

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R
in der Beschwerdesache BF, vertreten durch RÄ,
über die Beschwerde vom 13.08.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde
Finanzamt Braunau Ried Schärding vom 10.07.2015 zu VNR betreffend Rückforderung zu
Unrecht im Zeitraum August 2012 bis Oktober 2012 für die Kinder K1 und K2 bezogener
Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von 1.239,60 € zu Recht
erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

Sachverhalt

Im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (August bis Oktober 2012) bezog zunächst
die Kindesmutter KM (damals Km, geborene km) für die beiden Kinder K1 und K2 die
Familienbeihilfe.

Die Ehe der Kindeseltern wurde laut Beschluss des Bezirksgerichtes Ried im Innkreis
vom 8.11.2012 gemäß § 55a EheG im Einvernehmen geschieden; dieser Scheidung
war allerdings eine Klage des Beschwerdeführers auf Ehescheidung vom 12.10.2012
vorausgegangen.

Mit Eingabe vom 27.11.2012 übermittelte der Beschwerdeführer eine Ablichtung dieses
Beschlusses an das Finanzamt und beantragte die Zuerkennung der Familienbeihilfe für
beide Kinder rückwirkend ab August 2012. In dieser Eingabe nahm der Beschwerdeführer
auch auf eine am 12.11.2012 beim Finanzamt eingelangte Eingabe vom 10.11.2012
Bezug, die von den beiden Kindern unterfertigt war. Darin wurde im Wesentlichen
vorgebracht, dass die Kindesmutter am 13.7.2012 das Haus verlassen habe und die
Familienbeihilfe nicht für die Kinder verwendet hätte, sondern für die Finanzierung des
Haushaltes mit ihrem neuen Lebensabschnittspartner AB. Das alleinige Sorgerecht für

die Kinder sei auf deren ausdrücklichen Wunsch dem Beschwerdeführer zugesprochen worden.

Mit aktenkundigem Beschluss des Bezirksgerichtes Ried im Innkreis vom 28.2.2013 wurde die zwischen den Kindeseltern am 8.11.2012 abgeschlossene Vereinbarung, wonach das Recht zur Obsorge betreffend beide Kinder allein dem Beschwerdeführer zusteht, pflegschaftsbehördlich genehmigt.

Das Finanzamt gewährte daraufhin dem Beschwerdeführer Familienbeihilfe für die beiden Kinder ab August 2012 und forderte mit Bescheid vom 3.12.2012 die für den Zeitraum August 2012 bis Oktober 2012 gewährte Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbeträgen in Höhe von 1.239,60 € von der Kindesmutter zurück, da seit Juli 2012 kein gemeinsamer Haushalt der Kindesmutter mit den Kindern mehr vorläge.

Gegen diesen Rückforderungsbescheid brachte die Kindesmutter durch ihren Rechtsvertreter mit Schriftsatz vom 2.1.2013 Beschwerde ein. Es treffe zwar zu, dass die Kindesmutter seit Mitte Juli (2012) bei ihrem Freund und nunmehrigen Lebensgefährten nächtige und seit der Scheidung (8.11.2012) auch ständig mit ihm zusammenlebe. Bis zur Scheidung habe jedoch die Kindesmutter weiterhin den ehelichen Haushalt geführt, die nötigen Einkäufe getätigt, gekocht, gewaschen, die Wäsche gebügelt, Reinigungsarbeiten erledigt und alles getan, was einer normalen Haushaltsführung entspreche. Nachdem die Ehe mit dem Kindsvater schon seit langer Zeit zerrüttet gewesen sei, habe die Kindesmutter eine Beziehung zu AB aufgenommen und bis zur Scheidung bei diesem lediglich genächtigt. An der Haushaltsführung habe sich dadurch nicht das Geringste geändert.

Nach Abweisung dieser Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 27.1.2014 und Stellung eines Vorlageantrages wurden in dem beim Bundesfinanzgericht zur GZ. RV/5101062/2014 anhängig gewesenen Verfahren die Kinder K2 und K1, der neue Lebensgefährte (und nunmehrige Ehegatte) der Kindesmutter AB, die Eltern der Kindesmutter C und D, sowie eine Freundin der Kindesmutter (E) als Zeugen einvernommen. Der von der Kindesmutter ebenfalls als Zeuge namhaft gemachte F gab eine schriftliche Stellungnahme ab. Diese Zeugen gaben zusammengefasst im Wesentlichen an:

Die Tochter K2 führte aus, dass die Kindesmutter im Juli 2012 ausgezogen und nicht mehr im Haus genächtigt habe. Sie sei aber "besuchsweise (eher stundenweise), nicht täglich", im Haus gewesen. Fallweise habe sie die Wäsche gewaschen und gekocht. An den Wochenenden sei die Mutter nicht zu Hause gewesen.

Der Sohn K1 gab an, dass er nicht wisse, wo seine Mutter in der Zeit vor der Scheidung genächtigt habe. Er habe versucht, sich da herauszuhalten. Manchmal habe sie bei seinen Großeltern genächtigt, "eventuell auch bei Herrn AB". Vor der Scheidung habe seine Mutter für ihn gekocht, wenn er mittags von der Schule nach Hause gekommen sei. Er habe (aber) oft lange Schule gehabt. Am Abend sei die Mutter nie da gewesen. Nach der

Scheidung habe sie nicht mehr für ihn gekocht und gebügelt. Die Lebenshaltungskosten hätten beide Elternteile getragen.

AB gab an, dass die Kindesmutter vom Beschwerdeführer "Mitte Juli aus dem Haus geschmissen" worden sei. Zu diesem Zeitpunkt habe dieser auch das (gemeinsame) Bankkonto gesperrt. Von Juli bis Oktober 2012 habe die Kindesmutter "täglich" das Haus des Beschwerdeführers besucht, dort zusammengeräumt und für K1 gekocht. Abends habe sie das Haus verlassen müssen.

Der Vater der Kindesmutter (C) führte aus, dass die Kindesmutter zwar vor der Scheidung öfters bei ihm und seiner Frau zu Besuch gewesen sei, genächtigt habe sie aber nie bei ihnen. Bis zur Scheidung habe sie für ihren Sohn K1 gekocht, gewaschen und gebügelt.

D gab an, dass die Kindesmutter sie vor der Scheidung oft besucht habe und manchmal auch bei ihnen genächtigt habe; wo sie sonst genächtigt habe, wisse sie nicht, ihre Tochter sei alt genug. Die Kindesmutter habe den Haushalt beim Beschwerdeführer noch bis zur Scheidung geführt.

E konnte lediglich angeben, dass sie sich vor der Scheidung öfters mit der Kindesmutter zum Frühstück getroffen habe. Dabei habe diese angegeben, dass sie schon "die Waschmaschine eingeschaltet und gekocht habe".

Schließlich berichtete F in einem Gedächtnisprotokoll von Telefonaten mit der Kindesmutter, nachdem ihr der Beschwerdeführer eröffnet habe, sich scheiden zu lassen. Dieser habe ihr den Zugriff auf das gemeinsame Konto gesperrt und erklärt, sie habe das Haus mit ihren persönlichen Sachen sofort zu verlassen. Sie habe das Haus nur am Morgen, wenn der Beschwerdeführer das Haus verlassen hatte, zum Aufräumen, Waschen und Kochen für den Sohn und gegebenenfalls für die auswärts studierende Tochter betreten dürfen.

Mit Erkenntnis vom 3.7.2015, GZ. RV/5101062/2014, gab das Bundesfinanzgericht der Beschwerde der Kindesmutter gegen den Rückforderungsbescheid vom 5.12.2012 statt. Eine Aufhebung des angefochtenen Bescheides wurde im Spruch des Erkenntnisses zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, dass eine solche beabsichtigt war, ergibt sich aber aus den Entscheidungsgründen, die zur Auslegung des insofern unvollständigen Spruches heranzuziehen sind (vgl. § 93a BAO sowie Ritz, BAO, 5. Auflage, § 92 Tz 7). In der Begründung wurde zwar zunächst im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes festgehalten, das Gesetz (FLAG) gehe erkennbar davon aus, dass ein Kind immer nur einem Haushalt angehören könne. In weiterer Folge wurde jedoch ausgeführt: *"Die Beschwerdeführerin lebte im Streitzeitraum mit ihrem nunmehrigen Ex-Ehegatten in Scheidung. Wie den Aussagen der Zeugen, insbesondere der Kinder, zu entnehmen ist, führte sie weiterhin den Haushalt (kochte, wusch die Wäsche, bügelte etc.) und verließ am Abend auf Wunsch des Ex-Ehegatten die gemeinsame Wohnung. Dieser befand sich tagsüber nicht in der gemeinsamen Wohnung. Materiell versorgt wurden die Kinder laut Zeugenaussagen von beiden Elternteilen. Somit geht das Bundesfinanzgericht davon aus, dass die Kinder im Streitzeitraum bei beiden"*

Elternteilen haushaltzugehörig waren. Eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit den Kindern war sowohl bei der Kindesmutter wie auch beim Kindsvater gegeben. Die Kinder waren zu gleichen Teilen dem Haushalt der Elternteile zugehörig. In diesem Fall ist eine analoge Anwendung des Überwiegensprinzips nicht möglich. Mangels einer gesetzlichen Regelung wird in Analogie zu der im § 2a Abs. 1 zweiter Satz FLAG enthaltenen Regelung ("Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt"), die überwiegende Haushaltzugehörigkeit der Kinder bei der Kindesmutter vermutet. Daher stand der Anspruch auf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag der Kindesmutter zu."

Daraufhin forderte das Finanzamt mit dem nunmehr verfahrensgegenständlichen **Bescheid vom 10.7.2015** vom Beschwerdeführer die für den Zeitraum August 2012 bis Oktober 2012 gewährten Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von 1.239,60 € zurück. In der Begründung wurde die Bestimmung des § 2a FLAG zitiert und – der Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes vom 3.7.2015 folgend – ausgeführt, dass (im angeführten Zeitraum) die überwiegende Haushaltzugehörigkeit der Kinder bei der Kindesmutter vermutet werde.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die **Beschwerde vom 13.8.2015**. Darin brachte der Beschwerdeführer zusammengefasst im Wesentlichen vor, die Kindesmutter habe im Scheidungsverfahren selbst zugestanden, dass sie Mitte Juli 2012 aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen sei. Den Haushalt habe sie nur bis Ende Juli geführt, da er ihr ab August verboten habe, die Wohnung unter Tags zu betreten. Es sei auch unrichtig, dass die Kinder materiell von beiden Elternteilen versorgt worden wären, sie seien vielmehr ausschließlich vom Beschwerdeführer versorgt worden. Tatsächlich hätten die Kinder bei ihm genächtigt; sein Sohn K1 ständig, seine Tochter K2, die während der Woche in P studiert und gewohnt habe, am Wochenende. Die Kosten für die Wohnung in P habe er getragen. Die Kinder wären keinesfalls zu gleichen Teilen dem Haushalt der Elternteile zugehörig gewesen. Aus diesem Grund sei auch die analoge Anwendung des § 2a Abs. 1 zweiter Satz FLAG unrichtig.

Der Beschwerde war ein Auszug aus einem vorbereitenden Schriftsatz der Rechtsvertreter der Kindesmutter im Scheidungsverfahren angeschlossen, in dem diese bestätigt, dass sie Mitte Juli (2012) aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen ist. Ferner wurde eine E-Mail der weiteren gemeinsamen Tochter K3 an die Kindesmutter vorgelegt. Schließlich übermittelte der Beschwerdeführer eine Vielzahl von Zahlungsbelegen und Kontoauszügen zum Nachweis dafür, dass die Kosten für Wohnung und Studium der Tochter K2 in P von seinem Konto bezahlt wurden. Auch ein Zahlungsbeleg für ein Dreimonatsabo (September bis Dezember 2012) einer Zeitschrift für den Sohn K1 wurde vorgelegt.

Mit **Beschwerdevorentscheidung vom 13.10.2015** wies das Finanzamt die Beschwerde ab. Nach Hinweisen auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 2 und Abs. 5 sowie § 2a FLAG führte das Finanzamt aus, dass sich das Bundesfinanzgericht in der Entscheidung zu GZ. RV/5101062/2014 ausführlich mit der Frage der Haushaltzugehörigkeit der

Kinder K1 und K2 im Zeitraum August 2012 bis Oktober 2012 auseinandergesetzt habe. Das Gericht habe aufgrund der gesetzlichen Vermutung des § 2a Abs. 1 FLAG die Familienbeihilfe der Kindesmutter zugesprochen. Nachdem Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt werde (§ 7 FLAG), habe der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für den gegenständlichen Zeitraum.

Mit **Vorlageantrag vom 12.11.2015** beantragte der Beschwerdeführer die Entscheidung über die Beschwerde durch das Bundesfinanzgericht.

Das Finanzamt legte die Beschwerde am 17.11.2015 dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

In Beantwortung eines Vorhaltes des Bundesfinanzgerichtes wies der Beschwerdeführer in einer **Stellungnahme vom 1.3.2017** im Wesentlichen nochmals darauf hin, dass die Kindesmutter Mittel Juli 2012 aus der Ehewohnung ausgezogen sei und maximal bis Ende Juli ein- bis zweimal in der Woche im Haus gewesen sei. Sie habe in den Monaten August bis Oktober 2012 keine Ausgaben für die Kinder getätigt. Die Studentenwohnung der Tochter in P habe stets der Beschwerdeführer bezahlt, ebenso ein Zimmer derselben in T. Die Kindesmutter habe keine Zahlungen für die Kinder leisten können, da der Beschwerdeführer das gemeinsame Konto gesperrt habe und die Kindesmutter nicht gewillt gewesen sei, einer Arbeit nachzugehen. Nach den Ergebnissen im Vorverfahren (Verfahren des Bundesfinanzgerichtes zur GZ. RV/5101062/2014) hätte keinesfalls davon ausgegangen werden dürfen, dass die Kinder im Streitzeitraum bei beiden Elternteilen haushaltszugehörig waren. Es sei unbestritten, dass die Kindesmutter Mitte Juli aus dem Haus ausgezogen sei. Es sei nicht festgestellt worden, dass die Kinder jemals im Haushalt des nunmehrigen Gatten der Kindesmutter betreut worden wären. Dies hätten die Kinder auch nie in ihren Aussagen angegeben. Der Haushalt der Kindesmutter sei damals keinesfalls mehr am bisherigen gemeinsamen Wohnsitz gewesen. Sie habe im bereits oben zitierten vorbereitenden Schriftsatz im Scheidungsverfahren ausdrücklich zugestanden, dass sie Mitte Juli aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen sei. Eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft könne selbst dann, wenn man einen stundenweisen Besuch in der bisherigen gemeinsamen Wohnung unterstelle, nicht vorliegen, weil man unter solcher das Zusammenleben mehrerer Personen in einer Wohnung verstehe (gemeinsame Benutzung von Badezimmer, Küche, Wohnzimmer etc.). All dies sei nach dem eigenen Vorbringen der Kindesmutter nicht mehr vorgelegen. Es könne daher keine Rede davon sein, dass, selbst wenn man der Kindesmutter den Status einer Betreuungsperson verleihe, sie die Verantwortung für das materielle Wohl (Wirtschaftsführung und -tragung) im besagten Zeitraum gehabt hätte.

Der Stellungnahme waren die Scheidungsklage des Beschwerdeführers vom 12.10.2012, ein vorbereitender Schriftsatz desselben vom 31.10.2012, der bereits eingangs zitierte Beschluss des Bezirksgerichtes Ried im Innkreis über die Scheidung im Einvernehmen sowie ein weiterer Beschluss vom 13.12.2012 übermittelt, der eine – für das gegenständliche Verfahren nicht relevante – Berichtigung der Scheidungsvereinbarung vom 8.11.2012 vornahm.

Dem Finanzamt wurde diese Stellungnahme samt Beilagen zur Wahrung des Parteiengehörs übermittelt. In der Stellungnahme vom 20.3.2017 wurde auf die bereits oben zitierten Zeugenaussagen, die Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes vom 3.7.2015 und die im gegenständlichen Verfahren ergangene Beschwerdevorentscheidung vom 13.10.2015 verwiesen.

Beweiswürdigung

Das Bundesfinanzgericht sieht es in freier Würdigung der vorliegenden Beweise als ausreichend erwiesen an, dass die Kindesmutter aus der bisherigen gemeinsamen ehelichen Wohnung Mitte Juli 2012 ausgezogen ist und dort auch nicht mehr genächtigt hat. Dies wurde von ihr selbst in der Beschwerde vom 2.1.2013 gegen den Rückforderungsbescheid vom 3.12.2012 zugestanden und wird auch in dem von ihren Rechtsvertretern im Scheidungsverfahren erstellten vorbereitenden Schriftsatz bestätigt, welcher der gegenständlichen Beschwerde auszugsweise angeschlossen wurde.

Gegenteiliges ist auch den aus dem im Verfahren zu GZ. RV/5101062/2014 vorliegenden Zeugenaussagen nicht zu entnehmen. Ab Mitte Juli 2017 lag daher kein gemeinsamer Haushalt der Kindeseltern mehr vor.

Ferner geht das Bundesfinanzgericht aufgrund der Aussagen der beiden Kinder davon aus, dass die Kindesmutter auch nach ihrem Auszug aus dieser Wohnung bis zur Scheidung im November 2012 noch Haushaltstätigkeiten verrichtet hat. Die Tochter gab an, dass die Kindesmutter fallweise noch die Wäsche gewaschen und gekocht habe; auch der Sohn bestätigte, dass seine Mutter für ihn gekocht habe, wenn er mittags von der Schule nach Hause gekommen sei. Sie habe für ihn bis zur Scheidung auch die Wäsche gebügelt. Dies wurde auch vom Vater der Kindesmutter bestätigt, gleiches ist der Zeugenaussage E zu entnehmen.

Dass die Kindesmutter nach ihrem Auszug aus der bisherigen Ehewohnung dieselbe noch zur Befriedigung ihres Wohnbedürfnisses genutzt hätte, wurde weder behauptet, noch kann derartiges aufgrund der vorliegenden Zeugenaussagen sowie dem Vorbringen des Beschwerdeführers im gegenständlichen Verfahren und der Kindesmutter im Verfahren zur GZ. RV/5101062/2014 festgestellt werden.

Rechtslage und Erwägungen

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG haben Personen unter den in dieser Bestimmung näher angeführten Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder.

§ 2 Abs. 2 FLAG lautet: "Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in 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."

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.

Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern liegt ein "Konkurrenzfall" vor (vgl. VwGH 28.11.2007, 2007/15/0058). Für diese Fälle bestimmt § 2a FLAG:

"(1) 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.

(2) 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."

Wie sich aus § 2 Abs. 2 FLAG ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit 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 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).

Schon aus diesem Grund kann die im Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 3.7.2015 geäußerte Rechtsansicht nicht mehr aufrechterhalten werden, da die in dieser Entscheidung angenommene gleichzeitige Zugehörigkeit der Kinder sowohl zum Haushalt der Kindesmutter als auch zum Haushalt des Beschwerdeführers nach der VwGH-Judikatur ausgeschlossen ist. Ein gemeinsamer Haushalt der Kindeseltern lag ab Mitte Juli 2012 nicht mehr vor.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hängt die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt (z.B. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120). Dass das Kind K1 ausschließlich in der Wohnung des Beschwerdeführers nächtigte, ist ebenso unstrittig wie der Umstand, dass auch das Kind K2 an den Wochenenden bzw. in der studienfreien Zeit in eben dieser Wohnung nächtigte. In der Wohnung des damaligen Lebensgefährten und nunmehrigen Ehegatten der Kindesmutter, bei dem diese ab Juli 2012 nächtigte, haben die Kinder nie übernachtet.

Durch den Auszug der Kindesmutter aus der bisherigen gemeinsamen Wohnung im Juli 2012 wurde die bis dahin bestehende Wohngemeinschaft mit dem Beschwerdeführer

und den Kindern beendet. Die von der Kindesmutter ungeachtet dessen fallweise erledigten Hausarbeiten ändern daran nichts (so ausdrücklich schon VwGH 28.2.2002, 2001/15/0207). Allein durch die Vornahme derartiger Tätigkeiten wird noch keine Haushaltzugehörigkeit begründet; auch eine angestellte Haushälterin, die täglich eine Wohnung reinigt, kocht und die Wäsche der Bewohner reinigt, wird allein durch diese Tätigkeit noch nicht haushaltzugehörig. Die Kindesmutter hat im vorliegenden Fall nach ihrem Auszug aus der bisherigen Ehewohnung diese nicht mehr zur Befriedigung des eigenen Wohnbedürfnisses genutzt und daher nicht mehr dort gewohnt. Wohnt eine Person aber nicht mehr in jener Wohnung, in der die Kinder weiterhin wohnen, liegt keine Wohngemeinschaft mit diesen mehr vor bzw. wird mit diesen keine Wohnung im Sinne des § 2 Abs. 5 FLAG "geteilt". Mit dem Auszug eines Elternteiles aus der (bisher) gemeinsamen (Ehe)Wohnung und dem Verbleiben des Kindes in dieser Wohnung fällt für diesen Elternteil die Anspruchsberechtigung weg, weil die Tatbestandsvoraussetzung des § 2 Abs. 2 FLAG nicht mehr gegeben ist. Es liegt damit auch kein Fall des § 2a leg. cit. mehr vor (VwGH 21.9.2009, 2009/16/0081). Bei dieser Sachlage kommt der Frage, wer von den Kindeseltern welche Lebenshaltungs- und Ausbildungskosten der allein dem Haushalt des Beschwerdeführers zugehörigen Kinder getragen hat, keine entscheidungsrelevante Bedeutung zu. Die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten für ein Kind ist gemäß § 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG nur dann für den Beihilfenanspruch maßgebend, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz (der für die Begründung des Beihilfenanspruches auf die Haushaltzugehörigkeit abstellt) anspruchsberechtigt ist.

Da somit aufgrund der Zugehörigkeit der Kinder zum Haushalt des Beschwerdeführers im beschwerdegegenständlichen Zeitraum diesem der Beihilfenanspruch zustand, erweist sich der angefochtene Rückforderungsbescheid als rechtswidrig und war daher aufzuheben.

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. Da im gegenständlichen Verfahren die entscheidungsrelevanten Rechtsfragen bereits ausreichend durch die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt sind, und die Entscheidung von dieser Rechtsprechung nicht abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

