



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Zemrosser und die weiteren Mitglieder ADir Krall, Komm. Rat Max Stechauner und Mag. Josef Bramer im Beisein der Schriftführerin FOI Orasch über die Berufung der Bw., Adr.1, vom 8. September 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Klagenfurt, vertreten durch Mag. Karl Zagorski, vom 18. August 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum vom 1. Oktober 2005 bis 31. August 2008 nach der am 21. Juni 2010 in 9020 Klagenfurt am Wörthersee, Dr. Herrmann-Gasse 3, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog bis August 2008 Familienbeihilfe für zwei Kinder (F. und A.). Mit Antrag vom 16. Juli 2008 beantragte der Kindesvater O. rückwirkend ab 1. Oktober 2005 die Familienbeihilfe für den gemeinsamen Sohn F., geboren am Dat., mit der Begründung, dass sein Sohn ständig bei ihm wohne und er die überwiegenden Kosten für F. monatlich finanziert habe.

Ausgehend von der Antragstellung des Kindesvaters O. leitete das Finanzamt ein amtswegiges Überprüfungsverfahren zur Klärung der Frage des Beihilfenanspruches für das Kind F. ein.

An die Bw. (Kindesmutter) erging am 24.7.2008 in diesem Zusammenhang folgender Bedenken vorhalt:

„Laut Abfrage im Zentralen Melderegister ist Ihr Sohn F. seit Mai 2000 mit Hauptwohnsitz in Adr.2 und seit 29.9.2005 mit Nebenwohnsitz in Adr.1 (in Ihrem Haushalt) angemeldet.

Sie werden nun ersucht mitzuteilen auf welchem Wohnsitz sich Ihr Sohn F. seit September 2005 überwiegend aufgehalten hat. (Wie viele Tage im Monat und im gesamten Zeitraum bis Juli 2008; gegebenenfalls ist eine Aufstellung beizulegen).

Wurde betreffend der Obsorge für F. vor seinem 18. Lebensjahr eine gerichtliche Entscheidung getroffen? Wenn ja – Beschlussvorlage in Kopie.“

Mit Eingabe vom 4.8.2008 teilte die Bw. dazu im Wesentlichen mit, dass ihr Sohn beim Kindesvater zwar gemeldet gewesen, allerdings an der Mehrzahl der Monatstage bis einschließlich Juli 2008 bei ihr wohnhaft gewesen sei. Bezuglich der Obsorge für F. vor seinem 18. Lebensjahr habe es keinen eigenen Obsorgebeschluss geben, die Obsorge für F. sei jedoch überwiegend von ihr wahrgenommen worden.

Mit Eingabe vom 11.8.2008 teilte der Kindesvater O. dem Finanzamt im Rahmen der Vorhaltsbeantwortung auf die Fragen des Finanzamtes Folgendes mit:

„Ergänzung zum Antrag auf Familienbeihilfe für F.K.:

- Seit wann lebt F. ständig in Ihrem Haushalt?

F. lebt seit dem Jahr 2000 ständig in meinem Haushalt. Nach meiner Trennung von der Mutter von F. im September 2005 blieb er bei mir wohnhaft und bei mir gemeldet.

- Weshalb ist F. mit Nebenwohnsitz bei der Mutter gemeldet?

Dass er mit Nebenwohnsitz bei der Mutter gemeldet ist, ist mir und meinem Sohn F. erst seit kurzem bekannt und wurde nicht durch mich veranlasst, daher kann ich auch nicht beantworten warum!

- Hat F. im Haushalt der Mutter gelebt? Bitte neue Angaben in welchem Zeitraum.

Im Juli 2008 lebt F. im Haushalt der Mutter, lt. seinen eigenen Aussagen aber nur vorübergehend.

- Hat F. Wochen sowohl bei Ihnen als auch bei der Mutter im Haushalt verbracht? In welchem Zeitraum?

F. hat wie andere Trennungs-Kinder auch seinen anderen Elternteil, also in unserem Fall die Mutter, regelmäßig besucht und auch manchmal dort übernachtet, er ist aber nie mit seinen Sachen bei mir aus- und bei der Mutter eingezogen. Sein Lebensmittelpunkt war immer in K.. Gleichzeitig hat meine Tochter A., die bei der Mutter lebt, viele Tage und Wochenenden in diesem Zeitraum bei mir verbracht.

Etwas mehr Zeit im Haushalt der Mutter hat F. erst nach seinem 18. Geburtstag verbracht, da er aus erziehungstechnischen Gründen von mir nicht mehr überallhin gebracht wurde, von der Mutter allerdings schon. Aber auch in diesem Zeitraum ist er niemals ausgezogen.

- Weshalb stellen Sie den Antrag auf Familienbeihilfe im Juli 2008 für F. rückwirkend ab 10/2005?

Bei der Trennung habe ich mit der Mutter von F. mündlich vereinbart, dass wir gegenseitig auf Unterhaltszahlungen verzichten, da unsere Tochter A. bei ihr lebt und unser Sohn F. bei mir. In der gesamten Zeit seit der Trennung (also seit 10/2005) hat die Mutter außerdem die Familienbeihilfe für beide Kinder erhalten. Anfänglich (ebenfalls mündlich vereinbart) wollte sie die Familienbeihilfe für F. an mich weiterleiten, hat dies aber nie getan.

Nun hat Frau X. bei Gericht Unterhaltsforderungen (€ 400,00 monatlich) für unsere Tochter A. rückwirkend mit 10/2005 gestellt. Da die Forderungen von Frau X. meine finanziellen

Möglichkeiten übersteigen, sehe auch ich mich gezwungen, die eigentlich mir zustehende Familienbeihilfe für F. von ihr einzufordern.“

In zwei Aktenvermerken (dat. 23.7.2008 und 4.8.2008) wurde von der zuständigen Sachbearbeiterin im Verwaltungsakt ergänzend festgehalten, dass laut den Arbeitnehmerveranlagungserklärungen 2006 und 2007 des Kindes F. jeweils als Wohnsitz die Adresse Ort, also der gemeinsame Wohnsitz beim Kindesvater, angegeben worden war.

Mit Bescheid vom 18. August 2008 forderte das Finanzamt von der Bw. Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Oktober 2005 bis August 2008 zurück. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, dass gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hätten, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehöre, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage, habe dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt sei. Der Sohn der Bw. sei seit 29. September 2005 nicht mehr bei ihr haushaltsgerecht gewesen, weshalb bei ihr der Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag im angeführten Zeitraum nicht bestanden habe.

In der gegen diesen Bescheid erhobenen Berufung brachte die Bw. im Wesentlichen vor, dass das Finanzamt ihr die Familienbeihilfe mit der Begründung, ihr Sohn F. gehöre seit 29.09.2005 nicht mehr ihrem Haushalt an, gestrichen habe.

Dieser Sachverhalt sei nicht richtig, da zum Haushalt einer Person ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann gehöre, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teile. Ihr Sohn F. wäre im genannten Zeitraum überwiegend (jeweils Montag bis Freitag) in ihrem Haushalt lebend gewesen. Dabei seien von ihr auch Zuwendungen wie Essen, Bekleidung usw. geleistet worden.

Auf die Meldung (Wohnsitz) und die Obsorge komme es in diesem Fall nicht an, vielmehr komme es auf die tatsächlich vorliegenden Verhältnisse in Bezug auf die Haushaltsgerechtigkeit (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an.

Für die Beurteilung der Haushaltsgerechtigkeit sei ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht.

Polizeiliche Meldebestätigungen würden lediglich ein – widerlegbares – Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft darstellen, seien jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern.

Nach ständiger Rechtsprechung genüge es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich habe und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließe oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lasse.

Auch wurde um Beachtung der beiliegenden Bestätigung ihres Sohnes ersucht, in dem dieser ua. ausführte „speziell im Zeitraum August 2006 bis August 2008 während der Arbeitswoche (Montag bis Freitag) überwiegend in ihrem Haushalt gelebt zu haben“.

Abschließend stellte die Bw. das Ersuchen, ihre Berufungsausführungen zu berücksichtigen und einen neuen Bescheid über den Bezug der Familienbeihilfe zu erlassen.

Auch stellte die Bw. gemäß § 282 Abs. 1 Z 1 bzw. § 284 Abs. 1 Z 1 BAO den Antrag, dass im Falle einer Vorlage der Berufung an den UFS über ihre Berufung der gesamte Berufungssenat im Rahmen einer mündlichen Verhandlung entscheiden möge.

Die der Berufung beigelegte Bestätigung des Sohnes F. der Bw., datiert mit 3.9.2008, hat folgenden Inhalt:

„Hiermit erkläre ich, F.K., dass ich im Zeitraum vom September 2005 – Juli 2006 vorwiegend bei meinem Vater war, jedoch jeden Tag von meiner Mutter beim Zug abgeholt wurde und zu meinem Vater gebracht wurde.

Von August 2006 – August 2008 während der Arbeitszeit vorwiegend bei meiner Mutter war. Außerdem bestätige ich hiermit, dass ich die gesamte Familienbeihilfe in diesen drei Jahren erhalten habe (von meiner Mutter).“

In der Vorhaltsbeantwortung vom 24.10.2008 führte der Kindesvater O. zu einem weiteren Auskunftsersuchen des Finanzamtes Folgendes aus:

„Ergänzende Auskunft zum Antrag auf Familienbeihilfe für F.K. ab Oktober 2005

Bereits am 10.08.2008 habe ich zu Fragen bezüglich meines Antrages auf Familienbeihilfe für F.K. , geb. am Dat., rückwirkend mit Oktober 2005, Stellung bezogen.

Diese Stellungnahme überschneidet sich in vielen Punkten mit den nun neuerlich gestellten Fragen.

Frage:

F. hatte für die Zeit von September 2005 bis Juli 2006 einen Freifahrtausweis von Z. bei E. bis nach T.. Hat sich F. in dieser Zeit überwiegend bei der Kindesmutter aufgehalten?

Antwort:

F. hat sich in diesem Zeitraum überwiegend bei mir, dem Kindesvater, aufgehalten. F. hat sich bei der Trennung dafür entschieden, bei mir, dem Kindesvater, wohnhaft zu bleiben. Er wollte unter keinen Umständen seine Heimat verlassen und mit der Kindesmutter nach G. ziehen. Er hat die Kindesmutter allerdings hin und wieder besucht, hat an Tagen, an denen hier niemand zu Hause war, dort zu Mittag gegessen und auch manchmal dort übernachtet. Da er dort aber kein eigenes Zimmer hatte, übernachtete er dort nur in Ausnahmefällen. Um in diesen Ausnahmefällen von der Wohnung der Kindesmutter in die Schule zu kommen, hatte er einen Freifahrtausweis.

Frage:

Wenn nicht – Wie gestaltete sich der Tagesablauf Ihres Sohnes?

Antwort:

F. fuhr morgens mit seinem Moped zum Bahnhof in Klagenfurt und von dort mit dem Zug nach T. zur Schule. Die Heimfahrt erfolgte ebenso, mit dem Zug nach Klagenfurt, mit dem Moped nach K.. Bei Schlechtwetter wurde er von mir mit dem Auto zum Bahnhof gebracht und am Nachmittag dort wieder abgeholt.

Manchmal, wenn er bei der Mutter aß, wurde er dort von mir abgeholt. Für das Essen sorgte normalerweise meine Mutter, Name, die jeden Tag für uns kochte.

Ca. alle 10 Tage hatte ich einen Nachtdienst, von dem ich erst um 8.00 Uhr morgens zurückkam. In solchen Nächten schlief er manchmal (bei Schlechtwetter, im Winter) bei seiner Mutter, um leichter in die Schule zu gelangen. Wenn er aus diesem Grund bei der Mutter

schlafen musste, legte er Wert darauf, erst spät abends zur Mutter gebracht zu werden, da er seine Freizeit in K. verbringen wollte. In seiner Freizeit half er mir häufig bei der Waldarbeit. Er ist aktiv bei der Freiwilligen Feuerwehr R. tätig.

Die Abende verbrachte mein Sohn in meinem Haushalt, bzw. traf sich – wie in diesem Alter üblich – mit seinen Freunden im Dorf. Die Wochenenden verbrachte er fast ausschließlich bei mir in K., da er – wie schon oben und in der letzten Stellungnahme erwähnt – bei der Kindesmutter kein eigenes Zimmer zur Verfügung hatte.

Frage:

Hält sich Ihr Sohn F. seit Beginn seiner Lehre (August 2006) überwiegend im Haushalt der Kindesmutter auf?

Antwort:

Nein! Mein Sohn F. hat im Juli 2006 die Schule abgebrochen und durch meine Unterstützung im August eine Lehrstelle gefunden. Er blieb bei mir wohnhaft und hielt sich den überwiegenden Teil seiner Freizeit in meinem Haushalt auf.

Frage:

Sollte er Ihrem Haushalt angehört haben, wird ersucht ab August 2006 den Tagesablauf Ihres Sohnes anzugeben.

Antwort:

Der Tagesablauf gestaltete sich ähnlich wie zu Schulzeiten, morgens fuhr er mit dem Moped zu seiner Arbeitsstelle, abends mit dem Moped wieder zurück. Für das Essen sorgte weiterhin meine Mutter, Name, die jeden Tag für uns kochte.

Die Abende verbrachte er vermehrt mit seinen Freunden, schlief überwiegend in meinem Haushalt in K.. Im Winter und bei Schlechtwetter fuhr ich ihn zur Arbeit und holte in nachmittags dort wieder ab.

In den Fällen, wenn ich Nachtdienst hatte, schlief er wie schon zu Schulzeiten, bei der Kindesmutter.

In den Wintermonaten Dezember und Jänner schlief er unter der Woche häufiger bei der Mutter, weil es für ihn so bequemer war in die Arbeit zu kommen (Großmutter – Mutter – Taxidienst). Nachmittags (nach Arbeitsende) hielt er sich dennoch in meinem Haushalt in K. auf, ließ sich spätabends von der Mutter abholen um morgens von ihr zur Arbeit gebracht zu werden. Das beschränkte sich allerdings wirklich auf diese Monate. Nach seinen eigenen Aussagen, "kann er im Haushalt der Mutter nicht leben"!

Nach dem Winter verließ der Alltag wie vorher, bis Juli 2007. In dieser Zeit wollte F., dass ich ihn täglich zur Arbeit bringe und hole, weil sein Moped kaputt war und er keine Lust hatte, es reparieren zu lassen. Da er in diesem Monat 18 Jahre alt geworden war und bereits den Kurs für den theoretischen Teil der Führerscheinprüfung absolviert hatte, wollte ich Druck auf ihn ausüben, den Führerschein so bald wie möglich zu machen. Also stellte ich meine "Taxitätigkeiten" für ihn ein. Im Gegenzug machte er aber nicht auf schnellstem Wege den Führerschein, sondern schlief einige Wochen bei der Mutter, ließ sich nach der Arbeit nach K. bringen und vor dem Schlafengehen wieder holen. Sein Lebensmittelpunkt blieb aber trotz der Unstimmigkeiten mit mir in K.. Die Wochenenden verbrachte er weiterhin beinahe ausschließlich in meinem Haushalt.

Im Winter 2008 (November 07 bis Februar 08) hielt sich F. nächtens oft im Haushalt der Mutter auf, trotzdem war er nach der Arbeit fast täglich bei mir in K., aß bei meiner Mutter, die nach wie vor für uns kochte, und ließ sich spätabends wieder von Großmutter oder Kindesmutter ins Tal chauffieren. Im Sommer fuhr er vorübergehend auch wieder mit dem Motorrad zur Arbeit.

Seit er seinen Führerschein gemacht hat, im April 2008, lebte er wieder ausschließlich in meinem Haushalt, nunmehr allein mit meiner Mutter im alten Haus (Haus 1), da ich mittlerweile ins neue Haus (Haus 2), das ich nebenan errichtet habe, eingezogen bin.

Seither steht ihm dieses Haus (Haus 1) mit über 120 m² zur alleinigen Verfügung (meine Mutter bewohnt einen abgegrenzten Bereich). Im Juni und Juli hatten wir einige Differenzen und F. wollte sich überlegen, ob er zur Mutter oder in eine eigene Wohnung ziehen wollte. In dieser Zeit war er in meinem Haushalt nur zu Besuch, schlief meist aber auswärts. Seit August

2008 wohnt er wieder fix in meinem Haushalt (Haus 1) und verbringt den überwiegenden Teil seiner Freizeit in K. . "

Am 29. Jänner 2009 wurde am Finanzamt Klagenfurt mit dem volljährigen Sohn F. folgende Niederschrift aufgenommen:

„Niederschrift

mit X. F., geboren am Dat., von Beruf Tischler, betreffend Auskunft betreffend des überwiegenden Aufenthaltes von Hr. X. im Haushalt der Kindesmutter, bzw. des Kindesvaters - als Zeuge - in Gegenwart von S..

Der Zeuge wurde

- darauf hingewiesen, dass die Aussage in den im § 171 Bundesabgabenordnung genannten Fällen verweigert werden kann*
- ermahnt, die Wahrheit anzugeben und nichts zu verschweigen*
- auf den Anspruch auf Zeugengebühren hingewiesen (§ 176 Bundesabgabenordnung)*

Auf die strafrechtlichen Folgen einer falschen Aussage als Zeuge wurde Herr X. F. aufmerksam gemacht (§ 289 Strafgesetzbuch).

Die Niederschrift wurde gelesen, eine Zweitschrift der Niederschrift wurde ausgehändigt.

Bei Auszug der Mutter, X. M. vom Wohnsitz in Adr.2 mit 29.9.2005, ist Hr. X. F. im Haushalt des Vaters verblieben.

Ein eigenes Zimmer an der Adresse Adr.1, stand Hr. X. F. dem Grunde nach bis dato nicht zur Verfügung.

Bei gelegentlichen Übernachtungen konnte Hr. X. F. entweder im Bett seiner Schwester, oder im SZ der Mutter übernachten.

Während des Schuljahres 2005/2006 verbrachte F. nach Unterrichtsende ca. 1 bis 2 Mal in der Woche den Tag bei der Kindesmutter, nächtigte jedoch beim Vater. (je nach Dienst des Vaters, wurde F. von der Mutter am Hbf Klagenfurt abgeholt und verbrachte den Nachmittag bei der Mutter mit Mittagessen).

Freifahrt 9/05-7/06 wurde bis Z./E. beantragt, da F. überwiegend bei der Mutter zu Mittag aß und danach zum Vater gefahren wurde.

Wochenenden wurden unregelmäßig bei der Kindesmutter verbracht – ca. 2 mal im Monat.

Ab August 2006 (Lehrzeitbeginn) gibt Hr. X. F. überwiegend Aufenthalt im Haushalt des Vaters an, war bereits mobil (Moped) = selbst die Fahrten zum Lehrplatz und nach Hause nach Adr.2 durchgeführt; die Fahrt zur Mutter wäre ein Umweg gewesen.

In den Wintermonaten 2006/2007 (11/06 – Anfang 3/07) mehrfach Aufenthalt bei der Kindesmutter – jedoch unregelmäßig und nicht jedes Monat gleich (3 Tage Mutter, 2 Tage Vater = je nach Witterung hat F. bei der Mutter genächtigt).

Urlaubstage, bzw. freie Tage, wurden jedenfalls in Adr.2 verbracht.

2. Lehrjahr (August 2007 bis August 2008)

Gleicher Sachverhalt wie 1. Lehrjahr bis ca. Mitte 7/2008, wobei ab April 2008 Hr. X. F. mit einem PKW die Fahrten durchführte. Mittagessen teilweise bei der Mutter, bzw. in Adr.2; Im Winter 07/08 war Hr. X. F. jedoch beruflich bedingt längere Zeit im Ausland (Stuttgart und Paris ca. 1-2 Monate annähernd durchgehend – somit unter der Woche keine Aufenthalte bei der Mutter).

Die letzte Juli-Woche und erste August-Woche 2008 war F. im Haushalt der Kindesmutter in Adr.1, da es mit dem Vater Spannungen gab. Dies war in Summe die längste Zeit ohne Unterbrechung, die F. bei der Mutter verbrachte.

Im Zeitraum September 2005 bis August 2008 verbrachte F. nach eigenen Angaben 3/4 seiner Nächtigungen im Haushalt des Vaters.

Ein Auszug von Adr.2 war dem Grunde nach nie beabsichtigt.

Ab 3/2008 lebt Hr. X. F. dem Grunde nach in einem eigenen HH in Adr.2 aa – offiziell umgemeldet mit 16.1.2009;

Der Kindesvater bestreitet seither die Kosten der Wohneinheit von ca. € 250,00 bis € 300,00.

Die Kindesmutter wurde verpflichtet im 3. Lj. € 80,00 an Unterhalt zu leisten. (It. Auskunft des KV).

Bis auf teilw. Mittagessen muss Hr. X. F. für seine persönlichen Aufwendungen selbst aufkommen.“

Mit Berufungsvorentscheidung vom 4. Februar 2009 wies das Finanzamt die Berufung der Bw. als unbegründet ab. Begründend führte das Finanzamt dazu Folgendes wörtlich aus:

„Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe. 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 Abs. 5 dieser Bestimmung gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Das Gesetz räumt den Anspruch auf Familienbeihilfe primär demjenigen ein, zu dessen Haushalt das Kind gehört. Voraussetzung für eine solche Haushaltsgemeinschaft ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft. Die Haushaltsgemeinschaft gilt gemäß § 2 Abs. 5 FLAG u.a. dann 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.*

Als vorübergehend wird ein Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung dann anzusehen sein, wenn aus den Umständen des Falles darauf geschlossen werden kann, dass das Kind nach absehbarer Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird. Daraus folgt, dass dem Kind auch noch in der elterlichen Wohnung ein Platz zur Verfügung stehen muss und die Wohngemeinschaft mit den Eltern/dem Elternteil nicht gelöst worden ist.

Gemäß § 25 FLAG 1967 sind Personen, denen Familienbeihilfe gewährt wird, verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderung des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, bei dem zuständigen Finanzamt zu erfolgen.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 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 FLAG genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist. § 26 leg.cit. gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag.

Unstrittig ist, dass Sie mit Ende September 2005 aus der Wohnung des Kindesvaters in Adr. 2, E. ausgezogen sind, und die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für F. im Streitzeitraum an Sie ausbezahlt wurden. Weiters ist richtig, dass eine polizeiliche Meldung des Wohnsitzes durchaus ein widerlegbares Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft darstellen kann.

Als eine Wohngemeinschaft wird bezeichnet als das ständige Zusammenleben mehrerer Personen in einer Wohnung und die Benützung der allgemeinen Räume wie z.B. Bad, Küche und Wohnzimmer. Ebenfalls wesentlich für das tatsächliche Bestehen einer Wohngemeinschaft ist das zur Verfügungstehen eines eigenen Platzes in der Wohneinheit, und die uneingeschränkte Benützungsmöglichkeit derselben zu jeder, sowie der überwiegenden, und somit hauptsächlichen Zeit.

Für das Bestehen einer Wohngemeinschaft kann somit nicht sprechen, das Verweilen zu unregelmäßigen Zeiten und unterschiedlicher Dauer in einem Haushalt und das Teilnehmen zu diversen Mahlzeiten. Auch Leistungen, wie Zuwendungen für Bekleidung, Fahrtendienste, etc. sind nicht für die Beurteilung, ob eine Haushaltsgemeinschaft besteht, von Relevanz.

Im Sinne des § 167 Bundesabgabenordnung (BAO) hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Das Beweisverfahren wird vor allem unter anderem beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln (keine gesetzliche Rangordnung, keine formalen Regeln) gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen.

Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, 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 (Ritz, BAO-Kommentar, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN).

Im Zuge des Verfahrens kommt das Finanzamt zum Schluss, dass Ihr Sohn F. ab Oktober 2005 dem Haushalt des Kindesvaters angehörte, weil Sie im Laufe des Monats September 2005 aus dem ursprünglich gemeinsamen Haushalt in Adr.2, ausgeschieden sind. Zu dieser Ansicht wird deshalb gelangt, weil Ihrem Sohn F. nur in Adr.2 weiterhin ein Zimmer zur Verfügung stand, er nach eigenen Angaben keine Handlungen setzte den Haushalt in Adr.2 auf Dauer zu verlassen. In Ihrem Haushalt in Adr.1, stand Ihrem Sohn kein eigenes Zimmer, bzw. eigenes Bett uneingeschränkt zur Verfügung. Weiters wurden die, den Sachverhalt betreffenden, relevanten Fakten von Seiten Ihres Sohnes F. bestätigt. Anzumerken ist, dass Ihre Angaben bezüglich der Mittagessen, nachmittäglichen Aufenthalte von F. in Ihrem Haushalt, bzw. der diversen Nächtigungen in Ihrem Haushalt, Fahrtendienste, etc. von Ihrem Sohn sinngemäß bestätigt wurden.“

Mit Schreiben vom 11. Februar 2009 stellte die Bw. den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Unter Verweis auf ihre bisherige Berufungsargumentationen führte die Bw. darin ua. ergänzend aus, dass ihr Sohn F. in der Zeit von August 2006 bis August 2008 überwiegend in ihrem Haushalt gelebt habe. Der Umstand, dass ihrem Sohn in ihrer Wohnung kein eigenes Zimmer und kein eigenes Bett zur Verfügung gestanden sei, könne wohl nicht als Argument zur Ablehnung ihres Berufungsbegehrens herangezogen werden, oder gehe die Finanzverwaltung davon aus, dass jeder Jugendliche in Kärnten über ein eigenes Zimmer verfüge. Wiederholend wies die Bw. darauf hin, dass ihr Sohn F. im angeführten Zeitraum auch überwiegend bei ihr genächtigt habe. Durch Befragung ihrer Mutter als auch durch ihren Sohn F. selbst könne der geschilderte Sachverhalt bestätigt werden. Abschließend wies die Bw. darauf hin, dass mit dem Kindesvater vereinbart gewesen sei, dass durch sie die Familienbeihilfe für den gemeinsamen Sohn F. weiterhin bezogen hätte werden können. Erst als sie Unterhaltszahlungen für die gemeinsame Tochter eingefordert habe, habe der Kindesvater das Finanzamt Klagenfurt über den Sachverhalt der Familienbeihilfe für den gemeinsamen Sohn F. informiert (Meldung – Anzeige).

Mit Vorlagebericht vom 7. Juli 2009 stellte das Finanzamt den Antrag auf Abweisung der Berufung im Sinne der erlassenen Berufungsvorentscheidung.

Im Zuge des zweitinstanzlichen Verfahrens wurde der Bw. in Wahrung des Parteiengehörs der zum Streitbegehr von Seiten des Finanzamtes laut Verwaltungsakt aktenkundig erhobene Sachverhalt (ua. zwei Vorhaltsbeantwortungen durch den Kindesvater, Niederschrift über die

Zeugeneinvernahme ihres volljährigen Sohnes F. und ein Aktenvermerk des Finanzamtes) vom UFS-Referenten zur Kenntnis- und allfälligen Stellungnahme übermittelt. Ferner wurde die Bw. in diesem Bedenkenvorhalt vom 26.5.2010 ua. nach Darlegung der auf den Streitfall anzuwendenden rechtlichen Aspekte auch darauf hingewiesen, dass eine ausreichend tragfähige Sachverhaltsbasis mit der Schlussfolgerung, nämlich dass ihr Sohn F. in einem Monat des Rückforderungszeitraumes, bei ihr der Bw. überwiegend bzw. dauerhaft in Form einer gemeinsamen Familienwohnsitz und –wirtschaftsführung, haushaltszugehörig gewesen sei, nach der derzeit zu beurteilenden Sach- und Aktenlage im Rahmen freier Beweiswürdigung nicht ableitbar wäre. Weiters wurde die Bw. aufgefordert, den behaupteten „Haushaltzugehörigkeitsnachweis für ihren Sohn F.“, bezogen auf den jeweiligen Kalendermonat im Rückforderungszeitraum, durch Vorlage geeigneter Unterlagen unter Beweis zu stellen.

Von Seiten der Bw. erfolgte auf den Bedenkenvorhalt des UFS keine schriftliche Stellungnahme und auch keine Vorlage von weiteren Beweismitteln.

In der am 21. Juni 2010 abgeführten mündlichen Berufungsverhandlung wurde von Seiten der Bw. abermals bekräftigt, dass ihr Sohn F. oft bei ihr im Hausalt anwesend gewesen sei und sie führte weiters ins Treffen, dass sie auch zahlreiche Aufwendungen (zB. Kostenübernahme für den Ersatz eines ausgeschlagenen Zahnes, Bekleidung, Impfungen, Reisepass, Führerschein) für ihren Sohn getragen habe.

Auf Befragung, weshalb sie zur Leistung eines Unterhalts für den Sohn F. vom Bezirksgericht verpflichtet worden sei, gab die Bw. an, dass sie zum damaligen Zeitpunkt nicht an die Konsequenzen gedacht habe, welche sich aus dem Anerkenntnis der Haushaltzugehörigkeit von F. zum Haushalt des Vaters ergeben würden.

Sie sei allerdings im Rahmen des abgeführten Unterhaltsverfahrens für die gemeinsamen Kinder (A. und F.) verpflichtet worden ab dem dritten Lehrjahr von F. an den Kindesvater O. einen monatlichen Unterhalt in Höhe von € 80,00 zu leisten. Insgesamt habe die Gegenverrechnung der wechselseitigen Unterhaltsverpflichtungen für die gemeinsamen Kinder (A. und F.) bis zum Jahre 2008 ein Guthaben von etwas mehr als € 3.000,00 zu ihren Gunsten beträglich ergeben. Seit dem Lehrabschluss von F. müsse sie keinen Unterhalt mehr an den Kindesvater leisten. Wohl aber sei der Kindesvater verpflichtet für die Tochter A. monatlich € 400,00 an Unterhalt seit 2008 zu bezahlen. Weiters sei der Kindesvater von A. verpflichtet worden „offene Unterhaltsrückstände“ für diese durch monatliche Ratenzahlungen in Höhe von € 100,00 zu begleichen, sodass sie seit 2008 insgesamt monatlich € 500 von ihrem ehemaligen Lebensgefährten an Unterhaltsleistungen ausbezahlt bekomme.

Zur Frage der ab dem Zeitpunkt der Auflösung der Lebensgemeinschaft mit dem Kindesvater ab September 2005 bezogenen Familienbeihilfe für F., gab die Bw. an, dass hinsichtlich des

FB-Bezuges für F. zwischen ihr und dem Kindesvater eine ausdrückliche mündliche Vereinbarung bestanden habe, wonach sie die Familienbeihilfe für F. weiterhin beziehen solle, diese jedoch an F. weiterzugeben habe. Auch führte die Bw. ins Treffen, dass die vom Kindesvater gegenüber dem Finanzamt geäußerte Behauptung, es habe eine mündliche Vereinbarung eines wechselseitigen Unterhaltsverzichtes für die beiden gemeinsamen Kinder gegeben, bestritten werde. Anfänglich seien die von ihr für F. bezogenen Familienbeihilfenbeträge auf ein Sparbuch eingelegt worden, wobei vom angesparten Betrag auf Wunsch des Sohnes diesem eine Motocross-Maschine gekauft bzw. finanziert worden war. In weiterer Folge seien die monatlichen Familienbeihilfenbeträge jeweils in Barbeträgen an F. von ihr ausgefolgt worden. Auf Befragung gab die Bw. bekannt, dass die von ihr eingangs erwähnten Aufwendungen bzw. Kostenübernahmen für ihren Sohn nicht von den Familienbeihilfenbeträgen des Sohnes finanziert, sondern gesondert aus ihrem Lohn als Verkäuferin bzw. zuvor als Tankstellenangestellte bestritten worden waren.

Abschließend stellte die Bw. wiederholend die Bitte ihren Sohn F. aus dem gegenständlichen Verfahren herauszuhalten und nicht durch den gesamten Senat als „Zeugen“ nochmals einvernehmen zu lassen.

Der Finanzamtsvertreter entgegnet zum Vorbringen der Bw., dass auf Grund der gegebenen Sachlage unzweifelhaft weiter davon auszugehen sei, dass F. im Streitzeitraum beim Kindesvater O. haushaltszugehörig gewesen war.

Nach Schließung des Beweisaufnahmeverfahrens beantragte die Bw. ihrer Berufung Folge zu geben und der Amtsvertreter stellte den Antrag die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 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 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt unter anderem nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a) bzw. (lit. b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erlischt der Familienbeihilfenanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Nach § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag zu. Wurde ein Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen, ist § 26 des FLAG 1967 anzuwenden.

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

Für die Beurteilung der Haushaltzugehörigkeit ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ausschließlich die Tatsache einer nachgewiesenen Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung (vgl. VwGH vom 18.03.1997, 96/14/0006). Nicht von Bedeutung sind hingegen das Erziehungsrecht (vgl. VwGH 22.10.1971, 336/70), ebenso polizeiliche Meldebestätigungen (sie stellen lediglich ein widerlegbares Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft dar, sind jedoch nicht geeignet, einen vollen Beweis über die tatsächlichen Verhältnisse zu liefern, ebenso wie das Unterbleiben einer polizeilichen Meldung kein unwiderlegbares Indiz dafür ist, dass das Kind nicht beim Anspruchswerber wohnt (vgl. VwGH 23.2.1981, 17/1388/80)).

Darüber hinaus ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, an Hand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des VwGH etwa das Erkenntnis vom 8.2.2007, 2006/15/0098).

Nach Ansicht des erkennenden Senates wird der Begriff der Haushaltzugehörigkeit eines Kindes von Merkmalen verschiedenster Art geprägt. Die Haushaltzugehörigkeit leitet sich aus dem Zusammenwirken örtlicher Gegebenheiten sowie materieller und immaterieller Faktoren ab. Ein Kind gilt als haushaltzugehörig, wenn es in einem bestimmten Haushalt wohnt, betreut und versorgt wird. Es ist dabei nicht erforderlich, dass das Kind ständig in diesem Haushalt (Familienwohnung) anwesend ist. Sie verlangt jedoch sowohl einen Familienwohnsitz (Haushalt) der vom Elternteil und dem Kind gemeinsam regelmäßig genutzt wird, als auch, dass der Elternteil die Verantwortung für das materielle Wohl (Wirtschaftsführung und – tragung) des haushaltzugehörigen Kindes trägt.

Auf Grund der aktenkundigen Ermittlungen (zB. übereinstimmende Angaben durch den Kindesvater und der Zeugenaussage des zwischenzeitig volljährigen Sohnes F.) des Finanzamtes zur Abklärung der Frage der Haushaltsgleichheit des gemeinsamen Sohnes F. steht fest, dass bei Auszug der Kindesmutter vom Wohnsitz in Adr.2, mit 29.9.2005, der zu diesem Zeitpunkt bereits 16jährige Sohn als mündiger Minderjähriger auf eigenen Wunsch im Haushalt des Vaters verblieben ist.

Festzuhalten gilt in diesem Zusammenhang, dass von der Bw. der Umstand der Familienwohnsitzbeibehaltung von F. im Haushalt des Kindesvaters nach ihrem Wegzug aus diesem gemeinsamen Familienwohnsitz gegenüber dem Finanzamt nicht gemeldet worden war und erst im Zuge des von Amts wegen durchgeföhrten Überprüfungsverfahrens, zufolge Familienbeihilfenantragstellung des Kindesvaters vom 16. Juli 2008, zum Vorschein kam.

Die auf den Streitfall anzuwendende Gesetzesnorm räumt, wie einleitend ausgeführt wurde den Anspruch auf Familienbeihilfe primär demjenigen ein, zu dessen Haushalt das Kind tatsächlich gehört.

Beide Elternteile von F. haben nun im Familienbeihilfenanspruchüberprüfungsverfahren vor dem Finanzamt gegenteilige Angaben zur Haushaltsgleichheit ihres gemeinsamen Sohnes für den Zeitraum ab 1. Oktober 2005 abgegeben.

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

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Der erkennende Senat teilt in freier Beweiswürdigung die schlüssig begründete und im Einklang mit den aktenkundigen Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens stehende Meinung des Finanzamtes laut Berufungsvorentscheidung vom 4. Februar 2009, dass im Rückforderungszeitraum vom 1. Oktober 2005 bis 31. August 2008 die Gleichheit von F. zum Haushalt seines Vaters und nicht zur Bw. gegeben war aus folgenden für die Entscheidung wesentlichen Sachverhaltsaspekten:

Faktum ist, dass das freiwillige Verbleiben von F. im Haushalt seines Vaters, nach dem Verlassen des zuvor bestandenen gemeinsamen Familienwohnsitzes (Adr.2) durch die Bw. (Kindesmutter), neben einem materiellen (äußerem) Zustand, da die Mittel zur weiteren

familiären Haushaltsführung ab 29.9.2005 alleine durch den Kindesvater bestritten wurden, zweifelsohne auch ein starkes Zusammengehörigkeitsgefühl bzw. Bindung zwischen Vater und Sohn zum Ausdruck bringt. Evident ist auch, dass F. nach Erreichung seiner Volljährigkeit (am Datum), also dem Tag des Erlöschens der gesetzlichen Obsorgeverpflichtung seiner beiden Eltern und nachdem es ihm als Volljährigen somit bereits frei stand selbst über seinen eigenen Wohnsitz zu bestimmen, weiterhin im Haushalt seines Vaters zugehörig verblieb.

Die niederschriftlich festgehaltenen Angaben von F. in seiner Zeugenaussage vom 29. Jänner 2009 zeigen für den erkennenden Senat die entscheidungsrelevanten Tatbestände klar auf, dass F. im Streitzeitraum überwiegend im Haus seines Vaters wohnte (nächtigte) und dabei auch seine Ferien-, Urlaubs- und Freizeit (auch an Wochenenden) am gemeinsamen Wohnsitz des Vaters zugebracht hat. Bezogen auf den monatlichen Anspruchszeitraum für die Gewährung einer Familienbeihilfe, ergibt sich aus dem überwiegenden Aufenthalt bzw. des tatsächlichen zeitlichen Element des Wohnens von F. im Haushalt seines Vaters für den erkennenden Senat ebenso die Schlussfolgerung, dass zwischen Vater und Sohn im gesamten Rückforderungszeitraum eine einheitliche familiäre Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft bestanden hat.

An diesem Umstand vermögen die Berufungseinwendungen der Bw., die auch durch ihren Sohn nach Meinung des erkennenden Senat glaubhaft bekräftigt wurden, nämlich dass sich F. im Streitzeitraum tagsüber oftmals im Haushalt bei seiner Mutter aufgehalten habe und er dort auch vorübergehend genächtigt hat, nichts zu ändern.

Auf Grund des aktenkundigen Sachverhaltes - detaillierte Angaben des Kindesvaters zur Haushaltzugehörigkeit seines Sohnes laut Eingaben vom 11.08.2008 und 24.10.2008, die wiederum inhaltlich durch die Zeugenaussage des Sohnes vom 29.01.2009 bestätigt werden - ergibt sich die uneingeschränkte Wohnungsmitsbenutzung (ua. eigenes Schlafzimmer) und der auf „Dauer anzunehmende Aufenthalt“ von F. im Haushalt seines Vaters. Das „zeitliche Element“ des überwiegenden Wohnens von F. im Haushalt des Vaters leitet sich in freier Beweiswürdigung auch aus den von der Bw. selbst nicht in Abrede gestellten klaren Angaben ihres Sohnes über dessen tatsächliche Nächtigungsgewohnheiten und dessen Ferien-, Urlaubs- und Freizeitgestaltung ab. Daraus ergibt sich wiederum eine laufende Kostentragung und Obsorgebetreuung durch dessen Vater selbst sowie auch die unstrittige Mitbetreuung von F. durch dessen Großmutter (ua. Essenszubereitung) im Haushalt des Kindesvaters.

Die beruflich notwendigen Abwesenheiten des Kindesvaters, ein vorübergehender Aufenthalt von F. für Zwecke der Berufsausbildung außerhalb des Haushaltes des Kindesvaters verbunden mit dessen häufigen Besuchen bzw. Aufenthalten bei der Kindesmutter vermögen

gleichfalls die Annahme einer Haushaltzugehörigkeit von F. zum Haushalt seines Vater nicht zu widerlegen.

Nachweise, aus denen sich eindeutig Gegenteiliges ableiten ließe, konnten von der Bw. trotz Aufforderung auch im Berufungsverfahren nicht erbracht werden. Die allgemeinen Einwendungen der Bw. im Berufungsschriftsatz vom 5. September 2008 und ebenso ihre anlässlich der mündlichen Verhandlung ins Treffen geführten Argumente waren daher in keiner Weise geeignet den erkennenden Senat davon zu überzeugen, dass F. im streitgegenständlichen Zeitraum bei ihr haushaltzugehörig gewesen ist.

Daran vermögen auch die glaubhaften Erklärungen ihres Sohnes, wie im Schreiben vom 3. September 2008 bestätigt, wonach er oftmals tagsüber zB. nach der Schul- und Berufsausbildungszeit und sogar auch tageweise, jedoch jeweils „nur vorübergehend“ in der Wohnung der Mutter zugebracht habe, nichts zu ändern.

Der erkennende Senat geht auf Grund der zu beurteilenden Fallkonstellation daher - wie auch das Finanzamt bereits in der Berufungsvorentscheidung vom 4. Februar 2009 begründend dargelegt hat - vor allem auch im Hinblick auf die Zeugenaussage des volljährigen Sohnes und den dazu übereinstimmenden Angaben des Kindesvaters davon aus, dass F. ab 29.9.2005 und somit im Streitzeitraum vom 1. Oktober 2005 bis 31. August 2008 weiterhin beim Kindesvater O. in (Adr.2) haushaltzugehörig gewesen war.

Der Umstand, dass die Bw. gegenüber ihrem Sohn im Streitzeitraum oftmals auch (geldwerte) Betreuungsleistungen erbracht hat wird vom erkennenden Senat nicht in Zweifel gezogen, steht allerdings der Zugehörigkeit von F. zum Haushalt seines Vaters nicht entgegen. Dies vor allem deshalb, da der auf den Streitfall anzuwendende Norminhalt des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 zu beachten gilt, wonach ein von der Familie getrennt lebender Elternteil keinen Anspruch auf Familienbeihilfe hat, auch wenn er überwiegend den Unterhalt leistet, zumal die Haushaltzugehörigkeit des Kindes zum anderen Elternteil - nach dem klaren Gesetzeswortlaut - vorgeht.

Diese Sachverhaltsbeurteilung wird durch den erkennenden Senat auch dadurch bekräftigt, zumal die Bw. im Rahmen der mündlichen Verhandlung einbekannt hat, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum für ihren Sohn F. gegenüber dem Kindesvater zur Leistung eines Geldunterhaltes verpflichtet gewesen war. Überdies ist in der laufenden Betreuung des Sohnes F. durch den haushaltzugehörigen bzw. –führenden Vater O. jedenfalls auch eine geldwerte Leistung zu erblicken, durch welche dieser seinen Unterhaltsbeitrag für den gemeinsamen Sohn leistet.

Aus den oben angeführten Gründen ist als erwiesen anzusehen, dass infolge der nicht gegebenen Haushaltszugehörigkeit im Zeitraum vom 1. Oktober 2005 bis 31. August 2008 der Familienbeihilfenanspruch bei der Bw. für den Sohn F. nicht gegeben war, sodass die Rückforderung von Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den angeführten Zeitraum zu Recht erfolgte.

Der angefochtene Bescheid des Finanzamtes entspricht daher im Ergebnis der bestehenden Rechtslage, weshalb die dagegen gerichtete Berufung, wie im Spruch geschehen, als un begründet abgewiesen werden musste.

Klagenfurt am Wörthersee, am 12. Juli 2010