

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter ***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf.***, über

1. die Beschwerde vom 10. Mai 2023 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 3. Mai 2023, Ordnungsbegriff: ***OB***, über die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Zeiträume Oktober 2020 bis Jänner 2023
2. die Beschwerde vom 21. Jänner 2024 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 9. Jänner 2024, Ordnungsbegriff: ***OB***, über die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Zeiträume Februar 2023 bis März 2023 zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde vom 10. Mai 2023 wird teilweise Folge gegeben und der angefochtene Bescheid vom 3. Mai 2023 wird gemäß § 279 Bundesabgabenordnung (BAO) dahingehend abgeändert, dass die Rückforderung für die Zeiträume Oktober 2020 bis Mai 2022 sowie Juli 2022 bis Jänner 2023 insgesamt 10.961,30 Euro (FB: 7.800,90 Euro; KG: 3.160,40 Euro) beträgt.

Die Bemessungsgrundlagen und die Abgabenhöhe sind der in den Entscheidungsgründen angeführten Berechnung zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

II. Die Beschwerde vom 21. Jänner 2024 wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Mit dem erstangefochtenen Bescheid vom 3. Mai 2023 forderte das Finanzamt unter Verweis auf die Bestimmungen des § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) und § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 1988) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge in der Höhe von insgesamt 11.366,10 Euro (FB: 8.058,90 Euro, KG: 3.277,20 Euro) zurück, welche die Beschwerdeführerin (Bf.) für ihre Kinder ***K1***, geb. ***GebDat1***, und ***K2***, geb. ***GebDat2***, für die Zeiträume Oktober 2020 bis Jänner 2023 bezogen hatte, zurück.

Dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass die Kinder der Bf. nicht in ihrem Haushalt leben würden und die Bf. auch nicht die überwiegenden Unterhaltskosten für die Kinder trage. Die Bundesagentur für Arbeit, Familienkasse Bayern Süd habe dem Finanzamt am 22. Februar 2023 mitgeteilt, dass beide Kinder von 24. September 2020 bis Juni 2022 beim Kindesvater gemeldet gewesen seien. Laut einem Vermerk vom 13. Juli 2022 des zuständigen Gerichts im Sorgerechtsverfahren sei vereinbart worden, dass die Kinder von Donnerstag bis Sonntag beim Kindesvater leben würden. Die Bf. sei einverstanden gewesen, dass die Kinder nach den Meldevorschriften am Wohnsitz des Kindesvaters angemeldet würden. Da die Kinder überwiegend beim Kindesvater leben würden, sei bei der Bf. die Rückforderung vorgenommen worden.

Dagegen richtet sich die am 10. Mai 2023 beim Finanzamt eingelangte Beschwerde, in der zur Begründung im Wesentlichen vorgebracht wurde, es sei gemäß der der Beschwerde beigeschlossenen Elternvereinbarung vom 29. Mai 2020 mit dem Kindesvater vereinbart worden, dass die Kindergeldleistungen in voller Höhe bei der Bf. verbleiben würden. Der Kindesvater habe gemäß dem der Beschwerde beigelegten Bescheid der Familienkasse Bayern Süd vom 21. April 2023 auf die deutschen Kindergeldleistungen verzichtet.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 9. Jänner 2024 als unbegründet ab, weil sich laut den von der Bf. und dem Kindesvater vorgelegten Unterlagen die Kinder im Zeitraum 10/2020 bis 1/2023 überwiegend im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten hätten.

In der als „Beschwerde“ bezeichneten und als Vorlageantrag zu wertenden Eingabe vom 21. Jänner 2024 brachte die Bf. sinngemäß vor, dass bei einer Annahme des Finanzamtes, die Kinder hätten sich überwiegend im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten, nicht erklärlich sei, wie sich ein Kindesvater, der sich in einer Vollzeitbeschäftigung auf „Montage“ befinde, überwiegend um zwei Kinder kümmern könne.

Die Bf. und der Kindesvater hätten im Mai 2020 bei der Erziehungsberatung die Einführung eines „Wechselmodells“ schriftlich vereinbart. Der Kindesvater habe der Bf. in der

Elternvereinbarung schriftlich und auch mündlich das Kindergeld zugesprochen.
Die Bf. habe den Kindesvater auch aufgefordert, die Änderung der Kinderbetreuung dem Finanzamt mitzuteilen.

Mit Vorlagebericht vom 3. März 2025 legte das Finanzamt die Beschwerde samt den Verfahrensakten dem Bundesfinanzgericht vor.

Mit dem zweitangefochtenen Bescheid vom 9. Jänner 2024 forderte das Finanzamt unter Verweis auf die Bestimmungen des § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) und § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 1988) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge in der Höhe von insgesamt 834,60 Euro (FB: 587,40 Euro, KG: 247,20 Euro) zurück, welche der Beschwerdeführer (Bf.) für ihre Kinder ***K1***, geb. ***GebDat1***, und ***K2***, geb. ***GebDat2***, für die Zeiträume Februar 2023 und März 2023 bezogen hatte, zurück, da sich laut den von der Bf. und dem Kindesvater vorgelegten Unterlagen die Kinder überwiegend im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten hätten, habe die Bf. in den genannten Zeiträumen keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 21. Jänner 2024. Die Bf. brachte sinngemäß vor, dass sie in den Monaten Jänner bis März 2023 keine Familienbeihilfe und keinen Kinderabsetzbetrag erhalten habe. Bei der Annahme des Finanzamtes, die Kinder hätten sich überwiegend im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten, sei nicht erklärlich wie sich ein Kindesvater, der sich in einer Vollzeitbeschäftigung auf „Montage“ befinde, überwiegend um zwei Kinder kümmern könne.

Die Bf. und der Kindesvater hätten im Mai 2020 bei der Erziehungsberatung die Einführung eines „Wechselmodells“ schriftlich vereinbart. Der Kindesvater habe der Bf. in der Elternvereinbarung schriftlich und auch mündlich das Kindergeld zugesprochen.
Die Bf. habe den Kindesvater auch aufgefordert, die Änderung der Kinderbetreuung dem Finanzamt mitzuteilen.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdeverentscheidung vom 24. Juli 2024 als unbegründet ab, weil sich laut den von der Bf. und dem Kindesvater vorgelegten Unterlagen die Kinder in den Zeiträumen Februar 2023 und März 2023 überwiegend im Haushalt des Kindesvaters aufgehalten hätten.

Soweit für das vorliegende Beschwerdeverfahren von Relevanz brachte die Bf. in der als Vorlageantrag zu wertenden Eingabe vom 8. August 2024 vor, dass die letzte Zahlung der Familienbeihilfe Jänner 2023 erfolgt sei und sie sich weiterhin auf die Elternvereinbarung vom Mai 2021 (richtig wohl: Mai 2020) berufe. Von ihr namhaft gemachte Nachbarinnen könnten bestätigen, dass die Kinder überwiegend von der Bf. versorgt worden seien.

Mit Vorlagebericht vom 3. März 2025 legte das Finanzamt die Beschwerde samt den Verfahrensakten dem Bundesfinanzgericht vor.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin (Bf.), der von der Bf. seit Juni 2019 getrennt lebende Kindesvater, Herr ***KV***, und die im angefochtenen Bescheid genannten Kinder ***K1*** und ***K2*** sind deutsche Staatsangehörige. Der Kindesvater war in den Rückforderungszeiträumen in Österreich nichtselbständig erwerbstätig, die Bf. bezog aufgrund eines Unfalls in Deutschland eine Frührente.

Die Bf. bezog in den Zeiträumen Oktober 2020 bis Jänner 2023 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge in der Höhe von insgesamt 11.336,10 Euro (FB: 8.058,90 Euro; KG: 3.277,20 Euro) und in den Zeiträumen Februar 2023 bis März 2023 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge in der Höhe von insgesamt 834,60 Euro (FB: 587,40 Euro; KG: 247,20 Euro) für ihre Kinder. Der Kindesvater bezog in Deutschland von Oktober 2020 bis Juni 2022 Familienleistungen in Höhe der Unterschiedsbeträge zur österreichischen Familienbeihilfe. Die Bf. bezog in Deutschland von November 2022 bis März 2023 die Unterschiedsbeträge und ab April 2023 das volle Kindergeld.

Die Bf. und der Kindesvater leben seit Juni 2020 räumlich getrennt. Die Eltern vereinbarten am 29. Mai 2020 ein flexibles „Haushaltswechselmodell“ nach Absprache. Demgemäß sollten die Kinder zu annähernd gleichen Teilen von der Mutter und vom Vater betreut werden und durften in jedem Monat an insgesamt 14 Tagen zum Vater kommen.

Im Sorgerechtsverfahren vor dem deutschen Amtsgericht ***AG*** einigten sich die Eltern in der nichtöffentlichen Gerichtssitzung vom 13. Juli 2022 auf die Beibehaltung des Wechselmodells und darauf, dass die Kinder sich von Montag bis Mittwoch bei der Bf. und von Donnerstag bis Sonntag beim Kindesvater aufhalten.

In einer weiteren Sitzung des Amtsgerichtes ***AG*** vom 14. Dezember 2022 vereinbarten die Eltern, dass sich die Kinder von Montag bis Mittwoch bei der Mutter und den Rest der Woche beim Vater aufhalten und dass die Kinder am Montag nach der Schule zur Mutter wechseln und am Donnerstag nach der Schule zum Vater.

Für den Streitzeitraum relevante meldebehördliche Wohnsitzmeldungen der Kinder am Wohnsitz der Bf. erfolgten von 4. November 2019 bis 23. September 2020 und von 24. Mai 2022 bis 18. Juli 2022. Von 24. September 2020 bis 23. Mai 2022 und ab 19. Juli 2022 bis zum Ende des Rückforderungszeitraumes waren die Kinder am Wohnsitz des Vaters meldebehördlich angemeldet.

Die Bf. bezog ab März 2018 deutsche Familienleistungen (Kindergeld) in Höhe der Unterschiedsbeträge zur österreichischen Familienbeihilfe. Im September 2020 wurde die Zahlung der Unterschiedsbeträge eingestellt, weil die österreichischen Leistungen aufgrund der

österreichischen Sonderzahlung höher waren. Die Bf. teilte daraufhin dem Servicecenter der Bundesagentur für Arbeit, Familienkasse Bayern Süd, am 25. September 2020 mit, dass die Kinder seit 24. September 2020 beim Vater leben. Am 30. September 2020 wurde daraufhin die Festsetzung des Kindergeldes gegenüber der Bf. ab Oktober 2020 aufgehoben.

Weitere Anträge der Bf. (vom 15. Februar 2022 und 14. Juni 2022) auf Gewährung des deutschen Kindergeldes wurden mangels Vorlage weiterer Unterlagen wegen fehlender Mitwirkung rechtskräftig abgelehnt.

Der Kindesvater bezog von Oktober 2020 bis Juni 2022 in Deutschland Kindergeld in Höhe der Unterschiedsbeträge zur österreichischen Familienbeihilfe. Am 11. Jänner 2023 wurde die Bf. vom Kindesvater mit Wirkung ab Juli 2022 zur Berechtigten für den Bezug des Kindergeldes bestimmt.

Am 25. Jänner 2023 stellte die Bf. einen neuerlichen Antrag auf Zuerkennung des Kindergeldes in Deutschland. Deutschland zahlte in der Folge von November 2022 bis März 2023 Unterschiedsbeträge und ab April 2023 (nach dem Ende der Beschäftigung des Kindesvaters in Österreich im März 2023) das (volle) Kindergeld an die Bf.

Das Bundesfinanzgericht sieht es als erwiesen an, dass die in den angefochtenen Bescheiden genannten minderjährigen Kinder in den Zeiträumen von Oktober 2020 bis einschließlich Mai 2022, von Juli 2022 bis einschließlich Jänner 2023 sowie in den Zeiträumen Februar 2023 und März 2023 nicht bei der Bf., sondern beim Kindesvater im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG 1967 haushaltszugehörig waren.

2. Rechtslage

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

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.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die 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 gemäß § 2 Abs. 5 letzter Satz FLAG 1967 bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten (§ 5 Abs. 3 FLAG 1967).

Für ein Kind wird Familienbeihilfe nur einer Person gewährt (§ 7 FLAG 1967).

Die Familienbeihilfe wird gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 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.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat derjenige, der Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Gemäß § 33 Abs. 3 Z.1 Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 1988) steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag in näher genannter Höhe zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166, S. 1, im Folgenden Verordnung (EG) Nr. 883/2004) lauten auszugsweise:

„Artikel 1

Für Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

...

i) „Familienangehöriger“:

1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;“

„Artikel 2

Persönlicher Geltungsbereich

Diese Verordnung gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.“

„Artikel 4

Gleichbehandlung

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“

„Artikel 7

Aufhebung der Wohnortklauseln

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, dürfen Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.“

„Artikel 11

Allgemeine Regelung

(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für

Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheiten, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

...“

„Artikel 67

Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.“

„Artikel 68

Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

...

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

...“

Artikel 60 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden Verordnung Nr. 987/2009) lautet:

„Artikel 60

(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.“

3. Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung

Vorerst ist festzuhalten, dass zwar nach § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, allerdings die Anwendbarkeit des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 im Wesentlichen auf Aufenthalte in sogenannten „Drittstaaten“ eingeschränkt ist, und daher der Umstand, dass sich die Kinder der Bf. in Deutschland aufhalten, gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 iVm Art. 20 Abs. 1 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) einem Familienbeihilfenanspruch nicht entgegensteht.

Das Unionsrecht gewährleistet, dass den Familienangehörigen eines den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegenden Erwerbstätigen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, die ihnen die in den anwendbaren Rechtsvorschriften des Staates der Erwerbstätigkeit vorgesehenen Familienleistungen gewährt werden. Die nach Art. 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 iVm Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) 987/2009 vorzunehmende Fiktion bewirkt, dass die Wohnsituation auf Grundlage der im Streitzeitraum im anderen EU-Mitgliedstaat gegebenen Verhältnisse (fiktiv) ins Inland übertragen wird, und zwar iSd Art. 68 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 sowohl bei vorrangig als auch bei nachrangig geschuldeten Familienleistungen. Ist die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 anzuwenden, ist daher zu fingieren, dass sowohl die Voraussetzung des inländischen Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967) als auch die Voraussetzung des Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) hinsichtlich aller

Mitglieder der jeweiligen Familie („beteiligten Personen“) vorliegt, auch wenn einzelne oder alle Mitglieder dieser Familie tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat der Union (des EWR oder in der Schweiz) wohnen und dort ihren Lebensmittelpunkt haben (Wanke in Lenneis/Wanke (Hrsg.), FLAG², § 3 Rz 182g mit Hinweisen auf die Judikatur).

Im Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 finden sohin die auf Wohnortklauseln beruhenden Bestimmungen des § 2 Abs. 1 FLAG 1967, welche den Familienbeihilfenbezug auf den Wohnort im Bundesgebiet abstellt, sowie des § 2 Abs. 8 FLAG 1967, welche auf den wesentlich durch den Wohnort bestimmten Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet abstellt, zufolge des Art. 7 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und dessen Anwendungsvorrangs keine Anwendung (vgl. etwa VwGH 22.12.2016, Ra 2015/16/0048).

Im Beschwerdefall ist unstrittig, dass der Kindesvater gemäß Art. 11 Abs. 3 Buchstabe a der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 aufgrund dessen Beschäftigung in Österreich im Streitzeitraum den österreichischen Rechtsvorschriften unterlag und daher Österreich für die Gewährung der Familienleistungen vorrangig zuständig war. Die deutschen Familienleistungen waren aufgrund des Rentenbezuges der Bf. nachrangig und nur in Höhe des Unterschiedsbetrages zu den in Österreich zustehenden Familienleistungen zu gewähren.

Der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) hat bereits ausgesprochen, dass die Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166 vom 30. April 2004, und (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 284 vom 30. Oktober 2009, nicht bestimmen, welche Personen Anspruch auf Familienleistungen haben, auch wenn sie die Regeln festlegen, nach denen diese Personen bestimmt werden können. Welche Personen Anspruch auf Familienleistungen haben, bestimmt sich, wie aus Art. 67 der VO 883/2004 klar hervorgeht, nach dem nationalen Recht (VwGH 23.9.2021, Ra 2020/16/0125, mit Verweis auf EuGH 22.10.2015, C-378/14, Tomislaw Trapkowski, Rn. 43-44).

§ 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 Satz 2 FLAG 1967) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Auf die Unterhaltspflicht der diese Unterhaltskosten überwiegend tragenden Person kommt es nicht an (vgl. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs. 2

und 4 FLAG 1967 entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. etwa VwGH 8.2.2007, 2006/15/0098).

Einem Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des zweiten Satzes des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 steht der ausschließliche Anspruch einer Person, bei der das Kind im strittigen Zeitraum haushaltszugehörig war, zwingend entgegen (VwGH 25.2.1987, 86/13/0158).

Bei Zugehörigkeit des Kindes zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 i.V.m. § 2 Abs. 3 FLAG 1967 geht gemäß § 2a Abs. 1 Satz 1 FLAG 1967 der Anspruch des überwiegend haushaltsführenden Elternteils dem Anspruch des anderen Elternteils vor. Im Beschwerdefall ist jedoch unstrittig, dass im Rückforderungszeitraum ein gemeinsamer Haushalt der Eltern der Kinder nicht mehr vorlag. Die Regelung des § 2a FLAG 1967 ist daher nicht anwendbar.

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

So wird gemäß § 7 FLAG 1967 für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, auch gibt es unter dem Gesichtspunkt „Haushaltszugehörigkeit“ keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit (vgl. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120; VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

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

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hängt die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG 1967 teilt, ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen in Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Im Beschwerdefall ist strittig, ob in den hier maßgeblichen Rückforderungszeiträumen „Oktober 2020 bis Jänner 2023“ und „Februar 2023 bis März 2023“ eine Haushaltszugehörigkeit der Kinder zur Bf. oder zum Kindesvater bestanden hat.

Gemäß § 166 Bundesabgabenordnung (BAO) kommt als Beweismittel im Abgabenverfahren alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhalts geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.

Gemäß § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Das Bundesfinanzgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakten und in die von den Verfahrensparteien vorgelegten Unterlagen.

Der unter Punkt 1. dargestellte, entscheidungswesentliche Sachverhalt ergab sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere aus den nachstehend angeführten Beweismitteln.

In der von der Bf. vorgelegten „Elternvereinbarung zum Wechselmodell“ für die Kinder ***K1*** und ***K2*** vom 29. Mai 2020 heißt es auszugsweise:

„Folgende Vereinbarung haben wir unter Berücksichtigung der Interessen unserer Kinder und unserer beiderseitigen Interessen getroffen.

(I) Sorgerecht

*Die elterliche Sorge für ***K1*** und ***K2*** wollen wir auch künftig gemeinsam ausüben.*

(II) Betreuung

****K1*** und ***K2*** sollen zu annähernd gleichen Teilen von der Mutter und dem Vater betreut werden. Wir sind davon überzeugt, dass dies derzeit für alle Beteiligten die beste Lösung ist.*

1. Allgemeine Betreuungsaufteilung

****K1*** und ***K2*** dürfen jeden Monat an insgesamt 14 Tagen zum Vater kommen. Diese 14 Tage können wie bisher auch, wegen der beruflichen Tätigkeit des Vaters flexibel geplant werden. Die Aufteilung findet wie bisher auch in Abstimmung mit der Mutter statt.*

2. Krankheitsfall

Im Krankheitsfalle der Eltern und der Kinder findet die Betreuungsaufteilung nach Absprache statt.

3. Feiertage und Geburtstage

Am Geburtstag des jeweiligen Elternteils halten sich die Kinder dort tagsüber auf. Am Geburtstag der Kinder findet die Betreuung nach Absprache statt.

*Den Heiligen Abend verbringen ***K1*** und ***K2*** bei der Mutter. Alle übrigen Feiertage (darauffolgende Weihnachtsfeiertage, Sylvester, Neujahr, Ostern, Pfingsten, Allerheiligen) finden nach Absprache statt.*

4. Schul- und Kindergartenferien

Die Betreuung in den Schulferien und an Kindertageseinrichtungsschließtagen findet ebenfalls nach Absprache statt.

[...]

6. Geltungszeitraum

*Diese Betreuungsvereinbarung gilt bis auf weiteres. Sollten ***K1*** und ***K2*** wiederholt den Wunsch äußern, die Betreuung zu ändern oder wird offensichtlich, dass sie mit dem Wechsel überfordert sind, werden wir erneut gemeinsam nach einer Lösung suchen. Keiner von uns ist berechtigt, ***K1*** und ***K2*** ohne Absprache bei sich zu behalten. Mit ***K1*** und ***K2*** haben wir über diese Betreuungsregelung gesprochen; sie sind damit einverstanden.*

(III) Kindesunterhalt

Das Kindergeld für beide Kinder bezieht weiterhin die Mutter und verbleibt in voller Höhe bei dieser. Die Kinder bleiben daher weiterhin bei der Mutter gemeldet.

Der Vater überweist monatlich den Kindesunterhalt in Höhe von 300,00 EUR (pro Kind 150,00 EUR) an die Mutter. Damit sind alle finanziellen Ansprüche abgegolten.

*Nach Absprache wird der Vater sich auch an Kosten für Fahrrad, Skiausrüstung, Fußball, Kleidung beteiligen. Hierauf besteht kein Anspruch der Mutter, diese Zahlungen sind freiwillig. Im Falle eines Streits um die Höhe des Kindesunterhalts bevollmächtigen wir uns wechselseitig, den Unterhalt im Namen von ***K1*** und ***K2*** allein geltend machen zu können.*

(IV) Schlussbestimmung

[...]

Bis eine neue Regelung erfolgt, gilt das hier Vereinbarte.

[...]“

Die Elternvereinbarung zum Wechselmodell vom 29. Mai 2020 sieht eine Kinderbetreuung durch die Eltern zu annähernd gleichen Teilen vor, wobei das Ausmaß der Betreuung durch den Kindesvater - bis zum Ergehen einer neuen Regelung - mit 14 Tagen festgelegt ist.

Wenn Kinder innerhalb eines Monats zeitlich hintereinander unterschiedlichen Haushalten angehören, steht nach der Judikatur des VwGH (siehe VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058) in solchen Fällen der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch in Anwendung des Überwiegensprinzips jenem Elternteil zu, bei welchem das Kind länger haushaltszugehörig

war. Ein wesentliches Prüfkriterium ist die jeweilige Anzahl der Nächtigungen des Kindes bei beiden Elternteilen im Wechselmonat (BFG 3.4.2014, RV/3100335/2013).

Da nach der zitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei der Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit darauf abzustellen ist, in wessen Wohnung die Kinder genächtigt haben, wäre im Beschwerdefall bei der im Familienbeihilfenrecht gebotenen monatlichen Betrachtungsweise ab dem Wirksamwerden der Elternvereinbarung vom 29. Mai 2020 von der überwiegenden Zugehörigkeit der Kinder zum Haushalt der Bf. auszugehen, weil die Kinder (gemäß der Elternvereinbarung) an 14 Tagen pro Monat im Haushalt des Kindesvaters und somit an mehr als 14 Tagen pro Monat im Haushalt der Bf. genächtigt hätten.

Allerdings teilte die für die Gewährung des deutschen Kindergeldes zuständige Bundesagentur für Arbeit, Familienkasse Bayern Süd in Beantwortung eines Auskunftersuchens der österreichischen Behörde zum Sachverhalt auszugsweise Folgendes mit:

„[...]

Am 24.06.2019 stellte Frau E. einen neuen Antrag in Deutschland und teilte erstmals die Trennung vom Kindesvater im Juni 2019 mit. Die Kinder lebten weiterhin in ihrem Haushalt in Deutschland. Kindergeld in Höhe der Unterschiedsbeträge wurde bei Frau E. am 19.07.2019 ab März 2018 festgesetzt.

Im September 2020 wurde die Zahlung der Unterschiedsbeträge eingestellt, weil die österreichischen Leistungen aufgrund der Sonderzahlung höher waren. Frau E. teilte daraufhin im Servicecenter am 25.09.2020 mit, dass die Kinder seit 24.09.2020 beim Vater leben. Die Festsetzung bei Frau E. wurde am 30.09.2020 ab Oktober 2020 aufgehoben.

Frau E. stellte am 15.02.2022 einen neuen Antrag in Deutschland. In diesem ist kein Haushaltswechsel der Kinder ersichtlich, da sie nur den Antrag eingereicht hat. Weitere Unterlagen zur Prüfung hat sie nicht eingereicht. Der Antrag wurde am 29.04.2022 ab Oktober 2020 wegen fehlender Mitwirkung abgelehnt. Dieser Bescheid ist nun für den Zeitraum Oktober 2020 bis Mai 2022 bindend und kann nicht mehr korrigiert werden. Selbst wenn Frau E. die Kinder im Haushalt hatte, kann Sie keinen Anspruch mehr für den Zeitraum in Deutschland geltend machen.

Frau E. stellte am 14.06.2022 einen neuen Antrag in Deutschland. In diesem ist ein Haushaltswechsel der Kinder zum 24.05.2022 ersichtlich. Sie hat die Meldebescheinigungen eingereicht. Weitere Unterlagen zur Prüfung hat sie nicht eingereicht. Der Antrag wurde am 17.10.2022 ab Juni 2022 wegen fehlender Mitwirkung abgelehnt. Dieser Bescheid ist nun für den Zeitraum Juni 2022 bis Oktober 2022 bindend und kann nicht mehr korrigiert werden. Selbst wenn Frau E. die Kinder im Haushalt hatte, kann Sie keinen Anspruch mehr für den Zeitraum in Deutschland geltend machen.

Der Vater hat von Oktober 2020 bis Juni 2022 Kindergeld in Höhe der Unterschiedsbeträge bezogen. Aufgrund der eingereichten Meldebescheinigungen (Haushaltswechsel zum 24.05.2022) wurde die Festsetzung des Vaters ab Juli 2022 zu Gunsten der Mutter aufgehoben. Dagegen legte Herr B. Einspruch ein. Im Einspruchsverfahren wurde nun erstmalig erläutert,

dass die Kinder offiziell seit 19.07.2022 melderechtlich beim Vater geführt werden, die Eltern aber ein Haushaltswechsel-Modell (50% Vater 50% Mutter) vereinbart haben. Die Mutter wurde am 11.01.2023 vom Vater ab Juli 2022 zur Berechtigten bestimmt.

Am 25.01.2023 stellte Frau E. einen neuen Antrag in Deutschland. Deutschland zahlte von November 2022 (wegen der vorherigen Ablehnung) bis März 2023 Unterschiedsbeträge und ab April 2023 (Ende Beschäftigung in Österreich März 2023) volles Kindergeld an die Kindesmutter. [...]“

Wenn die Bf. im Servicecenter der für die Auszahlung des deutschen Kindergeldes zuständigen Behörde am 25. September 2020 bekannt gab, dass die Kinder seit 24. September 2020 beim Vater leben, die Festsetzung des Kindergeldes in der Folge gegenüber der Bf. am 30. September 2020 ab Oktober 2020 aufgehoben wurde, die Bf. dagegen keine Rechtsmittel ergriff und erst am 14. Juni 2022 in Deutschland einen neuen Antrag stellte, so kann der auf der Ebene der Beweiswürdigung erfolgten behördlichen Annahme der überwiegenden Haushaltszugehörigkeit der Kinder zum Haushalt des Vaters ab Oktober 2020 nicht entgegen getreten werden.

Der Kindesvater gab am 7. Juni 2024 anlässlich seiner Einvernahme als Auskunftsperson vor dem Finanzamt an, dass vor dem gerichtlichen Vergleich 2022 die Kinder überwiegend bei ihm bzw. bei der Großmutter gewesen seien. Ursprünglich sei die Vereinbarung genau umgekehrt gewesen, daher hätten die Kinder vier Tage bei der Kindesmutter und drei Tage bei ihm sein sollen. Während eines Krankenhausaufenthaltes im September 2020 sei es zu einer Änderung gekommen. Die Bf. habe mitgeteilt, dass sie mit den Kindern überfordert sei und aus diesem Grund die Kinder erstmals ausschließlich bei ihm hätten bleiben sollten. Für die nächsten vier bis fünf Monate seien die Kinder tatsächlich ausschließlich bei ihm bzw. seiner Mutter gewesen. Ab dem Jahr 2021 habe sich die Situation der Bf. gebessert und sie habe erneut Kontakt zu den Kindern gesucht.

Auch die im Zeitraum 24. September 2020 bis 23. Mai 2022 erfolgte meldebehördliche Anmeldung der Kinder am Wohnsitz des Kindesvaters stellt ein (wenn auch widerlegbares) Indiz für die Haushaltszugehörigkeit dar.

Dem Umstand, dass sich die Bf. in der Beschwerde weiterhin auf die Elternvereinbarung vom 29. Mai 2020 beruft, war in freier Beweiswürdigung gegenüber den angeführten anderen maßgeblichen Umständen, insbesondere der Auskunft der für die Gewährung des deutschen Kindergeldes zuständige Bundesagentur für Arbeit, Familienkasse Bayern Süd, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung weniger Gewicht beizumessen.

Aufgrund der überwiegenden Anzahl der Nächtigungen der Kinder beim Kindesvater steht daher in Anwendung des Überwiegensprinzips diesem ab Oktober 2020 bis einschließlich Mai 2022 der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch zu.

Ein gegebenenfalls gegenüber der Bf. (in der Elternvereinbarung) erklärter Verzicht des Kindesvaters auf Familienleistungen wäre allenfalls bei der Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen geltend zu machen.

Hinweise, dass der Kindesvater die Kinder im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel im Streitzeitraum nicht entsprechend bedacht hätte und damit die Kinder nicht der elterlichen/väterlichen Obsorge teilhaft geworden wären, liegen nicht vor.

Die Elternvereinbarung zum „Wechselmodell“ vom 29. Mai 2020 sollte bis zur Vereinbarung einer neuen Regelung wirksam sein. In einem im Sorgerechtsverfahren ergangenen Vermerk des Amtsgerichtes ***AG***, aufgenommen in der nichtöffentlichen Sitzung vom 13. Juli 2022, heißt es auszugsweise:

„[...]

Zunächst wird versucht, eine vergleichsweise Einigung zu erzielen. Es wird angedacht, dass die Kinder sich überwiegend beim Vater aufhalten unter Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge und dass die Eltern zur Erziehungsberatung und zum Kurs Kinder im Blick gehen.

[...]

Die Antragsgegnerin erklärt:

Ich bin damit einverstanden, dass die Kinder sich bis zum Abschluss des Verfahrens von Montag bis Mittwoch bei mir und von Donnerstag bis Sonntag beim Antragsteller aufhalten. Ich bin auch damit einverstanden, dass der Antragsteller die Kinder auf seine Adresse ummeldet.

[...]“

In einem weiteren Vermerk des Amtsgerichtes ***AG*** vom 14. Dezember 2022 ist u.a. folgender Vergleich festgehalten (auszugsweise):

„1. Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass sich die Kinder von Montag bis Mittwoch bei der Mutter und den Rest der Woche beim Vater aufhalten, dass die Kinder am Montag nach der Schule zur Mutter wechseln und am Donnerstag nach der Schule zum Vater.

2. Hinsichtlich Weihnachten 2022 vereinbaren die Beteiligten, dass die Kinder am Hl. Abend um 16:30 Uhr zur Mutter wechseln, dann am 26.12. um 10:00 Uhr zum Vater wechseln bis zum 02.01.2023, 12:00 Uhr, dann befinden sich die Kinder bei der Mutter und wechseln am 12.01.2023 nach der Schule zum Vater.

An Ostern 2023 gilt Folgendes: Die Kinder befinden sich von Donnerstag, 30.03.2023 nach der Schule bis 10.04.2023, 10:00 Uhr beim Vater, dann bei der Mutter bis 18.04.2023 nach der Schule.

[...]“

Im Sorgerechtsverfahren vor dem Amtsgericht ***AG*** erklärte sich die Bf. am 13. Juli 2022 damit einverstanden, dass die Kinder sich von Montag bis Mittwoch bei ihr und von Donnerstag bis Sonntag beim Kindesvater aufhalten. Im Vermerk des Amtsgerichtes ***AG*** vom 14. Dezember 2022 ist die Einigung der Eltern festgehalten, dass sich die Kinder von Montag bis Mittwoch bei der Bf. und den Rest der Woche beim Vater aufhalten, die Kinder am Montag nach der Schule zur Mutter und am Donnerstag nach der Schule zum Vater wechseln.

Sohin nächtigten die Kinder viermal pro Woche beim Vater und dreimal pro Woche bei der Bf. Aufgrund der überwiegenden Anzahl der Nächtigungen der Kinder beim Kindesvater steht daher in Anwendung des Überwiegensprinzips diesem auch ab Juli 2022 der für einen Monat nur einmal zu gewährende Beihilfenanspruch zu (vgl. dazu die bereits zitierte Judikatur).

Aufgrund der im Sorgerechtsverfahren ab Juli 2022 getroffenen Vereinbarungen der Eltern zum „Wechselmodell“ und somit über den ständig wechselnden Aufenthalt der Kinder bei ihren Eltern waren die meldebehördlichen An- und Abmeldungen der Kinder nicht geeignet, vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern, konnten jedoch ein Indiz für das Vorliegen einer Haushaltsgemeinschaft darstellen (vgl. VwGH 23.2.1981, 1388/80 mwN). Dies hat seinen Grund u.a. auch darin, dass die zu erstattenden Meldungen an die Meldebehörde in der Praxis erfahrungsgemäß häufig erst später vorgenommen werden, als dies nach den melderechtlichen Vorschriften geboten wäre.

Der Zeitraum Juni 2022 war von der Rückforderung auszunehmen, da der in den Meldedaten ersichtliche Wechsel der Kinder zum Haushalt der Bf. mit 24. Mai 2022 eine Haushaltszugehörigkeit der Kinder zum Haushalt der Bf. im Juni 2022 indiziert und auch die im Sorgerechtsverfahren vor dem Amtsgericht ***AG*** am 13. Juli 2022 vereinbarte Regelung im Juni 2022 noch nicht wirksam war.

Den von der Bf. und vom Kindesvater vorgelegten Aufzeichnungen über die Zeiten der Kinderbetreuung war gegenüber den Vereinbarungen im Sorgerechtsverfahren nur ein geringerer Beweiswert beizumessen, da diese nicht die Nächtigungen der Kinder zum Gegenstand haben und zudem in weiten Bereichen auch nicht übereinstimmen.

Auch war von einer Einvernahme der von der Bf. im Vorlageantrag vom 8. August 2024 namhaft gemachten Nachbarinnen Abstand zu nehmen, da nicht ersichtlich ist, inwieweit - vor dem Hintergrund des im Sorgerechtsverfahren vereinbarten und mit ständigen Aufenthaltswechseln der Kinder verbundenen Wechselmodells - eine außerhalb der betroffenen Haushalte stehende Person dazu beitragen könnte, Klarheit über die sachverhaltserhebliche Frage zur monatsweisen überwiegenden Anzahl der Nächtigungen der Kinder zu gewinnen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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.

Gemäß § 167 Abs. 2 BAO in Verbindung mit § 2a BAO sah daher das Bundesfinanzgericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung den unter Punkt 1. dargestellten Sachverhalt als erwiesen an.

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge irrelevant. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. Wanke in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG², § 26 Rz 12 u. 13, mwH auf die VwGH-Judikatur).

Dem Bundesfinanzgericht ist bei seiner Entscheidung auch kein Ermessen eingeräumt.

Fehlt es somit an einem Anspruch auf Familienbeihilfe, ist gemäß § 33 Abs. 3 Z. 1 letzter Satz EStG 1988 in Verbindung mit § 26 Abs. 1 FLAG 1967 auch der Kinderabsetzbetrag zurückzufordern (vgl. Wanke in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG², § 26 Rz 10).

Aus den angeführten Gründen war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Berechnung der Rückforderung zu Spruchpunkt I.:

Kind: ***K2***, geb. ***GebDat2***:

von	bis	Familienbeihilfe (FB) Kinderabsetzbetrag (KG)	Betrag (€)
10/2020	08/2021	FB	1.419,00
10/2020	05/2022	KG	1.168,00
07/2022	12/2022	KG	350,40
09/2021	09/2021	FB	229,00
10/2021	05/2022	FB	1.032,00
07/2022	07/2022	FB	129,00
08/2022	08/2022	FB	309,00
09/2022	09/2022	FB	229,00
10/2022	10/2022	FB	129,00
11/2022	12/2022	FB	297,20
01/2023	01/2023	FB	157,20
01/2023	01/2023	KG	61,80

Kind: ***K1***, geb. ***GebDat1***:

von	bis	Familienbeihilfe (FB) Kinderabsetzbetrag (KG)	Betrag (€)
10/2020	08/2021	FB	1.419,00
10/2020	05/2022	KG	1.168,00
07/2022	12/2022	KG	350,40
09/2021	09/2021	FB	229,00
10/2021	05/2022	FB	1.032,00
07/2022	07/2022	FB	129,00
08/2022	08/2022	FB	309,00
08/2022	09/2022	FB	229,00
09/2022	12/2022	FB	387,00
01/2023	01/2023	FB	136,50
01/2023	01/2023	KG	61,80

4. Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Das Revisionsmodell soll sich nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers an der Revision nach den §§ 500 ff ZPO orientieren (vgl. RV 1618 BlgNR 24. GP, 16). Ausgehend davon ist der Verwaltungsgerichtshof als Rechtsinstanz tätig, zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist er im Allgemeinen nicht berufen (vgl. etwa VwGH 24.4.2014, Ra 2014/01/0010).

Das vorliegende Erkenntnis beruht im Wesentlichen auf der Beweiswürdigung zur Haushaltszugehörigkeit der im angefochtenen Bescheid genannten Kinder. Insoweit liegen im gegenständlichen Beschwerdeverfahren keine Rechtsfragen vor, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG eine grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Linz, am 28. Juli 2025