



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 27. August 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 27. Juli 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung (der Hälfte) der Familienbeihilfe für die Kinder xx, für die Zeit ab Juni 2009 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 27.7.2009 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder des Berufungswerbers für die Zeit ab Juni 2009 abgewiesen, da die erforderlichen Nachweise (Vorhalt vom 9.6.2009) nicht erbracht worden seien. Es werde darauf aufmerksam gemacht, dass gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 einen Anspruch auf die Familienbeihilfe jene Person habe, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Unter anspruchsberechtigte Person könne sowohl der Vater als auch die Mutter verstanden werden.

Die dagegen eingebrachte Berufung wird wie folgt begründet:

„Mit Beschluss vom 11 Februar 2002 hat sich die oö. Landesregierung zur Strategie des GENDER MAINSTREAMING als Leitprinzip und Methode der Politik und in der Verwaltung in Oberösterreich bekannt. Zitat aus Kulturleitbild Oberösterreich 2009

Ist dieser Beschluss für die Finanzadministration eventuell nicht relevant? In Ihrem Schreiben

vom 9. Juni 2009 steht in der letzten Zeile: es kann nur einen Anspruchsberechtigten geben. Dies widerspricht jedenfalls den Grundsätzen des GENDER MAINSTREAMING. Ausserdem: Wie in meinem Schreiben vom 12 Juni 2009 schon hingewiesen, kann unter einen Anspruchsberechtigten wohl nur eine Person männlichen Geschlechts gemeint sein. Ich habe in dem erwähnten Schreiben deshalb um Aufklärung der Umstände ersucht, warum diese Beihilfe seit Jahren nicht auf mein Konto überwiesen wird. Dies ist jedoch in dem mir übermittelten Abweisungsbescheid nicht geschehen.

Abgesehen davon habe ich in meinem Antrag vom 3 Juni 2009 im Detail dargestellt, warum ich Anspruch auf die Beihilfe habe. Auch auf die Gefahr hin, mich wie ein Papagei zu wiederholen hier noch einmal der Originaltext. Vielleicht wäre es möglich, dass diese Darstellung auch gelesen wird.

Mit Beschluss des Bezirksgerichts xxx vom 02 Juli 2007, aa, wurde die schriftliche Vereinbarung über die gemeinsame Obsorge für die Kinder y und yy genehmigt.

Die Mutter der Kinder, Ch., wohnt ebenfalls in H.. Mein Haus befindet sich weniger als 100 m von ihrem Haus entfernt und ist über einen Fussweg über eine Wiese erreichbar. Die Kinder y und yy halten sich also entweder bei mir oder bei der Mutter auf. Ich bin freiberuflich im Kunst-, Kultur- und Ökobereich tätig. Mein Büro ist in meinem Wohnhaus, ich arbeite zu Hause. Die Kinder können sich also uneingeschränkt zwischen den zwei Häusern bewegen und sowohl dort als auch da aufhalten. Ich besitze weiters einen umfangreichen Obst- und Gemüsegarten und versorge meine Kinder mit den Produkten aus diesem Garten. Nicht zuletzt auf Grund des zeitlichen Aufwandes der Beschäftigung mit meinen Kindern, liegt mein monatliches Einkommen, das ausserdem unregelmässig, weil Projekt bezogen ist, weit unter der Armutsgefährdungs= grenze.

Da sich mit der Mutter der Kinder in dieser Angelegenheit, nämlich faire Aufteilung der Familienbeihilfe auf beide Elternteile, kein Konsens erzielen lässt, beantrage ich, die Hälfte der Beihilfe auf mein Konto zu überweisen. Die derzeitige Praxis entspricht weder dem Gleichheitsgrundsatz noch dem gender mainstreaming.

Aus der Darstellung geht hervor, dass die Kinder sowohl zu dem einen als auch dem anderen Haushalt gehören?. Der Hinweis im Schreiben vom 09 Juni 2009, dass keine "halbe" Familienbeihilfe ausbezahlt werden kann, entbehrt jeder nachvollziehbaren Grundlage, abgesehen davon, wie "halbe" überhaupt interpretiert werden kann. Sollte es aus irgendwelchen technischen Gründen nicht möglich sein, an beide Elternteile monatlich jeweils die Hälfte der Familienbeihilfe zu überweisen, gibt es die Möglichkeit, alternierend ein Monat lang die ganze Familienbeihilfe dem einen Elternteil und ein Monat lang dem anderen Elternteil zu überweisen. Oder ein halbes Jahr lang dem einen Elternteil und dann ein halbes Jahr lang dem anderen Elternteil."

Am 14.10.2009 richtete das Finanzamt folgendes Ergänzungsersuchen an den Berufungswerber:

„Gemäß § 96 BAO müssen alle schriftlichen Ausfertigungen der Abgabenbehörden die Bezeichnung der Behörde enthalten sowie mit Datum und mit der Unterschrift dessen versehen sein, der die Erledigung genehmigt hat.

Ausfertigungen, die mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung erstellt werden, bedürfen weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung und gelten, wenn sie weder eine Unterschrift noch eine Beglaubigung aufweisen, als durch den Leiter der auf der Ausfertigung bezeichneten Abgabenbehörde genehmigt.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im § 2 Abs. 1 FLAG 1967 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört (§ 2 Abs. 5 FLAG 1967).

Sie werden daher abermals ersucht, die erforderlichen Nachweise, die bereits im Erstantragsverfahren abverlangt und nicht vorgelegt wurden, nachzureichen bzw. die offenen Fragen zu klären:

- Aufenthalt der Kinder: wo essen und nächtigen die Kinder überwiegend?
- Wer leistet die Sorgfaltspflichten für Körperpflege, Schulbegleitung, Wäsche,....?
- Leisten sie Alimente für die Kinder? Regelmäßig und in welcher Höhe?

Zum Tatbestand, dass kein Hinweis bezüglich Aufklärung „männlichen Geschlechts“ im Abweisungsbescheid vom 27.7.2009 erfolgt sei, darf darauf hingewiesen werden, dass dies sehr wohl erfolgt ist. Der Vollständigkeit halber wird dieser Passus hier noch einmal wiederholt angeführt:

« Es wird darauf aufmerksam gemacht, dass gemäß § 2 Abs FLAG 1967 ein Anspruch auf Familienbeihilfe die Person hat, zu deren Haushalt das Kind gehört. Unter anspruchsberechtigter Person kann sowohl die Mutter als auch der Vater verstanden werden (nicht nur „männliche“ Form).»

Die verfassungsmäßige Prüfung von Gesetzen obliegt nicht der Finanzverwaltung, vielmehr die bloße Anwendung und Ausführung der gesetzlichen Normen.“

In der Stellungnahme dazu vom 9.11.2009 führt der Berufungswerber Folgendes aus:

„Wieder ersuchen Sie um Ergänzung. Ich wiederhole, dass laut Beschluss des Bezirksgerichtes

xxx die schriftliche Vereinbarung über die gemeinsame Obsorge der Eltern genehmigt wurde. Das Grundstück der Mutter der Kinder und mein Grundstück und die darauf befindlichen Immobilien sind etwa 50 m von einander entfernt und über einen Weg durch ein Wiesengrundstück erreichbar. Die Kinder halten sich dort und da auf. Also bei der Mutter und bei mir. Sie essen halb so oft bei ihr und halb so oft bei mir und nächtigen halb so oft bei ihr und halb so oft bei mir. Manchmal essen sie auch öfter als halb so oft bei mir, dafür nächtigen sie weniger als halb so oft bei mir, sie essen dann also weniger als halb so oft bei der Mutter, dafür nächtigen sie öfter als halb so oft bei ihr und umgekehrt. Weiters waschen, duschen, baden sich die Kinder halb so oft bei mir und halb so oft bei der Mutter, die Kinder werden halb so oft von mir und halb so oft von der Mutter zur Schule dh zum Schulbus begleitet. Manchmal duschen sich die Kinder auch öfter als halb so oft bei der Mutter, dafür waschen und baden sie sich öfter als halb so oft bei mir und umgekehrt. Die Wäsche wird halb so oft von der Mutter und halb so oft von mir gewaschen. Die Kinder gehen halb so oft mit der Mutter Bergsteigen, Bogenschiessen, Wandern, Schifahren, Schwimmen, Schwammerlsuchen, Eislaufen, ins Kino, in die Konditorei, auf die Driving Range des Golfplatzes, Radfahren, Rollschuhlaufen, Baumkraxln etc und halb so oft mit mir. Es kann auch vorkommen, dass die Mutter mehr als halb so oft mit den Kindern Bergsteigen, Rollschuhlaufen, Schifahren und Schwimmen geht, ich dafür aber öfter als halb so oft die Wäsche wasche und mit ihnen Eislaufen und Schwammerlsuchen gehe und umgekehrt. usw

Als Obsorgeberechtigter leiste ich logischerweise Alimente, (lat.; Nahrung, Unterhalt). Die zuvor angeführten Leistungen kosten nämlich etwas. Diese Leistungen, die angeführten und/oder andere noch unangeführte, werden von mir seit Jahren erbracht, genau genommen seit dem Tag, an dem die Kinder geboren sind. Die Zahlung der Familienbeihilfe aber erfolgt stets NICHT der gemeinsamen Obsorge entsprechend. Das widerspricht nicht nur dem Gleichheitsgrundsatz, dem gender mainstreaming und der Fairness sondern schliesslich auch dem Hausverstand. Finden Sie nicht auch? Ich beantrage ja nicht, dass die Behörde die gesamte Familienbeihilfe an mich überweist, sondern die Hälfte des Betrages. Noch dazu im Hinblick darauf, dass die Beihilfe seit Jahren schon ausschliesslich an die Mutter ausbezahlt wird.

PS Ich ersuche um Bearbeitung meines Schreibens und Verständigung innerhalb einer Frist, wie sie üblicherweise von Behörden einem Antragsteller vorgeschrieben wird."

Das Finanzamt hat die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 17.12.2009 als unbegründet abgewiesen.

„Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren

Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht (vgl. Erkenntnisse des VwGH vom 22. 10.1971, Z.336/70 und vom 28.2.2002, Zl. 2001/15/0207-7).

Ihre Begründung hinsichtlich der gemeinsamen Obsorge geht damit ins Leere, da das Erziehungsrecht nicht anspruchsbegründend ist. Auch die Verköstigung der Kinder bzw. gemeinsame Freizeitgestaltungen vermögen der Berufung nicht zum Erfolg verhelfen. Ebenso sind gelegentliche Übernachtungen der Kinder bei Ihnen nur als ein vorübergehender Aufenthalt zu werten.

Im Zuge des Vorhalteverfahrens wurden keine konkreten Sachverhaltsdarstellungen oder Nachweise erbracht, sodass die Erörterung des Sachverhalts hieramts erfolgte. Im Sinne des § 167 Abs. 2 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 u.a. beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

Aufgrund dieser Sachverhaltsermittlung und der Beweiswürdigung ihrer Angaben in den Schreiben vom 3.6.2009, 27.8.2009 und 9.11.2009 ohne jeglicher Nachweise dazu - kam die Behörde in freier Beweiswürdigung zu dem Schluss, dass die Kinder nicht bei Ihnen haushaltszugehörig sind und damit kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Bezüglich der Einwendungen in der Berufung wird nochmals erwähnt:

- automatisationsunterstützter Abweisungsbescheid ist nicht unterzeichnet:

Gemäß § 96 BAO müssen alle schriftlichen Ausfertigungen der Abgabenbehörden die Bezeichnung der Behörde enthalten, sowie mit Datum und mit der Unterschrift dessen versehen sein, der die Erledigung genehmigt. Ausfertigungen, die mittels automationsunterstützter Datenverarbeitung erstellt werden, bedürfen weder einer Unterschrift noch einer Beglaubigung und gelten, wenn sie weder eine Unterschrift noch eine Beglaubigung aufweisen, als durch den Leiter der auf der Ausfertigung bezeichneten Behörde als genehmigt.

- Keine Aufklärung hinsichtlich des Punkts „männlichen Geschlechts“: im Abweisungsbescheid vom 27.07.2009 wurde dies sehr wohl erläutert, dass unter anspruchsberechtigter Person

sowohl die Mutter als auch der Vater verstanden werden kann (= nicht nur die männliche Form).

- Gemeinsame Obsorge laut Beschluss des Bezirksgerichts xxx: wie bereits detailliert angeführt, ist nicht das Erziehungsrecht im FLAG anspruchsbegründend
- Gender Mainstreaming: die verfassungsmäßige Prüfung von Gesetzen obliegt nicht der Finanzverwaltung, viel mehr die Anwendung und Ausführung der gesetzlichen Normen
- Auszahlung der „halben“ Familienbeihilfe entbehrt jeglicher Grundlage:

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Gemäß § 11 Abs. 1 FLAG wird die Familienbeihilfe für jeweils zwei Monate innerhalb des ersten Monats durch das Wohnsitzfinanzamt automationsunterstützt ausgezahlt. Eine weitergehende Ausführung diesbezüglich kann unterbleiben, mangels Anspruchsvoraussetzungen bei Ihnen.“

Mit Schreiben vom 24.12.2009 beantragte der Berufungswerber die Vorlage seiner Berufung an die „Berufungsinstanz“.

„Ich bin ja so dankbar, dass ich endlich wieder ein Lebenszeichen von Ihnen erhalte. Und noch dazu ist es so übersichtlich gestaltet. Die wichtigen Sachen im Fettdruck. Es scheint mir aber jetzt doch der Zeitpunkt gekommen, dass ich Sie höflich aber unmissverständlich auffordern muss, meinen Berufungsantrag vom 27 August 2009 und die von ihnen dann noch geforderten und von mir am 09 Nov 2009 übermittelten Ergänzungen unverzüglich an die Berufungsinstanz weiterzuleiten. Falls Sie sich aus physischen oder psychischen Gründen ausserstande sehen, diese Aufgabe wahrzunehmen, dann lassen Sie es mich bitte wissen. Ich komme vorbei und helfe Ihnen, den Akt von Ihrem Büro in das Büro der Berufungsinstanz zu bringen, sei es nun auf dem Fussweg oder über den Postweg. Nach Beseitigung dieser Hürde sind Sie nicht mehr in diese Angelegenheit involviert, lat. verwickelt. Sie können sich praktisch emotional gänzlich davon lösen und wieder befreit tief durchatmen. Abschliessend wünsche ich Ihnen noch viel Freude mit zukünftigen Aufgaben im Rahmen Ihrer Tätigkeit auf einem geschützten Arbeitsplatz.

Übrigens, haben Sie auch Kinder? Vielleicht können Sie mir ganz privat auf einer Postkarte dazu ein paar Zeilen übermitteln. Jedoch nur, wenn Ihnen gefühlsmässig danach ist.

PS Bitte vergessen Sie nicht, meine Berufung an die Berufungsinstanz weiterzuleiten.“

Am 7.4.2011 langte beim Unabhängigen Finanzsenat folgendes Schreiben des Berufungswerbers ein:

„Sehr geehrte Damen und Herren

Ich beziehe mich auf die gegenständliche Verständigung, die ich umständehalber etwas aus den Augen verloren habe, worauf der lange dazwischenliegende Zeitraum hindeutet. Ich frage

mich nun nach etwas mehr als einem Jahr, ob ich auf diese Verständigung mit noch einem weiteren Schriftstück seitens der angegebenen Behörde hätte rechnen können oder ohnehin nicht?

Bitte klären Sie mich dahingehend auf. Auch unbürokratisch per email an xxxxx"

Mit Vorhalt vom 8.4.2011 wurde dem Berufungswerber Nachstehendes mitgeteilt:

„Der § 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG), der für die Entscheidung über Ihre Berufung maßgeblich ist, lautet - auszugsweise - wie folgt:

"§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

a) deren Nachkommen,

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,

c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; ...

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört."

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 18.4.2007, 2006/13/0120 Folgendes ausgeführt:

„Wie sich aus Abs. 2 der eben dargestellten Bestimmung ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen

Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist.

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. März 1997, 96/14/0006) an."

Wie der VwGH weiters feststellt, hängt die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt.

Bezüglich des Aspektes der Wirtschaftsführung wird insbesondere von Bedeutung sein, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt.

Die Kindesmutter, Frau Ch., hat auf Grund von Fragen des Finanzamtes schriftlich Nachstehendes mitgeteilt:

„- Herr K. hat noch nie für eines seiner Kinder auch nur einen Euro Unterhalt bezahlt, obwohl die Kinder seit ihrer Geburt mit mir allein in einem gemeinsamen Haushalt leben. Seine Unterhaltleistungen nannte er materiell: in Form von Äpfeln und gelegentlichem Gartengemüse. Da Herr K. in anbetracht seiner Situation (56, außerordentlich geringe Geldmittel durch seine lebenslange Tätigkeit im Kunstbereich) seinen Unterhaltspflichten nicht nachkommen kann, und ich nicht die Kinder durch eventuelle Konflikte in Mitleidenschaft gezogen sehen wollte, verzichtete ich bisher auf Unterhaltsforderungen.

Die Kinder verpflege und versorge in der Regel ich, außer zu jenen Zeiten, die ich auf Grund meiner Ausbildung an der yyy Universität verbringe. Einen Stundenplan der letzten zwei (bisher umfangreichsten) Semester lege ich bei. Ich habe mir die Kurse an der Uni so gewählt, dass ich fast täglich den Kindern selbst ein Mittagessen zubereiten und mit ihnen die Hausübung machen kann.

In den Universitätsferien die Kinder sind fast gänzlich bei mir sind. Während meiner Abwesenheit werden die Kinder von Herrn K. betreut, oder von meiner Mutter.

(Z.Bsp. wenn der Kindesvater verreist ist, wie es zum Beispiel im Herbst 2009 für einen Monat der Fall war).

- Die Kinder werden von mir gewaschen, geduscht,.. etc. außer wenn sie die Nacht bei Ihrem

Vater verbringen. (Diese Tage sind aus meinem Stundenplan ersichtlich und markiert.) Die Kinder sind bis jetzt ausschließlich von mir eingekleidet worden, Schultaschen, Schulsachen, Schuhe, Ausgaben für die Schule, (Schulbus, Schulbuchselbstbehalt, tägliche Schulmilch, Spatzenposthefte, Schulveranstaltungen), Geigenunterricht, Flötenunterricht, Schwimmunterricht, Geige, Kindergartengebühren wurden und werden ausschließlich von mir geleistet. (Die Geige zahlte zur Hälfte meine Mutter.) Herr K. hat weder ein Badezimmer noch ein für die Kinder eingerichtetes Kinderzimmer im Haus. Auch die Kleidung der Kinder wird von mir gewaschen.

- Die Kinder gehen von mir aus zur Schule, außer an den wenigen Tagen, an denen ich bis zum späteren Abend an der Universität bin, und die Kinder daher beim Vater schlafen. Sie kommen nach der Schule zu mir (außer: siehe Stundenplan) und werden von mir verköstigt und umgezogen. Seit Mitte Oktober kommt der Kindesvater morgens zu uns ins Haus, und nachdem die Kinder bei mir gefrühstückt haben bringt er sie die 50 m zum Schulbus.
- Letztes Jahr war Herr K. mit den Kindern bei der Schuleinschreibung. Heuer auch am ersten Schultage des jüngsten Kindes mit mir gemeinsam dabei. Letztes Schuljahr war ich allein anwesend bei Schulbezogenen Veranstaltungen, Elternsprechtage, ... Hausübungen machen die Kinder bei mir, Ausnahmen sind an meinem Stundenplan ersichtlich.
- Da Herr K. nur zwei Häuser neben uns wohnt, gibt es keine geregelten Besuchszeiten.
- Die Kinder halten sich in der Regel in meinem Haus auf. In der Freizeit sind die Kinder bei mir, und werden von Herrn K. spontan und unregelmäßig zu Ausflügen abgeholt und abends zurückgebracht. Für eventuelle Ausgaben für Liftkarten, ... werde ich oft im Nachhinein gebeten, die Kosten für die Kinder zu rückzuerstatten. Diesen Bitten kam ich stets nach.
- Die Kinder bilden mit mir eine einheitliche Wohn- und Wirtschaftsgesellschaft.
- Im Jahr 2009 hat Herrn Ks. Betreuung der Kinder in etwa einen Umfang von 633 h betragen. (Bis zum 6.12.) In dieser Berechnung sind sowohl die (von mir notierten) sporadischen Ausflüge der Monate Januar bis Juli enthalten, als auch sämtliche Stunden, in denen ich aus ev. Nebenberuflichen Gründen abwesend war und Herr K. die Betreuung der Kinder übernommen hatte. Das entspricht einer monatlichen Betreuung der Kinder von etwa 52 —55 h monatlich. Hinzu kommen die gelegentlichen Ausflüge der Monate August bis Dezember.
- Bei Bedarf können sie beim örtlichen Bürgermeister anfragen, wie die Wohnsituation des Herrn K. ist. Da aktuell die Frage des Anschlusses an eine Kleinkläranlage bei Herrn K. ansteht, der sich bis jetzt dem Anschluss verweigert hat, liegt meines Wissens nach eine Erklärung von ihm beim Gemeindeamt auf (und bei der zuständigen Sachbearbeiterin des Landes OÖ), nach der Herr K. damit argumentiert, ohnehin allein in seinem Haus zu leben, und daher nur ein äußerst geringes Volumen an Abwasser zu produzieren."

Weiters wurden noch zahlreiche Belege über getragene Unterhaltskosten der Kinder sowie der im Schreiben erwähnte Stundenplan der Kindesmutter vorgelegt.

Demnach könnte jedoch keinesfalls von einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zwischen Ihnen und den Kindern K.B. ausgegangen werden, weshalb die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe nicht vorliegen würden.

Es wird Ihnen aber die Möglichkeit geboten, dazu innerhalb von drei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens schriftlich Stellung zu nehmen, ansonsten laut Aktenlage über Ihre Berufung zu entscheiden ist."

Am 13.4.2011 sandte der Berufungswerber dem Unabhängigen Finanzsenat folgende Mails:
„Ich bin sehr verwundert über die rasche Antwort auf meinen Brief vom 4 April 2011. Meine Berufung datiert ja immerhin mit 27 Aug 2009. Zu dieser doch sehr langen Zeitspanne ergeben sich für mich einige Fragen. Warum hat eine Reaktion auf meine Berufung so lange gedauert? Ist die Reaktion erst zustande gekommen auf Grund meines Schreibens vom 4 April 2011 oder existiert das Schreiben schon länger und ist bloss nicht abgeschickt worden? Wann hat Frau Ch. ihre Stellungnahme abgegeben?"

„Ich wäre Ihnen verbunden, wenn Sie mir auch den Fragenkatalog, der Frau Ch. vorgelegt wurde, übermitteln könnten."

Mit Vorhalt vom 14.4.2011 wurde dem Berufungswerber mitgeteilt:

„Bezugnehmend auf Ihre Mails vom 13.4.2011 bringe ich Ihnen nachstehend die vom Finanzamt mit Schreiben vom 23.11.2009 an Frau Ch. gerichteten Fragen zur Kenntnis. Die Stellungnahme von Frau FX langte beim Finanzamt am 14.12.2009 ein.

„Der Kindesvater hat einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe gestellt - für die gemeinsamen Kinder KK - mit der Begründung der gemeinsamen Obsorge laut Beschluss vom 2.7.2007.

Zwecks Sachverhaltsklärung werden Sie gebeten, folgende Fragen zu klären:

- kommt der Kindesvater seiner Unterhaltsverpflichtung regelmäßig und in voller Höhe nach?
- wer versorgt und gepflegt die Kinder wann und für welchen Zeitraum?
- wer wäscht die Kinder und kauft die Kleidung, Schulsachen?
- von wo aus gehen die Kinder zur Schule bzw.wohin nach der Schule?
- wer kümmert sich um die schulischen Belange?
- gibt es regelmäßige Besuchszeiten der Kinder beim Kindesvater?
- wer beschäftigt die Kinder in der Freizeit, an den Wochenenden? Die Kinder sind bei Ihnen mit Hauptwohnsitz, beim Kindesvater mit Nebenwohnsitz gemeldet; für den Anspruch der Familienbeihilfe allerdings ist entscheidend die überwiegende Haushaltszugehörigkeit, d.h. die

einheitliche Wohn-und Wirtschaftsgemeinschaft.

Aus diesem Grunde ist die Beantwortung der Fragen zur Sachverhaltsklärung erforderlich."

Im Übrigen verweise ich auf mein Schreiben vom 8.4.2011."

Im nachgereichten Schriftstück vom 25.4.2011 führt der Berufungswerber aus:

„Mein Haus ist über 200 Jahre alt und befindet sich weniger als 100 m entfernt vom Haus der Mutter der Kinder KKK und ist über einen Wiesenweg erreichbar. Die Grundfläche beträgt etwa 19x11 m. Im Erdgeschoss befinden sich ein Wohnzimmer mit 45 qm, Küche, Nebenraum, zwei Vorzimmer. Im ersten Stock sind drei Gästezimmer, ein Schlafzimmer und mein Büro. Mein Haus wird von den Kindern als ganzes benutzt. Dies im Zusammenhang zu fehlendes Kinderzimmer. Badezimmer gibt es tatsächlich keines. Dies deshalb, weil ich an meinem alten Haus aus finanziellen Gründen und auch aus reiner Absicht keine Veränderungen vornehme. Als passionierter Nostalgiker bade ich wie meine Vorfahren im Zuber (Holzscaff). Das erfreut sich auch im hypen Wellness-Bereich neuerdings Beliebtheit. Auch Kinder sind davon begeistert.

Parallel zu meinem Haus steht ein Wirtschaftsgebäude mit den Ausmaßen 19x7 m. Darin befindet sich eine Werkstatt. Diese Werkstatt wird auch von den Kindern KKK genutzt. Mein Grundstück umfasst 4050 qm. Ich habe darauf verschiedene Bäume selbst gepflanzt. Unter anderen: Apfel, Birne, Kirsche, Kriecherl, Walnuß, Rosskastanie, Esche, Erle, Eiche, Birke, Haselnuß, Eberesche, Weichsel, Korbweide... Kaum ein Baum, auf dem die Kinder nicht auch schon herumgekraxelt sind.

In meinem Garten gibt es weiters Himbeere, Stachelbeere, Rote und Schwarze Johannisbeere, Schlehe und Holunder. Zusätzlich zum Obstgarten habe ich einen Gemüsegarten angelegt. Was Obst und Gemüse betrifft, produziere ich biologisch und bin praktisch autark. Im Garten befindet sich auch ein kleines Gartenhaus. Mittlerweile ist es von den Kindern entdeckt worden und wird von ihnen als Unterschlupf/Versteck genutzt.

Zur Frage der Alimente:

Selbstverständlich ist und war es mir von Anfang an wichtig, dass meine finanziellen Mittel den Kindern direkt zu Gute kommen und nicht über den Umweg der Verwendung durch die Mutter der Kinder. So wie offenbar die überwiegende Mehrheit der Mütter hat auch die Mutter der Kinder von KKK stets einen wachsenden Einfluss des Vaters mit Argwohn betrachtet, umso mehr in Anbetracht der klaren Forderung, die ich schon früher an die Mutter der Kinder gestellt habe. Nämlich: gemeinsame Obsorge, faire Aufteilung der Familienbeihilfe.

Schliesslich wird diese Beihilfe auch nicht KindesmutterBeihilfe genannt. Für die Argumentation gleicher Rechte für beide Eltern war die Mutter der Kinder von Anfang an nicht zugänglich. Die Übertragung der Obsorge ergab sich erst als ihr in einer bestimmten Situation

die rechtliche Gleichstellung des Vaters und der damit verbundene juristische Einsatz für die Kinder von Vorteil schien.

Da die Mutter der Kinder meines Wissens ihren eigenen Unterhalt massgeblich aus Mitteln der Familienbeihilfe bestreitet, war und ist sie immer darauf bedacht, die Kinder an sich zu binden, um diese Einnahmequelle legitimieren zu können. Dies durch Kauf von Geschenken, Spielsachen und auch anderen Dingen, die sie anführt wie Schultaschen, Schulsachen, sonstige Schulausgaben, Schuhe etc. Ein überragendes Kunststück? Auch ich hätte leichtens mit den Mitteln der Familienbeihilfe diese Dinge kaufen können. Den Ankauf dieser Dinge für sich zu reklamieren und gegen mich anzuführen scheint mir tollkühn. Vom pädagogischen Standpunkt auch äusserst bedenklich. Angekaufte Dinge kommen auf diese Weise überwiegend aus der Hand der Mutter, werden bewusst als Kalkül eingesetzt und verzerren logischerweise das Bild, das die Kinder vom Vater haben. Abgesehen vom Ankauf von Dingen, shopping, ist und wird der aktive Teil von Freizeitgestaltung stets gerne auf den Vater, nämlich mich, ausgelagert.

Die Freizeit und Sportaktivitäten des Vaters mit den Kindern beinhalten ausgedehnte querfeldein Wanderungen in der Umgebung, Bergwanderungen (im Toten Gebirge und am Dachsteinmassiv bis zum Hallstätter Gletscher), Bogenschiessen, Eislaufen, AlpinSchifahren, Nordischen Schilaulauf, Kletterhalle, Radfahrten auf Wald- und Feldwegen, Badeausflüge zu Flüssen.... Bei diesen Aktivitäten ist es nicht damit abgetan, dass hin und wieder eine Liftkarte rückerstattet wird, wie die Mutter der Kinder angibt. Es entstehen hier eine Reihe von zusätzlichen Kosten in Zusammenhang mit Ausrüstung, Gastronomie, Transport... Ganz abgesehen vom zeitlichen Aufwand, der auch gerne unterschätzte Vorbereitungsarbeit beinhaltet.

Bezüglich der Kommunikation mit der Volksschule möchte ich erwähnen, dass mich mit dem Direktor der Schule schon der gemeinsame Besuch des Gymnasiums und Aufenthalt in demselben Schülerheim in ww verbindet.

Den von der Mutter der Kinder vorgelegten Stundenplan zu Ihrem Studium in Ehren. Alleine die Fahrtzeit HL beträgt etwa 1 Stunde. Allgemein gesehen darf man annehmen, dass bei der derzeitigen Optimierung dh den strukturellen Vorgaben und Fristen im Rahmen eines Studiums wohl nichts einfacher ist, als nebenbei auch noch zwei volkschulpflichtige Kinder zu betreuen. Soweit ich als Förderer und Betroffener des Studiums der Mutter der Kinder erfahren durfte, ist es nicht mit den in ihrem Stundenplan angeführten Zeiten abgetan. Zusätzlich erinnere ich mich lebhaft an Treffen mit StudienkollegInnen, an Tutorien und ganztägige Wochenendseminare, sowie an wiederkehrende Abgabetermine für gemeinsam mit KollegInnen verfasste Arbeiten, die stets auch mit Treffen verbunden waren.

Vor Beginn dieses Hochschulstudiums absolvierte die Mutter der Kinder eine mehrjährige

Ausbildung als Energetikerin. In einer speziellen Sparte dieser Ausbildung besucht sie seit damals und aktuell mehrtägige Seminare und Treffen in regelmäßige Abständen.

Die Verwendung des Zahlenmaterials der Mutter der Kinder, kann ich nur insofern kommentieren, als dass es der Rechtfertigung des Erhalts der Einnahmequelle Familienbeihilfe für sie dient. Ich möchte in diesem Zusammenhang feststellen, dass es mir nicht darum geht, die gesamte Familienbeihilfe nun zur Abwechslung einmal mir zur Disposition zu überweisen sondern die Hälfte dieser Beihilfe. Dies würde Gewähr leisten, dass der Mutter der Kinder kein unmittelbarer Anlass mehr gegeben wird, die Kinder über ein Ausmaß als mehr als der Hälfte der Zeit und des Aufwands an sich zu binden. Der Legitimation für diese für meine Beziehung zu den Kindern kontraproduktiven Haltung würde dadurch der Wind aus den Segeln genommen.

Eine jahrelang schwelende Kontroverse könnte damit beendet werden, da die Mutter der Kinder sich fortan nicht mehr darüber beschweren bräuchte wie benachteiligt sie doch ist. Sie könnte sich getrost zurücklehnen und tief durchatmen und mir verschiedene Aufgaben und Ausgaben überlassen. Ich wäre sehr dankbar über eine solche Regelung, da ich seit Jahren allen erdenklichen Schikanen ausgesetzt bin, die aus dieser ungerechten auf der Ungleichheit des Status der Elternteile begründeten Situation resultieren.

Ich wohne wie gesagt weniger als 100 m vom Haus der Mutter der Kinder entfernt. Mein Beruf entspricht nicht einem Klischee. Ich wohne hier und ich arbeite auch hier, bin also genauso erreichbar und vorhanden wie die Mutter der Kinder. Und dennoch bin ich auf Grund der restriktiven Rechtspraxis bestenfalls Bittsteller um eine Audienz bei den Kindern und grundsätzlich ständig verfügbares Aufsichtspersonal.

Natürlich wird die Mutter der Kinder Restriktionen bestreiten. Diese werden auch selten brachial umgesetzt sondern subtil.

Ich beantrage die Überweisung der Hälfte der Familienbeihilfe auf mein Konto. Dies aus den oben angeführten Gründen und im Zusammenhang mit meinen Ausführungen vom 03 Juni 2009, 27 August 2009 und insbesondere 09 Nov 2009 an das Finanzamt Freistadt, weiters auch in Hinblick auf den Grundsatz der Gleichbehandlung, insbesondere Gender Mainstreaming und um die negative Energie, die in dem gegenwärtigen Verteilungskonstrukt vorhanden ist zu neutralisieren und eine Basis für ein gleichberechtigtes Verhältnis zwischen Eltern zu ermöglichen."

Über die Berufung wurde erwogen:

Der § 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) lautet - auszugsweise - wie folgt:

"§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

a) deren Nachkommen,

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,

c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; ...

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört."

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 18.4.2007, 2006/13/0120

Folgendes ausgeführt:

„Wie sich aus Abs. 2 der eben dargestellten Bestimmung ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist.

Die Bedingungen einer Haushaltszugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, vgl. das hg.

Erkenntnis vom 18. März 1997, 96/14/0006) an."

Wie der VwGH weiters feststellt, hängt die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen

Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt.

Bezüglich des Aspektes der Wirtschaftsführung wird insbesondere von Bedeutung sein, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt.

Folgt man den Ausführungen des Berufungswerbers, dass sich die Kinder genau halb so oft bei ihm wie bei der Kindesmutter aufhielten, so kann von einer Wohngemeinschaft zwischen dem Berufungswerber und seinen Kindern ausgegangen werden.

Wesentlich ist allerdings dann auch das Vorliegen einer einheitlichen Wirtschaftsführung. Folgt man nun ebenfalls den Ausführungen des Berufungswerbers, so ist wohl unbestritten, dass die Ausgaben für die Nahrung, Bekleidung und für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs der Kinder alleine schon auf Grund seiner finanziellen Verhältnisse zumindest nicht zum überwiegenden Teil von ihm, sondern von der Kindesmutter getragen wurden.

Damit lag aber eine Zugehörigkeit der Kinder zum Haushalt des Berufungswerbers (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) nicht vor. Somit fehlten die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe.

Aus den angeführten Gründen war wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 30. Mai 2011