



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., S., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Juli 2011 bis 30. April 2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Im vorliegenden Berufungsfall ist strittig, ob die Kinder N., geb. am 1999, und L., geb. 2008, dem Haushalt der Kindesmutter (= Berufungswerberin (Bw.)), oder dem Haushalt des Kindesvaters angehören.

Die Bw., geschieden seit September 2011, bezog für ihre beiden Kinder im Streitzeitraum 1. Juli 2011 bis 30. April 2012 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Im Zuge des vom Kindesvater am 18. April 2012 eingebrachten Antrages auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe ab Juli 2011 überprüfte das Finanzamt die Anspruchsvoraussetzungen und forderte mit Bescheid vom 2. Juli 2012 von der Bw. die für den genannten Zeitraum bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 (Haushaltszugehörigkeit) zurück.

Die Bw. brachte gegen den Rückforderungsbescheid mit folgender Begründung Berufung ein:

"Herr T. der Kindsvater war und ist nicht in der Lage gewesen bei Auszug trotz dem ich ihm das gesamte Haus überschrieben habe und er dieses noch immer nicht auf sich übertragen hat (ich stehe noch im Grundbuch) mir irgendeine Abfindungssumme zu bezahlen. Ich habe keinerlei Möbel oder irgendwelche Gegenstände bei Auszug mitgenommen. Im Gegenzug wurden persönliche Sachen wie auch Schmuck von mir einbehalten. Da ich auch keinerlei Möbel für die Kinder mitnehmen durfte sowie Kleidung und Spielsachen, musste ich diese alle ersetzen und habe auch hierfür Rechnungen wie z.B. Möbelrechnungen, Kleidung und Schuhe etc. Herr T. forderte mich auf, aus diesem Geld der Familienbeihilfe die Dinge zu ersetzen zumal er selbst Rückstände beim Finanzamt hat (Ust, EK-Steuer) wobei hier nicht die Kleidung gemeint war. Ich habe eine Wohnung mit 3 Zimmern anmieten müssen um auch den Platz anbieten zu können. Indessen ist die Entscheidung gefallen dass unser Sohn beim Vater verbleibt. Um unsere Tochter L. gibt es ein Sorgerechtsverfahren beim BG B. (die Gutachten sind bereits abgeschlossen). Herr T. führt nachweislich einen Zerstörungskrieg gegen mich. Herr T. erstattete eine Verleumdungsklage gegen mich ohne jeglichen Halt. Von Seiten der Staatsanwaltschaft wird diese Klage niedergelegt da es Zeugenaussagen gibt die das Gegenteil aussagen. Im Gegenzug wird hingegen eine Klage somit an Herrn T. vorbereitet. Herr T. hat im Februar 2012 aus dem Kindergarten R-Dorf an einem Morgen unser Tochter L. regelrecht entführt (in den Akten des BG Schwechat ersichtlich) woraufhin ich zu unserer Tochter 3 Wochen lang keinen Kontakt hatte. Die Kindergartenleitung war regelrecht machtlos, da Herr T. L. regelrecht den Tanten entrissen hat. Ich habe das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder lt. Urteil bekommen. Herr T. hat mir verwehrt das Urteil durchzusetzen mit sämtlichen Mitteln. L. war nicht die meiste Zeit bei Herrn T. im Übrigen! In meiner Wohnung befindet sich ein Zimmer mit Einrichtung für unsere Tochter, ein komplett gefüllter Kleiderschrank für Winter/Sommerbekleidung sowie mehrere Paar Schuhe und Spielsachen. Aus meinem Gehalt wie ersichtlich bestreite ich die Miete in Höhe von knapp 600 EUR kalt sowie jeden Quartal 400 EUR Heiz/Stromkosten und anderer Nebenrechnungen sodass es mir nicht möglich gewesen wäre für unsere Tochter diese Dinge anzuschaffen zumal die Anmietung der Wohnung mit 3 Zimmer mich 3.500 EUR gekostet hat..."

Mit Ergänzungsauftrag vom 21. August 2012 ersuchte das Finanzamt die Bw. um Beantwortung der Frage, bei wem die Kinder im Zeitraum 1. Juli 2011 bis 30. April 2012 haushaltszugehörig waren und um einen diesbezüglichen Nachweis.

Die Bw. beantwortete das Ergänzungsersuchen mit Schreiben vom 21. August 2012 wie folgt:

"unsere gemeinsame Tochter L.... war ab Juli 2012 *(das Datum wurde von der Bw. mit Schreiben vom 17. September 2012 auf Juli 2011 korrigiert)* abwechselnd eine Woche mit 3 Tagen bei mir und in der darauf folgenden Woche an 4 Tagen. Umgekehrt war L. auch bei ihrem Vater somit. Da Hr. T. sich nicht an den Scheidungsvergleich gehalten hat, konnte ich keinen Kindergartenplatz anmelden da es nicht möglich ist 2 Kindergartenplätze gestützt zu bekommen. Daher musste ich während meiner Arbeitszeiten L. privat bei meiner Mutter unterbringen und bin hier für die Verpflegung (Essen) aufgekommen da meine Mutter lediglich Mindestpensionistin ist. Auch wird dies im Verfahren so festgehalten dass L. zu geteilter Hand untergebracht ist. Auch jetzt ist es so dass ich für L. aufkomme wenn sie bei mir ist inkl. der Kleidung, Essen mit meinen nicht einmal 1100 EUR abzgl. 600 EUR Kaltmiete während Herr T. das dreifache bezieht als Selbständiger und zusätzlich die Familienbeihilfe bezieht und sich nicht an den Scheidungsvergleich hält. Die Kleidung für den Herbst/Winter die ansteht muss ich nun auch aufbringen aus eigener Kraft sowie bei Unterbringung bei meiner Mutter die Verpflegung.

Unser Sohn N. hat sich für den Verbleib beim Vater entschieden, das Obsorgeverfahren steht in Kürze an lt. Rechtsanwalt. Da für mich die Kosten des Rechtsanwaltes und meiner persönlichen Ausgaben wie Miete, Strom etc. meine Kräfte übersteigen, werde ich wohl bald meine Wohnung aufgeben müssen da ich nicht mehr in der Lage bin diese Zahlungsflut zu bewältigen mit meinen nicht gerade hohen Gehalt. Sollten Sie entscheiden dass ich etwas zurückzahlen muss, so kann ich lediglich einen Betrag von EUR 20,00 im Monat aufbringen, da ich selbst nicht mehr weiß wovon ich noch leben soll und meiner Tochter etwas zu Essen gebe.

Da meine Mutter derzeit im Ausland/Kroatien ist wegen einem Sterbefall und der Auflösung bzw. Erledigungen, kann ich derzeit ihrerseits keine Bestätigung anbieten, biete Ihnen jedoch an Sie gerne an-

zuschreiben um zu bestätigen dass sie L. stets beaufsichtigt hat und sie wird bei Rückkehr umgehend antworten da sie im Moment nicht sagen kann wann sie wieder zu Hause ist..."

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 21. September 2012 mit folgender Begründung ab:

"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. Unter Haushalt ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen, wobei es für die Frage nach der Haushaltszugehörigkeit eines Kindes unerheblich ist, wer den Haushalt führt, dem das Kind angehört.

Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (VwGH 22.10.1971, 0336/70).

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erlischt der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Lt. den Angaben des Kindesvaters R. T. im Protokoll des Bezirksgerichts B. vom 17.1.2012 leben die Kinder NA und LM seit Ihrem Auszug im Juni 2011 hauptsächlich in seinem Haushalt. Bestätigt wird dies durch eine Stellungnahme des Jugendwohlfahrtsträgers der Bezirkshauptmannschaft B. vom 24.2.2012, in welcher bemerkt wird, dass die Kinder seit der Trennung der Eltern beim Kindesvater leben. Betr. N. wird darin festgehalten, dass es zur Kindesmutter lediglich sporadischen Kontakt gibt. Da auch in Ihren Stellungnahmen zur Berufung kein überwiegender Aufenthalt Ihres Sohnes behauptet wird, kann davon ausgegangen werden, dass sich N. im Rückforderungszeitraum Juli 2011 bis April 2012 überwiegend beim Kindesvater aufgehalten hat und somit bei ihm haushaltszugehörig war.

Betr. L. wird in der Stellungnahme vom 24.2.2012 festgestellt, dass es wöchentliche Besuche bei der Kindesmutter gab und dass sie sich seit 13.2.2012 hauptsächlich bei ihr aufhält. Gemäß der Angaben in Ihrer Berufungsschrift hat der Kindesvater die Tochter im Februar 2012 aus dem Kindergarten "entführt" und Sie hatten 3 Wochen keinen Kontakt zu ihr. Lt. Protokoll des Bezirksgerichts B. vom 14.3.2012 wird vereinbart, dass der hauptsächliche Aufenthalt der Kinder, und somit auch L.'s, beim Vater ist. Der Kindesmutter wird betreffend L. ein wöchentliches Besuchsrecht eingeräumt. Auf Grund dieser Angaben kann davon ausgegangen werden, dass sich L. nur kurz (von 13.2.2012 bis längstens Ende Februar 2012) in Ihrem Haushalt aufgehalten hat.

Da die Rückforderung auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen zu Recht erfolgte, ist Ihre Berufung als unbegründet abzuweisen."

Das von der Bw. mittels Fax am 24. Oktober 2012 eingebrachte Schreiben wurde vom Finanzamt als Vorlageantrag gewertet.

Die Bw. machte darin folgende Ausführungen:

"Da ich keinen Namen finde als Ansprechperson, sondern lediglich eine nicht lesbare Unterschrift welche im genannten Schreiben eine Entscheidung getroffen hat, halte ich hiermit fest, dass von einem Protokoll ausgegangen wurde daß jedenfalls LM... hauptsächlich beim Vater den Aufenthalt hatte 2011.

Somit übermittle ich Ihnen das Protokoll v. 28.02.2012 Markierte Zeile! Dazumal habe ich Ihnen Zeugen angeboten welche bestätigen werden daß wie im Protokoll angegeben LM nur zur Hälfte beim KV war. Sie sind dem nicht nachgekommen. Ich sehe die Aussage dass LM hauptsächlich beim Vater war als Verleumdung zumal ich Zeugen habe und Sie diese nicht befragt haben außer dass auch ich ein solches Protokoll habe! Die gesamte Kleidung welche ich gekauft habe und beim Vater verblieb und nie ausgehändigt wurde, habe ICH ersetzt und komplett noch einmal neu gekauft, ebenso wie Spielsachen sowie Einrichtungsgegenstände. Sollte Ihre Aussage daß L.... hauptsächlich beim Vater war aufrecht bleiben, so fordere ich Sie auf mir den Namen des Zuständigen zu nennen wer diese Behauptung aufstellt und ich übergebe diese Aussage meiner Rechtsanwaltskanzlei, da ich mir nicht nachsagen

lasse dass ich eine Lügnerin bin... Ich habe sehr viel aufgewendet und habe auch jede Rechnung aufgehoben für die Ausgaben von LM während des Aufenthaltes bei mir! Ich streite nicht ab dass NA seine Entscheidung getroffen hat und beim Vater lebt, welcher mir jedoch mangels Geldmittel keinen Cent für die Möbel von L. bzw. irgendeiner Abfindung in der Lage war zu zahlen und mir einst wörtlich mitteilte ich solle das Familienbeihilfegeld dafür nutzen, was anders blieb mir auch nicht übrig obwohl Herr T. ein Einkommen von 40.000 EUR jährlich hat..."

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt bzw. folgende relevante Unterlagen werden der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Die Bw. ist seit September 2011 geschieden.

Laut Vergleichsausfertigung vom 7. September 2011 waren die Bw. und ihr geschiedener Ehegatte Hälfteeigentümer der Liegenschaft in U und verblieb die bisherige Ehewohnung bei der Scheidung dem Ehemann.

Die Obsorge für die beiden mj. Kinder wurde laut Vergleichsausfertigung beiden Elternteilen übertragen. Festgehalten wurde, dass die Kinder sich hauptsächlich bei der Mutter aufhalten und die Besuchsregelung außergerichtlich erfolgt.

Der Kindesvater wurde zu einem monatlichen Unterhaltsbetrag von € 190,00 für den mj. N. und von € 140,00 für die mj. L., verpflichtet.

Die Bw. ist seit 23. Jänner 2012 mit einem Hauptwohnsitz in E-Dorf, gemeldet (Auszug aus dem Zentralen Melderegister vom 23. Jänner 2012).

Laut Bestätigung der Marktgemeinde E. besucht L. seit 11. April 2011 die Kindergartengruppe in U der Marktgemeinde E/F.

Die Tante der Kinder (Schwester des Kindesvaters) bestätigt mit Schreiben vom 15. Juni 2012, dass die Kinder seit 1. Juli 2011 ständig bei ihrem Bruder in U wohnhaft sind.

Laut Mietvertrag, abgeschlossen zwischen Herrn Ing. und der Bw., begann das Mietverhältnis am 1. Juni 2011 und endet ohne weitere Aufkündigung am 31. Juli 2014. Die Wohnung ist 64m² und besteht aus 3 Zimmern, ...

Im Protokoll, aufgenommen anlässlich der Pflegeschäftssache der mj. LM und des mj. NA mit dem Kindesvater R. T. beim Bezirksgericht Bruck an der Leitha am 17. Jänner 2012 wurde auszugsweise Folgendes festgehalten:

"...Wir haben anlässlich der einvernehmlichen Scheidung zu ... vereinbart, dass die Obsorge für die Minderjährigen uns gemeinsam weiterhin zukommt. Der hauptsächliche Aufenthalt der Minderjährigen wurde bei der KM festgelegt. Tatsächlich ist es so, dass die Minderjährigen seit Juni 2011, seit dem Auszug der KM, durchgehend bei mir leben und wohnen. Ich pflege und erziehe sie. Der haupt-

sächliche Aufenthalt der Minderjährigen ist bei mir. Die mj L. geht auch in M. in den Kindergarten. Sie besucht die KM im Durchschnitt zwei Tage/Woche. N. hat kaum Kontakt zur KM..."

Protokoll des Bezirksgerichtes Bruck an der Leitha vom 14. März 2012 in der Pflegeschafts-sache der mj. LM und NA:

"...Nach umfangreichen Gesprächen treffen die Kindeseltern sodann folgende Vereinbarung

Und zwar,

1. Die gemeinsame Obsorge für den N. und die LM bleibt beiden Eltern aufrecht. Der hauptsächliche Aufenthaltsort der Kinder ist beim Kindesvater.

2. Die Kindesmutter ist berechtigt die L., bis das Gutachten vorliegt zu folgenden Tagen bzw. in folgendem Rhythmus zu sich zu nehmen, und zwar an jedem Wochenende in der Zeit von Freitag nach dem Kindergarten bis Montag in der Früh in den Kindergarten, außer an folgenden Tagen der Folge-monate, wo sie berechtigt ist, L. von Mittwoch bis Freitag und zwar wie folgt zu sich zu nehmen:

Die erste Woche, wo eine solche Regelung besteht ist der 28.03. bis 30.03., wo die Kindesmutter die L. am Mittwoch vom Kindergarten abholt.

Festgehalten wird, dass die Abholung bis spätestens 14 Uhr stattfinden muss. Und am Freitag bis spä-testens 18 Uhr zum Kindesvater zurückbringt.

Die nächsten Tage dieser "unter-der-Woche Regelung" sind von 25.04. bis 27.04., sodann der 23.5. bis 25.05. und falls erforderlich noch der 20.06. bis 22.06...."

Stellungnahme des Jugendwohlfahrtsträgers vom 24. Februar 2012:

"...Die Ehe der Kindeseltern wurde im September 2011 geschieden. Im Scheidungsvergleich wurde auch weiterhin gemeinsame Obsorge und hauptsächlicher Aufenthalt bei der Kindesmutter für beide Kinder vereinbart. Die Kinder leben jedoch seit der Trennung der Eltern beim Kindesvater in U, zur Kindesmutter gibt es Besuchskontakte (im Verlauf der Befassung kam es zu einer Veränderung und zwar in der Art, dass L. nun bei der Mutter wohnt, die Ausführung dazu erfolgt später).

Lebenssituation der Kinder

Der minderjährige N. besucht das Gymnasium in Schwechat. Zur Kindesmutter gibt es nur sehr sporadisch Kontakt. Die Gründe dafür werden von den Eltern jeweils sehr unterschiedlich wahrgenom-men und dargestellt...

Die minderjährige L. besuchte bis vor kurzem den Kindergarten in U. Besuche bei der Kindesmutter gibt (gab) es wöchentlich, in der Regel etwa je 3T/Woche + 4 T/Woche abwechselnd...

Betreuungssituation bei der Mutter

Die Kindesmutter konnte nun eine Wohnung in Schwechat anmieten, die auch, laut Beschreibung der Mutter, Platz für beide Kinder bietet. Ebenso steht nun ein freier Kindergartenplatz für die Tochter zur Verfügung. Sie möchte nun, entsprechend der Vereinbarung im Scheidungsvergleich, die Kinder zu sich nehmen. Bei L. ist das Vorhaben, wie der berichtenden FSA mitgeteilt wurde, schon gelungen. L. lebt seit 13.2. hauptsächlich bei der Kindesmutter. Sie besucht den Kindergarten in R-Dorf.

Betreuungssituation beim Vater

Der Kindesvater berichtet, dass sich durch den Auszug der Kindesmutter an der Wohn- und Betreu-ungssituation für ihn und die Kinder kaum etwas verändert hätte. Schon immer habe er sich sehr um die Kinder gekümmert und sehr viel an Betreuung und Versorgung übernommen. Seine Tätigkeit als Selbständiger, wobei sein Arbeitsplatz das eigene Wohnhaus ist, erlauben ihm eine flexible Gestaltung des Alltages und viel Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Kinder.

Fachliche Einschätzung

Die berichtende FSA hat in ihren Gesprächen und Telefonaten eine zurzeit höchst eskalierende Beziehungs- und Gesprächssituation zwischen den Kindeseltern wahrgenommen. Es scheint regelrecht ein "Gerangel" um die Kinder entbrannt zu sein...

Der nun stattgefundene Umzug von L. in den Haushalt der Kindesmutter entspricht der im Scheidungsvergleich zwischen den Kindeseltern getroffenen Vereinbarung...

Niederschrift, aufgenommen durch das Finanzamt am 3. Dezember 2012 mit der Mutter der Bw. als Auskunftsperson:

"...Ab Juni 2011 befand sich L. abwechselnd in einer Woche vier Tage bei der Kindesmutter und drei Tage beim Kindesvater und nächste Woche umgekehrt. In dieser Zeit wurde L. während der Berufstätigkeit der Kindesmutter an den Donnerstagen und Freitagen von Fr. X. (Großmutter) beaufsichtigt.

Ab Anfang Februar 2012 wohnte L. zwei Wochen ausschließlich bei der Kindesmutter (eine Woche Pflegeurlaub und eine Woche Kindergarten) und danach zwei Wochen ausschließlich beim Kindesvater.

Seitdem befindet sich L. jede Woche jeweils vier Tage beim Kindesvater und drei Tage bei der Kindesmutter (Freitag bis Sonntag bzw. einmal im Monat Mittwoch bis Freitag)."

Die Berufungsbehörde nimmt es als erwiesen an, dass sich beide Kinder im Streitzeitraum überwiegend beim Kindesvater aufgehalten haben; betreffend N. konzidiert dies die Bw. selbst in ihrem Vorlageantrag, sodass die Rückforderung betreffend dieses Kind jedenfalls zu Recht erfolgte.

Betreffend L. erscheinen die Angaben der Bw., die Tochter habe sich annähernd gleichteilig bei ihr und beim Kindesvater aufgehalten, im Wesentlichen zutreffend; aus der Aussage der Großmutter vom 3.12.2012 geht aber hervor, dass sich die Tochter jedenfalls ab März 2012 vier Tage beim Kindesvater und nur drei Tage bei der Kindesmutter aufgehalten hat. Von Juni 2011 bis Februar 2012 sei der Aufenthalt zeitmäßig gleichteilig beim Kindesvater und der Bw. gewesen.

Aus der Stellungnahme vom 24.2.2012 des Jugendwohlfahrtsträgers, der mit der tatsächlichen Situation vertraut gewesen sein muss, ergibt sich aber, dass bereits seit der Trennung der Eltern der Aufenthalt der Tochter überwiegend beim Kindesvater gewesen ist.

Gesetzliche Bestimmungen:

Gemäß [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe. 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 Abs. 5 dieser Bestimmung gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Das Gesetz räumt den Anspruch auf Familienbeihilfe somit primär demjenigen ein, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Voraussetzung für eine solche Haushaltszugehörigkeit ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft.

Die Haushaltszugehörigkeit gilt gemäß [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) u.a. dann 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.

Gemäß [§ 26 Abs. 1 FLAG 1967](#) hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

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

Rechtliche Würdigung:

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. Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG 1967 ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar auch davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Eine aliquote Gewährung von Familienbeihilfe nach Maßgabe des tatsächlichen Aufenthalts ist daher nicht möglich.

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 (VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#)).

Ein Anspruch auf Geldunterhalt spielt bei der Haushaltszugehörigkeit nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG 1967 in Verbindung mit Abs. 5 erster Satz keine Rolle (s VwGH 15.12.2009, [2006/13/0092](#)).

Die Daten des Melderegisters haben bei der Beurteilung einer noch vorhandenen Wohngemeinschaft zu den Eltern Indizwirkung, maßgeblich sind jedoch die tatsächlichen Gegebenheiten (sh. *Nowotny* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 2 Rz 140f).

Da es die Berufungsbehörde in freier Beweiswürdigung als erwiesen angenommen hat, dass sich beide Kinder im Streitzeitraum überwiegend beim Kindesvater aufgehalten haben, sind sie bei ihm als haushaltszugehörig anzusehen. Die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen erfolgte daher zu Recht.

Wien, am 26. Februar 2013