

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin***1*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch glp linz steuerberatungsgmbh, Huemerstraße 21, 4020 Linz, über die Beschwerde vom 5. April 2018 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 6. März 2018, Steuernummer ***BF1StNr1***, betreffend Einkommensteuer 2016, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

- Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.
- Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Bisheriger Verfahrensgang

Außerstreitverfahren vor dem Bezirksgericht

Am **22.06.2010** stellte der Beschwerdeführer (in der Folge kurz: Bf.) einen Antrag an das Bezirksgericht auf alleinige Obsorge und begründete diesen u.a. mit behaupteten Versäumnissen der Kindesmutter. Am **14.07.2010** stellte auch die Kindesmutter einen Antrag auf alleinige Obsorge und wies die Vorwürfe des Bf. zurück. Es liege keine Gefährdung des Kindeswohls vor. Es folgten weitere Schriftsätze mit gegenseitigen Vorwürfen. Am **24.09.2010** stellte der Bf. – unter Berücksichtigung des damaligen Status der gemeinsamen Obsorge - Anträge auf Festlegung des hauptsächlichen Aufenthaltsortes der Kinder bei ihm sowie auf Festlegung der Kontakte im zeitlichen Verhältnis von 50:50.

Am **30.09.2010** beantragten beide Elternteile „*einfaches Ruhen*“ des Obsorgeverfahrens und bekundeten die Absicht, sich über die Ausformung der Besuche der Minderjährigen beim nicht betreuenden Elternteil außergerichtlich einigen zu wollen.

Da die außergerichtlich getroffenen Besuchsvereinbarungen nur schlecht funktionierten, stellte die Kindesmutter am **04.01.2011** den Antrag, das ruhende Verfahren zur Regelung der Obsorge

fortzusetzen und wiederholte ihr Begehren auf alleinige Obsorge. Da auch die Frage der Ausübung des Besuchsrechtes noch nicht hinreichend geklärt worden war, stellte die Kindesmutter den Antrag auf Fortführung des Besuchsrechtsverfahrens. Mit Schriftsatz vom **18.01.2011** beantragte sie darüber hinaus die Festlegung des hauptsächlichen Aufenthaltsortes der Kinder bei ihr. Mit **Beschluss vom 04.01.2011** verfügte das Bezirksgericht sowohl die Fortführung des Verfahrens zur Regelung der Obsorge als auch des Besuchsrechts. Am **22.02.2011** wiederholte auch der Bf. seinen Antrag auf alleinige Obsorge.

Nach zahlreichen Zeugeneinvernahmen wurde mit **Beschluss vom 30.06.2011** des Bezirksgerichtes die **Psychologin Dr. ***2***** als Sachverständige bestellt und ihr der Auftrag erteilt, ein Gutachten zur Frage der Fähigkeit der Eltern, die Obsorge jeweils alleine zur Gänze für die minderjährigen Kinder auszuüben, zu erstellen sowie dazu Stellung zu nehmen, bei welchem Elternteil – für den Fall, dass beide Elternteile grundsätzlich zur Ausübung der alleinigen Obsorge geeignet erscheinen - das Kindeswohl besser gewahrt sei. Im **Schreiben seines Rechtsanwaltes vom 11.07.2011** wurde der Bf. ersucht, etwaige Einwände gegen die Sachverständige bekanntzugeben.

Im psychologischen **Sachverständigengutachten vom 22.09.2011** kam die Gutachterin Dr. *****2***** zu dem Ergebnis, dass die Kindesmutter besser geeignet sei, für das Wohl ihrer Töchter zu sorgen und empfahl einen nicht zu häufigen Wechsel zwischen den Eltern. Ihr erschienen Besuchskontakte zum Bf. vorwiegend über das Wochenende, alle 14 Tage von Freitag bis Dienstag, sinnvoll. Beide Elternteile würden grundsätzlich über die Bereitschaft und Fähigkeit verfügen, die Grundbedürfnisse der Kinder zu befriedigen. Eine Erziehungsinsuffizienz sei daher bei keinem der beiden Elternteile festzustellen. Ebenso seien bei beiden Elternteilen die (kognitiven und sozialen) Fördermöglichkeiten gleichermaßen ausgeprägt. Die Gutachterin stellte auch fest, dass zwischen den Elternteilen viele Konflikte bestehen würden, welche mit einer beidseitigen geringen Kooperationsbereitschaft und einer geringen Dialogfähigkeit einhergehen würden. Deren Erziehungsstile seien sehr unterschiedlich. Beide Elternteile hätten ihre neurotische Kollisionsbeziehung nicht aufarbeiten können, sodass sie jeweils im anderen ihre eigenen negativen Selbstanteile bekämpfen würden.

Am **26.09.2011** legte die Sachverständige ihre Honorarnote für ihre Tätigkeit dem Gericht vor. Mit **Beschlüssen vom 04.01.2012 und 06.12.2012** wurden die Sachverständigengebühren mit 854 € und 4.485 € bestimmt. Hinzugefügt wurde unter Verweis auf § 2 Abs 2 GEG, dass die Kindeseltern je zur Hälfte für den Ersatz der Gebühren haften, wobei die Kindesmutter Verfahrenshilfe genoss.

Mit **Beschluss des Bezirksgerichtes vom 06.08.2012** (rechtskräftig nach Bestätigung durch Beschluss des Landesgerichtes als Rekursgericht vom 10.10.2012) wurde die Mutter mit der alleinigen Obsorge für die beiden minderjährigen Kinder betraut. Das Gericht stellte fest, dass grundsätzlich beide Eltern für sich gesehen in der Lage seien, die Obsorge ohne Gefährdung

des Kindeswohls auszuüben. Der Konflikt der Eltern habe aber dazu geführt, dass das Gericht gezwungen war, die Obsorge nur einem Elternteil alleine zuzuweisen. Wesentlich für das Gericht war dabei die festgestellte fehlende Toleranz des Bf. gegenüber dem Erziehungsstil der Mutter, die subtile negative Beeinflussung der Kinder durch den Bf. und die damit einhergehende Befürchtung der weitgehenden Zerstörung des mütterlichen Einflusses sowie der emotionalen Distanzierung der Kinder von der Mutter.

Am **11.10.2012** brachte der Bf. Strafanzeige gegen die Sachverständige ein und beantragte die Entziehung der Eigenschaft als gerichtlich beeidete Sachverständige. Mit Schriftsätzen vom **08.11.2012** wandte sich der Bf. mit einer Beschwerde an den Präsidenten des Landesgerichtes Salzburg. Die Sachverständige habe zahlreiche Tatbestände des Strafrechts - unter anderen Betrug (§ 146 StGB) und falsche Beweisaussage (§ 288 StGB) - erfüllt. Am **04.02.2013** teilte der Präsident des Landesgerichtes Salzburg schriftlich mit, dass die durchgeführten Erhebungen keinen Anhaltspunkt für ein nach § 10 SDG durchzuführender Entzug der Eigenschaft als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständige ergeben haben. Der Bf. erhob am **21.12.2012** **Rekurs** gegen den **Beschluss vom 06.12.2012** und begründete diesen mit nicht fristgerechter Gutachtenserstellung. In seinem Schriftsatz vom **18.01.2013** („Strafanzeige“) wies der Bf. darauf hin, dass der Verdacht auf betrügerische Rechnungslegung vorläge. Sämtliche Verfahren wurden eingestellt.

Mit **Schreiben vom 01.02.2013** stellte der Bf. (mit Verweis auf das KindNamRÄG 2013) einen Antrag auf Obsorge beider Elternteile sowie auf Festlegung des hauptsächlichen Aufenthaltes der Kinder bei ihm. Mit **Beschluss vom 13.08.2013** regelte das Bezirksgericht das Kontaktrecht und führte u.a. Folgendes begründend aus: *„Die Eltern bekämpfen sich vor dem Bezirksgericht mittlerweile seit Juni 2010, die Standpunkte der Eltern sind weit voneinander entfernt, die Eltern scheinen bislang weitgehend unversöhnlich. Art und Intensität der Auseinandersetzungen sind weit überdurchschnittlich heftig und verletzend. Allfällige Bereitschaftsbekundungen, aufeinander zuzugehen und eine einvernehmliche Vorgehensweise zu finden, entpuppten sich bisher als untaugliche Versuche oder Lippenbekenntnisse. Oft fehlt die innere Bereitschaft. Wenngleich beide Eltern an sich in der Lage sind, die Obsorge auszuüben und zwischen den Kindern und Eltern jeweils eine enge Bindung und Beziehung besteht, so kann man das Verhältnis der Eltern zueinander nur als reine Katastrophe bezeichnen. Im Rahmen ihrer elterlichen Verantwortung für eine gesunde Entwicklung und das Wohl ihrer Kinder müssen sich die Eltern viel mehr anstrengen als bisher, um den Konflikt zu beseitigen. Dazu muss jeder Elternteil bei sich selbst ansetzen und seine Verhaltensweise einer strengen Überprüfung unterziehen, um zu erkennen, wodurch er sich selbst daran hindert, sich in ein normales Elterngespräch einzulassen, den anderen Elternteil als solchen mit all seinen Stärken und Schwächen zu akzeptieren und auch zuzulassen. Es ist im Laufe der Zeit der Eindruck entstanden, dass die Eltern immer nur darauf warten, dass von gerichtlicher Seite dem anderen Elternteil eine Belehrung erteilt wird oder etwas Beantragtes abgewiesen wird. Dieses Ereignis wird dann bildlich gesprochen mit triumphierenden Indianergeheul aufgenommen, schließlich*

*hat der „andere wieder etwas nicht bekommen“, was als eigentlicher Sieg angesehen wird. Dass in Wahrheit beide Eltern und auch die Kinder seit Jahren allesamt auf diese Art immer nur verlieren, entzieht sich dem Blick der Eltern. Auf Seiten des Vaters fallen ganz besonders zwei Verhaltensweisen auf: Zum einen, der mit enormer Bestimmtheit vorgetragene Wille, die eigene Ansicht um jeden Preis durchzusetzen, koste es was es wolle. Dabei wird mit Kanonen auf Spatzen geschossen und übersehen, dass die Druckwelle der „Kanonenschüsse“ jedes Mal auch die Kinder erfasst. Endlos lange Eingaben, strafrechtlich höchst fragwürdige Anzeigen gegen Personen, die nicht so funktionieren, wie sich der Vater das wünscht, gegen die Mutter gerichtete Anträge über Anträge, etc. sind nicht die geeigneten Mittel, den Kindern das elterliche Umfeld zu bereiten, das sie verdienen. Auf diesem Weg verschwendet der Vater wertvolle Energie, die er anderswo viel dringender braucht. Denn, und das ist die zweite Auffälligkeit, der Vater hat derzeit noch eine falsche Vorstellung von gemeinsamer Obsorge. Eine Kompetenzteilung zwischen Vater und Mutter, wie sie der Vater bei seiner Vernehmung am 06.06.2013 darstellt („jeder hat seinen Verantwortungsbereich und ist dort zuständig“), entspricht nicht dem Konzept der gemeinsamen Obsorge. (...) Die Überwachung der Mutter und ihrer Methoden ist nicht erforderlich, es ist hinreichend geklärt, dass sich die Mutter im Rahmen des Üblichen und Akzeptierten hält. (...) Dem steht die Mutter gegenüber, deren manifestierte Angst, der Vater könnte ihr die Kinder entziehen so riesengroß ist, dass sie ganz offenkundig nunmehr weder ein noch aus weiß. Die Reaktion in ihrer Hilflosigkeit sind dann unpassende und ungeeignete Maßnahmen wie der Entzug des Du-Wortes oder ein Rückzug auf einen streng formalistischen und schroffen Standpunkt und Umgangston, die zu einer Entspannung nichts beitragen, höchst entbehrlichen Gegendruck erzeugen und die Mutter auch wieder angreifbar machen. Die Hoffnungslosigkeit der Mutter, dass sich die Lage bessern könnte, ist Ergebnis des langanhaltenden Rückzugsgefechts der Mutter.“ Mit **Schreiben vom 11.01.2014** stellte der Bf. neuerlich einen Antrag, der Mutter die Obsorge zu entziehen und auf ihn zu übertragen bzw hilfsweise die Obsorge beider Eltern festzulegen. In diesem Fall sei jedoch auszusprechen, dass der hauptsächliche Aufenthalt im Haushalt des Bf. ist.*

Die Anträge des Bf. vom 01.02.2013 und 11.01.2014 auf Übertragung der Obsorge auf beide Elternteile und auf Feststellung des hauptsächlichen Aufenthalts im Haushalt des Bf., wurden mit **Beschluss vom 02.04.2014** abgewiesen. In der Folge gingen weitere Anträge der Mutter (**05.05.2014**) und des Bf. (**09.05.2014**) bei Gericht ein. Mit Beschluss vom 07.11.2016 wurde das Kontaktrecht neuerlich geregelt (Doppelresidenz).

Mit **Beschluss vom 28.01.2015** bestellte das Gericht Frau Dr. ***3*** als zusätzliche Sachverständige und erteilte den Auftrag, ein Gutachten dazu zu erstellen, in welchem Ausmaß Kontakte der Minderjährigen zum Vater dem Kindeswohl am besten entsprechen würden und welche Begleitmaßnahmen allenfalls erforderlich seien, damit die Kontakte bestmöglich im Sinn des Kindeswohls ablaufen können. Frau Dr. ***3*** kam in ihrem **Gutachten vom 06.06.2015** zu dem Ergebnis, dass dem Kindeswohl die bisher vereinbarte Doppelresidenz entspreche. Das Ausmaß von 50:50 sollte beibehalten werden, weil es sich sehr gut bewährt

habe und dem Willen der Kinder entspreche. Die Kinder hätten dadurch eine sehr gute Beziehung und Bindung zu ihrer Mutter als auch zu ihrem Vater aufbauen können. Beide Elternteile würden ihren Kindern Halt und Geborgenheit geben. Mit Beschluss vom 07.11.2016 wurde das Kontaktrecht (Doppelresidenz) geregelt.

Mit **Mandatsbescheid vom 26.07.2016** wurden dem Bf. Gebühren bzw Kosten von 8.184,70 € vorgeschrieben.

Mit **Beschluss vom 11.01.2018** betraute das Gericht beide Elternteile jeweils zur Gänze mit der Obsorge und verfügte die hauptsächliche Betreuung der Kinder im Haushalt des Bf. Seit der Betrauung der Mutter mit der alleinigen Obsorge durch den Beschluss vom 06.08.2012 hätten sich die Umstände maßgeblich geändert, weil die Kinder wesentlich älter geworden sind, sich weiterentwickelt hätten und die ältere Tochter mittlerweile ganz klar und deutlich geäußert habe, bei ihrem Vater leben zu wollen. Zudem habe sich gezeigt, dass die Mutter nicht ausreichend in der Lage sei, die körperliche und seelische Integrität ihrer minderjährigen Töchter in ihrem Haushalt ausreichend zu schützen.

Einkommensteuererklärung 2016

In seiner am 22.11.2017 elektronisch eingebrachten Einkommensteuererklärung 2016 machte der Bf. unter der Kennzahl 735 außergewöhnliche Belastungen in Höhe von 8.184,70 € geltend.

Vorhalteverfahren

Auf Ersuchen der belangten Behörde übermittelte der Bf. mit Mail vom 13.02.2018 Unterlagen zu den unter der Kennzahl 735 geltend gemachten außergewöhnlichen Belastungen.

Einkommensteuerbescheid 2016 vom 06.03.2018

Mit Einkommensteuerbescheid 2016 vom 06.03.2018 wurde Einkommensteuer in Höhe von -250 € (Abgabengutschrift) festgesetzt und begründend ausgeführt, dass es sich bei den unter der Kennzahl 735 geltend gemachten Prozesskosten um Kosten der privaten Lebensführung handle und damit nicht als außergewöhnliche Belastungen anzuerkennen seien.

Beschwerde vom 05.04.2018

In seiner Beschwerde vom 05.04.2018 wies der Bf. darauf hin, dass es sich bei den geltend gemachten Kosten nicht um Prozess-, sondern um Gutachterkosten gehandelt habe und ihm diese zwangsläufig erwachsen seien. Der Richter habe ohne sein Zutun zu seiner eigenen Entscheidungsfindung im Obsorgeverfahren Sachverständige mit der Erstellung von Gutachten beauftragt. Der Bf. habe keine rechtliche Möglichkeit gehabt, sich der Begutachtung an sich sowie der Bezahlung der Gutachterkosten zu entziehen.

Beschwerdevorentscheidung vom 08.05.2018

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 08.05.2018 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Die Notwendigkeit der Gutachtenserstellung sei u.a. dadurch entstanden, dass außergerichtliche Einigungen betreffend Besuchsvereinbarungen mit der Kindesmutter nur schlecht funktioniert hätten. Die Kosten würden daher ihre Ursache u.a. im Verhalten des Steuerpflichtigen haben, zu welchem er sich aus freien Stücken entschlossen habe.

Vorlageantrag vom 08.06.2018

Am 08.06.2018 beantragte der Bf. elektronisch die Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht.

Vorlagebericht vom 21.06.2018

Mit Vorlagebericht vom 21.06.2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und beantragte deren Abweisung.

Beschluss vom 15.07.2021

Auf Aufforderung des Bundesfinanzgerichtes übermittelte der Bf. die Gutachten der Sachverständigen Dr. ***2*** und Dr. ***3***.

Mündliche Verhandlung vom 28.09.2021

In der mündlichen Verhandlung vom 28.09.2021 brachte der Bf. zusammengefasst Folgendes vor:

Der Beschwerdevorentscheidung liege ein elementarer Fehler zugrunde. Man spreche von Prozesskosten. Es würde aber kein Prozess vorliegen. Eine außergewöhnliche Belastung würde jedenfalls dann vorliegen, wenn dem Steuerpflichtigen der Prozess aufgezwungen worden ist. Das könne man im Beschwerdefall auch so sehen. Die Gutachterbestellung in einem Obsorgeverfahren wäre jedenfalls zwangsläufig. Der Bf. habe sich dem nicht entziehen können. Auf die Frage der Richterin, ob von Seiten des Bf. eine Zwangslage zur Eröffnung des Außerstreitverfahrens vorgelegen sei, antwortete der Bf., dass die Kindesmutter nur mehr fortgegangen und nicht mehr präsent gewesen sei. Der Auslöser des Antrages auf alleinige Obsorge sei ein Kindergartenfrühstück gewesen. Die Mutter sei erst um 7 Uhr Früh nach Hause gekommen. Zu diesem Zeitpunkt wollte der Bf. gerade mit seinen Kindern in den Kindergarten gehen. Im Kindergarten hätte die Mutter dann den anderen Müttern erzählt, wie lässig es gewesen sei, in diversen Lokalen gewesen zu sein. In der Folge habe es dann dem Bf. gereicht und er habe einen Antrag auf alleinige Obsorge gestellt. Er sei dann auch aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen.

Der Begründung in der Beschwerdeentscheidung, dass das Obsorgeverfahren auf die private Lebensführung zurückzuführen ist, wurde entgegengehalten, dass der Bf. fast zehn Jahre um seine Kinder gekämpft habe. Er gestehe dem Richter auch zu, ein Gutachten erstellen lassen zu müssen, wenn er die familiäre Situation nicht überblicken hätte können. Der Bf. legte Unterlagen (Fotos) über Vandalismus seitens des damaligen Lebensgefährten der Mutter vor (Beschmieren der Türklingel und des Grabes der Eltern, etc.). Diesbezüglich habe es zahlreiche Anzeigen gegeben. Es sei aber keine Sachbeschädigung vorgelegen, weshalb die Verfahren eingestellt worden seien. Auch der Tatbestand des Stalkens sei nach Ansicht der Staatsanwaltschaft nicht erfüllt gewesen. Dem Richter seien alle diese Unterlagen zur Information übermittelt worden. Die Kindesmutter habe ihm auch die Wohnungstüre zerkratzt, was zu einer Diversion geführt habe. Wenn solche Sachverhalte vorliegen, hätte der Richter erkennen müssen, wie die Sachlage wirklich ist und er hätte in diesem Fall kein Gutachten gebraucht. Die Zwangsläufigkeit ergebe sich aus der Fülle der ganzen Unterlagen. Ein Richter müsste so viel Überblick haben, die konkrete Sachlage auch ohne Gutachten zu erkennen. Der Bf. unterscheide zwischen den Auswirkungen und der Entscheidung des Richters, dass er sagt, er brauche kein Gutachten darüber, bei wem das Kindeswohl besser gewahrt sei. Der Bf. würde die Bestellung eines Sachverständigen verstehen, wenn die Notwendigkeit vorliegt, das zu tun. Er stelle daher die Zwangsläufigkeit der Gutachterbestellung von Seiten des Richters in Frage. Auf Grund des Sachverhaltes, welcher auch bei Gericht und der Staatsanwaltschaft aufliege, habe der Bf. nicht erwarten können, dass ein Gutachten erstellt werde und er seinen Anteil an den Kosten zahlen müsse. Nicht der Richter, sondern der Bf. müsse die Kosten als zwangsläufig erachten. Der Bf. habe in seinem Fall nicht damit rechnen können, dass ein Gutachten erstellt wird, wo er doch alles dokumentiert und dem Richter übermittelt habe. In diesem Fall hätte der Richter doch so viel Menschenkenntnis haben müssen und sich zugestehen können, dass er die Lage – ohne Zuziehung einer Sachverständigen - selbst einschätzen könne. Seine ältere Tochter habe seit zwei bis drei Jahren Kopfweg, Magenschmerzen, etc. Seit einem Jahr werde sie psychologisch betreut. Sie habe auch im Mai, Juni 2021 einen sechswöchigen Aufenthalt im Spital gehabt, weil sich die Situation zugespitzt habe. Zurückzuführen sei dies nach Ansicht des Bf. auf die Vergangenheit in der mütterlichen Wohnung. Er habe dafür gekämpft, die Kinder aus dieser Situation herauszuholen.

Der steuerliche Vertreter wisse nicht, was der Gesetzgeber mit § 34 sonst habe bezwecken wollen, wenn er nicht derartige Kosten zum Abzug zulassen würde. Wenn ein Unterhaltsgutachten bestellt werde, könne man sich dem genauso wenig entziehen. Der steuerliche Vertreter kenne das aus seiner Kanzlei. Es werde dann alle zwei bis drei Jahre ein Gutachter bestellt, meistens ein Berufskollege. Gegen die Gutachterkosten könne sich der unterhaltspflichtige Vater auch nicht wehren, er müsse diese bezahlen. Hier spreche man aber ganz klar von Zwangsläufigkeit. Er wisse nicht, wo da der Unterschied sei. Der Gesetzgeber wolle eine Gleichbehandlung. Ein Steuerpflichtiger solle durch unterschiedliche Auslegungen nicht unterschiedlich behandelt werden. Im Sinne einer Auslegung des § 34 liege hier

Zwangsläufigkeit vor, wenn man sich andere Fälle anschaut, selbst wenn das Verfahren vom Bf. angestrebt worden sei.

Die Vertreterin der belangten Behörde wiederholte ihre Rechtsansicht, dass die gegenständlichen Gutachterkosten nicht abzugsfähig seien.

II. Über die Beschwerde wurde erwogen:

1. Sachverhalt

Der Bf. ist Vater zweier minderjähriger Töchter (geboren am ***4***.2004 und am ***5***.2008) und lebte bis 2010 mit der Kindesmutter in einer häuslichen Gemeinschaft. Die Obsorge kam beiden Elternteilen gemeinsam zu. Im Laufe des Jahres 2010 trennten sich die nicht miteinander verheiratet gewesenen Eltern und der Bf. zog aus der gemeinschaftlichen Wohnung aus. Der hauptsächliche Aufenthalt der Kinder verblieb bei der Mutter.

Mit Beendigung der Beziehung begann ein langjähriges Gerichtsverfahren hinsichtlich Obsorge und Kontaktrecht. Im Juni 2010 stellte zuerst der Bf. einen Antrag auf alleinige Obsorge und begründete diesen u.a. mit behaupteten Versäumnissen der Kindesmutter. Im Juli 2010 beantragte dann auch die Mutter die alleinige Obsorge und wies die Vorwürfe des Bf. zurück. Es folgten weitere Schriftsätze mit gegenseitigen Vorwürfen. Im September 2010 beantragten beide Elternteile „*einfaches Ruhen*“ des Obsorgeverfahrens und bekundeten die Absicht, sich über die Ausformung des Kontaktrechts außergerichtlich einigen zu wollen.

Der Versuch einer außergerichtlichen Einigung scheiterte. Die Mutter stellte daraufhin im Jänner 2011 den Antrag, das ruhende Verfahren zur Regelung der Obsorge bzw des Kontaktrechts fortzusetzen. Nach zahlreichen Zeugeneinvernahmen wurde im Juni 2011 die Psychologin Dr. ***2*** als Sachverständige bestellt und ihr der Auftrag erteilt, ein Gutachten zur Frage der Fähigkeit der Eltern, die Obsorge jeweils alleine zur Gänze für die minderjährigen Kinder auszuüben, zu erstellen. Für den Fall, dass beide Elternteile grundsätzlich geeignet erscheinen, die Obsorge alleine auszuüben, sollte die Sachverständige eine Beurteilung darüber abgeben, bei welchem Elternteil das Kindeswohl besser gewahrt ist.

In ihrem Gutachten vom 22.09.2011 kam die Psychologin zu dem Ergebnis, dass die Kindesmutter besser geeignet sei, für das Wohl ihrer Töchter zu sorgen und empfahl einen nicht zu häufigen Wechsel zwischen den Eltern sowie 14 tägige Besuchskontakte zum Bf. Beide Elternteile würden grundsätzlich über die Bereitschaft und Fähigkeit verfügen, die Grundbedürfnisse der Kinder zu befriedigen. Eine Erziehungsinsuffizienz sei daher bei keinem der beiden Elternteile festzustellen. Ebenso seien bei beiden Elternteilen die kognitiven und sozialen Fördermöglichkeiten gleichermaßen ausgeprägt. Die Gutachterin stellte auch fest, dass zwischen den Eltern viele Konflikte bestehen würden, welche mit einer beidseitigen

geringen Kooperationsbereitschaft und einer geringen Dialogfähigkeit einhergehen würden. Deren Erziehungsstile seien sehr unterschiedlich.

Mit Beschluss des Bezirksgerichtes vom 06.08.2012 (rechtskräftig nach Bestätigung durch Beschluss des Landesgerichtes als Rekursgericht vom 10.10.2012) wurde dann die Mutter mit der **alleinigen Obsorge** für die beiden minderjährigen Kinder betraut. Das Gericht stellte fest, dass grundsätzlich beide Eltern für sich gesehen in der Lage sind, die Obsorge ohne Gefährdung des Kindeswohls auszuüben. Der Konflikt der Eltern habe aber dazu geführt, die Obsorge nur einem Elternteil alleine zuzuweisen. Wesentlich für das Gericht war dabei die festgestellte fehlende Toleranz des Bf. gegenüber dem Erziehungsstil der Mutter, die subtile negative Beeinflussung der Kinder durch den Bf. und die damit einhergehende Befürchtung der weitgehenden Zerstörung des mütterlichen Einflusses sowie der emotionalen Distanzierung der Kinder von der Mutter.

Eine Regelung des Kontaktrechtes erfolgte mit Beschluss vom 13.08.2013. Das Gericht wies dabei auf das katastrophale Verhältnis zwischen den Eltern hin. Im Rahmen ihrer elterlichen Verantwortung für eine gesunde Entwicklung und das Wohl ihrer Kinder müssten sich die Eltern viel mehr anstrengen als bisher, um den Konflikt zu beseitigen. Dazu müsste jeder Elternteil bei sich selbst ansetzen und seine Verhaltensweise einer strengen Überprüfung unterziehen, um zu erkennen, wodurch er sich selbst daran hindert, sich in ein normales Elterngespräch einzulassen, den anderen Elternteil als solchen mit all seinen Stärken und Schwächen zu akzeptieren und auch zuzulassen.

Mit Beschluss vom 28.01.2015 bestellte das Gericht Frau Dr. ***3*** als weitere Sachverständige und erteilte ihr den Auftrag, ein Gutachten darüber zu erstellen, in welchem Ausmaß Kontakte der Minderjährigen zum Vater dem Kindeswohl am besten entsprechen würde bzw welche Begleitmaßnahmen allenfalls erforderlich seien, damit die Kontakte bestmöglich im Sinn des Kindeswohls ablaufen können. Frau Dr. ***3*** kam in ihrem Gutachten vom 06.06.2015 zu dem Ergebnis, dass dem Kindeswohl die bisher vereinbarte Doppelresidenz entspricht. Das Ausmaß von 50:50 sollte beibehalten werden, weil es sich sehr gut bewährt hat und dem Willen der Kinder entspricht. Die Kinder hätten dadurch eine sehr gute Beziehung und Bindung zu ihrer Mutter als auch zu ihrem Vater aufbauen können. Beide Elternteile würden ihren Kindern Halt und Geborgenheit geben. Im November 2016 wurde das Kontaktrecht neuerlich beschlussmäßig geregelt und entsprach einer Doppelresidenz.

Nachdem im persönlichen Umfeld der Mutter Änderungen eingetreten waren, betraute das Gericht mit Beschluss vom 11.01.2018 beide Elternteile jeweils zur Gänze mit der Obsorge und verfügte die hauptsächliche Betreuung der Kinder im Haushalt des Bf. Seit der Betrauung der Mutter mit der alleinigen Obsorge durch den Beschluss vom 06.08.2012 hätten sich die Umstände maßgeblich geändert, weil die Kinder wesentlich älter geworden sind, sich weiterentwickelt hätten und die ältere Tochter mittlerweile ganz klar und deutlich geäußert

hat, bei ihrem Vater leben zu wollen. Zudem hätte sich gezeigt, dass die Mutter nicht ausreichend in der Lage ist, die körperliche und seelische Integrität ihrer minderjährigen Töchter in ihrem Haushalt ausreichend zu schützen. Laut Zentralem Melderegister sind die beiden Töchter seit 06.04.2018 mit Hauptwohnsitz beim Bf. gemeldet.

Insgesamt fielen Gebühren bzw Kosten in Höhe von rund 8.200 € (Anteil des Bf.) an, welche dem Bf. mit Mandatsbescheid des Bezirksgerichtes vom 26.07.2016 vorgeschrieben wurden. Dieser Betrag beinhaltet neben allgemeinen Gebühren, die Sachverständigengebühren der Psychologinnen Dr. ***2*** in Höhe von insgesamt 2.669,50 € sowie Dr. ***3*** in Höhe von 4.080 €.

Der Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus den elektronisch vorgelegten Aktenteilen, den Beschlüssen des Bezirksgerichtes und dem Inhalt der vorgelegten Gutachten der Sachverständigen. Die in der Beschwerde und im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgebrachten Erwägungen zum Sachverhalt werden nachfolgend unter Punkt 3.b. gewürdigt.

2. Gesetzliche Grundlagen

Einkommensteuergesetz (EStG 1988)

Gemäß **§ 34 Abs 1 EStG 1988** sind bei der Ermittlung des Einkommens (§ 2 Abs. 2) eines unbeschränkt Steuerpflichtigen nach Abzug der Sonderausgaben (§ 18) außergewöhnliche Belastungen abzuziehen. Die Belastung muss folgende Voraussetzungen erfüllen:

1. Sie muss außergewöhnlich sein (Abs. 2).
2. Sie muss zwangsläufig erwachsen (Abs. 3).
3. Sie muss die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wesentlich beeinträchtigen (Abs. 4).

Die Belastung darf weder Betriebsausgaben, Werbungskosten noch Sonderausgaben sein.

Nach **Absatz 2** ist die Belastung außergewöhnlich, soweit sie höher ist als jene, die der Mehrzahl der Steuerpflichtigen gleicher Einkommensverhältnisse, gleicher Vermögensverhältnisse erwächst.

Gemäß **Absatz 3** erwächst die Belastung dem Steuerpflichtigen zwangsläufig, wenn er sich ihr aus tatsächlichen, rechtlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann.

Absatz 4 zufolge, beeinträchtigt die Belastung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wesentlich, soweit sie einen vom Steuerpflichtigen von seinem Einkommen (§ 2 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 5) vor Abzug der außergewöhnlichen Belastungen zu berechnenden Selbstbehalt übersteigt.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)

§ 177 ABGB (Obsorge der Eltern) idF BGBl. I Nr. 15/2013, lautet auszugsweise:

(2) Sind die Eltern zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet, so ist allein die Mutter mit der Obsorge betraut. Die Eltern können aber vor dem Standesbeamten persönlich und unter gleichzeitiger Anwesenheit nach einer Belehrung über die Rechtsfolgen einmalig bestimmen, dass sie beide mit der Obsorge betraut sind, sofern die Obsorge nicht bereits gerichtlich geregelt ist. (...)

(3) Die Eltern können weiters dem Gericht – auch in Abänderung einer bestehenden Regelung – eine Vereinbarung über die Betrauung mit der Obsorge vorlegen, wobei die Betrauung eines Elternteils allein oder beider Eltern vereinbart werden kann.

§ 179 ABGB (Obsorge bei Auflösung der Ehe und der häuslichen Gemeinschaft) idF BGBl. I Nr. 15/2013, lautet:

(1) Wird die Ehe oder die häusliche Gemeinschaft der Eltern aufgelöst, so bleibt die Obsorge beider Eltern aufrecht. Sie können jedoch vor Gericht eine Vereinbarung schließen, wonach ein Elternteil allein mit der Obsorge betraut wird oder die Obsorge eines Elternteils auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt wird.

(2) Im Fall einer Obsorge beider Eltern nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft haben diese vor Gericht eine Vereinbarung darüber zu schließen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.

§ 180 ABGB (Änderung der Obsorge) idF BGBl. I Nr. 15/2013 lautet:

(1) Sofern dies dem Wohl des Kindes entspricht, hat das Gericht eine vorläufige Regelung der elterlichen Verantwortung (Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung) zu treffen, wenn

- 1. nach Auflösung der Ehe oder der häuslichen Gemeinschaft der Eltern binnen angemessener Frist eine Vereinbarung nach § 179 nicht zustande kommt oder*
- 2. ein Elternteil die Übertragung der alleinigen Obsorge an ihn oder seine Beteiligung an der Obsorge beantragt.*

Die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung besteht darin, dass das Gericht einem mit der Obsorge betrauten Elternteil unter Aufrechterhaltung der bisherigen Obsorgeregelung für einen Zeitraum von sechs Monaten die hauptsächliche Betreuung des Kindes in seinem Haushalt aufträgt und dem anderen ein derart ausreichendes Kontaktrecht einräumt, dass er auch die Pflege und Erziehung des Kindes wahrnehmen kann. Für diesen Zeitraum sind im Einvernehmen der Eltern oder auf gerichtliche Anordnung die Details des Kontaktrechts, der Pflege und Erziehung sowie der Unterhaltsleistung festzulegen.

(2) Nach Ablauf des Zeitraums hat das Gericht auf der Grundlage der Erfahrungen in der Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung einschließlich der Leistung des gesetzlichen Unterhalts und nach Maßgabe des Kindeswohls über die Obsorge endgültig zu entscheiden. Zum Zweck der Vorbereitung der Entscheidung kann das Gericht die Phase der vorläufigen elterlichen Verantwortung auch verlängern. Wenn das Gericht beide Eltern mit der Obsorge betraut, hat es auch festzulegen, in wessen Haushalt das Kind hauptsächlich betreut wird.

(3) Ist die Obsorge im Sinn des Abs. 2 endgültig geregelt, so kann jeder Elternteil, sofern sich die Verhältnisse maßgeblich geändert haben, bei Gericht eine Neuregelung der Obsorge beantragen. Für die Änderung einer geregelten Obsorge gelten die Abs. 1 und 2 entsprechend.

Nach der Rechtslage **vor** dem KindNamRÄG 2013 konnte ein Obsorgewechsel nur beantragt werden, wenn das Kindeswohl gefährdet war oder andere besonders wichtige Gründe vorlagen. Mit § 180 Abs 3 ABGB idF BGBl I 15/2013, kann auch dann ein neuerliches Obsorgeverfahren eingeleitet werden, wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben und behauptet wird, dass eine Änderung der Obsorgeverhältnisse im Kindesinteresse liegt (Deixler-Hübner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 180).

§ 187 ABGB (Kontaktrecht) idgF lautet auszugsweise:

(1) Das Kind und jeder Elternteil haben das Recht auf regelmäßige und den Bedürfnissen des Kindes entsprechende persönliche Kontakte. Die persönlichen Kontakte sollen das Kind und die Eltern einvernehmlich regeln. Soweit ein solches Einvernehmen nicht erzielt wird, hat das Gericht auf Antrag des Kindes oder eines Elternteils diese Kontakte in einer dem Wohl des Kindes entsprechenden Weise zu regeln und die Pflichten festzulegen. Die Regelung hat die Anbahnung und Wahrung des besonderen Naheverhältnisses zwischen Eltern und Kind sicherzustellen und soll möglichst sowohl Zeiten der Freizeit als auch die Betreuung im Alltag des Kindes umfassen. Das Alter, die Bedürfnisse und die Wünsche des Kindes sowie die Intensität der bisherigen Beziehung sind besonders zu berücksichtigen.

Außerstreitgesetz (AußStrG)

§ 31 AußStrG lautet auszugsweise:

Beweisverfahren

(1) Zur Feststellung des Sachverhalts kann jedes dafür geeignete Beweismittel verwendet werden.

(2) Das Gericht kann auch dann Beweise aufnehmen und Erkundigungen einholen, wenn sich alle Parteien dagegen aussprechen oder wenn das Gericht begründete Bedenken gegen Tatsachen hegt, die gesetzlich vermutet werden oder für die ein Beweismittel vorhanden ist, das vollen Beweis macht.

(3) Das Gericht kann Sachverständige bestellen, auch ohne vorher die Parteien über deren Person zu vernehmen. Wenn der Richter über die nötige Fachkunde verfügt, kann er vom Sachverständigenbeweis absehen. (...)“

Gerichtliches Einbringungsgesetz (GEG)

Nach **§ 1 GEG** sind die Gebühren der Sachverständigen von Amts wegen einzubringen.

§ 2 GEG lautet auszugsweise:

Kostentragung

(1) Die im § 1 Z 5 lit. a bis f genannten Kosten sind, sofern hiefür kein Kostenvorschuss (§ 3) erlegt wurde oder keine andere Regelung getroffen ist, aus Amtsgeldern zu berichtigen; diese und die im § 1 Z 5 lit. g und Z 7 genannten Kosten sind dem Bund von der Partei zu ersetzen, die nach den bestehenden Vorschriften hiezu verpflichtet ist. Hierbei ist, wenn über die Kostenersatzpflicht der Parteien schon rechtskräftig entschieden worden ist, von dieser Entscheidung auszugehen. Mangels einer Vorschrift oder Entscheidung sind diese Beträge von denjenigen Beteiligten zu ersetzen, die sie veranlasst haben oder in deren Interesse die Amtshandlung vorgenommen wurde. Mehrere Personen, die zum Ersatz desselben Betrages verpflichtet sind, haften zur ungeteilten Hand. (...)

3. Erwägungen

Im gegenständlichen Beschwerdefall steht in Streit, ob die dem Bf. vom Bezirksgericht mittels Mandatsbescheid anteilig vorgeschriebenen Kosten für Gebühren und Sachverständigengutachten in Höhe von insgesamt 8.184,70 € zwangsläufig im Sinne des § 34 EStG 1988 erwachsen und damit als außergewöhnliche Belastung anzuerkennen sind oder nicht.

a. Zur Zwangsläufigkeit einer Belastung

Von einem zwangsläufig erwachsenen Aufwand kann nur gesprochen werden, wenn sich ein Steuerpflichtiger diesem Aufwand von dessen **Entstehungsgrund** her aus tatsächlichen, rechtlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen kann. Eine Beurteilung hat stets nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu erfolgen.

Aus der in Absatz 3 leg. cit. normierten Wortfolge „*wenn er sich ihr nicht entziehen kann*“ ergibt sich, dass **freiwillig** getätigte Aufwendungen ebenso wenig Berücksichtigung finden können, wie Aufwendungen, die vom Steuerpflichtigen **vorsätzlich** herbeigeführt wurden oder sonst die **Folgen eines Verhaltens** sind, zu dem sich der Steuerpflichtige aus **freien Stücken**

entschlossen hat (*Fuchs*, in *Hofstätter/Reichel*, Die Einkommensteuer-Kommentar, § 34 Abs 2 bis 5 EStG, Tz. 8).

Das **deutsche Einkommensteuerrecht** hatte bis einschließlich 2012 eine mit der österreichischen Rechtslage vergleichbare Regelung. Mit dem ab 2013 anzuwendenden § 33 Abs 2 Satz 4 dt. EStG greift nunmehr ein grundsätzliches Abzugsverbot für Prozesskosten, außer es handelt sich um Aufwendungen, ohne die der Steuerpflichtige Gefahr liefe, seine Existenzgrundlage zu verlieren und seine lebensnotwendigen Bedürfnisse nicht mehr befriedigen zu können.

Zu der bis einschließlich 2012 anzuwendenden Rechtslage entschied der **dt. Bundesfinanzhof** (BFH) in einem Fall, bei dem einem Elternteil vom anderen Elternteil **jeglicher Umgang** mit den Kindern **grundlos verweigert** wurde, dass die Aufwendungen zur Durchsetzung des Umgangs mit den Kindern aus tatsächlichen Gründen zwangsläufig und damit als außergewöhnliche Belastung zu berücksichtigen sind. Der Streit zwischen Kindeseltern über die Aufteilung des Umgangsrechts mit den gemeinsamen Kindern berührt einen Kernbereich menschlichen Lebens. Die Verweigerung des Umgangs mit den eigenen Kindern kann zu einer tatsächlichen Zwangslage führen, die die Anrufung des Gerichts unabdingbar macht. Die dadurch entstandenen Aufwendungen können daher, abweichend vom Normalfall, eine außergewöhnliche Belastung darstellen (BFH 04.12.2001, III R 31/00). Bei nicht völliger Versagung des Umgangsrechts nimmt der BFH hingegen in ständiger Rechtsprechung keine außergewöhnliche Belastung an und wies in seinem Urteil vom 10.03.2016, VI R 38/13, unter der Rz 22, auch klarstellend auf den Ausnahmecharakter des Urteils vom 04.12.2001 hin (siehe auch VwGH 25.07.2018, Ro 2018/13/0002).

Nach der Judikatur des **Verwaltungsgerichtshofes** können Prozesskosten in einem zivilgerichtlichen oder außerstreitigen Verfahren grundsätzlich nur in Ausnahmefällen als außergewöhnliche Belastung anerkannt werden. Prozesskosten erwachsen im Allgemeinen nicht zwangsläufig im Sinne des § 34 EStG 1988, wobei sich aber eine allgemeine Regel bei aufgezwungener Prozessführung nicht aufstellen lässt. Zwangsläufigkeit von Prozesskosten wird stets dann verneint, wenn die Prozessführung auf Tatsachen zurückzuführen ist, die vom Steuerpflichtigen vorsätzlich herbeigeführt wurden oder die sonst die Folge eines Verhaltens sind, zu dem sich der Steuerpflichtige aus freien Stücken entschlossen hat und keine Handlungsalternativen bestanden haben (VwGH 25.07.2018, Ro 2018/13/0002; 26.07.2017, Ro 2016/13/0026; 18.09.2013, 2011/13/0029). Prozesskosten erwachsen deshalb nicht zwangsläufig, weil jede Prozessführung mit dem Risiko verbunden ist, die Kosten ganz oder teilweise selbst tragen zu müssen. Wenn sich in diesem Zusammenhang auch eine stets gültige Regel nicht aufstellen lässt, so ist die Zwangsläufigkeit jedenfalls dann immer zu verneinen, wenn ein Prozess letztlich nur die Folge eines Verhaltens ist, welches der Steuerpflichtige aus freien Stücken gesetzt hat (VwGH 04.04.1990, 89/13/0100).

Dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.07.2018, Ro 2018/13/0002, lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem das Kontaktrecht (§ 187 ABGB) und damit verbunden der Unterhaltsanspruch für das gemeinsame Kind strittig war. Die Obsorge kam beiden Elternteilen gemeinsam zu und stand nicht in Streit. Da sich ein Elternteil nicht an die vereinbarte Kontaktfestsetzung gehalten hatte, sei – nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes – der andere Elternteil gezwungen gewesen, zum Wohl des Kindes den gerichtlichen Weg, den der eine Elternteil provoziert habe, zu beschreiten, weshalb die Prozessführung bzw. die dadurch entstandenen Kosten (Mediationskosten und Rechtsanwaltskosten) dem anderen Elternteil zwangsläufig erwachsen seien. Der Verwaltungsgerichtshof hob die Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes auf und entschied, dass die Anrufung des Gerichts in einem Kontaktrechtsstreit im Allgemeinen nicht zwangsläufig ist. Kommt allerdings eine einvernehmliche Regelung nicht zustande, ist es – auch zur Wahrung des Wohls des Kindes – erforderlich, eine Regelung durch das Gericht herbeizuführen. Erweist sich dabei der vom jeweiligen Elternteil eingenommene Standpunkt zumindest zum Teil als berechtigt, kann je nach Lage des Falles eine „aufgezwungene“ Prozessführung vorliegen. Die damit verbundenen (auch außergerichtlichen) Rechtsanwaltskosten sind allerdings – mangels Anwaltpflicht – grundsätzlich nicht zwangsläufig. Im fortgesetzten Verfahren zog die Steuerpflichtige ihre Beschwerde zurück.

b. Das bedeutet für den Beschwerdefall:

Der Bf. begründet die seiner Meinung nach vorliegende Zwangsläufigkeit damit, dass der Richter ohne sein Zutun zu dessen Entscheidungsfindung im Obsorge- und Kontaktrechtsverfahren Sachverständige mit der Erstellung von Gutachten beauftragt und ihm die rechtliche Möglichkeit gefehlt habe, sich der Begutachtung und der Bezahlung der Gutachterkosten zu entziehen. Seiner Auffassung nach hätte der zuständige Richter die strittigen Gutachten nicht in Auftrag geben dürfen, weil dem Bezirksgericht bereits alle die Kindesmutter und deren Lebensgefährten belastenden Unterlagen (zahlreiche Anzeigen wegen Vandalismus, Zerkratzen der Wohnungstüre, etc.) zur aktuellen familiären Situation vorgelegen seien und der Richter so viel Menschenkenntnis hätte haben müssen, die Lage selbst und ohne Beiziehung eines Sachverständigen einschätzen zu können. Der Bf. stellt damit die Notwendigkeit der Erstellung eines Gutachtens in Frage.

Gemäß § 31 AußStrG kann das Gericht zur Feststellung des Sachverhalts jedes dafür geeignete Beweismittel verwenden und kann auch dann Beweise aufnehmen, wenn sich alle Parteien dagegen aussprechen. Die Parteien haben im Außerstreitverfahren somit keinen subjektiven Anspruch darauf, dass Beweise nicht aufgenommen werden können. Der **Sachverständigenbeweis** stellt ein mögliches Beweismittel dar. § 31 Abs 3 AußStrG bildet die verfahrensrechtliche Grundlage dafür. Verfügt daher ein Richter nicht über die nötige Fachkunde, **hat** er zur Klärung der Sachlage einen Sachverständigen beizuziehen. Selbst bei vorhandener Fachkenntnis steht es dem Richter frei, sich eines Sachverständigenbeweises zu

bedienen (siehe dazu den Wortlaut des Abs 3: „*Wenn der Richter über die nötige Fachkunde verfügt, **kann** er vom Sachverständigenbeweis absehen*“). Die Entscheidung über eine Beweisaufnahme mittels Sachverständigenbeweises hat somit alleine der Richter zu treffen.

Dem im Außerstreitverfahren rechtlich vertretenen Bf. müssten diese Verfahrensvorschriften bekannt gewesen sein. Entgegen der Ansicht des Bf. erfordert die Antwort auf die Frage zur Fähigkeit der Eltern zur jeweiligen alleinigen Obsorge, fundierte psychologische Fachkenntnisse, über die in der Regel nur ausgebildete Psychologen, nicht aber Richter verfügen. Die vom Bf. angesprochenen und ausschließlich die Kindesmutter bzw deren Lebensgefährten belastenden Unterlagen stellten nur einen Teilaspekt dar und ließen die Gegenseite völlig unberücksichtigt. Erst das Zusammenwirken sämtlicher vorliegenden Unterlagen mit den beiden (unter Anwendung gezielter psychologischer Testreihen und nach Durchführung von ausführlichen Gesprächen entstandenen) psychologischen Gutachten, ermöglichte eine konkrete fachliche Analyse der Familiensituation und damit eine Entscheidung in der Sache durch den Richter.

Im Beschwerdefall ist jedoch nicht die Frage nach der Erforderlichkeit eines Sachverständigenbeweises entscheidungswesentlich. Im Rahmen der Beurteilung, ob Zwangsläufigkeit im Sinne des § 34 EStG 1988 gegeben ist, stellt sich vielmehr die **zeitlich vorgelagerte Frage nach dem Entstehungsgrund dieser Aufwendungen**, nämlich ob die Einleitung bzw Führung eines Obsorge- und Kontaktrechtsverfahrens für den Bf. zwangsläufig war und er sich dem aus tatsächlichen, rechtlichen oder sittlichen Gründen nicht entziehen hätte können bzw ihm aufgezwungen worden ist. Stellt sich heraus, dass die Führung eines Außerstreitverfahrens nicht zwangsläufig, sondern die Folge eines Verhaltens des Bf. war, zu dem er sich aus freien Stücken entschlossen hat, können die daraus resultierenden Sachverständigengebühren nicht als außergewöhnliche Belastung in Abzug gebracht werden.

Im Beschwerdefall kam die **Obsorge nach § 177 ABGB** nach der Trennung und Auflösung der häuslichen Gemeinschaft beiden Elternteile gemeinsam zu. Das Verfahren um Änderung der gemeinsamen Obsorge (§ 180 ABGB) wurde zunächst durch Einbringung des Antrages des Bf. auf alleinige Obsorge vom 22.06.2010 eingeleitet. Im Gegenzug dazu brachte auch die Kindesmutter am 14.07.2010 einen Antrag auf alleinige Obsorge ein. Ein dem Bf. von der Kindesmutter aufgezwungenes Verfahren liegt jedenfalls nicht vor.

Fraglich ist, ob der Bf. auf Grund anderer Umstände gezwungen war, das Verfahren auf alleinige Obsorge einzuleiten. Der Bf. brachte hiezu Lebenssituationen vor (nächtliches Fernbleiben der Kindesmutter von der gemeinsamen Wohnung und verbale Verletzungen), welche zweifelsfrei auf schwere persönliche Differenzen zwischen den Kindeseltern hinweisen, nicht jedoch das Kindeswohl berührten. Im Gegenteil attestierten doch beide Gutachten den liebevollen Umgang der Eltern mit deren Töchtern. Weder das Gericht noch die Sachverständigen konnten Umstände feststellen, die auf eine Gefährdung der persönlichen

und körperlichen Integrität oder eine negative Beeinflussung der Kinder durch deren Mutter hingedeutet hätten. Vielmehr bestanden von Seiten des Gerichts Befürchtungen der Beeinflussung durch den Bf. Die vom Bf. an das Bezirksgericht herangetragenen Argumente waren für das Gericht nicht überzeugend und mündeten in einer alleinigen Obsorge durch die Kindesmutter und die Bestätigung des Aufenthaltsortes der Kinder in deren Haushalt. Auch die weiteren Anträge des Bf. vom 01.02.2013 und 11.01.2014 wurden vom Gericht mit Beschluss vom 02.04.2014 abgewiesen. Der vom Bf. eingenommene Standpunkt erwies sich somit als nicht berechtigt.

Strittig war zudem das **Kontaktrecht** nach § 187 ABGB. Nach der Trennung wurden die Kontaktregelungen zunächst außergerichtlich getroffen. Mangels Einvernehmens wurde das Gericht angerufen, die Kontaktrechtsausübung zu regeln. So wie im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 25.07.2018 (Ro 2018/13/0002) ist auch im gegenständlichen Fall das Kontaktrecht nicht grundsätzlich strittig, sondern nur dessen konkrete Ausformung. Dem Bf. wurde weder der Umgang mit seinen Kindern völlig verwehrt noch lag eine sonstige tatsächliche oder unmittelbare Zwangslage vor, welche die Anrufung des Gerichts für unabdingbar gemacht hätte. Den Gutachten ist nicht zu entnehmen, dass die ursprünglich bestehenden Kontaktregelungen den Kindern geschadet hätten und den Bf. in seinem Umgangsrecht gröblich benachteiligt hätten. Auch hier hat sich der vor Gericht eingenommene Standpunkt des Bf. als nicht berechtigt erwiesen.

Die Anrufung des Gerichtes zur Änderung der Obsorge und der Kontaktregelung war daher nicht zwangsläufig erfolgt, sondern stellte sich u.a. auch als Folge des Verhaltens des Bf. dar, zu dem er sich ohne Vorliegen einer Zwangslage entschlossen hatte. Wie sich aus den vorliegenden Gutachten zweifelsfrei ergibt, litten die Kinder vor allem an den Streitereien der Eltern und nicht an den bestehenden Regelungen. Dass sich der Bf. diesem Außerstreitverfahren nicht entziehen hätte können, ist nicht zu erkennen.

Zum Einwand, dass es sich im Beschwerdefall um Gutachter- und nicht um Prozesskosten gehandelt habe, ist entgegenzuhalten, dass Prozesskosten dem Überbegriff „*Verfahrenskosten*“ zuzuordnen sind. Der Begriff der Verfahrenskosten umfasst alle einem Steuerpflichtigen durch eine Prozessführung, ein Straf- oder Verwaltungsverfahren entstandenen Kosten, gleichgültig, ob es sich um Gerichtsgebühren, Pauschalkostenbeiträge, anwaltliche Vertretungs- und Beratungskosten oder Sachverständigen- bzw. Zeugengebühren handelt (*Thiele*, Ertragsteuerliche Behandlung von Verfahrenskosten, RdW 2000/412). Im Beschwerdefall ist nicht die begriffliche Bezeichnung der angefallenen Kosten entscheidungswesentlich, sondern die Frage nach der Zwangsläufigkeit der Anrufung des Gerichts.

Wenn es zwar aus subjektiver Sicht des Bf. durchaus verständlich und menschlich erscheint, dass dieser unter den gegebenen Umständen einen Antrag bei Gericht erhoben hat, so ändert

dies jedoch nichts daran, dass das Außerstreitverfahren, aus welchem die strittigen Aufwendungen resultieren, dem Bf. nicht aufgezwungen wurde. Die in § 34 Abs 3 EStG 1988 geforderten Zwangsläufigkeit lag nicht vor, sodass in weiterer Folge eine Prüfung der anderen Voraussetzungen für eine außergewöhnliche Belastung unterbleiben konnte, da schon beim Fehlen einer einzigen der in § 34 EStG 1988 geforderten Voraussetzungen eine Anerkennung versagt werden muss.

Dem Beschwerdebegehren war somit nicht Folge zu geben.

4. Zur Zulässigkeit einer (ordentlichen) 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.

Zur Frage, ob Prozesskosten im Zusammenhang mit einem Kontaktrechtsstreit als außergewöhnliche Belastung anzuerkennen sind, hat der Verwaltungsgerichtshof bereits eine Entscheidung getroffen (25.07.2018, Ro 2018/13/0002). Die gegenständliche Entscheidung basiert auf den gesetzlichen Grundlagen und steht in keinem Widerspruch zu dieser Rechtsprechung. Eine (ordentliche) Revision war daher nicht zuzulassen.

Linz, am 4. November 2021