

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin IBV über die Beschwerde der Frau A, abc, vom 30.04.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes vom 26.03.2015 betreffend die Rückforderung von für das Kind BB, geboren am xyz, zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Monate 12/2014 bis 03/2015 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich des Kindes BB, geboren am xyz, aufgehoben.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 26.03.2015 erfolgte die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Kinder BB und CC für die Monate Dezember 2014 bis März 2015 mit der Begründung, dass die beiden Kinder seit Dezember 2014 nicht mehr im Haushalt der Beschwerdeführerin (Bf) leben würden. Laut Rückschein übernahm eine Mitbewohnerin der Abgabestelle diesen Bescheid am 31.03.2015.

Die Bf brachte gegen diesen Bescheid mit Schriftsatz vom 30.04.2015 durch Briefkasteneinwurf Beschwerde ein, da der Auszahlungsstopp für den Sohn BB nicht gerechtfertigt sei.

Mit Beschwerdeventscheidung vom 18.05.2015 wurde diese Beschwerde als verspätet zurückgewiesen, da der Rückforderungsbescheid vom 26.03.2015 der Bf mit Zustellnachweis durch Übernahme eines Mitbewohners am 31.03.2015 an den damaligen aufrechten Wohnsitz der Bf zugestellt worden sei, daher die Frist zur Einbringung einer Beschwerde genau einen Monat nach Zustellung des Bescheides, also am 30.04.2015, geendet habe und die Beschwerde erst am 04.05.2015 eingebracht worden sei.

Die Bf brachte daraufhin fristgerecht einen Vorlageantrag ein und führte darin aus, dass sie am 30.04.2015 eine Besprechung an ihrem Arbeitsplatz gehabt habe, die bis 18:00 Uhr gedauert habe. Um keine Frist zu versäumen, habe sie beim Finanzamt angerufen

und gefragt, ob eine spätere Abgabe möglich wäre. Ihr sei mitgeteilt worden, dass sie das Schreiben in den Postkasten des Finanzamtes werfen könne und dass dann noch das Abgabedatum 30.04.2015 gewertet würde. Sie habe sich an diese Information gehalten und den Brief unmittelbar nach der Besprechung in der Schule, in der sie unterrichtete, in den Postkasten des Finanzamtes Wien 3 geworfen. Da dadurch die Beschwerde fristgerecht erfolgt sei, werde um inhaltliche Bearbeitung ersucht.

Im Vorlagebericht vom 28.09.2015 führte das Finanzamt zur Rechtzeitigkeit der Beschwerde aus, dass die Beschwerdefrist am Donnerstag, den 30.04.2015, geendet habe. Nach der Aktenlage (siehe insbesondere das „Barcode-Pickerl“ auf der Beschwerde) sei die Beschwerde am 04.05.2015 eingebracht worden. Die Bf behaupte nunmehr, die Beschwerde noch am 30.04.2015, nachdem das Finanzamt geschlossen habe, in den Postkasten eingelegt zu haben. Das Finanzamt möchte dazu festhalten, dass die Rechtzeitigkeit der Einbringung der Beschwerde (auch in Ansehung dessen, dass das Barcode-Pickerl den 04.05.2015 ausweise) durch die Bf zu beweisen gewesen wäre und ein entsprechender Nachweis bislang nicht erbracht worden sei. Selbst wenn die Bf nachweisen sollte, dass die Beschwerde tatsächlich am 30.04.2015, nachdem das Finanzamt geschlossen gehabt habe, in den Postkasten eingelegt worden wäre (was bislang allerdings nicht nachgewiesen worden sei) sei nach der Rechtsansicht des Finanzamtes das Einlegen eines Schriftstückes am letzten Tag einer Frist in einen Postkasten, der erst an einem späteren Tag geleert werde, für eine fristwahrende Einbringung nicht ausreichend (bei Fristende an einem Tag X und Einlegen des Schriftstückes eben an diesem letzten Tag der Frist nachdem der Postkasten durch die Post geleert worden sei, wäre das Anbringen unstrittig als verspätet einzustufen gewesen). Das Finanzamt beantrage daher, die Beschwerde als verspätet zurückzuweisen.

Für den Fall, dass die Bf die Rechtzeitigkeit der Einbringung der Beschwerde nachweisen sollte, sei festzuhalten, dass im vorliegenden Fall strittig sei, bei wem das Kind B im Rückforderungszeitraum haushaltszugehörig gewesen sei. Laut Scheidungsvergleich vom 16.10.2014 seien die beiden Söhne dem Kindesvater zur Betreuung zugesprochen worden, mit Kontaktvereinbarung für die Kindesmutter und es habe sich die Kindesmutter laut Scheidungsvergleich verpflichtet binnen 14 Tagen die Änderung hinsichtlich des Bezuges der Familienbeihilfe durchzuführen bzw. dem Finanzamt bekannt zu geben. Nach der Aktenlage habe somit im strittigen Zeitraum die Haushaltszugehörigkeit von B beim Kindesvater gelegen. (dass die im Scheidungsvergleich getroffene Vereinbarung bezüglich der Aufteilung der Familienbeihilfe zwischen den Kindeseltern nicht bindend sei, da die Kindeseltern im Zuge der Scheidung durch Vereinbarung die gesetzlichen Bestimmungen des FLAG 1967 nicht abzuändern in der Lage seien, werde an dieser Stelle der Vollständigkeit halber festgehalten). Sofern das Bundesfinanzgericht die Rechtsansicht des Finanzamtes nicht teilen sollte, dass die Beschwerde als verspätet zurückzuweisen sei, beantrage das Finanzamt in eventu die Abweisung der Beschwerde.

Eine Ausfertigung dieses Vorlageberichts wurde der Bf übermittelt.

Mit Vorhalt vom 31.08.2016 richtete sich das Bundesfinanzgericht zur Frage der Rechtzeitigkeit der gegenständlichen Beschwerde an das Finanzamt und führte darin ua Folgendes aus:

Im Hinblick auf die erfolgte Sachverhaltsdarstellung werde das Finanzamt eingeladen, den Bearbeiter des Eingangsstempels und gleichzeitig bzw. damit verbunden die Ursache und den Zeitpunkt der Überschreibung des Eingangsstempels, das ursprüngliche und das neue Datum sowie die Darlegung des Bearbeiters, weshalb das neue, darüber geschriebene Datum richtig sei, festzustellen und dem Bundesfinanzgericht bekannt zu geben. In diesem Zusammenhang sei auch die generelle Vorgangsweise der Einlaufstelle bei der ersten Entleerung des Einwurfkastens nach dem Wochenende vom Finanzamt im Detail zu ermitteln und dem Bundesfinanzgericht mitzuteilen. Unter Hinweis auf die Ausführungen des Finanzamtes im Vorlagebericht werde das Finanzamt auch eingeladen, dem Bundesfinanzgericht bekannt zu geben, ob am Einwurfkasten bzw. den Einwurfkästen der „Finanzämter Wien, gemeinsame Einlaufstelle“ der Zeitpunkt der Entleerung angegeben sei oder nicht. Falls ein solcher angegeben sei, sei dieser dem Bundesfinanzgericht ebenfalls mitzuteilen.

Nachdem das Finanzamt diesen Vorhalt an das für das Infocenter in Wien zuständige Finanzamt 8/16/17 weitergeleitet hatte, gab dieses folgende Stellungnahme ab:

Der Bearbeiter betreffend Leerung des Briefkastens könne nach über einem Jahr nicht mehr festgestellt werden. Es werde angenommen, dass am 04.05.2015 der Stempel auf 01.05.2015 umgestellt worden sei, da dies ein Freitag gewesen sei. Es komme manchmal vor, dass statt 01 -10 – umgestellt werde, da der Stempel spiegelverkehrt einzustellen sei. So könnte das Missgeschick passiert sein. Danach dürfte der Mitarbeiter bzw. die Mitarbeiterin gemerkt haben, dass das Datum falsch gewesen sei und dass Freitag ein Feiertag gewesen sei, und er oder sie habe das Datum ausgebessert. Generell werde am Werktag nach dem Wochenende der Einwurfkasten geleert und mit dem Datum des letzten Arbeitstages abgestempelt – dies würden die Mitarbeiter am Infopoint (abstempeln und aufteilen) meist vor 07:30 Uhr machen und sie würden anschließend die Schriftstücke in die Poststelle zur Weiterleitung –Scannen etc. bringen. Auf dem Einwurfkasten seien keine Angaben bzw. Informationen zum Zeitpunkt der Entleerung vorhanden. Zusammenfassend könne also gesagt werden, dass der Stempel auf der gegenständlichen Beschwerde OHB-konform auf 30.04.2015 hätte lauten müssen.

Das im gegenständlichen Verfahren zuständige Finanzamt führte in der Vorhaltsbeantwortung vom 06.09.2016 zu dieser Stellungnahme aus, dass die Beschwerde rechtzeitig eingebracht worden sein könnte. Es werde daher eine Abweisung der Beschwerde beantragt.

Mit Vorhalt vom 12.09.2016 richtete das Bundesfinanzgericht nachstehende Fragen an die Bf:

1 Zur Frage der Rechtzeitigkeit der Beschwerde:

Wo (genaue Adresse) habe die Bf die gegenständliche Beschwerdeschrift in einen Einwurfkasten eingeworfen?

Welchen Weg (samt Start- und Zielpunkt) habe sie dabei zurückgelegt?

Wann (unter Angabe des Tages und der Uhrzeit und der zeitlichen Gestaltung des Tages und des verlängerten Wochenendes) habe sie die Beschwerde in den Einwurfkasten eingeworfen?

Ein Nachweis über den tatsächlichen Dienstschluss am 30.04.2015 sei in diesem Zusammenhang vorzulegen.

2 Zur Frage der Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge:

2.1 Laut Scheidungsvergleich vom 16.10.2014 habe sich die Bf verpflichtet, bis zum 15.12.2014 die Wohnung in der Gasse, zu räumen. Laut Zentralem Melderegister sei sie bis 08.01.2015 an dieser Adresse gemeldet gewesen.

Wann sei sie mit ihrer Tochter D tatsächlich aus der bisherigen Familienwohnung in der Gasse, ausgezogen?

Wann habe sie die Wohnung in der Gasse<sup>1</sup> bezogen? Wie lange habe sie noch in der Gasse gewohnt und dort alle drei Kinder betreut?

2.2 Wann und für wie lange habe sich Ihr Sohn B erstmals in der neu bezogenen Wohnung in der Gasse<sup>1</sup>, aufgehalten? Festgehalten werde dazu, dass B in der Gasse<sup>1</sup>, nicht gemeldet gewesen sei.

2.3 Sei das im Scheidungsvergleich vereinbarte Kontaktrecht im Streitzeitraum tatsächlich so gelebt worden?

In welchem zeitlichen Ausmaß (Tage und Nächte) habe sich ihr Sohn B tatsächlich im Streitzeitraum (nach Monaten gegliedert) bei Ihnen aufgehalten? In welchem zeitlichen Ausmaß (Tage und Nächte) beim Kindesvater?

Es wird um exakte Angaben ersucht.

In diesem Zusammenhang wären weiters folgende Fragen zu beantworten:

2.4 Habe ihrem Sohn B an der Adresse Gasse<sup>1</sup> ein eigenes Zimmer zur Verfügung gestanden?

2.5 Wo habe sich die von B besuchte Schule im Vergleich zu den beiden Adressen befunden? Wie habe er diesen Schulweg zurückgelegt?

2.7 Wer habe den Sohn bei den Hausaufgaben im Streitzeitraum (Dezember 2014 bis einschließlich März 2015) betreut und Termine an der Schule wahrgenommen? Wer habe mit ihm die Arztbesuche absolviert? Wer habe ihn im Krankheitsfall betreut? Wer habe die Wäsche gewaschen? Wer habe während dieser Zeit die Bekleidung, Schultensilien etc. gekauft? Wo habe er seine Mahlzeiten erhalten?

2.8 Wo und mit wem habe der Sohn B die Semesterferien (31.01.2015 bis 08.02.2015) verbracht?

2.9 Wo und mit wem habe der Sohn die Osterferien verbracht, welche am 28.03.2015 begannen?

In Beantwortung dieses Vorhalts führte die Bf Folgendes aus:

Zu Frage 1: Die Bf habe die Beschwerde in die Kundenbox 1030 Wien, Marxergasse 4, eingeworfen. Nach einem Jahr könne sie sich an den Start, den Weg und die Zeit nicht mehr erinnern. Sie habe an diesem Tag, den 30.04., mit den Kolleginnen in der Schule Lehrmittelinventarisierungen durchgeführt.

Zu Frage 2.1: Die Bf habe bis 15.12.2014 in der Gasse, gewohnt in der Hoffnung eine Wohnung zu finden oder eine Notfallwohnung von Wiener Wohnen zu bekommen. Da dies nicht eingetroffen sei, sei sie mit der Tochter und zum Teil mit ihren Söhnen am 15.12.2014 ganz aus der Gasse, ausgezogen. Am gleichen Tag sei sie in die Gasse1, eingezogen. Da sie berufstätig sei und dazwischen noch Feiertage gewesen seien und sie vorher die Dokumente auf ihren Mädchennamen geändert habe, habe sie erst am 08.01. Zeit gefunden sich umzumelden.

Zu Frage 2.2: Wie dem Scheidungsvergleich entnommen werden könne, habe sich BBB immer von Sonntag bis Donnerstag bei ihr aufgehalten, also ab dem 15.12.2014 in der Gasse1. Sie habe vom Vater aus B nicht ummelden dürfen.

Zu Frage 2.3: Der Kontakt zu den Kindern sei genauso wie im Scheidungsvergleich vereinbart von beiden Seiten eingehalten worden: Sonntag zu Mittag abgeholt, Montag, Dienstag, Mittwoch (ganzer Tag mit Übernachten), Donnerstag (bis Mittag) betreut. Dies sei jede Woche und jedes Monat auch bei den Feiertagen so eingehalten worden. Beim Vater habe sich BBB von Donnerstag (Mittag), Freitag, Samstag (ganzer Tag mit Übernachtung) und Sonntag bis Mittag aufgehalten.

Zu Frage 2.4: B habe in der Gasse1, das Kinderzimmer mit seinem Bruder C geteilt.

Zu Frage 2.5: Die Schule des B befinde sich in Wien. Zuerst sei er mit der Bf von der Gasse1, mit der U6 gefahren, von der Station E bis F (4 Stationen) in die Schule. Ab 17.12.2014 sei er mit dem Auto der Mutter der Bf in die Schule geführt worden.

Zu Frage 2.7: Die Hausübungsbetreuung sei immer von der Bf erfolgt, vor dem Dezember und danach auch. Genauso die Termine in der Schule, bei den Ärzten und Therapeuten und im Krankheitsfall sei sie ebenfalls bei ihm gewesen und habe ihn betreut. Die Wäsche sei von ihr gewaschen worden, die Kleidung sei von ihr besorgt worden, genauso die Schultensilien, die Jugendtoptickets, Klassenkassebeitrag, Werkbeitrag, Schulmilch, Schulausflüge etc. Die Mahlzeiten habe er in der gemeinsamen Wohnung Gasse1, bekommen.

Zu Frage 2.8 und 2.9: Die Ferien seien genauso wie bei den normalen Tagen eingehalten worden.

Dieser Vorhaltsbeantwortung wurden Rechnungen und ein mehrfacher Schriftverkehr mit der Lehrerin beigelegt und abschließend mitgeteilt, dass seit 12/2015 alle 3 Kinder (D 19, B 10 und C) bei der Bf in einem gemeinsamen Haushalt leben würden.

Der Vorhalt des Bundesfinanzgerichts vom 12.09.2016 sowie die Vorhaltsbeantwortung der Beschwerdeführerin (Bf) vom 04.10.2016 samt Beilagen wurde dem Finanzamt mit Schriftsatz vom 17.10.2016 zur Kenntnisnahme übermittelt und zusätzlich ua. Folgendes ausgeführt:

Da der Kindesvater KV laut dem am 09.03.2015 beim Finanzamt persönlich eingereichten Formblatt Beih 1 die Familienbeihilfe für B ab 15.11.2014 beantragte, wird das Finanzamt nach § 269 Abs. 2 BAO beauftragt, den Kindesvater KV als Zeugen zur Ermittlung der Haushaltszugehörigkeit des B zu befragen, wobei der im Vorhalt vom 12.09.2016 erstellte Fragenkatalog als Anhaltspunkt für die Zeugenbefragung herangezogen werden möge. Bei Angaben des KV, die im Widerspruch zu den Angaben der Bf stünden, möge der Bf mit diesen widersprüchlichen Angaben konfrontiert und versucht werden, den Sachverhalt weiter zu präzisieren.

In der am 21.11.2016 durchgeführten Befragung gab KV als Zeuge und Abgabepflichtiger in Anwesenheit eines Dolmetschers zusammengefasst zum Streitzeitraum Folgendes zu Protokoll, welches er aber nicht unterzeichnete:

Die Bf und ihre Tochter seien bereits am 15.12.2014 aus der Wohnung in der Gasse, ausgezogen. Wo sie danach gewohnt habe, wisse er nicht. Wann die Bf in die Wohnung in der Gasse<sup>1</sup>, eingezogen sei, sei ihm nicht bekannt. Die Regelung im Scheidungsvergleich (Sonntag bis Donnerstag) sei im Zeitraum Dezember 2014 bis März 2015 eingehalten worden. Die Kinder seien von der Bf von seiner Wohnung und von ihm selbst von der Wohnung der Bf abgeholt worden. In der Wohnung Gasse, hätten die beiden Söhne in einem Zimmer ein Stockbett gehabt. Das Zimmer der Tochter sei unverändert geblieben. B gehe in der Straße in die Schule. Die Entfernung zur Wohnung des Vaters betrage ca. 1 bis 1,5 km. Der Sohn B sei vom Vater – manchmal mit dem eigenen Auto, manchmal mit dem Bus – zur Schule gebracht worden. Die Großmutter des Bf habe seinen Sohn nie zur Schule gebracht. Wenn B beim Vater gewohnt habe, habe entweder der Vater oder seine Cousine darauf geschaut, dass die Aufgaben gemacht würden (seine Cousine habe AHS-Matura abgelegt). Die Termine in der Schule seien wie in der Zeitaufteilung laut Scheidungsvergleich wahrgenommen worden. Auch die Schulsachen (wenn im Mitteilungsheft etwas gestanden sei) seien so besorgt worden, dass diese – wenn der Sohn beim Vater gewesen sei – der Vater die Schulsachen besorgt habe, wenn der Sohn bei der Bf gewesen sei, dann diese. In den Semesterferien und Osterferien 2015 seien die Regelungen gemäß Scheidungsvergleich eingehalten worden. Von der Familienbeihilfe bekomme die Kindesmutter die Beihilfe für ein Kind (B) und der Kindesvater für das andere Kind (C). Die Beihilfenvereinbarung laut Vergleich vom 16.10.2014 sei nach wie vor aufrecht. Der Hort sollte Halbe/Halbe bezahlt werde. Der Kindesvater habe zuletzt bis Februar 2016 alles bezahlt.

**Dazu wird erwogen:**

Einleitend wird festgehalten, dass nach § 2 lit. a Z. 1 BAO die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, soweit sie hierauf nicht unmittelbar anwendbar sind und nicht anderes

bestimmt ist, sinngemäß in Angelegenheiten der Beihilfen – wie zB der Familienbeihilfen – gelten und nach § 2a BAO die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes auch sinngemäß im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichten gelten, soweit sie im Verfahren der belangten Abgabenbehörden gelten.

Die Abgabenbehörden haben nach § 115 Abs. 1 BAO die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

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

Nach dem in § 167 Abs. 2 BAO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat sich die Abgabenbehörde und in der Folge das Bundesfinanzgericht Klarheit über den maßgebenden Sachverhalt zu verschaffen. Dabei ist unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenvfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Die dazu vorzunehmendes Beweiswürdigung muss den Denkgesetzen und dem allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut entsprechen. (VwGH vom 23.05.2012, 2011/17/0308, VwGH vom 25.04.2013, 2012/15/0135, VwGH vom 05.04.2011, 2010/16/0168).

## **1 mangelnde Rechtzeitigkeit der Beschwerde:**

### **1.1 Rechtsgrundlagen:**

Nach § 245 Abs. 1 erster Satz BAO beträgt die Beschwerdefrist einen Monat.

Nach § 260 Abs. 1 lit. b BAO ist die Bescheidbeschwerde mit Beschwerdeverentscheidung (§ 262) oder mit Beschluss (§ 278) zurückzuweisen, wenn sie nicht fristgerecht eingebracht wurde.

Nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmte Fristen enden gemäß § 108 Abs. 2 BAO mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monates, der durch seine Benennung oder Zahl dem für den Beginn der Frist maßgebenden Tag entspricht. Fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so endet die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monates.

Die Tage des Postenlaufes werden gemäß § 108 Abs. 4 BAO in die Frist nicht eingerechnet.

### **1.2 Sachverhalt, Beweiswürdigung und rechtliche Würdigung:**

Der Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für die Kinder BB und CC für die Monate 12/2014 bis 03/2015 vom 26.03.2015 wurde der Bf – wie der im Akt liegende Rückschein beweist - am 31.03.2015 wirksam zugestellt. Die Beschwerdefrist endete somit entsprechend § 108 Abs. 2 BAO am Donnerstag, den 30.04.2015, 24:00 Uhr. Freitag, der 01.05.2015 war Feiertag und daran schloss sich das Wochenende an. Der darauffolgende Montag war der 04.05.2015.

Die Beschwerdeschrift trägt als Verfassungsdatum den 30.04.2015. Auf ihr wurde ein Eingangsstempel der „Finanzämter Wien, gemeinsame Einlaufstelle“ angebracht, welcher den Hinweis „Briefkasteneinwurf“ und zusätzlich einen Datumsvermerk enthält. Dieser Datumsvermerk ist jedoch teilweise, nämlich hinsichtlich des Tages, nicht mehr lesbar, da er händisch überschrieben wurde, wobei dieses Überschreiben nicht mit Datum und Unterschrift oder Namenskürzel unterzeichnet wurde und ein eindeutiges neues Datum nicht wirklich erkennen lässt.

Haben mehrere Behörden – wie im gegenständlichen Fall – eine gemeinsame Einlaufstelle und wird das Schriftstück bei dieser Einlaufstelle rechtzeitig eingebracht, so ist es für jede dieser Behörden als rechtzeitig eingebracht anzusehen. (Vgl. Ritz, BAO<sup>5</sup>, Tz 11 zu § 108)

Bei Einwurf eines Schriftstückes in den am Amtsgebäude angebrachten Einwurfkasten ist für die Rechtzeitigkeit der Zeitpunkt des Einwurfes maßgebend. Dies gilt auch, wenn der Einwurf außerhalb der Amtsstunden erfolgt. (Vgl. Ritz, BAO<sup>5</sup>, Tz 16 zu § 108 unter Hinweis auf VwGH vom 29.09.1993, 93/02/0118).

Der Zeitpunkt des Einwurfs in den am Amtsgebäude angebrachten Einwurfkasten wird durch den Eingangsstempel dieser Behörde dokumentiert. Die Beweisregeln, dass der Eingangsstempel den Beweis dafür erbringt, dass ein Schriftstück am fraglichen Tag zugegangen ist, ist allerdings entkräftet, falls der Briefeinwurf nach Fristablauf feststeht. (Wanke, Der Einwurfkasten, ÖStZ 1993, 42)

Im gegenständlichen Fall ließ sich das Datum des auf der Beschwerdeschrift angebrachten Eingangsstempels nicht lesen, sodass das Bundesfinanzgericht aufgrund der in § 115 Abs. 1 BAO verankerten amtswegigen Ermittlungspflicht zunächst die Vorgänge im Zusammenhang mit dem Anbringen des Eingangsstempels feststellen musste, um in der Folge in einer nachvollziehbaren und schlüssigen Beweiswürdigung im Sinne des § 167 Abs. 2 BAO den Tag des Einwurfes der gegenständlichen Beschwerdeschrift feststellen zu können. (vgl. VwGH vom 28.04.2005, 2004/16/0238).

Das für das Infocenter in Wien zuständige Finanzamt Wien 8/16/17 (= FA 06) führte aufgrund des vom Bundesfinanzgericht durchgeführten Ermittlungsverfahrens aus, dass der Datumsstempel spiegelverkehrt einzustellen ist und es daher irrtümlich – wie auch im gegenständlichen Fall - zu einer unrichtigen Einstellung des Datumsstempels kommen kann. Generell werden am ersten Werktag nach einem Wochenende bei der ersten Entleerung des Einwurfkastens (noch vor 07:30 Uhr) die darin enthaltenen Schriftstücke mit dem Datum des letzten Arbeitstages abgestempelt. Der auf der gegenständlichen Beschwerde anzubringende Datumsstempel hätte somit nach Ansicht des für das Infocenter in Wien zuständigen Finanzamtes 06 das Datum 30.04.2015 tragen müssen.

Als Ergebnis dieses Ermittlungsverfahrens kann also festgehalten werden, dass jedenfalls nach der Verwaltungspraxis als Einlaufdatum der 30.04.2015 auf der gegenständlichen Beschwerde anzubringen gewesen wäre und dies nur irrtümlich nicht so geschehen ist. Bei diesem Tag handelt es sich um den letzten Tag der Beschwerdefrist. Die

Beschwerdeschrift wurde laut dem darauf aufscheinenden Datum am 30.04.2015 verfasst. Zusätzlich führte die Bf aus, dass sie an diesem Tag ihren Dienst erst um 18:00 Uhr beende konnte, daher sich beim Finanzamt erkundigte, ob eine Einwurf nach Dienstschluss noch zeitgerecht sei, und aufgrund einer positiven Antwort die Beschwerdeschrift unmittelbar nach Dienstschluss in den Einwurfkasten des FA 06 eingeworfen hat.

Es gibt nun keinerlei Hinweis darauf, dass diese Angaben der Bf nicht dem tatsächlichen Ablauf der Geschehnisse bzw. der Wahrheit entsprechen würden, eine derartige Vorgangsweise ist auch nach allgemeiner Lebenserfahrung keineswegs als unrealistisch anzusehen. Der von der Bf behauptete Einwurf am 30.04.2015 steht auch im Einklang mit dem auf der Beschwerdeschrift aufscheinenden Datum der Verfassung dieses Schriftsatzes und steht vor allem nicht im Gegensatz zu dem von Seiten des Finanzamtes nach seinen Angaben anzubringenden Datum. Die Angaben der Bf werden daher von Seiten des Bundesfinanzgerichts als glaubwürdig erachtet.

Da letzter Tag der Beschwerdefrist Donnerstag, der 30.04.2015, war und an diesem Tag die Beschwerdeschrift von der Bf - wie glaubhaft gemacht werden konnte – in den Einwurfkasten der gemeinsamen Einlaufstelle der Wiener Finanzämter eingeworfen wurde, erfolgte die Beschwerde fristgerecht.

## **2 Rechtmäßigkeit des Rückforderungsbescheides:**

### **2.1 Rechtsgrundlagen:**

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

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in Abs. 1 genanntes Kind hat nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 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 nach § 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 bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, nach § 2a Abs. 1 FLAG 1967 dem Anspruch des anderen Elternteils vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

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

Nach § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe 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.

Für einen Monat gebührt nach § 10 Abs. 4 Familienbeihilfe nur einmal.

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

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu (erster Satz). Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden (letzter Satz).

## **2.2 Anspruchszeitraum – gesondertes Familienbeihilfenverfahren für jedes Kind - Sammelbescheid:**

Die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruchs für ein Kind kann von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein. Dabei ist das Familienbeihilfenverfahren für jedes Kind gesondert zu führen. (VwGH vom 19.05.2015, 2013/16/0082, VwGH vom 25.03.2010, 2009/16/0121, VwGH vom 24.06.2010, 2009/16/0127, BfG vom 23.02.2015, RV/7103542/2014).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es der Abgabenbehörde nicht verwehrt, mehrere Absprüche in Form von Sammelbescheiden zu erlassen. Dabei ist es als ausreichend und unproblematisch anzusehen, dass ein solcher Sammelbescheid die Bezeichnung „Bescheid“, den Bescheidadressaten und die Rechtsmittelbelehrung nur einmal enthält. Dies ändert nichts daran, dass jeder Spruch für sich gesondert anfechtbar ist bzw. für sich gesondert in Rechtskraft erwächst. (VwGH vom 19.12.2013, 2012/15/0039, VwGH vom 29.11.2000, 99/13/0225, Schwaiger in SWK 22/2020, S 695 ff, BFG vom 17.12.2015, RV/6101099/2015).

Der gegenständliche Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge spricht über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Familienbeihilfenanspruchs der Bf hinsichtlich der Kinder BB und CC jeweils für die Monate 12/2014 bis 03/2015 ab. Es handelt sich somit um einen Sammelbescheid, wobei sich die Beschwerde der Bf nur gegen den Bescheid über die Rückforderung der Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeträge für das Kind BB für die Monate 12/2014 bis 03/2015 richtet. Hinsichtlich des Kindes CC ist der Rückforderungsbescheid vom 26.03.2015 in Rechtskraft erwachsen.

## **2.3 Familienbeihilfenanspruch betreffend BB:**

### **2.3.1 Sacherhalt samt Beweiswürdigung:**

Ihre Beschwerde stützt die Bf auf den zwischen ihr und KV geschlossenen Scheidungsvergleich vom 16.10.2014. In diesem wird ua Folgendes festgehalten:

#### **„ Obsorge:**

*Die Obsorge beider Eltern für die mj.*

**1. D, geb. stu**

**2. BBB, geb. xyz**

**3. CCC, geb. mno**

*bleibt aufrecht.*

*Die mj. D, geb. stu wird künftig bei der Mutter betreut.*

*Die mj. BBB, geb. xyz und mj. CCC, geb. mno werden künftig beim Vater betreut.*

#### **Kontaktrecht:**

*Das Kontaktrecht der Mutter den Kindern BBB und CCC wird in der Weise geregelt, dass die Mutter zu nachstehender Zeit zu sich nehmen kann:*

*Jeden Sonntag, 14:00 Uhr bis Donnerstag in der Früh bis Schulbeginn.*

*Die Mutter ist berechtigt, die Kinder jeweils zu Beginn der Kontaktzeit von der Wohnung des Vaters abzuholen und mit sich zu nehmen; sie ist verpflichtet, sie am Ende der Kontaktzeit in die Schule zu bringen.*

*Der Vater ist verpflichtet, die Kinder jeweils zu Beginn der Kontaktzeit der Mutter ausgehbereit zu übergeben und für die Dauer der Kontaktzeit zu überlassen.*

*Sollte nicht binnen einer Stunde nach Beginn der festgesetzten Kontaktzeit das Kontaktrecht vom Kontaktberechtigten ausgeübt werden, wird angenommen, dass er für dieses Mal auf sein Kontaktrecht verzichtet.*

*Das Kontaktrecht des Vaters zu der mj. D wird einvernehmlich geregelt.*

#### **Kindesunterhalt:**

*Im Hinblick auf die gleichwertigen Betreuungsleistungen der Kindeseltern für die mj. BBB und CCC und ihre etwa gleich hohen Einkommen auch bei Vollzeitbeschäftigung die Mutter heben sich die geschuldeten Unterhaltsleistungen derzeit auf.*

*Sämtliche für die mj. Kinder anfallenden schulbezogenen Kosten (etwa Schulschikurse, Auslandsaufenthalte, Schulmittel, etc.) jeweils zu Hälfte zu tragen.*

### **Familienbeihilfe**

*Die Mutter steht derzeit in Bezug der Familienbeihilfe für alle drei mj. Kinder. Die Mutter verpflichtet sich, binnen 14 Tagen sämtliche Erklärungen abzugeben, damit der Vater die Familienbeihilfe für den mj. CCC beziehen kann.*

*Die Mutter verpflichtet sich, dem Vater die Hälfte des Zuschlages zur Familienbeihilfe für den mj. BBB jeweils bis zum 15. des Monats zu bezahlen, beginnend mit 15.11.2014*

....

### **III. Ehwohnung**

*Die bisherige Ehwohnung im Hause Gassea die eine Genossenschaftswohnung des Ehemannes ist, verbleibt dem Ehemann.*

*Die Ehefrau verpflichtet sich, die oben genannte Wohnung bis zum 15.12.2014 geräumt von eigenen Fahrnissen dem Ehemann zu übergeben und bis zu ihrem tatsächlichen Auszug die Hälfte der Wohnungserhaltungskosten zu bezahlen. “*

BB ist am xyz zur Welt gekommen und war dementsprechend im Streitzeitraum 12/2014 bis 03/2015 minderjährig.

Laut einer Anfrage aus dem Zentralen Melderegister waren die einzelnen Familienmitglieder an folgenden Hauptwohnsitzen gemeldet:

	Gasse, Unterkunftgeber: KV	Gasse1, Unterkunftgeber: FF	Straße1,
Bf	31.03.08 - 08.01.15	12.01.15 - 24.04.15	Seit 24.04.15
AD D	31.03.08 - 09.01.15	12.01.15 - 29.04.15	Seit 29.04.15
BB	31.03.08 - 29.04.15, 24.09.15 - 04.07.16		29.04.15 - 24.09.15, seit 04.07.16
CC	31.03.08 - 04.07.16		Seit 04.07.16
KV	Seit 31.03.08		

Bei FF handelt es sich um die Mutter der Bf.

Die Bf zog am 15.12.2014 aus der Gasse aus und bei ihrer Mutter FF in der Gasse1, ein.

Die Bf holte ihren Sohn B immer am Sonntag zu Mittag ab. Dieser wohnte dann bis jedenfalls Donnerstag in der Früh bei ihr und wurde während dieser Zeit von ihr betreut und gepflegt und zwar auch in den Ferienzeiten. Sie beaufsichtigte während dieser Zeit

die Hausaufgaben, die B zu erledigen hatte, nahm die Termine an der Schule wahr und führte die Arztbesuche durch. Sie trug während dieser Zeit auch die laufenden Ausgaben für das Kind.

Die restliche Zeit der Woche erfolgte die Betreuung und Pflege des BBB im Haushalt des Vaters KV, der auch während dieser Zeit die laufenden Kosten trug.

Sowohl bei der Bf als auch beim Kindesvater stand B ein Raum zur Verfügung, den er sich mit seinem Bruder C teilte.

Dieser vom Bundesfinanzgericht angenommen Sachverhalt beruht auf einer Abfrage im Zentralen Melderegister sowie den Angaben der Bf, die sie in der Vorhaltsbeantwortung vom 04.10.2016 machte. Die Annahme, dass die Bf am 15.12.2014 aus der gemeinsamen Wohnung auszog, stützt sich auf den übereinstimmenden Angaben beider Elternteile. Die von beiden Elternteilen übereinstimmend bekanntgegebene tatsächliche zeitliche Einteilung der Haushaltszugehörigkeit entspricht auch dem Inhalt des Scheidungsvergleichs.

### **2.3.2 rechtliche Würdigung:**

§ 2 Abs 2 FLAG 1967 stellt hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruchs einer Person primär auf die Haushaltszugehörigkeit des Kindes und nur subsidiär darauf ab, dass die Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG 1967 für ein Kind nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt „Haushaltszugehörigkeit“ keine Regelungen über eine Reihung von potentiell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn das Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG 1967 einen „Konkurrenzfall“, der in § 2a geregelt ist. (VwGH vom 27.09.2012, 2012/16/0054, VwGH vom 28.10.2009, 2008/15/0214, VwGH vom 28.11.2007, 2007/15/0058).

§ 2a FLAG 1967 regelt den „Konkurrenzfall“, der vorliegt, wenn das Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, und stellt dabei auf die überwiegende Haushaltsführung ab. Auf die Rechtsfrage, welcher Beihilfenanspruch vorgeht, wenn das Kind innerhalb eines Monats zeitlich hintereinander unterschiedlichen Haushalten angehört, kann diese Wertungsentscheidung des Gesetzgebers per Analogie zur Anwendung gebracht werden. Der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch steht daher, wenn das Kind im Kalendermonat zeitlich hintereinander zu unterschiedlichen Haushalten gehört hat, in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für den längeren Zeitraum den Haushalt geführt hat (oder nach § 2a FLAG als Haushaltsführender vermutet wird). (VwGH vom 28.11.2007, 2007/15/0058).

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. (VwGH vom 28.10.2009, 2008/15/0214, VwGH vom 18.04.2007, 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 (zB Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt. Zu diesem Gesichtspunkt der gemeinsamen Wohnung kommt der Aspekt der Wirtschaftsführung, wer nämlich zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt. (VwGH vom 22.12.2011, 2011/16/0068, VwGH vom 18.04.2007, 2006/13/0120).

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsausführungen ist nun zum Streitzeitraum Dezember 2014 bis März 2015 Folgendes auszuführen:

#### **Dezember 2014:**

Laut der Sachverhaltsdarstellung nach Pkt. 2.3.1 wohnte die gesamte Familie bis Sonntag den 14.12.2014 in der Gasse. Am Montag, den 15.12.2014, erfolgte der Auszug, sodass B erstmals von Sonntag, den 21.12.2014 bis Donnerstag, den 25.12.2014, bei der Bf wohnte und von ihr betreut wurde.

Alle drei Kinder lebten somit vom 01.12.2014 bis 15.12.2014 im gemeinsamen Haushalt der Eltern, sodass für diese Zeit § 2a Abs. 1 FLAG 1967 zur Anwendung kommt. Entsprechend der Bestimmung des § 2a Abs. 1 FLAG 1967 wird vermutet, dass die Bf den Haushalt überwiegend führte. Da ihr Sohn B zusätzlich – nach der Übersiedlung der Bf in die Gasse<sup>1</sup> - in der Zeit von 21.12.2014 bis 25.12.2014 in der Früh und von Sonntag, den 28.12.2014 bis Donnerstag, 01.01.2015 in der Früh bei ihr wohnte und von ihr - unter Tragung der laufenden Kosten - betreut und gepflegt wurde, gehörte der Sohn B im Dezember 2014 überwiegend einem von der Bf geführten Haushalt an.

Nicht maßgeblich ist in diesem Zusammenhang, dass im Dezember 2014 die Ehe bereits geschieden war.

Der gegenständlichen Beschwerde betreffend Familienbeihilfenanspruch der Bf für BB für den Monat Dezember 2014 wird im Hinblick auf das Überwiegensprinzip somit stattgegeben.

#### **Jänner 2015 bis März 2015:**

In den Monaten Jänner bis März 2015 wohnte BB jeweils von Sonntagmittag bis jedenfalls Donnerstag früh bei der Bf. BB verbrachte demnach wöchentlich jeweils 4 Nächte bei der Bf und 3 Nächte beim Kindesvater. BB wurde jedenfalls Sonntag am Abend, Montag, Dienstag und Mittwoch ganztägig mit den üblichen Mahlzeiten sowie am Donnerstag in der Früh, somit mehr als 3 ½ Tage in der Woche von der Bf versorgt und auch sonst entsprechend betreut und an vier Tagen am Morgen zur Schule gebracht. Außer Streit steht auch, dass die Verantwortung für das materielle Wohl (Wirtschaftsführung und –

tragung) an den einzelnen Tagen bei jenem Elternteil lag, welches an diesem Tag für die Betreuung des Sohnes zuständig war, und daher von Sonntag Mittag bis jedenfalls Donnerstag früh bei der Bf lag.

In analoger Anwendung des Überwiegensprinzips und unter Zählung der jeweils bei einem Elternteil verbrachten Nächte (vgl. dazu auch VwGH vom 18.03.1997, 96/14/0006) kommt das Bundesfinanzgericht bei Betrachtung der gegenständlichen Sachverhaltskonstellation für die Monate Jänner 2015 bis März 2015 zu dem Ergebnis, dass B in den Monaten Jänner 2015 bis März 2015 überwiegend (sprich zu mehr als 50 %) dem Haushalt der Bf angehörte.

In den Monaten Jänner 2015 bis März 2015 stand daher der Anspruch auf Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag der Bf zu und der Beschwerde der Bf betreffend Familienbeihilfenanspruch für BB wird daher für die Monate Jänner bis März 2015 ebenfalls stattgegeben.

Aus den angeführten Gründen wird daher spruchgemäß entschieden.

### **3 Revision:**

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Revision ist im gegenständlichen Fall nicht zulässig, da die analoge Anwendung des Überwiegensprinzips durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gedeckt ist.

Salzburg-Aigen, am 29. November 2016