

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde der Bf, Adresse, vertreten durch Nemetschke Huber Koloseus Rechtsanwälte GmbH, 1010 Wien, Rudolfsplatz 4, vom 11. Mai 2022 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 22. April 2022 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Februar 2020 bis September 2021, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Der Rückforderungsbescheid wird für den Zeitraum Februar 2020 bis September 2021 betreffend Kind1 und für den Zeitraum Februar 2020 bis März 2021 betreffend Kind2 aufgehoben.

Im Übrigen, somit für den Zeitraum April 2021 bis September 2021 betreffend Kind2, bleibt der Bescheid unverändert.

Die Rückforderung beträgt EUR 1.426,20.

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

Entscheidungsgründe

Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (Bf) bezog für die Kinder Kind2, geb. am 2002, und Kind1, geb. am 2002, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Mit **Bescheid** vom 22.04.2022 forderte das Finanzamt (FA) von der Bf gemäß § 26 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in Verbindung mit § 33 Abs 3 Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) die für den Zeitraum Februar 2020 bis September 2021 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge mit der Begründung zurück, dass die Kinder mit der Bf nicht in ihrem Haushalt leben würden. Obwohl sie die überwiegenden Unterhaltskosten

leiste, erhalte sie keine Familienbeihilfe, weil eine andere Person aufgrund eines gemeinsamen Haushalts mit dem Kind anspruchsberechtigt sei (§ 2 Abs 2 FLAG 1967).

Die Bf brachte erhob gegen den Rückzahlungsbescheid **Beschwerde** und brachte vor, dass der Bescheid hinsichtlich der ausgewiesenen Rückzahlungen unrichtig sei, weil es aufgrund des gemeldeten Hauptwohnsitzes ihrer Kinder Kind2 und Kind1 zu einem Missverständnis gekommen sei. In der Zeit von Februar 2020 bis September 2021, in der der Familienbeitrag zurückgefordert worden sei, seien beide Kinder am Adresse, bei ihrem Ex-Mann A.B. gemeldet gewesen, was ihn, wenn sie es richtig verstanden habe, zu dem Bezugsberechtigten der Beihilfe gemacht hätte. Jedoch sei sie in dieser Zeit für die Versorgung der Kinder in Verantwortung gewesen. Deshalb habe sie auch nach ihrem Umzug weiterhin die Familienbeihilfe bezogen. Die Beihilfe sei aber zu keiner Zeit zu Unrecht oder doppelt bezogen worden. Da sie, wie bereits erwähnt, für die Versorgung beider Kinder verantwortlich gewesen sei, zahle A.B. seit der Scheidung Alimente.

Sie stelle daher den Antrag, die Rückforderung der Beihilfe für die Zeit von Februar 2020 bis September 2021 zurückzuziehen und bitte um ein Aussetzen der Rückzahlung.

Das FA wies die Beschwerde mit **Beschwerdevorentscheidung** vom 23.05.2022 unter Anführung des Vorbringens der Bf in ihrer Beschwerde mit der Begründung ab, dass die Bf am 30. Jänner 2020 aus der vorherigen gemeinsamen Familienwohnung am Adresse, ausgezogen sei und ihren Wohnsitz nach Adresse, verlegt habe.

Die Kinder Kind1 und Kind2 hätten ihren Wohnsitz im Haushalt des Vaters an der Adresse Adresse beibehalten.

Gemäß § 2 Abs 2 FLAG 1967 hätten 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 trage, habe dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt sei.

Gemäß § 2 Abs 3 FLAG 1967 seien als „Kinder einer Person“ deren Nachkommen, deren Wahlkinder und deren Nachkommen, deren Stiefkinder und deren Pflegekinder zu verstehen.

Gemäß § 2 Abs 5 FLAG 1967 gehöre ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teile.

Eine ab Februar 2020 weiterhin bestehende Haushaltsgemeinschaft der Bf und der Kinder werde behauptet (*Anm BFG*: richtig wohl: nicht behauptet). Vielmehr werde die Familienbeihilfe aufgrund der Kostentragung beansprucht.

Der Familienbeihilfenanspruch werde in erster Linie von der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes abgeleitet.

Nur im Falle, dass ein Kind nicht mehr dem Haushalt einer anspruchsberechtigten Person angehöre (sondern eigenständig einen Haushalt führe), habe jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe, die die überwiegenden Kosten des Kindes trage.

Die Bf sei im Jänner 2020 aus dem Familienhaushalt ausgezogen. Die Kinder seien im Haushalt ihres Vaters verblieben. Beim Vater handle es sich um eine anspruchsberechtigte Person iSd § 2 Abs 3 FLAG 1967.

Das Vorbringen der Bf, dass sie (bei Alimentationszahlung des Kindesvaters) die Kosten für die Kinder trage, vermittle – bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft von Vater und Kindern – keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die Bf brachte am 24.06.2022 folgenden **Vorlageantrag** ein:

Antrag auf Entscheidung über die Beschwerde (Vorlageantrag)

„Der Familienbeihilfenanspruch wird in erster Linie von der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes abgeleitet.“

(siehe Beschwerdevorentscheidung, Seite 2 Abs. 4)

im Falle der Familienbeihilfe (für die Zeit von Februar 2020 bis September 2021) für die aus der Ehe entstammten Kinder Kind2 (geb. 2002) und Kind1 (geb. 2002) - beide haben nach der Trennung der Eltern ihren Wohnsitz im Haushalt des Vaters an der Adresse in Adresse beibehalten - wäre demnach der Vater, DI A.B. ... die anspruchsberechtigte Person im Sinne des § 2 Abs. 3 FLAG 1967 gewesen.

Begründung für den Antrag auf Entscheidung über die Beschwerde

Kind2 und Kind1 waren zwar nach wie vor im Haushalt des Vaters gemeldet, lebten jedoch vorwiegend im Haushalt der Mutter, Bf ..., Adresse.

Eine aufrechte Haushaltsgemeinschaft von Vater und Kindern war damit nicht gegeben.

Ich stelle daher erneut den Antrag, die Rückforderung der Familienbeihilfe für die Zeit von Februar 2020 bis September 2021 aufzuheben.

...

Bestätigungen

*ich, DI A.B., geboren in Klagenfurt am 1963, bestätige die Richtigkeit der Angaben.
eigenhändige Unterschrift*

DI A.B.

... 17.06.2022

Wir, Kind2 und Kind1; bestätigen die Richtigkeit der Angaben.

Eigenhändige Unterschriften ... 17.06.2022“

Die Unterschriften der Bf und des KV waren notariell beglaubigt.

Das FA legte die Beschwerde am 12.04.2023 dem Bundesfinanzgericht (BFG) vor und führte im **Vorlagebericht** i.w. aus, die Bf habe in der Beschwerde nicht behauptet, dass die Kinder bei ihr im Haushalt lebten, nur, dass sie weiterhin für die Versorgung der Kinder die Verantwortung trage. Erst im Vorlageantrag werde erstmals behauptet, dass die Kinder überwiegend bei ihr im Haushalt gelebt hätten, was jedoch eine Schutzbehauptung zu sein scheine und im Widerspruch zur ZMR-Meldung aller Familienmitglieder stehe. Die Kindesmutter müsste nachweisen können, dass die Kinder bei ihr tatsächlich bei ihr im Haushalt gelebt haben. Die bloße Behauptung genüge nicht, um eine tatsächliche Haushaltsgemeinschaft nachzuweisen. Zusätzlich bestehe gemäß § 2 FLAG Anspruch für volljährige Kinder nur, wenn sie sich in einer Berufsausbildung (oder Zwischenzeit) befänden.

Da die Tochter nach der Matura ab 10/2020 zwar inskribiert war, jedoch keine Prüfungen positiv oder negativ (kein Nachweis für negative Prüfungsantritte) abgeschlossen habe, sei fraglich, ob die bloße Studieneinschreibung ab 10/2020 überhaupt als Berufsausbildung zu werten sei. Jedenfalls sei im SS 2021 (ab 03/2021 bis Herbst 2021) mangels Fortsetzungsmeldung keine Berufsausbildung der Tochter vorgelegen.

Es werde beantragt, die Beschwerde der Bf betreffend die Tochter einerseits mangels Haushaltszugehörigkeit und andererseits mangels Berufsausbildung (jedenfalls ab 03/2021) abzuweisen. Betreffend den Sohn werde beantragt, die Beschwerde mangels Haushaltszugehörigkeit abzuweisen.

Mit **Vorhalt** vom 24.04.2023 forderte das BFG die Bf zu einer Stellungnahme auf.

Bezüglich Haushaltszugehörigkeit wurde die Bf ersucht, die von der belangten Behörde aufgeworfenen Fragen zu beantworten und bezüglich Berufsausbildung der Tochter wurde um eine Stellungnahme gebeten, da aus den genannten Gründen davon auszugehen sei, dass jedenfalls von März 2021 bis September 2021 keine Berufsausbildung der Tochter vorgelegen sei, da keine Fortsetzungsmeldung der betriebenen Studien vorgelegen sei.

Mit **Schriftsatz** vom 07.06.2023 beantwortete die Bf den Vorhalt des BFG.

Bezüglich Haushaltszugehörigkeit führte sie i.w. aus, das Ehepaar B. habe sich bereits 2014 getrennt und mit 30.01.2020 sei die Ummeldung erfolgt.

Die Kinder seien gemeinsam mit der Mutter aus der gemeinsamen Ehewohnung in Adresse ausgezogen und nach Adresse umgezogen.

Die belangte Behörde ignoriere die vorliegenden eidesstattlichen Erklärungen.

Die behördliche Meldung könne zwar ein Indiz darstellen, es komme ihr jedoch wenig Beweiswert zu und sei für die Beurteilung, wo eine Person ihren Hauptwohnsitz habe, nicht entscheidend.

Auch die weiteren Fragen der belangten Behörde erschienen irrelevant.

Zu klären sei die Frage, in welchem Haushalt die Kinder im betreffenden Zeitraum gelebt hätten. Diese Frage sei durch die eidesstattigen Erklärungen geklärt.

Die Kinder seien zwar bis zum Beginn der Pandemie regelmäßig zu Besuch beim Vater gewesen, dann aber nicht mehr, da sie das Virus aus den genannten Gründen nicht zum Vater tragen wollten. Während der Lockdowns 1 und 2 hätten sie gar keinen Kontakt zum Vater gehabt und auch sonst während der Pandemie nur sehr eingeschränkt.

Selbstverständlich sei für jedes der Kinder in der Wohnung der Mutter ein eigenes Kinderzimmer vorhanden. Es werde die Durchführung eines Ortsaugenscheins beantragt. Die belangte Behörde hätte sich mit den eidesstattigen Erklärungen auseinander setzen müssen und allenfalls die Kinder und den Vater einvernehmen müssen.

Bezüglich Ausbildung der Tochter führte die Bf i.w. aus, diese habe fristgerecht und ordnungsgemäß an der IUBH Wien – Duales Studium inskribiert. Auf Grund der Pandemie sei der Studiengang, und zwar nach Ende der Inskriptionsfrist, kurzfristig abgesagt worden; dies könne der Studentin nicht zum Nachteil geraten.

Auch habe die Behörde offenbar § 2 Abs 9 FLAG zum Nachteil der Bf übersehen bzw. nicht berücksichtigt.

Es werde beantragt, eine mündliche Verhandlung insbesondere zum Zwecke der Einvernahme des Vaters und der Kinder durchzuführen sowie einen Ortsaugenschein in der Wohnung der Bf durchzuführen.

Mit **Vorhalt** vom 17.07.2023 forderte das BFG die Bf erneut zu einer Stellungnahme auf und räumte ihr u.a. die Möglichkeit zur Stellungnahme ein sowie Nachweise iZm der Berufsausbildung der Tochter der Bf vorzulegen.

Mit **Schriftsatz** vom 17.08.2023 beantwortete die Bf den Vorhalt des BFG und führte i.w. aus, die Tochter der Bf habe fristgerecht und ordnungsgemäß an der IUBH Wien – Duales Studium inskribiert. Auf Grund der Pandemie sei der Studiengang – und zwar nach Ende der Inskriptionsfrist – kurzfristig abgesagt, was der Studentin nicht zum Nachteil gereichen könne. Auch habe die belangte Behörde § 2 Abs 9 lit c) FLAG nicht berücksichtigt bzw. übersehen. Der homepage des BKA sei zu entnehmen: „*Sonder-Familienbeihilfe*: Wenn im Zeitraum von März 2020 bis einschließlich Februar 2021 zumindest in einem Monat der Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat, besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe auch im anschließenden Zeitraum – unabhängig von der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen – bis einschließlich März 2021 weiter (in Höhe der oben angeführten Beträge). Es ist kein gesonderter Antrag erforderlich und diese Nachzahlungen werden durch das Finanzamt Österreich veranlasst.“

Nachdem in diesem Zeitraum – unzweifelhaft – zumindest in einem Monat ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe, da Kind2 im Mai 2020 die Matura bestanden hätte, bestehe

der Anspruch – unabhängig von der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen – für den gesamten genannten Zeitraum.

Im Zeitraum ab April 2021 habe sich Kind2 umorientiert, weil die infolge der pandemiebedingten Absage IUBH kurzfristig gewählten Studien sich als nicht passend erwiesen hätten. Am 30.04.2023 habe sie die Studien an der Universität Wien beendet und habe sich für die WU Wien entschieden. Am 24.08.2021 habe sie schließlich auf der WU Wien inskribiert.

Kind2 studiere aktuell erfolgreich, Familienbeihilfe werde ihr vom FA verweigert. Strittig scheine, soweit ersichtlich, nur der Zeitraum April bis Juni 2021 (Ende Sommersemester 2021), in dem eine Umorientierung erfolgt sei, weil die „aus der Not“ (pandemiebedingte Absage IUBH) gewählten Studien sich als unpassend erwiesen hätten (bis einschließlich März 2021 würden die Regelungen der Sonderfamilienbeihilfe gelten, ab dem WS 2021 sei Kind2 auf der WU Wien inskribiert gewesen). Studienerfolge WU Wien und Universität Klagenfurt lägen vor.

Vorgelegt wurden folgende Unterlagen:

- Reifeprüfungszeugnis
- Pandemiebedingte Absage IUBH
- Studienzeitbestätigung Universität Wien vom 14.12.2021
- Studienblatt WU Wien vom 21.02.2022
- Studienzeitbestätigung Universität Wien vom 21.02.2022
- Abgangsbescheinigung Universität Wien vom 21.02.2022
- Erfolgsnachweis WU Wien vom 21.02.2022
- Studienbestätigung Universität Klagenfurt vom 03.02.2023
- Studienblatt Universität Klagenfurt vom 12.09.2022
- Studienbestätigung Universität Klagenfurt vom 12.09.2022
- Studienblatt Universität Klagenfurt vom 03.02.2023
- Bestätigung des Studienerfolgs Universität Klagenfurt vom 13.06.2023
- Bestätigung des Studienerfolgs Universität Klagenfurt vom 11.07.2023
- Bestätigung des Studienerfolgs Universität Klagenfurt vom 16.08.2023
- Bestätigung des Studienerfolgs Pädagogische Hochschule Kärnten vom 16.08.2023

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen

Feststellungen

Die Bf zog nach der Trennung von ihrem Ehegatten aus der vorherigen gemeinsamen Familienwohnung am Adresse, aus und ist seit Jänner 2020 mit einem Hauptwohnsitz in Adresse, gemeldet.

Die Kinder Kind1, geb. 2002, und Kind2, geb. 2002, zogen mit der Bf aus der gemeinsamen Ehwohnung aus und lebten im Streitzeitraum vorwiegend bei der Bf. Sie waren im Streitzeitraum bei der Bf haushaltszugehörig.

Kind2 absolvierte nach Besuch eines Gymnasiums im Juni 2020 die Reifeprüfung.

Im Wintersemester (WS) 2020/21 (Oktober 2020 bis März 2021) inskribierte sie das Bachelor-Studium Romanistik, Spanisch und das Bachelor-Studium Geographie an der Universität Wien.

Von April 2021 bis September 2021 befand sich Kind2 nicht in Berufsausbildung.

Beweiswürdigung

Dass die Bf nach der Trennung von ihrem Ehegatten 2014 aus der gemeinsamen Ehwohnung auszog und nach Adresse umzog, hat die Bf glaubhaft ausgeführt. Dass die Ummeldung (erst) mit Jänner 2020 erfolgte, ist dem Auszug aus dem ZMR zu entnehmen.

Dass die Kinder bei der KM haushaltszugehörig waren, ergibt sich in freier Beweiswürdigung aus folgenden Gründen.

Die Kinder waren zwar im Streitzeitraum nach wie vor an der Adresse des KV in Adresse hauptgemeldet. Wie die Bf zu Recht ausführt, kommt einer derartigen Meldung aber lediglich Indizwirkung zu.

Die Bf führte glaubhaft aus, die Kinder seien gemeinsam mit der Mutter aus der gemeinsamen Ehwohnung in Adresse ausgezogen und nach Adresse umgezogen. Diese Ausführungen wurde vom KV (notariell beglaubigt) und von den beiden Kindern explizit bestätigt. Dafür, dass diese Bestätigungen nicht der Wahrheit entsprechen, gibt es keinen Hinweis, zumal der KV die Familienbeihilfe auch gar nicht beansprucht hat, sondern eben die Richtigkeit der Angaben der Bf explizit bestätigte. Es wurde auch glaubhaft und nachvollziehbar ausgeführt, dass die Kinder zwar bis zum Beginn der Pandemie regelmäßig zu Besuch beim Vater waren, dann aber wegen der Ansteckungsgefahr nicht mehr oder nur sehr eingeschränkt.

Wenn die belangte Behörde im Vorlagebericht ausführt, die Bf habe in der Beschwerde „nicht behauptet, dass die Kinder bei ihr im Haushalt leben, nur, dass sie weiterhin für die Versorgung der Kinder in Verantwortung trägt“, so erscheint dies dem BFG nicht ausreichend, alle weiteren Vorbringen und Bestätigungen als Schutzbehauptungen zu qualifizieren. Wenn der KV Unterhalt für die Kinder bezahlt hat und die KM nach ihren eigenen Angaben für die „Versorgung beider Kinder verantwortlich war“ und deshalb der KV „seit unserer Scheidung Alimente“ zahlt, so mag diese Formulierung juristisch nicht exakt sein; zu bedenken ist jedoch, dass Unterhaltszahlungen regelmäßig voraussetzen, dass der derjenige Elternteil, der mit seinem Kind nicht im gemeinsamen Haushalt lebt, Unterhalt an denjenigen Elternteil bezahlen muss, der das Kind im Haushalt betreut und dadurch seiner Unterhaltsverpflichtung nachkommt. Daher wird die Formulierung, für die Versorgung beider Kinder verantwortlich zu sein, während der KV Alimente zahlt, vom BFG so interpretiert, dass die Betreuung der Kinder

im gemeinsamen Haushalt gemeint ist und nicht – wie die belangte Behörde meint – dass die KM die Unterhaltskosten für die Kinder überwiegend trägt. Diesfalls wäre die Zahlung von weiteren Unterhaltskosten durch den KV sinnwidrig.

Hätte die belangte Behörde das Vorbringen der Bf, welches auch durch die vorgelegten Bestätigungen nachgewiesen wurde, als reine Schutzbehauptungen qualifizieren wollen, hätte sie diesbezüglich nachvollziehbare Feststellungen treffen müssen; die Auszüge aus dem ZMR allein sind dafür nicht ausreichend.

Das BFG geht aus den genannten Gründen davon aus, dass die Kinder im Streitzeitraum bei der Bf haushaltszugehörig waren. Da die vorgelegten Bestätigungen, wonach die Kinder vorwiegend bei der Bf lebten, als der Wahrheit entsprechend erachtet werden, war es nicht (mehr) notwendig, den beantragten Ortsaugenschein durchzuführen oder die Kinder und den KV einzuvernehmen.

Der vorhergehende Schulbesuch und die erfolgreiche Absolvierung der Reifeprüfung von Kind2 im Juni 2020 sind aktenkundig.

Die Inskription an der Universität Wien im Wintersemester 2020/21 ist unbestritten.

Dass sich Kind2 von April 2021 bis September 2021 nicht in Berufsausbildung befand, wird von der Bf nicht substantiiert bestritten, wenn sie ausführt, sie habe sich ab April 2021 „umorientiert, weil die ... kurzfristig gewählten Studien sich als nicht passend erwiesen hätten.“ Sie habe die Studien an der Universität Wien am 30.04.2023 beendet und am 24.08.2021 schließlich auf der WU Wien inskribiert.

Dies entspricht den Ausführungen der belangten Behörde, wonach die Tochter zu keinen Prüfungen angetreten ist und für das Sommersemester 2021 keine Fortsetzungsmeldung vorlag.

Es ist davon auszugehen, dass Kind2 ihre Studien an der Universität Wien mit Ende des Wintersemesters 2020/2021 beendete und sich im Sommersemester 2021 (Dauer von 1. März 2021 bis 30. September 2021 vgl. homepage der Universität Wien) nicht in Berufsausbildung befand. Das Datum der tatsächlichen Abmeldung von der Universität Wien sowie das Datum der Inskription sind für das Vorliegen einer Berufsausbildung nicht entscheidend. Sie setzte ihre Berufsausbildung mit dem Studium an der WU Wien mit Beginn des Wintersemesters 2021/22, somit ab Oktober 2021 (vgl. homepage der WU Wien), fort.

Rechtliche Beurteilung

§ 2 (1) FLAG 1967 lautet:

„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, 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. 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, und volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5) und die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für vier Monate nach Abschluss der Schulausbildung; im Anschluss daran für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, und volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5) und die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, bis zum Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,

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,

(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.“

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

§ 2 Abs. 5 FLAG 1967 normiert:

„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.“

§ 15 Abs 1 FLAG 1967 lautet:

„Für Personen, die im Zeitraum von einschließlich März 2020 bis einschließlich Februar 2021 für zumindest einen Monat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind haben, finden die während dieses Zeitraumes vorliegenden Anspruchsvoraussetzungen im unmittelbaren Anschluss an den Anspruchszeitraum bis März 2021 in Bezug auf dieses Kind weiter Anwendung, solange während dieses Zeitraumes keine andere Person anspruchsberechtigt war.“

Nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, so ist gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 ebenfalls § 26 FLAG 1967 anzuwenden.

Aus den vorstehend angeführten gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich, dass § 2 Abs 2 erster Satz FLAG 1967 hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruchs primär auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind abstellt und nur subsidiär (§ 2 Abs 2 zweiter Satz FLAG) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt (vgl zB VwGH 27.11.2019, Ro 2017/16/0004).

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 FLAG 1967 geregelt ist (vgl zB VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Ein Kind gehört gemäß § 2 Abs 2 FLAG 1967 dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

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 (vgl. zB VwGH 18.03.1997, 96/14/0006, VwGH 08.04.2007, 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 erbringt (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule etc; vgl erneut VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120).

Da die Kinder im Rückforderungszeitraum bei der Bf gemäß § 2 Abs 5 FLAG 1967 haushaltszugehörig waren, ist der Rückforderungsbescheid für die im Spruch genannten Zeiträume aufzuheben.

Für volljährige Kinder besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann, wenn sie sich in Berufsausbildung befinden.

Gemäß § 15 FLAG 1967 steht für Personen, die im Zeitraum von einschließlich März 2020 bis einschließlich Februar 2021 für zumindest einen Monat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind haben, die Familienbeihilfe bis einschließlich März 2021 grs. weiter zu.

Mit Inkrafttreten 01.04.2021 wurde die Bestimmung des § 15 FLAG 1967 neu in das FLAG aufgenommen. Laut Initiativantrag 1343/A erfolgte dies als eine der Maßnahmen zur Bekämpfung der durch die COVID-19 Pandemie bedingten Armutsfolgen. Diese Bestimmung bewirkt einen fiktiven Familienbeihilfenanspruch für die Zeit von März 2020 bis März 2021, sofern zumindest in einem Monat (in der Zeit von März 2020 bis einschließlich Februar 2021) ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestand (vgl. zB BFG vom 27.04.2022, RV/5100203/2022).

Da der Bf für Kind2 jedenfalls von Februar 2020 bis Juni 2020 (Schulbesuch, Absolvierung der Matura) die Familienbeihilfe zustand und die Tochter der Bf im Wintersemester 2020/21 an der Universität Wien inskribiert war, steht ihr die Familienbeihilfe bis einschließlich März 2021 nach § 15 FLAG 1967 weiterhin zu.

Von April 2021 bis September 2021 befand sich die volljährige Kind2 nicht in Ausbildung. Sie hatte sich vom Studium an der Universität Wien abgemeldet und es liegt keine

Studienmeldung vor. Sie begann das weitere Studium an der WU Wien im Wintersemester 2021/22 mit Oktober 2021.

Die Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag für Kind2 wurde somit für den Zeitraum April 2021 bis September 2021 zu Unrecht bezogen und ist daher gemäß § 26 FLAG 1967 iVm § 33 Abs 3 EStG 1988 rückzufordern. Auch die Geschwisterstaffel iHv EUR 7,10 pro Kind und Monat steht als Teil der Familienbeihilfe im Rückforderungszeitraum nicht zu.

Der Rückforderungsbetrag errechnet sich wie folgt:

Familienbeihilfe 165,10 + Geschwisterstaffel 7,10 = 172,20 x 6 Monate = 1.033,20

Kinderabsetzbetrag 58,40 x 6 Monate = 350,40

Geschwisterstaffel bei Kind1 7,10 x 6 Monate = 42,60

Summe 1.426,20

Unzulässigkeit der 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.

Im vorliegenden Fall lag keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, da die Frage, welchem Haushalt ein Kind zu einer bestimmten Zeit angehört hat, in freier Beweiswürdigung zu klären war und die zu beurteilenden Rechtsfragen iSd Judikatur des VwGH gelöst wurden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 21. November 2023