



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 21. und 22. Bezirk betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 1. April 2001 bis 31. Juli 2001 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob im streitgegenständlichen Zeitraum die Familienbeihilfe für die gemeinsamen Kinder dem Kindesvater (= Berufungswerber) oder der Kindesmutter zusteht.

Die Kindesmutter stellte laut Aktenlage am 9. August 2001 den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab April 2001, da der Berufungswerber (Bw.) seit Ende März 2001 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt lebe.

Aufgrund dessen erließ das Finanzamt am 19. September 2001 an den Kindesvater einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) für den Zeitraum April bis Juli 2001.

Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die Kinder lt. Angaben der Ex-Gattin seit Ende März 2001 nicht mehr zum Haushalt des Bw. gehörten, weswegen ab April 2001 kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

Der Bw. erhob mit Schreiben vom 1. Oktober 2001 gegen obigen Bescheid Berufung und führte zur Begründung Folgendes aus:

„Der gemeinsame Haushalt ist nicht wie meine Gattin angegeben hat, aufgelöst. Vielmehr stimmt, dass ich die Scheidung eingereicht habe, das Verfahren ist noch offen, mein offizieller Wohnsitz ist o.a. Adresse (Meldezettelkopie) und ich komme nach wie vor für die vollen Kosten auf. Ich habe aus freien Stücken schon mit August 2001 auf die Familienbeihilfe verzichtet, damit nach einer Scheidung keine langen Verzögerungen eintreten. Mir ist bekannt, dass die Familienbeihilfe der Gattin zusteht, sie hatte aber immer im Einvernehmen mit mir darauf verzichtet.

Dass ich nur selten zu Hause bin, geschieht im Einvernehmen mit meinem Anwalt, um den ewigen Streitereien vor den Kindern auszuweichen.“

Mit Schreiben vom 24. Oktober 2001 richtete der Anwalt des Bw. an das Finanzamt folgende Stellungnahme:

„In außen bezeichneter Rechtssache wird bekanntgegeben, daß ein Meldezettel betreffend die Adresse S. nicht vorgelegt werden kann, zumal es sich hierbei um die Dienstadresse des Herrn Bw handelt.

Im weiteren wird vorgebracht, daß es nicht erfindlich ist, inwieweit eine Nächtigung in der Wohnung in AGasse , erforderlich ist um einen gemeinsamen Haushalt aufrecht zu erhalten, Bw ist aufgrund seiner Tätigkeit beim Österreichischen Bundesheer dienstlich oft wochenlang auswärts und kann daher eine regelmäßige Nächtigung nicht dargestellt werden.

Tatsächlich bestand jedoch zumindest bis einschließlich Juli 2001 ein gemeinsamer Haushalt, zumal sämtliche Aufwendungen für die gemeinsame eheliche Wohnung in AGasse nachweislich von Herrn Bw getätigt wurden, dieser überdies seiner Gattin und Kindesmutter der Tochter und des Sohn Wirtschaftsgeld von rund 4.000,-- monatlich bar übergeben hat und wurde die gegenständliche Wohnung nach wie vor regelmäßig benützt um Kontakt zu seinen Kindern zu haben bzw. um seine Kleidung zu wechseln, udgl. mehr.

Mangels Aufhebung der gemeinsamen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft vor August 2001 wird daher beantragt, die Einstellung bzw. Rückforderung der bis einschließlich Juli 2001 bezahlten Familienbeihilfe ersatzlos zu beheben.“

Mit Schreiben vom 11. März 2002 richtete der Anwalt des Bw. an das Finanzamt folgende weitere Stellungnahme:

„In außen bezeichneter Rechtssache wird auf die Eingabe vom 24.10.2001 verwiesen, ein Nachweis von Nchtigungen in der Ehwohnung im fraglichen Zeitraum könnte nur unter Einbeziehung der gemeinsamen Kinder geführt werden, worauf seitens des Einschreiters verzichtet wird, um diese nicht einer unnötigen Belastung auszusetzen.

Gleichzeitig wird in der Anlage eine Auflistung der berufsbedingten Abwesenheiten des Einschreiters vorgelegt, der zu entnehmen ist, daß im fraglichen Zeitraum längere berufs- bzw. urlaubsbedingte Absenzen vorgelegen haben und daher eine ständige Übernachtung gar nicht möglich war.

Dennoch war der Einschreiter regelmäßig in der Ehwohnung aufhältig und hatte dort jedenfalls noch den Mittelpunkt seiner Lebensinteressen.“

Mit Schreiben vom 2. April 2002 übermittelte der Rechtsanwalt eine Liste mit den durch den Beruf sowie durch Urlaub und Kuraufenthalt bedingten Abwesenheiten und führt in seiner Stellungnahme weiters aus, dass eine Nchtigungsliste nicht erstellt werden könne, weil eine solche nicht geführt worden sei. Diese Angaben könnten ohnedies aus den bereits geschilderten Gründen nicht durch Zeugen belegt werden. Der gemeinsame Haushalt sei am 8. Oktober 2001 aufgehoben worden.

Aus der Liste geht hervor, dass der Bw. im Streitzeitraum insgesamt 17 Tage berufsbedingt abwesend war sowie einen dreiwöchigen Kuraufenthalt verbracht hat.

Am 2. Mai 2002 richtete das Finanzamt an die ehemalige Gattin des Bw. folgendes Schreiben:

„Zwecks Überprüfung des Familienbeihilfenanspruches und Erledigung einer Berufung des Herrn Bw werden Sie gebeten,... Nachweise (Beweismittel) vorzulegen, aus denen hervorgeht, dass Ihre Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft mit Herrn Bw bereits im März 2001 aufgehoben wurde.“

In Ihrem Schreiben vom 11. Juni 2002 führt die Ex-Gattin des Bw. Folgendes aus:

„...Bis 4. Oktober 2001 hatte mein Ex-Gatte Zeit dem Finanzamt Beweise zu liefern, dass er zu besagtem Zeitpunkt (April – Juli 2001) zu Hause (Adresse: AGasse ) bei seinen Kindern und mir gewohnt hat. Auch von 4. – 8. März, 12. – 16. März, 18. – 21. März und vom 25. – 30. März 2001 war mein Ex-Gatte nicht in der ehelichen Wohnung. Er konnte aber den Beweis nicht erbringen, da er bereits seit 24. Februar 2001 ein Verhältnis mit einer anderen Frau hat und seit 1. April 2001 bei ihr in der Wohnung (Adresse: HStr, 1220 Wien) wohnt. Zeugen können bestätigen, dass sein Auto tagtäglich vor diesem Haus anzutreffen war. Ich war auch öfters in dieser Siedlung und habe meinen Ex-Gatten gesehen, als er das Haustor betrat.

Und so kam ich überhaupt zur Information wo er sich aufhält, wenn er nicht zu Hause bei uns war: Da mein Ex-Gatte ein Abonnement der Zeitschrift ... per Post bezog, diese Hefte aber seit Mitte April nicht mehr in unserem Postkasten waren, rief ich bei dem Verlag an und erkundigte mich wohin sie die Zeitschrift nunmehr schicken oder ob das Abonnement gekündigt sei. Die Auskunft des jungen Mannes am Telefon war sehr aufschlussreich: Wir schicken die Zeitschrift ... auf Wunsch des Kunden ... an die Adresse: AH!!! (Zur Erklärung: Diese Adresse ist diesselbe wie oben genannt, nur gibt es für diese Wohnung zwei Post-Anschriftsmöglichkeiten.)

Er bezog die Familienbeihilfe, obwohl er nicht bei den Kindern im gemeinsamen Haushalt wohnte und sie dementsprechend als Vater betreut hat.

Ich, die Kindesmutter, betreue die Kinder, auch zu besagtem Zeitpunkt, rund um die Uhr alleine und bezog aber für deren Versorgung in diesem Zeitraum keine Familienbeihilfe.

Ich hoffe mit meiner Stellungnahme geholfen zu haben, um das Verfahren zu beschleunigen. Mich würde nur interessieren, welche Beweise er erbracht hat, dass er laut seiner Aussage DOCH bei uns gewohnt hat?!? Gibt es welche?!?

Anbei bestätigten neun Zeugen durch eigenhändige Unterschrift die Richtigkeit der von der Bw. gemachten Angaben.

Mit Schreiben vom 17. Juni 2002 übermittelte das Finanzamt dem Bw. die Sachverhaltsdarstellung seiner Ex-Gattin zwecks schriftlicher Stellungnahme.

Am 30. Juni 2002 teilte der Bw. mittels Fax Folgendes mit:

„Bezugnehmend auf Ihre neuerliche Aufforderung einen Nachweis über meinen Aufenthalt in der damaligen gemeinsamen Wohnung AGasse, zu erbringen, nehme ich wie folgt Stellung:

Wie schon einmal erwähnt, kann ich keinen Nachweis erbringen, wie oft ich zwischen April und Oktober 2001 in der o.a. Wohnung genächtigt habe. Es ist wohl unüblich, dass ein Nachbar schriftliche Aufzeichnungen über den Aufenthalt anderer Mitbewohner führt. Weiters kann ich von meiner Exgattin nicht erwarten, dass sie wahrheitsgemäß zugibt, dass ich sehr wohl in der gemeinsamen Wohnung genächtigt habe.

Selbstverständlich habe ich zwischen meinen bereits eingereichten Dienstreisen immer wieder in der .... genächtigt, habe also einen gemeinsamen Haushalt geführt und auch sämtliche Kosten übernommen.

Gemäß Meldezettel bestand mein einziger Wohnsitz bis zum 8. Oktober 2001 in der o.a. Adresse.

Da aber der Auslöser eine völlige Falschaussage meiner Exgattin (mein Exgatte bezieht zu Unrecht die Familienbeihilfe, obwohl wir noch gar nicht geschieden waren!!!, kein Scheidungsurteil wurde vom do. FA verlangt, trotzdem einfach die Rückzahlung eingeleitet) war, glaube ich kaum, dass dieses Verfahren gerecht durchgeführt wird.“

Am 26. Juni 2002 richtete der Bw. an das Finanzamt folgendes Schreiben:

„...1.) Meine Exgattin hatte seit dem Frühjahr 2001 ein Verhältnis mit einem Arbeitskollegen. Dies war auch der Grund, dass ich Anfang des Jahres 2002 über meinen Anwalt ... die Scheidung eingereicht habe. Die Verhandlungen zwischen den Anwälten zogen sich über Monate hinaus.

2.) Meine derzeitige Lebensgefährtin lernte ich am 24.02.02 kennen. Meine Exgattin hatte keinerlei Ahnung davon. Außerdem lief zu diesem Zeitpunkt bereits die Scheidung. Bei der Scheidungsverhandlung hat sie sogar vor dem Richter immer nur davon gesprochen, dass ich schon eine neue Wohnung habe und nichts von einer Freundin, was doch bei einer Scheidung ausschlaggebend wäre. Das Datum hat sie von meinem Sohn erfahren, dem ich es im Februar 02 erzählt habe, als er mit meiner Tochter bei uns auf Besuch war.

3.) Alle im Schreiben meiner Exgattin angeführten Zeugen können maximal bestätigen, dass sie mich nicht zu Hause gesehen haben, wobei die Nachbarn dabei eher ausscheiden, denn wer sieht denn immer wann der Nachbar zu Hause ist. Ihre Freundin... kann nicht einmal das bestätigen, da sie nie bei uns zu Hause verkehrte. Aber alle „Zeugen“ gemeinsam können keinesfalls mein Verhältnis zu einer anderen Frau und auch nicht die tagtägliche Abstellung meines Kfz bestätigen.

Da die „Zeugen“ augenscheinlich die Unwahrheit sagen, werde ich alle in dem Schreiben angeführten Personen vor Gericht unter Eid diese Aussage wiederholen lassen.

Meine Ex-Schwägerin, Frau Schwägerin, habe ich bereits telefonisch mit Ihrer Aussage konfrontiert. Sie hat mir gesagt, dass ihre Schwester, also meine Exgattin, Sie aufgefordert hat, zu unterschreiben.

So wird es auch bei den anderen Personen gewesen sein.

Daher werde ich meine Exgattin wegen Anstiftung zu Falschaussage bei Gericht anzeigen. Wie genau es meine Exgattin mit der Wahrheit nimmt, können Sie aus dem beigelegten Schriftverkehr mit dem Scheidungsrichter ... ersehen.

Nun noch abschließend zu dem Vorwurf, ich habe die Kinder nicht betreut. Mein Anwalt .... kann bestätigen, dass ich mehrmals versucht habe, Kontakt zu den Kindern zu bekommen. Meine Exgattin hat jedoch eine übliche Hetzkampagne gegen mich zum Schaden der Kinder angezettelt. Es existiert darüber sogar ein Schriftverkehr zwischen meinem und dem Anwalt meiner Exgattin .... Und um den Kindern keinen Schaden zuzufügen, habe ich mich, nach Rücksprache mit meinem Anwalt, einer direkten Auseinandersetzung entzogen und daher auch nicht ständig in der gemeinsamen Ehwohnung gewohnt.

Ich habe jedoch während der ganzen Zeit bis zur Scheidung sämtliche Kosten (ausg. Hort der Tochter) getragen: Miete, Strom, Gas, FS, Essen, Gewand, Kfz-Kosten etc.)....“

In einer weiteren Eingabe vom 30. Dezember 2002 gibt der Bw. unter anderem an Folgendes an:

„Der gemeinsame Haushalt bestand bis 08.10.01. Ich habe auch bis einschließlich 31.10.01 die Miete für die Wohnung AGasse, bezahlt. Warum hätte ich das tun sollen, wenn es nicht auch mein ordentlicher Wohnsitz gewesen wäre. Auch alle anderen anfallenden Kosten wurden von mir übernommen.

Ich kann für meine Aufenthalte und Nächtigungen keine Zeugen nennen. Aber auch meine Exgattin kann dies nicht. Denn die in ihrem Schreiben angeführten „Zeugen“ wurden alle von ihr zur Falschaussage überredet. Dies ist jedoch Gegenstand eines privatrechtlichen Strafverfahrens...

Vielleicht gibt es doch noch eine Lösung, die beide Parteien zufrieden stellt. Gibt es nicht die Möglichkeit der Teilung der Kinderbeihilfe?..“

In einem an das Finanzamt gerichteten undatierten Schreiben nimmt der Bw. betreffend den für den Bezug der Familienbeihilfe strittigen Zeitraum April bis Juli 2001 wie folgt Stellung:

„In den Zeiträumen, in denen ich keine Dienstreise zu absolvieren hatte, war ich sehr wohl im damals gemeinsamen Haushalt (...) anwesend.

Aufgrund des lange zurückliegenden Zeitraumes kann ich aber wahrheitsgemäß nur folgendes angeben. Ich habe dort gewohnt, mit meinen Kindern auch sicher gespielt, wenn nötig gelernt und hin und wieder Essen für die beiden zubereitet. Aufgrund des gespannten Verhältnisses zu meiner Gattin habe ich meine Wäsche selbst gewaschen und gebügelt. Ich war in diesem Zeitraum auch Mitglied des Elternvereines in der VS meiner Tochter. Zusätzlich werden in der Anlage die Kopien der von meinem Konto abgebuchten Miete für die gemeinsame Wohnung ... für den fraglichen Zeitraum vorgelegt.“

In einer an das Finanzamt gerichteten e-mail schreibt der Bw. unter anderem:

„Ich bin nicht Ende März 2001, sondern erst im August 2001 aus der gemeinsamen Wohnung... ausgezogen.

Deshalb habe ich meine persönlichen Sachen und mein Gewand auch in der gemeinsamen Wohnung gelassen, da ich sie ja täglich brauchte. Meine Gattin hat mir im fraglichen Zeitraum (04 – 07:01) weder meine Wäsche gewaschen, noch gebügelt, daher musste ich dies selbst machen. Erst nach der Scheidung am 08.01.01 habe ich in der vom Richter festgesetzten Frist meine persönlichen Fahrnisse abgeholt.... Im Zeitraum 04 – 07.01 habe ich ausgenommen während der durchgeführten Dienstreisen in der gemeinsamen Wohnung in der .... geschlafen...“

Über Ersuchen des Finanzamtes teilte die Exgattin des Bw. unter anderem mit, dass ihr geschiedener Gatte die Wohnung Ende März 2001 verlassen hätte. Er hätte bis zur Scheidung die Wohnungsschlüssel gehabt und demzufolge die Wohnung jederzeit betreten können. Solange sie mit ihren Kindern in der Wohnung gewesen sei, sei er aber nicht da gewesen.

Das Finanzamt erließ am 18. Oktober 2004 eine Berufungsvorentscheidung.

Die Berufung wurde mit folgender Begründung abgewiesen:

„Gemäß § 2a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 hat für ein Kind, das zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört, derjenige Elternteil Anspruch auf Familienbeihilfe, der den Haushalt überwiegend führt. Im gegenständlichen Falle ist strittig, ob im Rückforderungszeitraum (April bis Juli 2001) ein gemeinsamer Haushalt der Eltern bestanden hat.

Ihren Angaben zufolge waren Sie in der gemeinsamen Wohnung in AGasse anwesend. Ihre persönlichen Fahrnisse befanden sich ebenfalls dort und Sie hatten die Möglichkeit, jederzeit die Wohnung zu betreten, da Sie über die Wohnungsschlüssel weiterhin bis zur erfolgten Scheidung verfügten. Ihre Aufenthalte beschränkten sich jedoch lediglich auf kurze Zeiträume, da Sie durch Ihre Dienstverrichtungen sich öfters andernorts aufhalten mussten, manchmal bei Ihrer Mutter übernachteten und um den ständigen Auseinandersetzungen während des Scheidungsverfahrens auszuweichen, die gemeinsame Wohnung nicht oft betraten.

In der Stellungnahme bestritt die Kindesmutter sämtliche Aufenthalte in der gemeinsamen Wohnung im fraglichen Zeitraum. Ihren Angaben zufolge befanden Sie sich bereits damals ständig an ihrer nunmehrigen Wohnadresse, an die Sie sich ab Mitte April 2001 auch eine Wochenzeitschrift zustellen ließen.

Aus diesem dargestellten Sachverhalt ergibt sich, dass Sie sich im fraglichen Zeitraum nicht mehr überwiegend am Familienwohnsitz aufhielten und an der gemeinsamen Haushaltsführung und am Familienleben teilnahmen.

Es bestand daher im gegenständlichen Zeitraum Ihrerseits kein gesetzlicher Anspruch auf Familienbeihilfe.“

Der Bw. stellte am 24. Oktober 2004 den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Über Ersuchen des unabhängigen Finanzsenates übermittelte der Bw. am 16. Dezember 2004 den Gerichtsbeschluss vom 8.10.2001 über die gemäß § 55a Ehegesetz im Einvernehmen erfolgte Ehescheidung.

In der Begründung führte das Gericht aus, die Ehe sei unheilbar zerrüttet und die eheliche Gemeinschaft seit mindestens einem halben Jahr aufgehoben.

---

## ***Über die Berufung wurde erwogen:***

### **1. Relevante Gesetzesbestimmungen:**

Gemäß § 26 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Ein unrechtmäßiger Familienbeihilfenbezug ist auch dann rückzufordern, wenn der Bezieher der Familienbeihilfe diese dem Kind zugewendet hat (vgl. VwGH 16.2.1988, 85/14/0130; VwGH 31.10.2000, 96/15/0001).

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Gemäß § 2 Abs 5 lit a FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

§2a FLAG 1967 lautet:

„(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.“

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

### **2. Vorliegende Beweismittel**

#### **2.1 Zusammenfassung der Aussagen der Exgattin des Bw.:**

- Der Bw. sei bereits Ende März 2001 ausgezogen und habe sich – zumindest während ihrer Anwesenheit - nicht mehr in der Wohnung aufgehalten.
- Ab Mitte April sei eine abonnierte Zeitschrift an die Adresse.... geschickt worden.
- Die Kindesmutter hätte sich ausschließlich alleine um die Kinder gekümmert.

- Der Bw. besaß bis zur Scheidung die Wohnungsschlüssel, hätte jedoch bei seiner Mutter bzw. bei seiner Freundin gewohnt.
- Bestätigung der Richtigkeit der Angaben der der Exgattin des Bw. durch eigenhändige Unterschrift von Zeugen.

## **2.2 Zusammenfassung der Aussagen des Bw.:**

- Er sei erst im August 2001 (nach anderen Schreiben Ende Juli) aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen. Auf Grund seiner Dienstreisen war er sehr selten zu Hause. Wenn er zu Hause war, habe er mit seinen Kindern gespielt, wenn nötig, mit ihnen gelernt und ihnen hin und wieder Essen zubereitet. Laut Schreiben des Rechtsanwaltes des Bw. vom 2. April 2002 ist allerdings der gemeinsame Haushalt erst am 8. Oktober 2001 aufgehoben worden.
- Eine Nächtigungsliste über getätigte Dienstreisen wurde nicht beigebracht, weil hierüber keine Aufzeichnungen geführt worden seien.
- Vorlage von Kontoauszügen, aus denen zu ersehen ist, dass der Bw. von April bis Juli 2001 noch die Miete für die Wohnung bezahlt hat. Weiters gibt der Bw. an, dass er auch die Kosten für Kleidung, Verpflegung usw. (ausgenommen die Hortkosten für seine Tochter) bis zu seinem Auszug getragen hat.
- Gewaschen und gebügelt habe er sich die Wäsche wegen des gespannten Verhältnisses zu seiner Gattin selbst.
- Der Bw. bestreitet die Richtigkeit der Zeugenaussagen.

## **2.3 Scheidungsbeschluss des Bezirksgerichtes**

Die eheliche Gemeinschaft sei seit mehr als sechs Monaten aufgelöst.

## **3. Angenommener Sachverhalt**

Der unabhängige Finanzsenat sieht es als erwiesen an, dass im Streitzeitraum kein gemeinsamer Haushalt zwischen dem Bw. und dessen damaliger Ehegattin bestanden hat. Die Gründe hierfür sind der rechtlichen Würdigung zu entnehmen.

## **4. Rechtliche Würdigung**

**4.1** Gemäß der oben zitierten Bestimmung des § 2a FLAG ist bei Vorliegen eines gemeinsamen Haushaltes der Eltern primär derjenige Elternteil anspruchsberechtigt, der den Haushalt überwiegend führt. Dass dies die Mutter war, wie dies der Gesetzgeber (widerlegbar) vermutet, wird auch vom Bw. nicht bestritten.

Der Umstand, dass dennoch der Bw. jahrelang Bezieher der Familienbeihilfe war, lässt darauf schließen, dass die Mutter als vorrangig Anspruchsberechtigte zugunsten des Bw. verzichtet hat, wobei allerdings eine explizite Verzichtserklärung nicht aktenkundig ist.

Ein Widerruf des Verzichts wäre daher jedenfalls mit dem Antrag der Kindesmutter vom 9. August 2001 auf Gewährung von Familienbeihilfe erfolgt. Aus dem Umstand, dass nach § 2a Abs. 2 FLAG ein rückwirkender Verzicht nur für Zeiträume abgegeben werden kann, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde, kann geschlossen werden, dass auch der Widerruf der Verzichtserklärung zumindest dann nicht rückwirkend erfolgen kann, wenn bereits vom anderen Elternteil Familienbeihilfe bezogen wurde.

Sollte daher im Streitzeitraum ein gemeinsamer Haushalt bestanden haben, stünde somit der Widerruf der Verzichtserklärung einem Bezug von Familienbeihilfe durch den Bw. nicht entgegen.

**4.2** Nach § 2 Abs. 2 FLAG ist die Person anspruchsberechtigt, zu deren Haushalt das Kind gehört. Liegt kein gemeinsamer Haushalt vor, ist es ohne Bedeutung, wer die Unterhaltskosten für die Kinder überwiegend getragen hat.

**4.3** Betreffend die streitentscheidende Frage, ob im fraglichen Zeitraum ein gemeinsamer Haushalt der damaligen Ehegatten bestanden hat, liegen divergierende Aussagen der beiden vor.

Der unabhängige Finanzsenat misst den Aussagen der Exgattin des Bw. höhere Glaubwürdigkeit zu; maßgebend sind hierfür folgende Umstände:

- Die Kindesmutter hat den Zeitpunkt des Auszuges Ihres Mannes immer mit „Ende März 2001“ angegeben. Dagegen stimmen die vom Bw. angegebenen Termine in den einzelnen Schreiben nicht überein.
- Durchaus glaubwürdig und von Detailkenntnissen geprägt ist auch ihre Aussage hinsichtlich des Zeitschriftenabonnements. Der Bw. ist dem auch nicht entgegen getreten.
- Ihre Aussagen wurden von mehreren Zeugen bestätigt.
- Der Bw. gesteht selbst zu, nicht ständig in der fraglichen Wohnung gewohnt zu haben.
- Besonders schwer wiegt aber der Umstand, dass laut Scheidungsbeschluss des Bezirksgerichtes die eheliche Gemeinschaft zum Zeitpunkt der Scheidung mehr als sechs Monate aufgehoben war; dies bedeutet also, zumindest ab April 2001. Wenn der Bw. nunmehr vorbringt, er sei erst im Juli (oder August) 2001 aus der ehelichen Wohnung ausgezogen (womit auch die eheliche Gemeinschaft erst zu diesem Termin



---

geendet hätte), so würde dies bedeuten, dass er vor Gericht die Unwahrheit gesagt hätte.

- Demgegenüber kommt dem Umstand, dass der Bw. sämtliche bzw. die überwiegenden Kosten des Haushaltes getragen, nur wenig Bedeutung zu; dies zum einen deshalb, weil auch in aufrechter Ehe Unterhalt für die Gattin bzw. die Kinder zu leisten ist bzw. zu leisten sein kann, zum anderen deshalb, weil der Bw. auch nach dem behaupteten Termin des Auszugs die Kosten getragen hat, also für Zeiträume, in denen jedenfalls kein gemeinsamer Haushalt mehr vorgelegen hat.
- Schließlich ist noch festzuhalten, dass nach dem Willen des Gesetzgebers – wie oben angeführt – primär Anspruchsberechtigte die Kindesmutter sein soll.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass nach der Judikatur (vgl. OGH 17.9.96, 10Ob2298/96f mwN) eine Auflösung der häuslichen Gemeinschaft selbst bei Verbleib beider Ehegatten in derselben Wohnung möglich ist, wenn die persönlichen Beziehungen der Ehegatten weitgehend ausgeschaltet sind.

Wien, am 11. Jänner 2005