erhob am 24.5.2019 im Zentralen Melderegister für den Beschwerdezeitraum folgende Meldedaten:

6:

25.11.2011 – 4.5.2016: Hauptwohnsitz ***4***, ***12***, Unterkunftgeber ***1***
3.

4.5.2016 – laufend: Hauptwohnsitz ***13***, ***14***, Unterkunftgeber MA 11.

7:

25.11.2011 – 4.5.2016: Hauptwohnsitz ***4***, ***12***, Unterkunftgeber ***1***
3.

4.5.2016 – laufend: Hauptwohnsitz ***13***, ***14***, Unterkunftgeber MA 11.

Vorlage

Mit Bericht vom 31.5.2019 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und gab dazu an:

Inhaltsverzeichnis zu den vorgelegten Aktenteilen (Aktenverzeichnis)

Beschwerde

1 Beschwerde 09.05.2018

Bescheide

2 Familienbeihilfe (Zeitraum: 02.2018-04.2018) (A.3.2.2.3) 17.04.2018

Antrag / Anzeige an die Behörde

3 Einstellungsschreiben 17.04.2018

Beschwerdevorentscheidung

4 Beschwerdevorentscheidung 10.08.2018

Vorlageantrag

5 Vorlageantrag 20.09.2018

Vorgelegte Aktenteile

6 Ausgänge 11.03.2019

*7 ZMR ***6*** 24.05.2019*

*8 ZMR ***7*** 24.05.2019*

Bezug habende Normen

[§ 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#)

Sachverhalt und Anträge

Sachverhalt:

Die Haushaltszugehörigkeit ist aufgehoben, die Kinder sind in voller Erziehung der Stadt Wien bereits seit 01/2016

Beweismittel:

ZMR

Stellungnahme:

Lt BMFJ wird nicht mehr der Rechtsauslegung gefolgt, dass 14-tägige Ausgänge die HHZ nicht aufheben.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt

Im Beschwerdezeitraum Februar 2018 bis April 2018 befanden sich die beiden Söhne der Bf ***1*** ***3***, ***6*** ***3*** und ***7*** ***3***, in einer Wohngemeinschaft der Kinder- und Jugendhilfe der Stadt Wien. Die beiden 2004 und 2008 geborenen Kinder waren bereits seit Mai 2016 in dieser Wohngemeinschaft untergebracht, davor seit Jänner 2016 in einem Krisenzentrum der Stadt Wien. ***6*** ***3*** und ***7*** ***3*** wohnten vor dem Wechsel in das Krisenzentrum und später in die Wohngemeinschaft bei ihrem Vater ***11*** ***3***.

Im Beschwerdezeitraum hatte ***7*** am 24.2.2018 einen Tagesausgang zur Mutter, am 16.3.2018 bis 17.3.2018 einen Nachtausgang zur Mutter sowie von 7.4.2018 bis 8.4.2018 und von 21.4.2018 bis 22.4.2018 Wochenendausgänge zur Mutter. Im Jahr 2018 kam es etwa alle zwei Wochen zu einer Nächtigung an einem (Nachtausgang) oder zwei Tagen (Wochenendausgang) bei der Mutter, des weiteren zu einem zweiwöchigen Sommerurlaub und einem viertägigen Weihnachtsurlaub. ***6*** hatte im Beschwerdezeitraum von 3.2.2018 bis 5.2.2018 einen Wochenendausgang zu den Eltern sowie von 7.4.2018 bis 8.4.2018 und von 21.4.2018 bis 22.4.2018 zur Mutter, ferner einen Tagesausgang am 24.2.2018 zur Mutter und Nachtausgänge am 16.3.2018 bis 17.3.2018 und am 26.4.2018 bis 27.4.2018.

Die Unterhaltskosten für jedes Kind haben für die Unterbringung in der Wohngemeinschaft zumindest jeweils € 80,00 am Tag, insgesamt rund € 2.400,00 im Monat betragen. Die Bf leistet der Stadt Wien einen Kostenbeitrag von € 90,00 monatlich für die von der Stadt Wien übernommenen Unterhaltskosten und trägt weitere Unterhaltskosten der Kinder wie Bekleidung, Schulsachen, Friseurbesuche, Handyaufladung oder die Kosten anlässlich der

Ausgänge zur Mutter. Der Kostenbeitrag und die weiteren Unterhaltskosten übersteigen jedenfalls nicht den Betrag von € 1.200,00 im Monat.

Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Aktenlage, weitgehend aus dem eigenen Vorbringen der Bf. Dass die beiden Kinder vor der Unterbringung im Krisenzentrum und später in der Wohngemeinschaft beim Vater der Kinder gewohnt haben, hat die Bf im Vorlageantrag selbst vorgebracht. Laut Schreiben des Magistrats der Stadt Wien vom 12.2.2016 erfolgte bereits im Jänner 2016 die Übernahme der Vollen Erziehung, daher ist der im Vorlageantrag angegebene Zeitpunkt des Wechsels vom Haushalt des Vaters in das Krisenzentrum mit Jänner 2016 anzusetzen. Laut Beschwerde, Vorlageantrag und laut ZMR sind die Kinder seit Mai 2016 in einer Wohngemeinschaft der Stadt Wien untergebracht.

Es ist notorisch, dass bei Unterbringung eines Kindes in einer Wohngemeinschaft auf Kosten der Wiener Kinder- und Jugendhilfe der öffentlichen Hand zumindest Kosten von täglich € 80,00 je Kind erwachsen (vgl. etwa BFG 15.2.2021, [RV/7100157/2021](#); BFG 11.1.2021, [RV/7103274/2020](#); BFG 6.10.2020, [RV/7103076/2020](#); BFG 10.8.2020, [RV/7102675/2020](#)). Tatsächlich sind die von der Stadt Wien als Kinder- und Jugendhilfeträge an Einrichtungen, die Wohngemeinschaften betreiben, geleisteten Tagsätze weit über € 80,00 können die täglichen Kosten je Kind über € 200,00 je Tag (BFG 6.10.2020, [RV/7103076/2020](#)) betragen. Auch hier hat die Bf ein diesbezügliches Schreiben der Stadt Wien vorgelegt und den dort genannten Tageskosten von zumindest € 80,00 täglich nicht widersprochen.

Das Bundesfinanzgericht hält die Angaben der Bf, dass sie für bestimmte zusätzliche Unterhaltskosten wie Bekleidung, Schulsachen, Friseurbesuche, Handyaufladung oder die Kosten anlässlich der Ausgänge aufgekommen ist, für glaubwürdig. Betragsmäßig hat die Bf diese Kosten nie angegeben. Offensichtlich liegen diese monatlich jedenfalls unter der Hälfte der Kosten für die Wohngemeinschaft, also von € 1.200,00. Die Regelbedarfssätze für Unterhaltsleistungen im Jahr 2018 lagen bei einem 10jährigen Kind bei € 337 monatlich und bei einem 14jährigen Kind bei € 385 monatlich (Erlass des BMF vom 01.09.2017, [BMF-010222/0074-IV/7/2017](#), BMF-AV Nr. 127/2017). Das Bundesfinanzgericht geht davon aus, dass die tatsächlichen Unterhaltsleistungen der Bf weit unter den Regelbedarfssätzen gewesen sind, aber jedenfalls diese (und schon gar nicht die Hälfte der gesamten Unterhaltskosten) nicht überstiegen haben.

Rechtsgrundlagen

[§ 2 FLAG 1967](#) lautet:

§ 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 Hochschülerchaftsgesetz 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. l 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. l 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. l 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 Berufsbildung.

(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 hierzu 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 begunnenem 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.

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 Unrechtbezogen 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 Unrechterhalten 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 Nachsichtnach [§ 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 muss demjenigen, von dem sie zurückgefordert wird, tatsächlich ausbezahlt worden sein.

Streitpunkt

Strittig ist, ob die Kinder ***6*** und ***7*** im Rückforderungszeitraum bei der Bf haushaltszugehörig waren oder ob die Bf in diesem Zeitraum die überwiegenden Unterhaltskosten dieser Kinder getragen hat.

Anspruch auf Familienbeihilfe

Nach den gesetzlichen Bestimmungen des [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) wird der Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich nach der Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind bestimmt und nur subsidiär ([§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967](#)) darauf abgestellt, dass die Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt (vgl. VwGH 27.9.2012, [2012/16/0054](#)).

Haushaltszugehörigkeit

Das FLAG 1967 geht davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt „Haushaltszugehörigkeit“ keine Regelung über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 2 Rz 140 unter Hinweis auf VwGH 28.10.2009, [2008/15/0214](#) und VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#)).

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 (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 2 Rz 140).

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an.

Um ein Kind, das sich außerhalb der elterlichen Wohnung aufhält, noch als haushaltszugehörig ansehen zu können, darf der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein „vorübergehender“ sein ([§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#)). Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich beschränkte 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 § 2 Rz 146).

Jedenfalls ein Zeitraum von mehr als einem Jahr, im gegenständlichen Beschwerdeverfahren bis zum Rückforderungszeitraum von mehr als zwei Jahren, ist nicht mehr als bloß vorübergehend anzusehen (vgl. etwa VwGH 10.12.1997, [97/13/0185](#) oder VwGH 18.12.1985, [84/13/0121](#)). Bei einer nicht nur kurzfristigen, sondern länger dauernden Unterbringung eines Kindes in einer Einrichtung der Kinder- und Jugendhilfe ändern auch (hier) vierzehntägige Ausgänge zu einem Elternteil, die jeweils mit ein oder zwei Übernachtungen verbunden sind,

nichts daran, dass die Haushaltszugehörigkeit zu diesem Elternteil nicht weiter besteht (vgl. etwa BFG 8.10.2020, [RV/7106318/2019](#) oder BFG 7.10.2020, [RV/7103868/2019](#), ferner VwGH 18.3.1997, [96/14/0006](#); VwGH 23.5.2007, [2006/13/0155](#)). Im Übrigen waren die beiden Kinder ***6*** und ***7*** vor der Unterbringung in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe nicht bei der Bf, sondern beim Vater der Kinder ***11*** und ***3*** haushaltszugehörig.

Die Haushaltszugehörigkeit richtet sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Wer das Recht zur Obsorge hat, ist grundsätzlich nicht maßgebend (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 2 Rz 143; VwGH 22.10.1971, 336/70; BFG 8.10.2020, [RV/7106318/2019](#) u.a.). Auch im Fall einer „Doppelresidenz“ mit wechselndem Wohnen bei dem einen oder dem anderen Elternteil kommt es darauf an, bei welchem Elternteil das Kind im einzelnen Monat überwiegend haushaltszugehörig gewesen ist (vgl. Reinalter in Lenneis/Wanke, FLAG 2.A. 2020 § 2 Rz 140; BFG 22.8.2018, [RV/7100659/2018](#)).

Unterhaltskostentragung

Wenn die Kinder ***6*** und ***7*** im Beschwerdezeitraum weder bei der Mutter noch beim Vater noch bei einem anderen Anspruchsberechtigten i.Sv. [§ 2 Abs. 3 FLAG 1967](#) haushaltszugehörig gewesen sind, kommt es darauf an, wer die überwiegenden Unterhaltskosten getragen hat.

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen haben die monatlichen Unterhaltskosten jedenfalls zumindest € 2.400,00 für die Unterbringung und Betreuung in der Wohngemeinschaft der Kinder- und Jugendhilfe betragen. Zusätzlich sind Kosten für Bekleidung, Schulsachen, Friseurbesuche, Handyaufladung angefallen. Diese Kosten hat die Bf ebenso wie einen Kostenbeitrag von € 90,00 monatlich getragen.

Damit steht aber fest, dass die Bf im Beschwerdezeitraum nicht die überwiegenden Unterhaltskosten für die Kinder ***6*** und ***7*** getragen hat. Diese haben zumindest € 2.400,00 plus Kosten für Bekleidung, Schulsachen, Friseurbesuche, Handyaufladung usw. betragen. Von diesen Gesamtkosten hätte die Bf zumindest die Hälfte tragen müssen, damit sie einen Anspruch auf Familienbeihilfe hat. Dies ist im gegenständlichen Fall nicht gegeben. Der Beitrag der Bf zu den tatsächlichen Unterhaltskosten der Kinder ***6*** und ***7*** war jedenfalls weitaus geringer. Daher stand der Bf im Rückforderungszeitraum auch kein Anspruch auf Familienbeihilfe wegen Tragung der überwiegenden Unterhaltskosten der Kinder ***6*** und ***7*** zu.

Keine Rechtswidrigkeit des Spruches des angefochtenen Bescheides

Die Bf vermochte keine Rechtswidrigkeit ([Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG](#)) des Spruches des angefochtenen Bescheides aufzuzeigen, die Beschwerde ist gemäß [§ 279 BAO](#) als unbegründet abzuweisen.

Revisionsnichtzulassung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß [Art. 133 Abs. 4 B-VG](#) eine Revision nicht zulässig, da sie nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil die Entscheidung nicht 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. Es liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor. Das Bundesfinanzgericht folgt der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs.

Wien, am 18. März 2021