

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF vertreten durch RA,

über die Beschwerde vom 27.11.2014 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Gmunden Vöcklabruck vom 22.10.2014 zu VNR 001 über die Rückforderung zu Unrecht für das Kind M B (VNR 002) für den Zeitraum Juli 2014 bis August 2014 bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von insgesamt 389,20 € zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin ist Mutter des im beschwerdegegenständlichen Zeitraum noch minderjährig gewesenen Kindes M B, und war damals in Adr.1, wohnhaft.

Der Kindesvater KV lebte von der Kindesmutter getrennt in Adr.2, und wohnte dort gemeinsam mit seiner Ehegattin SM (Stiefmutter des Kindes).

Das Kind war laut Zentralem Melderegister nur in der Zeit vom 24.9.2014 bis 16.10.2014 an der Adresse des Kindesvaters und seiner Stiefmutter gemeldet, die übrige Zeit hingegen bei der Beschwerdeführerin.

Die Kindesmutter (Beschwerdeführerin) bezog für das anspruchsvermittelnde Kind Familienbeihilfe.

Mit einem am 24.9.2014 beim Finanzamt eingelangten Formblatt Beih 1 beantragte die Stiefmutter des Kindes die Gewährung der Familienbeihilfe ab 26.6.2014. Sie lebe in einem gemeinsamen Haushalt mit dem Kindesvater und das Kind wohne ständig bei ihr. Sie finanziere auch die überwiegenden Kosten. Das Kind besuche die Neue Mittelschule (voraussichtlich bis 2016).

Dazu legte die Stiefmutter einen zwischen den Kindeseltern am 14.8.2014 vor dem Bezirksgericht G abgeschlossenen Vergleich gemäß § 55a EheG vor. Demzufolge haben

sich die Kindeseltern geeinigt, dass sie künftig beide die Obsorge für das Kind M B ausüben. Hauptaufenthaltort des Kindes sei beim Kindesvater.

Dieser Vergleich wurde im Zuge einer Anhörung der Kindeseltern durch die zuständige Richterin vor dem Bezirksgericht G am 14.8.2014 abgeschlossen. Dabei gab die Beschwerdeführerin unter anderem an, dass es bis Mai 2014 eine sozialpädagogische Familienbetreuung gegeben habe. Das Kind habe sowohl schulische als auch körperliche Probleme gehabt. Das Kind habe erzählt, dass es beim Vater Informationen dahingehend gäbe, dass die Beschwerdeführerin schuld an der Scheidung sei. Sie habe sich im September 2013 mit der Bitte an den Kindesvater gewandt, das Kind gemeinsam zu unterstützen. Sie habe dem Kind auch die Möglichkeit gegeben, dass es den Vater „nach seinem Willen“ sehen dürfe. Weiters führte die Beschwerdeführerin aus: „M ist seit den letzten 2 Schulwochen im Haushalt des Vaters, das ist entstanden durch meine Krankheit, weil ich akut ins Krankenhaus musste.“ Sie müsse in der Zeit vom 28.10.2014 bis 9.12.2014 auf Reha fahren und hätte es für sinnvoll gefunden, wenn das Kind "auch mit Schulbeginn bereits beim Vater lebt" und sie habe diesen auch entsprechend gebeten. Sie wäre mit der Übertragung der gemeinsamen Obsorge und Bestimmung des Hauptaufenthaltortes des Kindes beim Vater einverstanden. Dieser könnte dann auch Unterstützungen beantragen, weil er dann drei Kinder habe. Das Kind könnte dann, so wie es sich dies wünsche, während der Woche beim Vater leben und von Freitag bis Sonntag bei ihr. Sie sei seit 27.11.2013 im Krankenstand. Damals habe sie eine ganz starke Grippe gehabt. Dann habe sie gemerkt, dass es für das Kind besser sei, wenn sie zu Hause sei. Es sei ihr dann psychisch immer schlechter gegangen, weil es mit dem Kind sehr anstrengend gewesen sei. Ende Juni (2014) habe sie dann eine Lungenembolie erlitten.

Abschließend wird in diesem Protokoll der oben erwähnte Vergleich festgehalten und ausgeführt: „Die Eltern besprechen auch, dass angedacht ist, dass M jedenfalls die ganze Woche beim Vater lebt und sich aufhält und an den Wochenenden die Mutter besucht und Kontakt zu ihr hat, dass aber auch dem Vater die Möglichkeit gegeben sein soll, an einem Wochenende auch Freizeit mit M zu verbringen. Das werden die Eltern einvernehmlich gestalten bzw. aufgrund des Alters von M wird er selbst dann schon seine Wahl treffen.

Das Finanzamt gewährt daraufhin der Stiefmutter ab Juli 2014 Familienbeihilfe für das Kind M B.

Im Gegenzug forderte das Finanzamt mit **Bescheid vom 20.10.2014** von der Beschwerdeführerin zunächst nur die für September 2014 bezogenen Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag in Höhe von insgesamt 294,60 € zurück. Dieser Bescheid erwuchs in Rechtskraft, der zurückgeforderte Betrag wurde von der Beschwerdeführerin auch bereits entrichtet.

Mit weiterem **Bescheid vom 22.10.2014** forderte das Finanzamt auch die für Juli und August 2014 bezogenen Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von insgesamt 389,20 € zurück. In der Bescheidsbegründung wurde lediglich die

Bestimmung des § 2 Abs. 2 FLAG zitiert. Laut aktenkundigem Rückschein wurde dieser Bescheid am **28.10.2014** von der Beschwerdeführerin übernommen.

B hielt das Finanzamt am **22.10.2014** in der Beihilfendatenbank zur VNR der Stiefmutter fest, dass das Kind laut „Anruf AST“ (gemeint offenkundig: Antragstellerin = Stiefmutter; vgl. dazu den unten zitierten Vorlagebericht des Finanzamtes vom 10.4.2015) am 16.10.2014 wieder zur Kindesmutter gezogen ist. Die Auszahlung der Familienbeihilfe an die Stiefmutter wurde daher mit Ende Oktober 2014 eingestellt, und die Beihilfe ab November 2014 wieder der Beschwerdeführerin gewährt.

Mit einem mit „27. Sept. 2014“ datierten, aufgrund der beigelegten Vollmacht der Beschwerdeführerin tatsächlich offenkundig vom **27.11.2014** stammenden Schriftsatz, der am selben Tag beim Finanzamt eingebracht wurde, legte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ebendiese Vollmacht vor, beantragte „gegen die Mitteilung betreffend Entzug der Familienbeihilfe für die Monate Juli und August 2014 (Mitteilung vom 22.10.2014) die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, erhob „gegen die Mitteilung betreffend Entzug der Familienbeihilfe für die Monate Juli und August 2014 (Mitteilung vom 22.10.2014) Berufung“, und beantragte, der Berufung aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Begründet wurde die als „Berufung“ bezeichnete **Beschwerde** zusammengefasst damit, dass das Kind zumindest bis zum Beschluss des BG G vom „24. August 2014“ bei der Beschwerdeführerin „hauptgemeldet“ gewesen sei und diese auch alle Kosten des Kindes getragen habe. Weiteres sei die Beschwerdeführerin bis zur Rechtskraft dieses Beschlusses allein obsorgeberechtigt gewesen. Erst mit diesem Beschluss sei eine gemeinschaftliche Obsorge mit dem Kindesvater vereinbart worden und sei in weiterer Folge das Kind kurzfristig beim Kindesvater hauptgemeldet gewesen. Außer Streit gestellt werde, dass sich das Kind wegen eines Spitalaufenthaltes der Kindesmutter im Zeitraum 24.6.2014 bis 3.7.2014 beim Kindesvater aufgehalten habe, dass sich das Kind auch vom 3.7.2014 bis 31.7.2014 auf ausdrücklichen Wunsch des Kindesvaters bei diesem aufgehalten habe, und dass sich das Kind im August 2014 (Schulferien) bei beiden Elternteilen „gleichteilig“ aufgehalten habe. Nichts desto trotz habe die Beschwerdeführerin in diesen Zeiträumen alle Kosten für das minderjährige Kind getragen, sodass ihr die Familienbeihilfe für den angeführten Zeitraum Juli 2014 und August 2014 zustehe.

Der Eingabe waren eine dem einschreitenden Rechtsanwalt von der Beschwerdeführerin am 27.11.2014 erteilte Vollmacht sowie eine Bestätigung der Reha-Klinik vom 27.11.2014 angeschlossen, derzufolge sich die Beschwerdeführerin seit 28.10.2014 (voraussichtlich bis 9.12.2014) dort zur Reha befand.

Da die Eingabe vom 27.11.2014 ohnedies innerhalb der einmonatigen Beschwerdefrist des § 245 Abs. 1 BAO eingebracht worden war, erübrigte sich eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Im Vorlageantrag (siehe dazu unten) erläuterte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, dass er den Schriftsatz vom „27. Sept. 2014“ (richtig: 27.11.2014) lediglich aufgrund der Erinnerung der Beschwerdeführerin erstellen habe können, da sich diese zu diesem Zeitpunkt in der Rehaklinik T aufgehalten habe und naturgemäß

keine Unterlagen zur Verfügung gehabt habe. Da sich die Eingabe nach ihrem objektiven Erklärungswert unter Berücksichtigung der Rechtslage, des Verfahrenszweckes und der vorliegenden Aktenlage erkennbar gegen den Rückforderungsbescheid vom 22.10.2014 gerichtet hat (vgl. dazu Ritz, BAO, 6. Auflage, § 85 Tz 1 mit zahlreichen Judikaturnachweisen), wertete das Finanzamt diese Eingabe zutreffend als (fristgerecht eingebrachte) Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid.

Mit **Beschwerdevorentscheidung vom 11.2.2015** wies das Finanzamt diese Beschwerde vom 27.11.2014 gegen den Rückforderungsbescheid vom 22.10.2014 als unbegründet ab und führte in der Begründung nach Hinweis auf § 2 Abs. 2 FLAG aus, die Beschwerdeführerin habe am 14.8.2014 beim BG G zu Protokoll gegeben, dass das Kind seit den letzten zwei Schulwochen im Haushalt des Vaters wohne. Sie habe sich mit der Übertragung der gemeinsamen Obsorge und der Bestimmung des Hauptaufenthaltsortes des Kindes beim Kindesvater einverstanden erklärt. Es sei angedacht worden, dass das Kind jedenfalls die ganze Woche beim Vater lebe, sich dort aufhalte und an den Wochenenden die Mutter besucht und Kontakt zu ihr habe, dass aber auch dem Vater die Möglichkeit gegeben sein soll, an einem Wochenende auch Freizeit mit dem Kind zu verbringen. Das würden die Eltern einvernehmlich gestalten bzw. aufgrund des Alters des Kindes dieses dann selbst seine Wahl treffen würde. Da das Kind ab Ende Juni bis zumindest Mitte August 2014 seinen Hauptaufenthalt beim Vater gehabt hätte, habe die Beschwerdeführerin für Juli und August 2014 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag.

Im **Vorlageantrag vom 10.3.2015** wurde eingewendet, dass sich das Kind auch im Juli und August 2014 „im gemeinsamen (überwiegend gemeinsamen) Haushalt“ mit der Beschwerdeführerin befunden habe. Diese habe das Kind „zumindest überwiegend“ betreut und versorgt. Sie habe sich um die Bekleidung und den sonstigen Bedarf des täglichen Lebens gekümmert, insbesondere „den schulischen Erfolg mit getragen“. Sie habe für ihren Sohn gewaschen, gekocht, diesen verpflegt, sowie eine gesicherte Wohnstätte gegeben. Nicht von Bedeutung sei hingegen das Erziehungsrecht oder die polizeiliche Meldung, ebenso nicht von Bedeutung sei, ob sich das Kind vorübergehend ferienbedingt beim Kindesvater aufgehalten habe. Die Entscheidung des Pflegschaftsgerichtes begründe lediglich ein rechtliches Dürfen. Diese Entscheidung (Vergleich) bedeute keine tatsächliche Begründung eines Haushaltes mit einer der beiden Elternteile. Die zeitliche Abfolge stelle sich wie folgt dar:

Bis 23.06.2014	Aufenthalt des Kindes bei der Beschwerdeführerin
23.06.2014 - 03.07.2014	Beschwerdeführerin im Spital, Aufenthalt des Minderjährigen beim Vater
03.07.2014 - 13.07.2014	Beschwerdeführerin rekonvaleszent, Aufenthalt des Minderjährigen beim Kindesvater (im Schriftsatz vom „27.9.2014“ irrtümlich 31.7.2014 angegeben)
13.07.2014 – 31.07.2014	Minderjähriger bei Kindesmutter
August 2014	Minderjähriger bei Mutter und Vater, mit Vater auf Urlaub

Das Kind habe sich daher im Juni vorwiegend bei der Beschwerdeführerin im gemeinsamen Haushalt befunden, im Juli ab dem 13.7.2014, also überwiegend. Im August sei das Kind bei „beiden Elternteilen“ gewesen, da es mit dem Kindesvater auf Urlaub gewesen sei. Kinderbeihilfe und Kinderabsetzbetrag stünden daher uneingeschränkt der Beschwerdeführerin zu.

In einem **vorbereitenden Schriftsatz vom 23.3.2015** führte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin ergänzend im Wesentlichen aus, dass das Kind von 3.9.2013 bis 24.9.2014 seinen Hauptwohnsitz bei der Kindesmutter gehabt habe. Durch diesen Hauptwohnsitz sei die widerlegbare Vermutung begründet worden, dass das Kind dort in einem gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter gelebt habe. Das Finanzamt habe keinerlei Erhebungen durchgeführt, welche diese Vermutung widerlegen würden. Weiters habe das Bezirksgericht G (mit Beschluss vom 9.2.2015) rechtskräftig einen Antrag des Kindesvaters auf Einstellung des Unterhaltsvorschlusses bereits mit Ende Juni 2014 abgewiesen, und die Einstellung (mit Beschluss vom 1.9.2014) mit Ende August 2014 verfügt. Aus diesen Beschlüssen ergäbe sich eindeutig, dass das Kind im Zeitraum Juli und August 2014 mit der Beschwerdeführerin in einem gemeinsamen Haushalt gelebt habe und sich nur ferienbedingt vorübergehend beim Kindesvater aufgehalten habe.

Diesem ergänzenden Schriftsatz wurden eine Meldeabfrage betreffend das Kind und die beiden Beschlüsse des Bezirksgerichtes G vom 1.9.2014 und 9.2.2015 angeschlossen.

Mit Beschluss vom 1.9.2014 sprach das Bezirksgericht G aus, dass die dem Kind nach dem Unterhaltsvorschlussgesetz gewährten Unterhaltsvorschlüsse gemäß § 20 UVG mit Ablauf des August 2014 eingestellt werden, da der Minderjährige nunmehr beim Vater wohne (Anmerkung: Gemäß § 2 Abs. 2 Zif. 1 UVG besteht Anspruch auf Vorschüsse nicht, wenn das Kind mit dem Unterhaltsschuldner im gemeinsamen Haushalt lebt; gemäß § 20 Abs. 2 UVG ist die Einstellung, gegebenenfalls rückwirkend, mit Ablauf des Monats anzuordnen, in dem der Einstellungsgrund eingetreten ist). Dieser Beschluss wurde der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems als zuständiger Kinder- und Jugendhilfeträger zugestellt.

Gegen diesen Beschluss hat – wie sich aus dem Beschluss vom 9.2.2015 ergibt – der Kindesvater als Unterhaltsschuldner am 17.9.2014 „Einspruch“ erhoben. Das Kind wohne seit dem 26.6.2014 bei ihm, weshalb der Unterhaltsvorschuss an die Mutter bereits mit Ende Juni 2014 eingestellt werden solle, nicht erst mit Ende August. Am 16.10.2014 habe die Bezirkshauptmannschaft G als Vertreterin des minderjährigen Kindes dem nicht zugestimmt. Das Kind sei während des Krankenhausaufenthaltes der Mutter (ab 24.6.2014 für elf Tage) beim Vater wohnhaft gewesen. Nach der Entlassung habe die Mutter zwei Wochen bei ihrem älteren Sohn gewohnt, da sie krankheitsbedingt weder für sich noch für das Kind sorgen habe können. Der Kindesvater habe ihr selbst angeboten, dass das Kind solange bei ihm bleiben könne. Außerdem habe das Kind in den Ferien wieder einmal beim Vater sein wollen. Zu diesem Zeitpunkt sei aber nie die Rede davon

gewesen, dass er fix zum Vater wolle. Die Mutter wäre ursprünglich bereit gewesen, den Unterhaltsvorschuss für ein Monat über die Bezirkshauptmannschaft zurückzuerstatten. Zwischenzeitlich habe sich jedoch die Sachlage so verändert, dass das Kind wieder zur Mutter zurück wollte und auch seit 16.10.2014 wieder bei ihr wohne. Am 24.10.2014 habe der Kindesvater angegeben, dass sich das Kind definitiv vom 26.6.2014 bis 16.10.2014 bei ihm aufgehalten habe und zwar in der Annahme, er würde auch auf Dauer bleiben. Er sei dann einige Male übers Wochenende zu Besuch zur Mutter gefahren. Er sehe nicht ein, dass er für Juli und August 2014 den Unterhaltsvorschuss zurückzahlen solle, nachdem sich das Kind bei ihm aufgehalten habe und er auch für ihn aufgekommen sei. Das Landesgericht Wels habe das Vorliegen eines Rechtsmittels (Einspruch des Kindesvaters) verneint und den Akt dem Erstgericht ohne Entscheidung zurückgestellt. Festgestellt worden sei, dass die Vorschüsse völlig zu Recht mit Ablauf des Monats August 2014 eingestellt worden sei. Das Schreiben des Kindesvaters sei in diesem Sinne als Antrag auf Einstellung der Unterhaltsvorschüsse auch für die Monate Juli und August 2014 zu werten. Eben diesen Antrag wies das Bezirksgericht G mit Beschluss vom 9.2.2015 ab. In sachverhaltsmäßiger Hinsicht ging das Gericht – gestützt auf die Stellungnahmen der Parteien, Aktenlage und Beschluss des Landesgerichtes – nach Hinweis auf die Meldedaten davon aus, dass das Kind nach dem Krankenhausaufenthalt der Mutter einige Zeit beim Vater verbracht habe. Zudem habe das Kind auch in den Ferien wieder einmal bei seinem Vater sein wollen, es sei jedoch nicht die Rede davon gewesen, dass das Kind fix beim Vater bleiben wollte. In der rechtlichen Beurteilung stellte das Gericht unter anderem fest, dass der gesetzliche Unterhalt zur Befriedigung des gesamten Lebensaufwandes (des Unterhaltsberechtigten) diene. Dazu gehörten Nahrung, Kleidung und Wohnung sowie alle mit der Wohnung verbundenen Aufwendungen und die übrigen Bedürfnisse. Die Kindesmutter hätte daher auch in der Zeit, welche das Kind beim Vater verbracht habe, Aufwendungen für die „das Wohnen“ gehabt. Zu einem ständigen Aufenthalt des Kindes beim Vater sei es nicht gekommen.

Am 10.4.2015 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Die Stiefmutter habe die Familienbeihilfe für die Monate Juli bis Oktober 2014 erhalten. Diese habe dem Finanzamt telefonisch mitgeteilt, dass das Kind ab 16.10.2014 wieder bei der Mutter wohne.

Die Kindesmutter legte in weiterer Folge noch eine Bestätigung der Haushaltsgemeinschaft der Stadtgemeinde G vom 5.5.2015 vor, mit der jedoch nur bestätigt wird, dass Kindesmutter und Kind „zum Zeitpunkt der Ausstellung dieser Bestätigung“ gemeinsam im näher bezeichneten Privathaushalt aufrecht gemeldet sind.

Der für die Erledigung der gegenständlichen Beschwerde zuständig gewesene Richter des Bundesfinanzgerichtes trat am 1.9.2017 in den Ruhestand. Aufgrund einer Verfügung des Geschäftsverteilungsausschusses des Bundesfinanzgerichtes vom 2.10.2017 wurde in weiterer Folge die Gerichtsabteilung des erkennenden Richters für die Erledigung der Beschwerde zuständig.

Noch im Dezember 2017 wurden dazu vom Bundesfinanzgericht vom Bezirksgericht G die Akten betreffend Obsorge (GZ1) und betreffend Unterhalt (GZ2) angefordert, welche am 19.1.2018 beim Bundesfinanzgericht eingelangt sind.

In einem **Vorhalt** des Bundesfinanzgerichtes vom **22.2.2018** wurde der Beschwerdeführerin Gelegenheit geboten zu folgenden Punkten binnen einer Frist von drei Wochen Stellung zu nehmen:

„Zu klären ist im vorliegenden Fall die Frage, zu welchem Haushalt das Kind in den Monaten Juli und August 2014 zugehörig im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG war. Sowohl Sie als auch der Kindesvater (KV) bzw. seine nunmehrige Ehegattin SM (Stiefmutter des Kindes) behaupten eine Zugehörigkeit des Kindes zum jeweils eigenen Haushalt im genannten Zeitraum.

Vorauszuschicken ist, dass nach § 2 Abs. 5 lit. a FLAG die Haushaltszugehörigkeit bei einem bloß vorübergehenden Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung nicht als aufgehoben gilt. Die Frage, ob ein Aufenthalt ein vorübergehender oder ein ständiger ist, ist im Rahmen einer ex ante - Betrachtung zu klären (z.B. VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195 Hinweis auf VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008). Es ist daher für den beschwerdegegenständlichen Zeitraum nicht entscheidend, dass das Kind unbestritten am 16.10.2014 wieder in Ihren Haushalt zurückgekehrt ist (unzulässige ex-post Betrachtung).

Das Familienlastenausgleichsgesetz kennt auch keine gleichzeitige Zugehörigkeit eines Kindes zu den getrennten Haushalten der Eltern. Das Gesetz geht nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vielmehr davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe 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 den "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist (z.B. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058 mit Hinweis auf VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120). Ein "überwiegend gemeinsamer Haushalt" des Kindes mit Ihnen im beschwerdegegenständlichen Zeitraum, wie dies im Vorlageantrag zum Ausdruck gebracht wurde, ist ausgeschlossen. Das Kind kann entweder nur zur Gänze dem Haushalt des Kindesvaters oder dem der Kindesmutter angehören, wobei vorübergehende Abwesenheiten von diesem Haushalt und die gleichzeitige, aber nur vorübergehende Anwesenheit im Haushalt des anderen Elternteiles an der Haushaltszugehörigkeit nichts ändern.

1) Sie haben am 14.8.2014 vor dem BG G zu Protokoll gegeben (Beilage 1), dass das Kind aufgrund Ihrer Erkrankung bereits seit den letzten beiden Schulwochen (2014) im Haushalt des Vaters lebe, weil Sie akut ins Krankenhaus mussten. Ferner gaben Sie an, dass Sie es für sinnvoll gefunden hätten, wenn das Kind auch mit Schulbeginn bereits

beim Vater lebe und Sie hätten "ihn" (gemeint wohl: den Kindesvater) auch entsprechend gebeten.

Das Kind selbst gab am 13.8.2014 zu Protokoll (Beilage 2), dass es aufgrund Ihrer Erkrankung beim Kindesvater wohne und dort gemeinsam mit einem weiteren Kind (der Stiefmutter) in einem Zimmer schlafe; es wünsche sich einen Raum im Keller, den der Kindesvater damals als Büro genutzt hatte.

Der Kindesvater gab dazu am 13.8.2014 an (ebenfalls Beilage 2), dass das Kind (nur) eine Woche wieder durchgehend bei Ihnen gewesen wäre. Es werde für das Kind der Kellerraum hergerichtet.

Zu diesem Kellerraum führte der Kindesvater in einer Eingabe vom 22.10.2014 (Beilage 3) aus, dass dieser 35 m² große Wohnbereich um rund 500 € für das Kind adaptiert worden sei, alle Möbel des Kindes und sämtliche ihm gehörende Sachen geholt worden wären und sich das Kind dort eingerichtet habe. Das Kind sei einige Male übers Wochenende zu Ihnen zu Besuch gefahren.

Angeschlossen war dieser Eingabe eine Aufstellung der von der Stiefmutter getragenen, dieser vom Kindesvater ersetzten Ausgaben für das Kind.

2) Im Vorlageantrag haben Sie angegeben, dass Sie auch im Juli und August 2014 das Kind "zumindest überwiegend betreut und versorgt hätten und sich um Bekleidung und den sonstigen Bedarf des täglichen Lebens gekümmert" hätte, ohne dies näher zu konkretisieren. Angesichts der aktenkundigen schulischen Leistungen des Kindes ist nicht nachvollziehbar, inwiefern sie insbesondere "den schulischen Erfolg mit getragen" hätten. Im Gegensatz zu diesem unsubstantiierten Vorbringen wurden die von der Stiefmutter bzw. dem Kindesvater getätigten Ausgaben näher dargestellt.

3) Zu dem im vorbereitenden Schriftsatz vom 23.3.2015 erwähnten Verfahren betreffend Unterhaltsvorschuss wird bemerkt, dass im weiteren Verfahren tatsächlich die Unterhaltsvorschüsse mit Ablauf des Juni 2014 eingestellt wurden (Beschluss vom 6.5.2015, Beilage 4). Ein dagegen von Ihnen eingebrachter Rekurs wurde vom Landesgericht Wels mit Beschluss vom 24.6.2015 (mangels Aktivlegitimation) zurückgewiesen (Beilage 5). Zur Rückzahlung des Übergenusses wurden Ihnen vom Bezirksgericht G Zahlungserleichterungen (eilvernehmlich zehn Monatsraten) bewilligt.

4) Es wird um Mitteilung ersucht, ob angesichts der angeführten Umstände die gegenständliche Beschwerde aufrecht erhalten wird, oder allenfalls eine Rückzahlung des relativ geringen Rückforderungsbetrages in angemessenen Raten vorstellbar wäre (die Bewilligung einer solchen Zahlungserleichterung obliegt dem Finanzamt).“

Mit Schriftsatz vom **8.3.2018** gab der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin folgende **Stellungnahme** ab:

„A) Vorausgeschickt werden muss, dass die Beschwerdeführerin weder im gerichtlichen noch verwaltungsbehördlichen Verfahren rechtsfreundlich vertreten war und daher ihre Aussagen nicht der juristischen Definition zugeführt werden können, sondern so wie es

der „Normalbürger“ auffassen würde. Weiters hat sich die Beschwerdeführerin stets um ein gutes Einvernehmen mit dem Kindesvater und dem mj. Sohnes M B bemüht und war daher, des guten Einvernehmens im Sinne des Sohnes bereit, Zugeständnisse zu machen. Gerügt wird ausdrücklich die fehlende Manuduktion der Behörde, sodass der Beschwerdeführerin die rechtlichen Konsequenzen ihrer Zugeständnisse nie bewusst wurden.

B) 1) a) Die Beschwerdeführerin hat am 14.8.2014 vor den BG G zu Protokoll gegeben (Beilage 1), dass das Kind aufgrund ihrer Erkrankung bereits seit den letzten beiden Schulwochen (2014) im Haushalt des Vaters lebt, weil sie akut ins Krankenhaus musste. Ferner gab sie an, dass sie es für sinnvoll gefunden hätte, wenn das Kind auch mit Schulbeginn bereits beim Vater lebe und sie hätte „ihn“ (gemeint wohl den Kindesvater) auch entsprechend gebeten.

b) Das Kind selbst gab am 13.8.2014 zu Protokoll (Beilage 2), dass es aufgrund Ihrer Erkrankung beim Kindesvater wohne und dort gemeinsam mit einem weiteren Kind (der Stiefmutter) in einem Zimmer schlafe; es wünsche sich einen Raum im Keller, den der Kindesvater damals als Büro nutzte.

c) Der Kindesvater gab dazu am 13.8.2014 an (ebenfalls Beilage 2), dass das Kind eine Woche wieder durchgehend bei der Beschwerdeführerin gewesen wäre. Es werde für das Kind der Kellerraum hergerichtet. Zu diesem Kellerraum führte der Kindesvater in einer Eingabe vom 22.10.2014 (Beilage 3) aus, dass dieser 35 m² große Wohnbereich um rund Euro 500 für das Kind adaptiert worden sei, alle Möbel des Kindes und sämtliche ihm gehörende Sache geholt worden wären und sich das Kind dort eingerichtet habe. Das Kind sei einige Male übers Wochenende zu ihnen zu Besuch gefahren.

Angeschlossen war dieser Eingabe eine Auflistung der von der Stiefmütter getragenen, dieser vom Kindesvater ersetzten Ausgaben für das Kind.

Ad a) Wie aus dem Protokoll des Bezirksgericht G zu Aktenzahl Az. vom 14.8.2014 (Beilage 1) ersichtlich ist, war der Grund, dass der mj. M B die letzten 2 Schulwochen - genau ab 26.6.2014 - beim Kindesvater war, ein dringender und unaufschiebbarer Krankenhausaufenthalt der Kindesmutter. Obwohl es mehrere Möglichkeiten für die Unterbringung des minderjährigen M B gab, hat sich die Beschwerdeführerin entschlossen, dass es für den minderjährigen M B besser ist wenn er in der Zeit während des Krankenhausaufenthaltes der Mutter, bei seinem Vater verbringen würde. Dies ist eine nachvollziehbare und logische Entscheidung der Kindesmutter. Es war nie geplant, dass der minderjährige M B nach Genesung der Mutter weiterhin unter der Aufsicht des Kindesvaters verbleiben würde. Der Ausdruck „Haushalt“ ist diesbezüglich nicht als Rechtsbegriff aufzufassen.

Auch das Ansinnen der Kindesmutter (Beilage 1 unten), dass der minderjährige M B die letzten Ferientage beim Kindesvater verbringen sollte, war von der Tatsache geprägt, dass die Kindesmutter bereits am 28.10.2014 wieder einen längeren Rehaaufenthalt benötigte. Aufgrund der besonderen aktenkundigen Situation des minderjährigen M B wäre es fast

unvertretbar, wenn dieser bereits kurz nach Schulbeginn wieder von der Kindesmutter zum Kindesvater wechseln müsste. Wie aus gegenständlicher Beilage weiters hervorgeht war die Kindesmutter mit einer gemeinsamen Obsorge einverstanden, wobei angedacht wurde, dass der minderjährige M B von Montag bis Donnerstag sich beim Kindesvater und Freitag bis Sonntag sich bei der Kindesmutter aufhalten sollte. Es war daher eine fast paritätische Aufteilung der Wohnsituation angedacht. Die Kindesmutter wurde jedoch nicht darüber aufgeklärt, dass sich dadurch möglicherweise Rechtsprobleme (Unterhalt, Familienbeihilfe, Steuerbegünstigungen) ergeben könnten.

In diesem Zusammenhang darf auch nicht außer Acht gelassen werden, dass sich die Kindesmutter mit dem Kindesvater darüber abgesprochen hat, zu welcher Zeit jeder der beiden mit dem Kind auf Urlaub fahren würde. Die Kindesmutter hat sich den Urlaub mit dem minderjährigen M B derart eingeteilt, dass M zuerst mit dem Kindesvater auf Urlaub fahren würde und dann mit der Kindesmutter. Der Kindesvater hat jedoch kurzerhand seinen Urlaubstermin der Art geändert, dass sich der Urlaub des Kindesvaters mit dem der Kindesmutter überschneiden hat. Hätte der Kindesvater den vereinbarten Urlaubstermin eingehalten, wäre es dem mj. M B möglich gewesen mit beiden Elternteilen den Urlaub zu verbringen.

Gemäß der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 24.1.2007 zur Geschäftszahl 2003/13/0141 wird ein gemeinsamer Haushalt nicht unterbrochen wenn durch gewisse Lebensumstände, auf nicht allzu lange Zeit, eine Unterbrechung des Zusammenlebens erfolgt, wie etwa durch Krankenhaus- und Erholungsaufenthalt. In vorliegender Rechtssache ist genau dies der Fall, da die Beschwerdeführerin den minderjährigen M B lediglich für die Zeit ihres Krankenhaus- und Rehaaufenthalts bzw. ihres Krankenstandes in die Obhut des Kindesvaters übergeben hat. Auch die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin dem minderjährigen M B während der Sommerferien gestattet hat, mit dem Kindesvater auf Urlaub zu fahren unterbricht nicht den gemeinsamen Haushalt zur Kindesmutter mit dem minderjährigen M B. Selbst im Schreiben des Kindesvaters vom 22.10.2014 (Beilage 3, Seite 2) an das Bezirksgericht G bestätigte der Kindesvater, dass sich der minderjährige M B lediglich dreieinhalb Monate beim Kindesvater aufgehalten hat. Somit bestätigt selbst der Kindesvater, dass es sich lediglich um eine kurze Unterbrechung im Sinne der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gehandelt hat. Diese kurze Unterbrechung hat somit keinen Einfluss auf den Bezug der Kinderbeihilfe. Dabei ist noch anzumerken, dass sich der minderjährige M B, selbst in diesen dreieinhalb Monaten nicht in einem Zug beim Kindesvater aufgehalten hat.

Nach übereinstimmenden Aussagen der Beschwerdeführerin und des Kindesvaters ist somit klar dargelegt, dass die Beschwerdeführerin gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz Anspruch auf Familienbeihilfe für den strittigen Zeitraum besitzt, da die Haushaltszugehörigkeit des minderjährigen M B nicht dadurch unterbrochen wurde, dass sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhielt. Gemäß der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Juli 2010 zu Aktenzahl 2009/16/0133 hat der Verwaltungsgerichtshof entschieden, dass eine

Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehend anzusehen ist. Somit kann eine Aufenthaltsdauer von dreieinhalb Monaten, die dazu nicht ununterbrochen andauerte, als vorübergehend angesehen werden.

In der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. 11. 2009 zu Aktenzahl 2008/13/0072 hat der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich ausgesprochen, dass es um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten, keiner ununterbrochenen Anwesenheit bedarf. Die Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt. Nach der vorliegenden Aktenlage hat der Kindesvater erst mit Schreiben vom 22.10.2014 dargelegt, dass er in Zukunft für den minderjährigen M B sorgen wolle. Somit ist zumindest klar gelegt, dass der Kindesvater, im streitgegenständlichen Zeitraum, lediglich vorübergehend den minderjährigen M B betreut hat. Ein Übereinkommen der Kindesmutter mit dem Kindesvater, dass sich der minderjährige M B ab 24.6.2014 (Spitalsaufenthalt der Kindesmutter) in den Haushalt des Kindesvaters für längere Zeit eingliedern solle, ist der Aktenlage nicht zu entnehmen. Für die Behauptung, dass die Beschwerdeführerin den minderjährigen M B lediglich für die Dauer ihrer Krankheit kurzfristig in die Obhut des Kindesvater gegeben hat, spricht auch, dass der Kindesvater im Protokoll des Bezirksgericht G vom 13.8.2014 auf Seite 3 ausdrücklich angibt: „Wenn ich höre, dass die Mutter unter Umständen möchte, dass M bis zum Ende ihrer Reha bei mir bleibt und dann wieder zu ihr geht, möchte ich genau das nicht.“

Dem zentralen Melderegister ist zu entnehmen, dass der minderjährige M B sich im streitgegenständlichen Zeitraum, nämlich bis 24.9.2014 in Adr.1 aufgehalten hat, somit im gemeinsamen Haushalt mit der Beschwerdeführerin, die gemäß des zentralen Melderegisters ebenfalls bis 26.2.2015 an der gleichen Adresse, nämlich Adr.1 aufgehalten hat. Es ist daher, bis zum Beweis des Gegenteils, anzunehmen, dass sich der minderjährige M B im strittigen Zeitraum im gemeinsamen Haushalt mit der Beschwerdeführerin befunden hat.

Ad b) Das Kind selbst gab am 13.8.2014 zu Protokoll (Beilage 2), dass es aufgrund ihrer (gemeint Erkrankung der Beschwerdeführerin) Erkrankung beim Kindesvater wohne und dort gemeinsam mit einem weiteren Kind (der Stiefmutter) in einem Zimmer schlafe; es wünsche sich einen Raum im Keller, den der Kindesvater damals als Büro genutzt hatte. Dies bedeutet, dass im August vom Kindesvater noch keine Vorkehrungen für die dauerhafte Übernahme des minderjährigen M B bestand. Dies erhärtet somit das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass angedacht war, dass sich der minderjährige M B lediglich für den Zeitraum ihres Krankenstandes beim Vater aufhalten werde.

Ad c) Der Kindesvater gab dazu am 13.8.2014 beim Bezirksgericht G zu Protokoll (ebenfalls Beilage 2), dass das Kind eine Woche wieder durchgehend bei der Beschwerdeführerin gewesen wäre. Damit bestätigt der Kindesvater selber, dass der minderjährige M B lediglich vorübergehend in seiner Obhut stand.

Weiters berichtet der Kindesvater, es werde für den minderjährigen M B der Kellerraum hergerichtet. Zu diesem Kellerraum führte der Kindesvater in einer Eingabe vom 22.10.2014 (Beilage 3) aus, dass dieser 35 m² große Wohnbereich um rund Euro 500 für das Kind adaptiert worden sei, alle Möbel des Kindes und sämtliche ihm gehörende Sache geholt worden wäre und sich das Kind dort eingerichtet habe. Das Kind sei einige Male übers Wochenende zur Beschwerdeführerin auf Besuch gefahren. Dabei übersieht der Kindesvater, dass es sich beim vermeintlichen Besuch bei der Beschwerdeführerin nicht um einen Besuch im Rechtssinn handelt, da sich der minderjährige M B mit der Beschwerdeführerin im gemeinsamen Haushalt befindet und nur vorübergehend, auf kurze Zeit, beim Kindesvater in Obhut ist.

Weiters gab der Kindesvater beim Bezirksgericht G am 13.8.2014 zu Protokoll, dass er jedenfalls, unabhängig vom Ausgang eines etwaigen Sorgerechtsstreites, das Haus anbauen werde, was wiederum ein Beweis dafür ist, dass eine dauerhafte Wohngemeinschaft mit dem Kindesvater nur rudimentär angedacht wurde. Von einer Übernahme des minderjährigen M B in die Wohngemeinschaft zu seinem Vater, für den streitgegenständlichen Zeitraum, kann somit keine Rede sein. Der Ausbau des Hauses ist vielmehr dadurch begründet, dass sich die Familie des Kindesvaters derart vergrößert hat, dass ein Zubau unausweichlich erscheint und hat nichts mit der Übernahme des minderjährigen M B in die Hausgemeinschaft des Kindesvaters zu tun.

Wie aus dem Protokoll des Bezirksgericht G (Beilage 2) vom 13.8.2014 Seite 2 oben ersichtlich ist, hat zuerst der Kindesvater von geteiltem Sorgerecht gesprochen und später hat der Kindesvater den Antrag auf alleiniges Sorgerecht gestellt wie dort weiters deutlich ersichtlich, ist die Initiative über das geteilte Sorgerecht vom Kindesvater ausgegangen. Der minderjährige M B hat in der oben genannten Stellungnahme ausdrücklich erklärt dass er wolle, dass das Sorgerecht bei der Kindesmutter verbleibe, zumindest dann, wenn es ihr wieder besser ginge. Erhärtet wird diese Tatsache, dass vor dem Bezirksgericht G zu Aktenzahl GZ1 am 14.8.2014 ein Vergleich dahingehend geschlossen wurde, dass beide Elternteile künftig mit einem geteilten Sorgerecht einverstanden sind. Befremdend ist, dass der Kindesvater bereits 2 Monate (Brief des Kindesvaters von 22.10.2014 Beilage 3) später bereits das alleinige Sorgerecht beansprucht. Hier liegt der Verdacht natürlich nahe, dass der Kindesvater bereits bei vorgenanntem Vergleich bereits die Beanspruchung des alleinigen Sorgerechts beabsichtigte und sich durch den Vergleich eine bessere Rechtssituation verschaffen wollte.

Soweit der Kindesvater angibt, dass die Beschwerdeführerin mit einer dauerhaften Übersiedlung des minderjährigen M B einverstanden gewesen wäre und auch zugestimmt hätte, dass die Fahrnisse des minderjährigen in das Haus des Kindesvaters überführt werden, wird dies ausdrücklich bestritten. Richtig ist vielmehr, dass die Beschwerdeführerin „überrumpelt“ wurde. Der Kindesvater hat sich diesbezüglich die Tatsache zu Nutzen gemacht, dass die Beschwerdeführerin seit ihrem Bum-out und der psychischen Reha nicht mehr in der Lage ist, sich in einem komplexen Rechtsstreit durchzusetzen.

2) Im Vorlageantrag wurde dargelegt, dass sich der minderjährige M B, im streitgegenständlichem Zeitraum, im gemeinsamen Haushalt mit seiner Mutter befunden hat. Diesbezüglich wurde auch versucht eine entsprechende Zeitlinie zu erstellen. Vom 13.7.2014 bis 31.7.2014 hat sich der minderjährige M B im Haushalt der Mutter aufgehalten, sodass alle Aufwendungen, die normalerweise für ein minderjähriges Kind anfallen, von dieser getragen wurden. Aufgrund des langen Zeitablaufes vom Vorlageantrag bis zu d. G. vom 22. Februar 2018 kann natürlich nicht erwartet werden, dass noch sämtliche Rechnungen vorhanden sind, zumal die Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt nicht mit einem derart langwierigen Verfahren rechnen konnte. Es kann der Beschwerdeführerin daher nicht vorgehalten werden, dass sie heute nicht mehr über entsprechende Belege verfügt. Selbstverständlich hat sich der Kindesvater durch Aufbewahrung sämtlicher Belege, um diese später dem Gericht vorzulegen, abgesichert. Hierzu ist zu erwähnen, dass die gesetzliche Vermutung besteht, dass die obsorgepflichtige Mutter für das Wohl des Kindes gesorgt hat. Ein Beweis des Gegenteils ist nicht aktenkundig. Nur ergänzend ist zu erwähnen, dass die Beschwerdeführerin für entsprechendes Gewand, Schuhe, Toiletteartikel, Freizeitgestaltung gesorgt hat. Unbestritten bleibt, dass auch der Kindesvater für den minderjährigen M B Auslagen hatte, da der minderjährige M B sich von seinem Vater Gegenstände und Markenartikel gewünscht hatte, die die Kindesmutter und nunmehrige Beschwerdeführerin aufgrund ihres Einkommens ihrem Sohn nicht bieten konnte. Beispielsweise wird angeführt, dass die Beschwerdeführerin dem minderjährigen M B für seinen Urlaub mit dem Kindesvater eine Tauchausrüstung mitgegeben hat und dennoch von seinem Vater eine funkelneue Tauchausrüstung gekauft wurde. Fraglich ist, inwieweit der Kindesvater in seiner Eingabe vom 22.10.2014 (Beilage 3) auch die entsprechenden Belege für seine behaupteten Ausgaben beilegen konnte.

Es ist auch nicht außergewöhnlich, dass der nicht erziehungsberechtigte Elternteil ebenfalls für das leibliche Kind Aufwendungen tätigt.

Wie bereits erwähnt hat die Beschwerdeführerin, die ihrem Einkommen zumutbaren Aufwendungen für den minderjährigen M B bestritten. Bekannterweise wünschen sich Kinder von jenem Elternteil, der nicht erziehungsberechtigt ist, all das wünschen, was sie von zu Hause nicht bekommen können.

Betreffend der schulischen Leistungen des minderjährigen M B ist zu erwähnen, dass gemäß des Protokolls vom 14.8.2014 des Bezirksgericht G (Beilage 1 - Seite 2) weder die Beschwerdeführerin noch der Betreuer von der Schule über die Fehlstunden des Schülers informiert wurden.

Selbst wenn man annehmen würde, dass die Beaufsichtigung des minderjährigen M B durch die Beschwerdeführerin unzureichend war, hat dies keinen Einfluss auf gegenständliches Verfahren, da dies in die Zuständigkeit des Pflegschaftsgerichtes fallen würde. Die Streitfrage die vor diesem Gericht zu erörtern wäre, ist die Frage, inwieweit der minderjährige M B im Streitzeitraum Juli August 2014, dem Haushalt der Beschwerdeführerin zuzurechnen war. Dies ist jedenfalls zu bejahen, da lediglich eine

kurze Unterbrechung der gemeinsamen Haushaltsführung vorlag. Dem widerspricht auch nicht das Vorbringen des Kindesvaters, dass auch er Auslagen für seinen Sohn getragen hat.

3) Wie das Bundesfinanzgericht richtig festgestellt hat, wurde der Unterhaltsvorschuss mit Ablauf Juni 2014 eingestellt. Dem liegt eine Vereinbarung des Kindesvaters mit der Bezirkshauptmannschaft G zu Grunde. Die näheren Details zu dieser Vereinbarung entzieht sich der Kenntnis des Rechtsvertreters. Fest steht jedoch, dass aufgrund der Sperrwirkung dieser Vereinbarung der Rekurs zurückgewiesen wurde. Bei einer meritorischen Entscheidung wäre dem Rekurs stattzugeben gewesen. Die bisherigen Schriftsätze bilden einen integrierenden Teil der aufgetragenen Stellungnahme!

Es werden daher gestellt folgende Anträge:

Den erstinstanzlichen Bescheid ersatzlos zu beheben, in eventuelle, die Streitsache an die Behörde I. Instanz zurückzuverweisen, in eventuelle, Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung.“

Beweiswürdigung

Für das Bundesfinanzgericht ist aufgrund folgender Würdigung aller vorliegenden Beweismittel ausreichend erwiesen, dass das anspruchsvermittelnde Kind im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (Juli und August) zum gemeinsamen Haushalt des Kindesvaters und der Stiefmutter zugehörig war:

Die Beschwerdeführerin gab am 14.8.2014 vor dem Bezirksgericht G zu Protokoll, dass das Kind „seit den letzten 2 Schulwochen“ (des Schuljahres 2013/14) „im Haushalt des Vaters“ sei, da sie akut ins Krankenhaus habe müssen. In der Beschwerde wird dazu angegeben, dass das Kind seit dem 24.6.2014 beim Kindesvater aufhältig gewesen sei, im Vorlageantrag wird der 23.6.2014 genannt, in der Stellungnahme vom 8.3.2018 der 26.6.2014. Weiters gab die Beschwerdeführerin an, dass sie in der Zeit vom 28.10.2014 bis 9.12.2014 auf Reha fahren müsse, und sie es daher für sinnvoll halte, wenn das Kind „auch mit Schulbeginn“ bereits beim Vater lebe. Ferner erklärte die Beschwerdeführerin, dass sie mit einer gemeinsamen Obsorge und der „Bestimmung des Hauptaufenthaltortes des Kindes beim Vater“ einverstanden sei. Dann könnte der Kindesvater „auch Unterstützungen beantragen, weil er dann 3 Kinder hat, und so wie M es sich wünscht, dass er die Woche beim Vater lebt und am Freitag bis Sonntag bei mir“. Vor dem Bezirksgericht wurde an diesem Tag auch ein dementsprechender und in Rechtskraft erwachsener Vergleich abgeschlossen: gemeinsame Obsorge der Kindeseltern und Hauptaufenthaltort des Kindes beim Kindesvater.

Das damals minderjährig gewesene Kind hatte anlässlich seiner Einvernahme vor dem Bezirksgericht G am 13.8.2014 bestätigt, dass es etwa drei Wochen vor Ende des Schuljahres 2013/14 zum Vater „gegangen“ sei. Weiters bestätigte das Kind, es „schlafe derzeit mit J gemeinsam in einem Zimmer“, das sei aber schon beengt, es wünsche sich daher, dass es den Raum im Keller erhalte, in dem sein Vater das Büro habe. B gab der Sohn der Beschwerdeführerin an, seine Mutter habe sich bereit erklärt, dass

er während der Woche beim Kindesvater und am Wochenende bei ihr sei. Das könne er sich vorstellen, weil er „dann nicht so faul in der Schule sein könnte, weil der Papa darauf schaut.“ Im Einklang damit stehen auch die Angaben des Kindesvaters in der Stellungnahme vom 22.10.2014 betreffend die massiven schulischen Probleme des Kindes im Schuljahr 2013/14 (weniger als 50 % Anwesenheit, acht Fächer mit Nicht genügend beurteilt), die ein Grund gewesen seien, warum das Kind zu ihm kommen sollte.

Schon aus diesen Angaben der Beschwerdeführerin im Einklang mit den Aussagen des Kindes und des Kindesvaters geht klar hervor, dass der Aufenthalt beim Kindesvater nicht nur vorübergehend sein sollte, sondern auf Dauer angelegt war („Hauptaufenthaltort“ beim Kindesvater; dieser sollte auch im neuen Schuljahr 2014/15 nach den Angaben des Kindes „darauf schauen, dass es nicht so faul in der Schule sein könne“).

Im Zusammenhang damit ist auch der ab 28.10.2014 geplante längere Reha-Aufenthalt der Beschwerdeführerin zu sehen, der es ebenfalls als schlüssig erscheinen lässt, dass das Kind nicht nur vorübergehend, sondern für längere Zeit bei seinem Vater wohnen sollte.

Dazu kommt, dass die Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt des Kindesvaters im September und Oktober 2014 von der Beschwerdeführerin zunächst nicht bestritten wurde; der Rückforderungsbescheid betreffend September 2014 erwuchs in Rechtskraft, die Familienbeihilfe wurde unbestritten auch für Oktober 2014 noch an die Stiefmutter ausbezahlt. Erst im gegenständlichen Verfahren wird versucht, die Zugehörigkeit des Kindes zum gemeinsamen Haushalt des Kindesvaters und der Stiefmutter in Abrede zu stellen.

Für diese Haushaltszugehörigkeit spricht ferner der Umstand, dass alle Möbel des Kindes und sämtliche ihm gehörigen Sachen aus der Wohnung der Beschwerdeführerin abgeholt worden waren, damit sich das Kind in der Wohnung des Kindesvaters und der Stiefmutter einrichten konnte (Stellungnahme des Kindesvaters vom 22.10.2014). Dies wird von der Beschwerdeführerin in der Vorhaltsbeantwortung vom 8.3.2018 nicht in Abrede gestellt, sondern lediglich vorgebracht, dass sie dabei „überrumpelt“ worden wäre und der Verbringung der Fahrnisse nicht zugestimmt hätte. Soweit in diesem Zusammenhang vorgebracht wird, dass sie mit einer dauerhaften Übersiedlung des Kindes nicht einverstanden gewesen wäre, setzt sich die Beschwerdeführerin damit in Widerspruch zu ihrem vor dem Bezirksgericht erklärten Einverständnis, dass der Hauptaufenthaltort des Kindes bei seinem Vater sein sollte.

Aus dem Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Meldedaten ist für das gegenständliche Verfahren nichts zu gewinnen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind polizeiliche Meldebestätigungen nicht geeignet, vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern, sondern können nur ein - widerlegbares - Indiz hierfür sein (VwGH 23.2.1981, 1388/80 mwN). Meldebestätigungen können daher auch nur ein (widerlegbares) Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft darstellen, sie sind jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über das Vorliegen einer

Haushaltsgemeinschaft zu liefern. Dies hat seinen Grund darin, dass die nach dem MeldeG zu erstattenden Meldungen in der Praxis erfahrungsgemäß häufig erst späterer vorgenommen werden, als dies nach den Vorschriften des MeldeG geboten wäre. Nebenbei bemerkt hat im gegenständlichen Fall der Kindesvater in seiner im Beschluss des Landesgerichtes Wels vom 24.6.2015 erwähnten Stellungnahme zum Rekurs der Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass er seinen Sohn gleich im Juli 2014 bei ihm (und der Stiefmutter) anmelden wollte, die Richterinnen des Bezirksgerichtes G habe aber gemeint, es sollte die „Eingewöhnungsphase“ abgewartet werden. Im August 2014 sei die Anmeldung bei der zuständigen Gemeinde erfolgt, diese aber wieder rückgängig gemacht worden, weil der Obsorgebeschluss noch nicht vorgelegen (ausgefertigt gewesen) sei. Im gegenständlichen Fall wird die durch die Meldung des Kindes an der Adresse der Beschwerdeführerin bis 24.9.2014 indizierte Haushaltsgemeinschaft durch die vom Bundesfinanzgericht im Zuge der gegenständlichen Beweiswürdigung festgestellten gegenteiligen tatsächlichen Verhältnisse widerlegt.

Auch aus dem wiederholten Hinweis der Beschwerdeführerin, dass sie bis zur Rechtskraft des Beschlusses vom 14.8.2014 über die gemeinsame Obsorge für das Kind allein obsorgeberechtigt gewesen wäre, kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu. Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt; ob diese Person obsorgeberechtigt ist oder nicht, hat keine rechtliche Bedeutung.

Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin im Vorlageantrag selbst zutreffend ausgeführt, dass das Erziehungsrecht und die polizeiliche Meldung für die Frage der Haushaltszugehörigkeit nicht von Bedeutung seien.

Mit dem Einwand in der Stellungnahme vom 8.3.2018 (ad Punkt B, 1, a), es sei nie geplant gewesen, dass das minderjährige Kind nach Genesung der Beschwerdeführerin weiterhin unter der Aufsicht des Kindesvaters verbleiben würde, setzt sich die Beschwerdeführerin neuerlich in Widerspruch zu ihren Aussagen vor dem Bezirksgericht G am 14.8.2014 (Hauptaufenthalt des Kindes beim Kindesvater). Gleiches gilt für den Hinweis, es habe „kein Übereinkommen der Kindesmutter mit dem Kindesvater gegeben, dass sich der minderjährige“ Sohn „ab 24.6.2014 (Spitalsaufenthalt der Kindesmutter) in den Haushalt des Kindesvaters für längere Zeit eingliedern sollte“. Der in diesem Zusammenhang erstattete Hinweis auf das Protokoll des Bezirksgerichtes G vom 13.8.2014 (Seite 3) spricht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gerade dafür, dass der Kindesvater nicht wollte, dass das Kind nur bis zum Ende der Reha bei ihm bleibe und dann wieder zur Beschwerdeführerin zurückkehre, sondern dafür, dass das Kind auf Dauer bei ihm bleibe.

Aus der Tatsache, dass das Kind im August 2014 im Haushalt des Kindesvaters noch kein eigenes Schlafzimmer hatte, sondern gemeinsam mit einem Kind der Stiefmutter in einem Schlafzimmer schlafen musste, kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht abgeleitet werden, dass sich das Kind lediglich vorübergehend beim Kindesvater aufhalten sollte. Da bis zur Adaption des bereits erwähnten Kellerraumes kein eigenes Zimmer für das Kind zur Verfügung stand, bestand faktisch keine andere Möglichkeit

der Unterbringung. Die Anpassung gerade dieses Kellerraumes spricht aber deutlich für die beabsichtigte dauerhafte Wohngemeinschaft des Kindes bei seinem Vater und der Stiefmutter. Abgesehen davon ist ein Daueraufenthalt eines Kindes auch dann möglich, wenn es sich das Schlafzimmer mit einem weiteren Kind teilen muss. Im Übrigen hat der Kindesvater am 13.8.2014 zu Protokoll gegeben, dass die Unterbringung des Kindes in diesem Kellerraum „keine Dauerlösung“ sei, weshalb jedenfalls ein Zimmer am Haus im Erdgeschoss angebaut werde. Daraus kann nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes auch abgeleitet werden, dass dieser Zubau gerade für das Kind der Beschwerdeführerin gedacht war.

Insgesamt gesehen steht daher ausreichend fest, dass der Sohn der Beschwerdeführer ab dem 24.6.2014 bei seinem Vater und seiner Stiefmutter gewohnt hat. Dass er während seines dortigen Aufenthaltes im Rahmen einer einheitlichen Wirtschaftsführung auch mit den notwendigen Dingen des Lebens versorgt wurde (Nahrung, Körperpflege etc.) wird von der Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellt, gegen die vom Kindesvater getragenen und glaubhaft gemachten Auslagen werden keine dezidierten Einwendungen erhoben. Eine gesetzliche „Vermutung, dass die obsorgepflichtige Mutter für das Wohl des Kindes gesorgt habe“, ist dem Bundesfinanzgericht nicht bekannt.

Die von der Beschwerdeführerin ins Treffen geführten Aufenthalte des Kindes im beschwerdegegenständlichen Zeitraum bei ihr stellen sich damit als vorübergehende Abwesenheiten des Kindes vom gemeinsamen Haushalt mit dem Kindesvater und der Stiefmutter dar.

Der Einwand, dass sich das Kind insgesamt lediglich „dreieinhalb Monate“ (vom 24.6.2014 bis 16.10.2014) beim Kindesvater aufgehalten hat, stellt eine unzulässige ex-post Betrachtung dar; auf die diesbezüglichen Ausführungen im Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei zum letzten Punkt der Stellungnahme vom 8.3.2018 noch bemerkt, dass der Rekurs der Beschwerdeführerin im Verfahren betreffend Unterhaltsvorschüsse nicht wegen der „Sperrwirkung“ einer Vereinbarung der Bezirkshauptmannschaft mit dem Kindesvater, sondern mangels Aktivlegitimation der Beschwerdeführerin zurückgewiesen wurde. Es trifft zwar zu, dass auf Seite 3 dieses Beschlusses eine „Einigung zwischen dem Vater und der Bezirkshauptmannschaft G in Richtung Einstellung der Vorschüsse mit Ende Juni 2014“ erwähnt wird, es ist aber nicht erkennbar, worin diese „Einigung“ bestanden haben soll. Der Kindesvater hatte sich wiederholt und letztlich erfolgreich gegen eine Einstellung der Unterhaltsvorschüsse erst ab Ende August 2014 zur Wehr gesetzt und die Einstellung mit Ende Juni 2014 gefordert; diesen Begehren wurde schließlich vollinhaltlich entsprochen, weshalb keine Raum für eine allfällige „Einigung“ erkennbar ist.

Rechtslage und Erwägungen

Zu dem in der Stellungnahme vom 8.3.2018 gestellten Antrag auf Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung sowie dem „zur Vorbereitung der mündlichen

Verhandlung“ erstatteten vorbereitenden Schriftsatz vom 23.3.2015 wird auf § 274 Abs. 1 BAO hingewiesen. Diese Bestimmung normiert:

„Über die Beschwerde hat eine mündliche Verhandlung stattzufinden,

1. wenn es beantragt wird

a) in der Beschwerde,

b) im Vorlageantrag (§ 264),

c) in der Beitrittserklärung (§ 258 Abs. 1) oder

d) wenn ein Bescheid gemäß § 253 an die Stelle eines mit Bescheidbeschwerde angefochtenen Bescheides tritt, innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe (§ 97) des späteren Bescheides, oder

2. wenn es der Einzelrichter bzw. der Berichterstatter für erforderlich hält.“

Ein derartiger Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde weder in der Beschwerde noch im Vorlageantrag gestellt. Anträge, die erst in einem die Beschwerde ergänzenden Schreiben gestellt werden, begründen keinen Anspruch auf mündliche Verhandlung (Ritz, BAO, 6. Auflage, § 274 Tz 3 mit zahlreichen Judikaturnachweisen).

Auch die Voraussetzungen für die amtswegige Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Sinne der Zif. 2 leg. cit. liegen nicht vor; der Sachverhalt ist ausreichend geklärt, der Beschwerdefall wirft keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auf.

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

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 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, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1 FLAG).

In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden (§ 2a Abs. 2 FLAG).

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört. Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit an. Wie bereits im Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes ausgeführt wurde, geht dabei das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe 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 den "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist (z.B. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058 mit Hinweis auf VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Ein solcher gemeinsamer Haushalt der Beschwerdeführerin und des Kindesvaters lag im beschwerdegegenständlichen Zeitraum nicht vor, die Bestimmung des § 2a FLAG gelangt daher nicht zur Anwendung.

§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG stellt hinsichtlich des Familienbeihilfenanspruches primär auf die Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz) darauf, welche Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt. 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).

Dass das Kind im beschwerdegegenständlichen Zeitraum zum Haushalt des Vaters und der Stiefmutter zugehörig war, wurde im Rahmen der Beweiswürdigung eingehend dargestellt; auf die dortigen Ausführungen wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Auf Grund dieses vorrangigen Anspruches aufgrund der Haushaltszugehörigkeit des Kindes scheidet ein subsidiärer Anspruch der Beschwerdeführerin aufgrund allfälliger überwiegender Kostentragung schon grundsätzlich

aus; im Übrigen wurde eine tatsächlich überwiegende Kostentragung durch die Beschwerdeführerin auch nicht dargestellt.

Im beschwerdegegenständlichen Zeitraum bestand daher keine Beihilfenanspruch der Beschwerdeführerin.

§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge gemäß § 26 Abs. 1 FLAG zurückzuzahlen. Dies gilt gemäß § 33 Abs. 3 EStG auch für zu Unrecht bezogene Kinderabsetzbeträge.

Aus § 26 Abs. 1 ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Subjektive Momente sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 26 Rz 3 mit Hinweis auf VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

Da sich somit insgesamt der angefochten Rückforderungsbescheid als rechtmäßig erweist, war spruchgemäß zu entscheiden.

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. Im gegenständlichen Beschwerdefall waren keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung zu klären, sondern im Rahmen der Beweiswürdigung festzustellen, ob das anspruchsvermittelnde Kind im beschwerdegegenständlichen Zeitraum zum Haushalt der Beschwerdeführerin oder zum Haushalt des Kindesvaters und der Stiefmutter zugehörig war. Fragen der Beweiswürdigung kommt regelmäßig als nicht über den Einzelfall hinausreichend keine grundsätzliche Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG zu (VwGH 24.1.2018, Ra 2018/02/0005 mit Hinweis auf VwGH 21.4.2017, Ro 2016/11/0004). Eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist daher nicht zulässig.

Linz, am 3. April 2018

