



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der M, Adr, gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 10. Oktober 2012 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

In Zusammenhalt mit dem von Frau K im April 2012 gestellten Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe (rückwirkend für 5 Jahre, bis einschließlich Juni 2011) für die Enkelin N, geb. 29. September 1995, wurde der Kindesmutter M (= Berufungswerberin, Bw), die bislang die Familienbeihilfe bezogen hat, im Ergänzungsersuchen vom Mai 2012 vom Finanzamt mitgeteilt: Laut dem Protokoll des BG X (Pflegschaftssache) sei die Tochter N vom 1. Jänner 2009 bis 30. Juni 2011 überwiegend im Haushalt der Großmutter aufhältig gewesen, weshalb dieser die Familienbeihilfe zustehe. Es werde um Sachverhaltsdarstellung samt Nachweisen für den Zeitraum April 2007 bis Jänner 2009 ersucht.

Mit dem im Akt erliegenden Gerichtsbeschluss vom 13. April 2012 war der Kindesvater T ab 1. Jänner 2009 zusätzlich zu den bisher festgesetzten Unterhaltszahlungen von mtl. € 200 zu weiteren mtl. Unterhaltsbeiträgen (rund € 140-150), zu zahlen an die Bezirkshauptmannschaft/Jugendwohlfahrt, verpflichtet worden. Im zugehörigen Protokoll vom 12. April 2012 ist zur Einvernahme der mj. N festgehalten:

"Befragt nach dem, wie viele Tage sie pro Woche im Zeitraum 01.01.2009 bis 30.06.2011 bei ihrer Großmutter war, teilt die Minderjährige mit:

Ich war von Montag früh bis Freitag Mittag bei meiner Großmutter. Wir haben am Freitag noch gemeinsam Mittag gegessen und eine Serie gemeinsam geschaut und dann hat mich meine Mutter am Freitag nachmittag bei meiner Großmutter abgeholt. Ich habe dann das Wochenende bei meiner Mutter verbracht. In Ausnahmefällen, wenn ein Feiertag war, dann war ich natürlich auch mal unter der Woche bei meiner Mutter. ... Nach Erörterung der Betreuungssituation der Minderjährigen stellen die Eltern nun außer Streit, dass die Minderjährige von Montag in der Früh bis Freitag Mittag bei der väterl. Großmutter war und sodann bei der Mutter...".

Bei einer persönlichen Vorsprache und im Schreiben vom 28. August 2012 hat die Bw angegeben:

Die Tochter sei zwar in den Jahren 1997 bis 2010 jeweils von Montag bis Freitag – also in den Zeiten der Berufstätigkeit der Bw - bei der Großmutter gewesen, die dafür aber auf ausdrücklichen Wunsch den Unterhalt von monatlich € 200 ausbezahlt erhalten habe. Zum Nachweis wurde eine Bestätigung des Amtes für Jugendwohlfahrt beigebracht dahin, dass sich N zum Teil bei der (väterlichen) Großmutter und bei der Bw befunden habe und der Unterhalt bis Juni 2011 an die Großmutter ausbezahlt worden ist. Laut Bw habe sich die Tochter an den Wochenenden und in den Ferien und ab 2010 immer bei der Bw aufgehalten. Die Bw sei für Kleidung, für schulische Belange etc. aufgekommen. Beim Antrag der Großmutter handle es sich um einen bloßen Racheakt im Hinblick auf die zusätzliche Unterhaltsverpflichtung des Kindesvaters.

Von der Großmutter K wurde bei einer Befragung am 10. Oktober 2012 zu Protokoll gegeben: Sie habe bis Juni 2011 die monatliche Unterhaltszahlung vom Jugendamt erhalten; die gerichtlich verfügte Nachzahlung an Alimenten erfolge an die Enkelin. N habe sich seit dem 2. Lebensjahr bei der Großmutter mit dort gemeldetem Nebenwohnsitz aufgehalten und sei von ihr versorgt worden. Allfällige Ausgaben für Kleidung, Essensgeld für die Schule, neue Brille, Helm für Motorrad, Friseur usw. seien von der Großmutter bezahlt worden. Die Kindesmutter habe sich teilweise, eher sporadisch, an den Ausgaben beteiligt. Die Enkelin habe sich unter der Woche ständig und auch an den Wochenenden, wenn die Bw gearbeitet habe, bei der Großmutter und in den Ferien eigentlich nur bei Urlaubsfahrten mit dieser bei der Kindesmutter aufgehalten.

Das Finanzamt hat daraufhin mit Bescheid vom 10. Oktober 2012, SV-Nr, von der Bw für den Zeitraum April 2007 bis Juni 2011 zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von gesamt € 9.889,50 zurückgefordert und in der Begründung

nach Wiedergabe des § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG), BGBl 1967/376 idgF, ausgeführt: Die Tochter N habe sich im betr. Zeitraum nachweislich (lt. Gerichtsbeschluss, eigenen Aussagen und Angaben der Großmutter) von Montag bis Freitag bei der Großmutter K aufgehalten und sei daher bei dieser haushaltszugehörig gewesen, weshalb für die Bw kein Anspruch auf die Familienbeihilfe bestehe.

In der dagegen rechtzeitig erhobenen Berufung wird eingewendet, da die Großmutter die Alimente erhalten habe, bestehe kein Grund, ihr die Familienbeihilfe zu zahlen. Alle außer-natürlichen Aufwendungen seien von der Bw an die Großmutter rückerstattet worden.

N hat bei der Einvernahme als Zeugin am 13. November 2012 ausgesagt:

Sie sei seit dem 2. Lebensjahr bei der Großmutter in H untergebracht gewesen und habe dort die Schule besucht, da die Mutter berufstätig wäre. An den Wochenenden und in den Ferien sei sie immer bei der Mutter gewesen, wo sie, im Gegensatz zu den Großeltern, ein eigenes Zimmer habe. Konkret sei sie bis zum 15. Lj. von Montag nachmittags (nach der Schule) bis Freitag mittags bei der Großmutter gewesen; sie habe dort das Mittag- und Abendessen eingenommen. Ab dem 15. Lj. sei sie mit dem eigenen Moped oft schon mittwochs oder donnerstags (nach der Schule) zur Mutter gefahren. Die Mutter habe sich größtenteils um die Wäsche gekümmert und Montag abends regelmäßig frische Kleidung und Bedarfsgegenstände gebracht. Sie habe von der Mutter Taschengeld von € 10 bekommen; die Mutter habe auch ihre Medikamente (Asthma) bezahlt sowie Anschaffungen für sie der Großmutter rückerstattet. Nachdem der Großvater an Demenz erkrankt sei und sie ua. oft angeschrien habe, habe sie ab 2010 nicht mehr bei den Großeltern bleiben wollen, sodass sie zunächst mit dem Bus und ab dem 15. Lj. mit dem Moped zur Mutter gefahren und im Juli 2011 endgültig aus der Wohnung der Großeltern ausgezogen sei.

Die Berufung wurde dem UFS direkt, ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung, zur Entscheidung vorgelegt.

Laut Einsicht in das Zentrale Melderegister ist N seit September 1999 bis laufend mit Hauptwohnsitz bei der Mutter/Bw und war vom Februar 2002 bis August 2011 mit Nebenwohnsitz bei der Großmutter in H gemeldet.

Laut vorliegenden Bestätigungen hat N vom September 2006 – Juli 2010 in H die Hauptschule sowie im Schuljahr 2010/2011 die Polytechnische Schule besucht.

In Beantwortung eines Vorhaltes des UFS hat N im Schreiben vom 12. Juni 2013 im Wesentlichen angeführt:

Die Arbeit der Mutter/Bw sei weder mit Wochenend- noch Nachtdiensten verbunden gewesen. Sie habe bis zum 15. Lj. im Schnitt 4 Nächte bei der Großmutter und die restlichen 3 Nächte

bei der Mutter verbracht. Wenn unter der Woche ein Feiertag oder schulfrei gewesen sei, habe sie diesen freien Tag und die Nacht immer bei der Mutter verbracht, ebenso die Wochenenden und Ferien (1. - 6. Januar, 14. - 20. Februar, 16. - 26. April, 11. - 14. Juni, 9. Juli - 11. September, 24. - 31. Dezember), in denen sie öfters gemeinsam mit der Mutter in den Urlaub gefahren sei. Falls die Mutter in Ferienzeiten gearbeitet habe, sei sie eigenständig genug gewesen, sich selbst zu versorgen bzw. habe die Mutter nie sonderlich lange gearbeitet, dass sie den ganzen Tag alleine gewesen wäre, und habe auch der Lebensgefährte der Mutter auf sie aufgepasst. Um die Wäsche hätten sich Großmutter und Mutter gleichermaßen gekümmert. Die Mutter habe immer montagabends oder nachmittags Wäsche und Schulsachen gebracht. Die Mutter sei vorwiegend für Dinge des täglichen Lebens, für Körperpflege, Nahrung und Telefonrechnung aufgekommen. Anschaffungen durch die Großmutter (zB Schulmaterialien, Bekleidung) seien dieser durch die Mutter immer ersetzt worden. Sie habe von der Mutter ihre Handys und zum 12. Geburtstag einen Laptop geschenkt bekommen. Ein Moped habe sie vom Vater erhalten, der ansonsten nie etwas beige-steuert habe, zB auch nicht bei Brillen oder Zahnsperre, was alles die Mutter bezahlt habe. Im Zeitraum zwischen Januar und März 2010 habe sich der gesundheitliche Zustand des Großvaters und sein Verhalten derart verschlechtert, dass sie es dort nicht mehr ausgehalten habe. Ab dieser Zeit sei sie, so früh es ging, entweder mit dem Bus, sonst mit dem Moped, oft schon am Mittwoch zur Mutter und von dort in die Schule und zurück gefahren, sodass sie fast die ganze Woche (ca. 5-6 Nächte) bei der Mutter verbracht habe, die sie vollständig versorgt habe.

Obige Angaben wurden der Großmutter K vorgehalten und wurde in der Stellungnahme vom 18. Juli 2013 ihrerseits ua. erwidert:

Die Kindesmutter habe zB für Weihnachtsferien Zeiten einarbeiten müssen, was Freitag nachmittags und am Samstag erfolgt sei. Mit Ausnahme des Urlaubs der Kindesmutter von 14 und 21 Tagen habe die Enkelin die Sommerferien 2007 bis 2010 durchgehend bei der Großmutter verbracht. Kosten für Urlaubsfahrten der Kindesmutter mit der Enkelin habe die Großmutter bezahlt. Im Unterhaltsverfahren sei außer Streit gestellt worden, dass sich die Enkelin 4,5 Tage bei der Großmutter aufgehalten habe; insbesondere habe die Enkelin bei der gerichtlichen Einvernahme nicht angegeben, dass sie die gesamten Ferien bei der Mutter verbracht habe, sondern nur in Ausnahmefällen unter der Woche bei einem Feiertag bei ihr gewesen sei. Der Großteil der Kleidung sei bei der Großmutter gewesen und von ihr finanziert worden. Die Kosten von Schulmaterial und Nachhilfeunterricht hätten sich Großmutter und Mutter geteilt, alles andere (Nahrung, Jausengeld, Zeitschriften, DVDs, Internet, Friseur etc.) habe die Großmutter bezahlt. Sie habe weiters einen Videorecorder, den Fernseher und einen Computer gekauft. Ab dem 15. Lj. sei die Enkelin nach dem Abendessen mit dem Moped zur

Mutter ("nach Hause") gefahren. Die Angaben hinsichtlich Busfahrten vorher seien nur teils richtig, da die Busverbindung zur Mutter ungünstig gewesen sei.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind (dazu zählen nach Abs. 3 ua. alle Nachkommen), *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.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG gehört ein Kind zum Haushalt einer Person 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.

Zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen (§ 33 Abs. 4 Z 3 lit a EStG 1988) sind gem. § 26 FLAG zurückzuzahlen.

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG näher umschrieben; demnach kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an. Wie sich aus § 2 Abs. 2 ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht 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 Regelung über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit (VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214; VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Im Besonderen wird auch entscheidend sein, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (zB auch Schulmaterialien) sowie für Bekleidung ankommt.

Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, hängt ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind *regelmäßig nächtigt*, jedenfalls dann, wenn die betreffende Person üblicherweise die mit den Nächtigungen in Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (zB Sorgetragung für Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (vgl. VwGH 18.3.1997, 96/14/0006; VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Ein Anspruch auf Geldunterhalt spielt bei der Haushaltszugehörigkeit nach § 2 Abs. 2 erster Satz iVm Abs. 5 erster Satz FLAG keine Rolle (vgl. VwGH 15.12.2009, 2006/13/0092).

Der für einen Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch steht, 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 (VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058).

Meldebestätigungen stellen (lediglich) ein Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar (VwGH 23.2.1981, 17/1388/80; vgl. zu vor: *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG-Kommentar, Linde-Verlag, Stand 1.1.2011, Rz 140 f. zu § 2).

Im Gegenstandsfall ist festzuhalten, dass die Bw bis zum April 2012 die Familienbeihilfe immer (sozusagen "unbeanstandet") bezogen hat.

An Sachverhalt steht fest, dass sich die Tochter jedenfalls vor 2010 in der Regel wöchentlich von Montag bis Freitag mittags/nachmittags bei der Großmutter aufgehalten, sohin 4 Nächte bei dieser und 3 Nächte (Fr – Mo früh) bei der Bw verbracht hat (wo ihr ein eigenes Zimmer zur Verfügung stand) und in diesen Zeiten im jeweiligen Haushalt betreut und versorgt wurde. Dies ergibt sich aus den übereinstimmenden mehrfachen Aussagen der Bw, der Tochter und weitgehend auch der Angaben der Großmutter und insbesondere aus dem Gerichtsprotokoll im Rahmen des Pflegschaftsverfahrens vom 12. April 2012, wonach neben der diesbezüglichen Aussage der Tochter die Kindeseltern die Betreuungsleistung der Großmutter von MO – FR einvernehmlich außer Streit gestellt haben.

Wenn von der Großmutter angegeben wird, dass die Enkelin teils auch am Wochenende dann, wenn die Bw Zeiten für Ferien (zB für Weihnachten) freitags und samstags eingearbeitet habe und diesfalls die Enkelin bei der Großmutter gewesen sei, so bedeutet dies nach dem Dafürhalten des UFS, dass es sich um wenige, ausnahmsweise Aufenthalte gehandelt hat, was nichts daran ändert, dass die Tochter/Enkelin im Regelfall die Wochenenden, beginnend am Freitag mittags/nachmittags bei der Mutter verbrachte. Im Übrigen lassen diese Angaben für den UFS auch die Schlussfolgerung zu, dass die Einarbeitung von Zeiten für Ferien durch die Mutter dazu führte, dass sie im Anschluss mehr Urlaubszeit mit der Tochter verbringen

konnte, was wiederum gegen die von der Großmutter aufgestellten Behauptungen sprechen würde, dass die Enkelin auch die Ferien weitgehend – abgesehen von Urlaubsfahrten – bei der Großmutter verbracht habe.

Wenn die Großmutter unter Bezugnahme auf obgenanntes Gerichtsprotokoll ausführt, die Enkelin habe zu deren Aufenthalt in den Ferien keine Angaben gemacht bzw. nur dahin, dass sie ausnahmsweise bei einem Feiertag auch unter der Woche bei der Bw gewesen sei, so ist entgegenzuhalten, dass die dortige Befragung der N ausschließlich zum Thema "wo sie wieviele Tage pro Woche" – sohin im Regelfall unter der Woche – verbracht habe, erfolgt ist.

Was grundsätzlich die Ferienzeiten und sonstigen Feiertage anlangt, so stehen sich die jeweiligen Angaben teils diametral entgegen, wenn einerseits auf Seiten von Bw und Tochter davon gesprochen wird, dass die Tochter alle Ferien und freie Tage *immer* bei der Mutter und demgegenüber laut Großmutter nur in Ausnahmefällen und wenn überhaupt nur bei gemeinsamen Urlaubsfahrten mit und bei der Mutter verbracht habe.

Gleiches gilt im Hinblick auf die jeweils gemachten Angaben dazu, wer letztlich für die Dinge des täglichen Lebens bzw. insbesondere für größere, "außernatürliche" Anschaffungen, wie zB Handy, Computer etc., aufgekommen ist. Nach (letzthin gemachten) Angaben der Großmutter habe sie alle Kosten für Bekleidung, Nahrung, Zeitschriften, Internet, Friseur, Fernseher, Computer, Urlaubsfahrten allein getragen; lediglich die Kosten für Schulmaterial und Nachhilfeunterricht seien zwischen Großmutter und Bw geteilt worden. Nach Angaben von Bw und Tochter habe dagegen die Mutter *sämtliche* Aufwendungen finanziert bzw. der Großmutter *immer* erstattet.

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung iSd § 167 Abs. 2 BAO genügt es nach ständiger Rechtsprechung, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen läßt (zB VwGH 26.5.2011, 2011/16/0011).

Zur Frage des Aufenthaltes der Tochter in Ferienzeiten wurden obige gegensätzliche Behauptungen aufgestellt, dazu von beiden Seiten jedoch keinerlei Nachweise beigebracht. Auch hinsichtlich der Angaben der Tochter als Zeugin ist nach Ansicht des UFS nicht unbedingt ausgeschlossen, dass sie das Vorbringen der Bw stützen will. Insofern kann vom UFS nicht beurteilt werden, welchen Aussagen ein Wahrheitsgehalt zukommt, sodass diesbezüglich lediglich eine Feststellung dahin getroffen werden kann, dass die Tochter teils Feiertage unter der Woche (wie vor Gericht ausgesagt) und auch einen Teil der Ferien jedenfalls bei der Mutter verbracht hat.

Dem Vorbringen der Bw hinsichtlich der von ihr *zur Gänze* getragenen Aufwendungen ist entgegenzuhalten, dass einerseits laut vorliegendem Gerichtsbeschluss der Kindesvater einen mtl. Unterhalt von € 200 sowie ab Jänner 2009 eine Unterhaltsnachzahlung zu leisten hatte. Die Unterhaltszahlungen erfolgten an die Großmutter (insoweit auch bei ihr keine überwiegende Kostentragung vorgelegen war). Andererseits ist der Tatbestand der "überwiegenden Kostentragung" (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG) als Anspruchsvoraussetzung *subsidiär* gegenüber dem Tatbestand der Haushaltszugehörigkeit (§ 2 Abs. 2 erster Satz FLAG). Dh. dass jemand, der die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend trägt (bzw. umfangreiche finanzielle Zuwendungen tätigt), ohne dass das Kind bei ihm haushaltszugehörig ist, nur dann (nachrangig) Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, wenn das Kind bei keinem anderen (zB Groß-)Elternteil haushaltszugehörig ist. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass nach dem Vorgesagten die überwiegende Kostentragung aufgrund der Unterhaltszahlungen dem Vater zuzurechnen wäre, dieser ist aufgrund der Subsidiaritätsregelung nicht anspruchsberechtigt. Daneben ist festzuhalten, dass für die gesundheitlichen Belange (zB Zahnsperre, Brille) offenbar in erster Linie die Bw Sorge getragen hat.

Was nun die Beurteilung der im Rahmen der "Wirtschaftsgemeinschaft" als relevant zu betrachtenden "laufenden Ausgaben" (Nahrung, Kleidung, Schulmaterialien) betrifft, so kann in Würdigung aller gemachten Angaben davon ausgegangen werden, dass zumindest die Schulmaterialien und der Nachhilfeunterricht hälftig von Bw und Großmutter und auch die Kleidung teilweise von der Bw finanziert wurden. Hinsichtlich der Nahrung wird wohl naturgemäß davon auszugehen sein, dass diese der N im jeweiligen Haushalt, wo sie sich gerade aufgehalten hat, von Mutter oder Großmutter zur Verfügung gestellt wurde.

Zwecks Beantwortung der Frage der Haushaltszugehörigkeit zufolge oben dargelegter Judikatur verbleibt hier als wesentliches Kriterium, wo die überwiegende Anzahl von Nächtigungen erfolgte. Demnach wäre anhand der Anzahl von 4 Nächtigungen von einer Haushaltszugehörigkeit bei der Großmutter auszugehen. Abgesehen davon, dass im Verhältnis von 4 zu 3 Nächtigungen kein weitaus überwiegender Aufenthalt in einem der Haushalte zu erblicken ist, sondern vielmehr von einer nahezu gleichteiligen Zugehörigkeit zu beiden Haushalten auszugehen sein wird, und insbesondere dann, wenn die Tochter – wenn auch nur wenige - Ferientage bei der Bw zusätzlich verbringen würde, die Haushaltszugehörigkeit in den betreffenden Monaten wiederum bei ihr vorgelegen wäre, ist aber gleichzeitig nicht zu übersehen, dass das Gesetz keine Regelung über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen etwa nach der Dauer einer solchen Zugehörigkeit trifft. Jedenfalls ab dem Erreichen des 15. Lebensjahres ist die Tochter ohnedies schon (spätestens) am Mittwoch/Donnerstag nach Hause gefahren, sodass von 5 bzw. 4 Nächtigungen bei der Bw auszugehen ist.

Als ein Indiz für die Haushaltszugehörigkeit zur Bw kommt zunächst die seit jeher bestehende *Hauptwohnsitz*meldung der Tochter an der jeweiligen Wohnsitzadresse der Mutter in Betracht.

Um ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, noch als haushaltszugehörig ansehen zu können, darf der anderweitige Aufenthalt des Kindes nach § 2 Abs. 5 FLAG nur ein "vorübergehender" sein. Die Ausdrucksweise des Gesetzes läßt erkennen, dass die Abwesenheit von der Wohnungsgemeinschaft nur eine *zeitlich beschränkte* sein und nur einen vorübergehenden Zeitraum dauern darf, *wie dies bei einer Ausbildung oder Schulbesuch eines Kindes der Fall ist* (vgl. VwGH 19.5.1969, 1562/68).

Der VwGH hat im Erkenntnis vom 24.6.2010, 2009/16/0131, ua. ausgeführt, es wäre in Zusammenhalt mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin betr. den 5jährigen Schulbesuch des mj. Sohnes (im Ausland) die Frage zu prüfen gewesen, "*ob (der Sohn) im in Rede stehenden Zeitraum für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnte, somit die Fiktion des § 2 Abs. 5 lit b FLAG griff und die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben galt*". Der VwGH subsumiert demnach auch einen langjährigen auswärtigen Schulbesuch als Aufenthalt zum "Zweck einer Berufsausübung" unter die Bestimmung nach § 2 Abs. 5 lit b FLAG, wodurch die (aufrechte) Haushaltszugehörigkeit fingiert wird und nicht als aufgehoben gilt.

Nach der Rechtsprechung des VwGH liegt dann *kein* "vorübergehender" auswärtiger Aufenthalt mehr vor, wenn dieser auf eine nicht bestimmbare Dauer angelegt ist bzw. wenn dessen Beendigung *nicht absehbar* ist (VwGH 28.10.2009, 2008/15/0214).

Der Entscheidung des UFS vom 24.2.2004, RV/0301-W/04, lag an Sachverhalt zugrunde, dass der dortige Berufungswerber mit seinem im Wesentlichen bei den Großeltern aufhaltigen Kind – wie er abschließend vorbrachte – Urlaube und Ferienzeiten teilweise miteinander verbracht habe. Der UFS kam zum Ergebnis, dass diesfalls die Haushaltszugehörigkeit zu den Großeltern nicht aufgehoben sei, weil sich die Tochter insoweit nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung mit den Großeltern aufgehalten habe.

Demgegenüber steht aber im Gegenstandsfall fest, dass nicht nur der Kontakt zur Mutter durchgehend aufrecht war, sondern dass die Tochter regelmäßig jede Woche nahezu zeitlich gleichteilig auch bei der Mutter gelebt hat und nicht etwa nur – wie im vorgenannten Berufungsfall – manches Mal in den Ferien wenige Zeiten mit der Mutter verbrachte. Es war ganz offenkundig, bedingt durch die Berufstätigkeit der Mutter, eine Betreuungsregelung in der Weise getroffen worden, dass sich die Tochter für Zwecke des Schulbesuches an den Schultagen unter der Woche bei der Großmutter (am Schulstandort) und in den übrigen Zeiten zu einem großen Teil auch bei der Bw aufgehalten hat. Sie ist auch unter der Woche dann, wenn schulfrei war, in den Haushalt der Mutter zurückgekehrt. Bei anderweitigen

Aufenthalt zum Zweck der Ausbildung oder des Schulbesuches liegt aber nach obiger VwGH-Judikatur eine zeitlich beschränkte Abwesenheit vor. Selbst bei einer langjährigen Dauer eines auswärtigen Schulbesuches erachtet der VwGH offenkundig (in Zhg. mit § 2 Abs. 5 lit b FLAG) die Annahme der aufrechten Haushaltszugehörigkeit als möglich. Es ist auch nicht zu übersehen, dass – wie auch von der Großmutter zugestanden – die Tochter/Enkelin unmittelbar mit Erreichen des 15. Lebensjahres, als sie über ein Moped verfügte, nahezu täglich in den Haushalt der Mutter zurückgekehrt (laut Großmutter: "nach dem Abendessen *nach Hause* gefahren") ist. Sie ist auch unmittelbar nach Beendigung des Polytechnischen Lehrganges im Schuljahr 2010/11, dh. im Juli 2011 endgültig bei der Großmutter ausgezogen und lebt seither bei der Mutter; der Nebenwohnsitz wurde umgehend abgemeldet. Aus dem Zusammenhalt der hier vorliegenden Umstände – Hauptwohnsitzmeldung bei der Bw, nahezu gleichzeitiger wöchentlicher Aufenthalt bei der Mutter sowie an schulfreien Tagen und teils in den Ferien, nahezu tägliche Rückkehr zur Mutter ab dem 15. Lj., umgehende und gänzliche Rückkehr in den Haushalt der Mutter nach Beendigung der Schulausbildung – ist erkennbar, dass der Aufenthalt bei der Großmutter im strittigen Zeitraum im überwiegenden Ausmaß beschränkt war auf Zeiten des Schulbesuches. Nach der oben dargelegten Rechtsprechung des VwGH und UFS liegt aber dann ein "vorübergehender" Aufenthalt iSd § 2 Abs. 5 FLAG vor, wodurch die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben gilt, wenn dieser anderweitige Aufenthalt auf eine bestimmbare Dauer angelegt bzw. dessen Beendigung absehbar ist, wie dies lt. VwGH für Zeiten des Schulbesuches durchaus der Fall ist.

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage war daher der Berufung Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden.

Innsbruck, am 10. Dezember 2013