



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des Bw., vom 5. November 2007 und 20. Dezember 2007 gegen die Bescheide des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 30. Oktober 2007 und 10. Dezember 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Mai 2007 bis Juli 2007 sowie Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2007 bis März 2008 entschieden:

Den Berufungen wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden aufgehoben.

Entscheidungsgründe

1. Berufung gegen den Abweisungsbescheid betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum Mai bis Juli 2007

Der Berufungswerber (Bw.) beantragte am 7. August 2007 für seine Tochter X, geb. Y die Familienbeihilfe ab August 2007. Seine Tochter lebe seit August 2007 ausschließlich bei ihm, der Antrag auf Änderung der Obsorge sei eingegbracht. Er komme allein für den Unterhalt seiner Tochter auf. Dem Antrag beigelegt war ein beim Bezirksgericht Salzburg aufgenommenes Protokoll, lt. dem der Bw. die Anträge stellt, die Kindesmutter ab August 2008 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von € 280,00 zu verpflichten und ihn von seinen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der minderjährigen Tochter X zu entheben.

Mit Schreiben vom 17. August 2008 teilte die Mutter dem Finanzamt mit, dass ihr geschiedener Mann zwar die Obsorge beantragt habe, sie jedoch dagegen sei. Das Verfahren sei bei Gericht anhängig. X halte sich abwechselnd beim Vater und bei ihr auf. Ab September werde X die Hotelfachschule besuchen und im Internat sein.

Im Rahmen einer Vorhaltsbeantwortung führte der Bw. im Schriftsatz vom 14. September 2007 aus, dass seine Tochter seit 20. April 2007 bei ihm lebe und er seit diesem Zeitpunkt alle Aufwendungen wie Bekleidung, Jungscharwoche, usw. allein getragen habe. Obwohl die Kindesmutter über ein eigenes Einkommen verfüge, habe sie keinen Beitrag geleistet. Bis August 2007 habe er keine Familienbeihilfe bezogen, daher beantrage er die Nachzahlung der Familienbeihilfe ab Mai bis Juli 2007. Im beiliegenden, von der Tochter unterschriebenen Schreiben wird ausgeführt, sie sei am 20. April zu ihrem Vater übersiedelt. In den Monaten April, Mai, Juni und Juli sei sie insgesamt 2 mal 2 Wochen bei ihrer Mutter gewesen, im August insgesamt 3 Tage. Natürlich besuche sie ihre Mutter auch des öfteren, meistens dann, wenn sie gerade in der Nähe sei (z.B. bei Freunden). Manchmal fahre sie auch einfach so zu ihr. Überwiegenderweise sei sie bei ihrem Vater. Sie wolle weiterhin bei ihrem Vater wohnen.

Dazu äußerte sich die Mutter im Schreiben vom 20. September 2007: X sei während der Ferien abwechselnd bei ihr und bei ihrem Vater gewesen. Im Juli überwiegend bei ihr, im August überwiegend beim Vater. Auch bereits in den vergangenen Jahren habe das vereinbarte Besuchsrecht vorgesehen, dass X in den Ferien einen längeren Zeitraum bei Ihrem Vater verbringe. Ab September besuche sie die Hotelfachschule (Internat). An den Wochenenden werde sie abwechselnd zu ihr und zu ihrem Vater kommen. Im Krankheitsfall und zB. zu Weihnachten werde die Tochter auf eigenen Wunsch bei ihr sein. Wo sie die nächsten Sommerferien verbringen werde könne sie jetzt noch nicht sagen (auch ein Praktikum sei zu absolvieren). X habe ihr erzählt, dass ihr Vater sie veranlasst habe, einen Zettel zu schreiben, wo sie sich überwiegend aufgehalten habe. Die Tochter könne sich nicht mehr erinnern, was sie da alles geschrieben habe. Dieser Zettel sei mit etwas Vorbehalt zu sehen, da er auf Veranlassung und – wie sie den Eindruck habe – auch inhaltlich nach den Vorgaben des Vaters erstellt worden sei. Sie möchte die X aus den Streitigkeiten mit ihrem Vater heraushalten, die aus der Scheidung und einem jahrelangen Unterhaltsstreit, den sie um einen entsprechenden Unterhalt für die zwei Kinder führen musste, resultieren würden. Ihrer Meinung nach halte sich X zurzeit auf keinen Fall öfters beim Vater als bei ihr auf. Sie komme für einen Teil der Schul- bzw. Internatskosten auf und sie habe die alleinige Obsorge für X. Auch für sonstige Ausgaben, wie zB. in letzter Zeit die Firmung inkl. kompletter Bekleidungsausstattung, monatliches Taschengeld usw. komme sie auf.

Beigelegt, war der entsprechende Obsorgebeschluss vom 23. Dezember 2002, nach dem der Kindesmutter die alleinige Obsorge zukommt.

Das Finanzamt gewährte dem Bw. die Familienbeihilfe für die Monate August und September 2007.

Mit Bescheid vom 30. Oktober 2007 wies das Finanzamt den Antrag auf Familienbeihilfe für Mai 2007 bis Juli 2007 ab. Aufgrund der Darstellungen der Kindesmutter sei X in der Zeit von Mai bis Juli 2007 sowohl beim Vater als auch bei der Mutter wohnhaft gewesen. Auch die Tochter führe in ihrem Schreiben aus, dass sie von April bis Mai auch bei ihrer Mutter gewesen sei. Sie sei mit Hauptwohnsitz immer noch bei ihrer Mutter gemeldet. Dieser komme nach dem immer noch geltenden Beschluss vom 23.12.2002 die alleinige Obsorge zu. Die Tochter X sei daher dem Haushalt der Mutter zuzuordnen gewesen.

Gegen diesen Abweisungsbescheid erhob der Vater Berufung und brachte vor, dass die Behauptung der Kindesmutter, X sei von Mai bis Juli sowohl bei ihr als auch beim Bw. wohnhaft gewesen, falsch sei. Die Tochter sei am 20. April 2007 mit ihrem gesamten Gewand usw. bei ihm eingezogen. Sie habe ihre Mutter im Mai nur zwei Mal kurz besucht. Im Juni sei sie 14 von 30 Tagen bei der Mutter gewesen, im Juli 13 von 31 Tagen. Auch im August und September (ausgenommen Internatszeit) sei seine Tochter überwiegend bei ihm gewesen, das werde von der Mutter auch in einem Einspruch betreffend Sorgerecht selbst bestätigt. Am 5. Juni habe seine Tochter den Antrag auf Änderung des Sorgerechtes auf ihn bei Gericht beantragt. Auch wenn die Mutter Einspruch erhoben habe, sei es eine Tatsache, dass seine Tochter diese Änderung weiterhin wolle.

Am 16. Juli 2007 sei ihm die einstweilige Obsorge in schulischen Belangen per Gerichtsentscheid übertragen worden. Seine Tochter sehe ihren künftigen Lebensmittelpunkt bei ihm im gemeinsamen Haushalt. Sie halte sich nicht nur vorübergehend bei ihm auf. Seit 20. April bis heute werde der weit überwiegende Lebensbedarf der Tochter, wie Bekleidung, Handy, Taschengeld, Verpflegung, Wohnkosten usw., belegbar von ihm getragen. Die Kosten für Schule und Internat würden ebenfalls allein von ihm getragen. Die Besuchszeiten in Salzburg verbringe seine Tochter auch zum überwiegenden Teil bei ihm, wo auch die Wäsche gewaschen werde. Anfang August habe er mittels einstweiliger Verfügung bei Gericht den Unterhalt beantragt und auch erhalten (€ 130,90 monatlich).

Dass seine Tochter immer noch bei ihrer Mutter gemeldet sei, liege daran, dass das Obsorgeverfahren auf Grund von Einsprüchen der Kindesmutter noch nicht entschieden sei. Auf diesem Schreiben wurde von der Tochter des Bw. der handschriftlich der Vermerk „Ich stimme diesem Schreiben zu“ beigelegt und unterschrieben. Neben einer Ausgabenaufstellung für die Monate April bis Oktober 2007 über € 3.390,51 (Taschengeld, Handy, Bekleidung, Schule, Jungscharwoche usw.) waren der Berufung folgende Protokolle und Beschlüsse des Bezirksgerichtes Salzburg beigelegt:

Protokoll vom 5. Juni 2007

Bw. gibt an, dass die mj. X seit nunmehr 20. April in seinem Haushalt lebe. Er übergibt dem Gericht ein Schreiben der Tochter, das diese Angaben bestätigt und in dem sie weiter ausführt, dass sie auch weiterhin beim Vater leben möchte. Sie ersucht das Gericht, das Sorgerecht auf den Vater zu übertragen.

Der Vater stellt den entsprechenden Antrag. In der Begründung heißt es ua., die Mutter sei zumindest derzeit einverstanden, dass X bei ihm lebe.

Protokoll vom 26. Juni 2007 über die gerichtliche Einvernahme der Tochter X

Sie verweise auf den schriftlich gestellten Obsorgeantrag. Sie lebe seit 20. April 2007 mit Einverständnis der Mutter beim Vater. Ihr Wunsch sei in A die Tourismusschule zu absolvieren. Während der Internatszeit wolle sie die Wochenenden abwechselnd bei ihren Eltern verbringen. ... Ihre Mutter habe gesagt, dass der Vater sie nur zu sich hole, weil es ihm um das Geld gehe (Alimente) und er eigentlich kein Interesse an ihr habe. Dem müsse sie widersprechen. Der Vater kümmere sich um sie und sie wolle weiter bei ihm ihren Lebensmittelpunkt haben. Sie stelle sich vor, dass sie – wenn sie im Internat sei – die Wochenenden abwechselnd bei ihren Eltern verbringe. Weil sich die Mutter als gesetzliche Vertreterin weigere, die Schulanmeldung zu unterfertigen, stelle sie den Antrag, dass der Vater mit der vorläufigen Obsorge im Teilbereich der Schulangelegenheiten betraut werde.

Beschluss vom 16. Juli 2007, mit dem der Mutter vorläufig im Teilbereich der Schulangelegenheiten die Obsorge entzogen wird und der Kindesvater vorläufig in diesem Teilbereich mit der Obsorge betraut wird. Sachverhaltsmäßig wird dazu ua. ausgeführt, dass die Minderjährige seit der Trennung der Eltern im Haushalt der Kindesmutter gelebt habe. Seit 20. April 2007 halte sie sich meist bei ihrem Vater auf und wolle sie auch weiterhin dort leben. Im Beweiswürdigungssteil heißt es ua., die Feststellungen würden sich auf die Angaben der Minderjährigen und deren Eltern stützen und dass diese einen reifen Eindruck gemacht habe.

Rekurs der Mutter vom 30. Juli 2007 zum Beschluss, wonach die Obsorge im Teilbereich Schulangelegenheiten vorläufig dem Kindesvater übertragen wird. U. a. heißt es darin, dass die Tochter auch ihr gegenüber den Wunsch geäußert habe, mehr beim Vater zu sein und sie sei damit auch einverstanden gewesen. Es sei aber nicht richtig, dass X seit 20. April ausschließlich beim Vater lebe. Sie sei zB. im Juni ca. 2 Wochen und im Juli die überwiegende Zeit bei ihr gewesen.

Protokoll vom 7. August 2007 mit dem Antrag des Bw., die Kindesmutter ab 1. August 2007 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von € 280,00 zu verpflichten und ihn zur Gänze von seinen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der Tochter zu entheben.

Protokoll vom 4. September 2007, in dem der Bw. die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gem. § 382a EO beantragt, die die Mutter ab sofort bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Unterhaltsentscheidung eine vorläufigen Unterhalt in Höhe des Grundbetrages der Familienbeihilfe von monatlich € 130,90 zu leisten. X lebe nun sei 20. April bei ihm. In dieser Zeit sei sie zwei Mal 14 Tage bei der Mutter gewesen und zwar in den Monaten Juni und Juli 2007. Im Mai 2007 sei sie höchstens drei bis vier Nächte und auch im August höchstens 3 Tage dort gewesen. Zum Beweis könne er schriftliche Aufzeichnungen seiner Tochter vorlegen.

Beschluss (Einstweilige Verfügung gem. § 382a EO) vom 4. September 2007, mit dem die Kindesmutter ab 4. September 2007 verpflichtet wird, einen vorläufigen Unterhalt in Höhe von monatlich € 130,90 zu Handen des Kindesvaters zu leisten. Im Begründungsteil heißt es ua.: „Festgestellt wird, dass bisher für den Unterhaltsanspruch des Kindes gegenüber der Mutter kein Titel besteht. Nach dem Antragsvorbringen lebt die Minderjährige seit 20. April beim Vater und hat die Mutter bis dato keine Unterhaltsleistung erbracht. ... Das Vorbringen des Kindes ist bescheinigt, da aus dem Akt nichts anderes hervorgeht.“

Protokoll vom 11. September 2007, BG Salzburg (Rekurs der Mutter gegen den Beschluss vom 4. September 2007), in dem die Mutter ua. angibt, dass es zur Zeit nicht klar geregelt sei, bei welchem Elternteil sich X überwiegend aufhalte und in Zukunft aufhalten werde. Bis Ende Juli 2007 sei der Kinderunterhalt vergleichsweise geregelt. X sei im Juli 2007 überwiegend bei ihr, im August 2007 hingegen überwiegend beim Vater gewesen. Sie führe zwar keine genauen Aufzeichnungen, jedoch könne die Tochter Isabella, die in den Ferien zu Hause gewesen sei, ihr Vorbringen bestätigen. Ab 16. September 2007 komme X in die Hotelfachschule. ... Sie nehme an, dass die Schul- und Internatskosten der Vater trage (reines Schulgeld ohne Fahrtkosten mtl. € 400,00). X wolle an den Wochenende abwechselnd beim Vater und bei ihr sein. Weiters habe sie ausdrücklich gesagt, sie möchte am Heiligen Abend bei ihr und ihrer großen Schwester sein. Denselben Wunsch habe sie für den Krankheitsfall geäußert. Logischerweise werde die Schmutzwäsche (Schuluniform) von dem jeweiligen Elternteil gewaschen und gebügelt. Ihrer Meinung nach sei künftig keine überwiegende Betreuungsleistung des Vaters erkennbar. Aus diesem Grund sei er nicht berechtigt, Unterhaltsforderungen des Kindes an sie zu richten. Sie sei jedoch gewillt, im Rahmen ihrer finanziellen Möglichkeiten, zu den Schulkosten beizutragen. Sie werde daher ab sofort bis zur Klärung dieser Angelegenheit dem Vater monatlich € 130,90 überweisen.

Protokoll vom 26. September 2007 in dem die Mutter angibt, zu einer monatlichen Leistung von € 130,90, welche für Schul- und Internatskosten zu verwenden seien, ab 1. September 2007 bereit zu sein. Zu einer dezidierten monatlichen Unterhaltsleistung könne sie sich nicht

bereit erklären, da sie nicht einsehe, dass sie Unterhalt leisten solle, obwohl sich X während der Zeit im Internat an den Wochenenden abwechselnd im Haushalt des Vaters und in ihrem Haushalt aufhalten werde und auch in dieser Zeit vom jeweiligen Elternteil betreut werde. Hierzu werde sie in Zukunft genaue Aufzeichnungen führen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 10. Dezember 2007 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab. Wie der Bw. selbst ausführe, habe seine Tochter im Zeitraum Mai 2007 bis Juli 2007 sowohl beim Bw. als auch bei der Kindesmutter gewohnt. Da auf Grund des immer noch gültigen Obsorgebeschlusses des BG Salzburg vom 23. Dezember 2002 der Mutter die alleinige Obsorge für X zukomme und diese im Zeitraum Mai bis Juli 2007 bei ihrer Mutter haushaltsgleich gewesen sei, habe diese Anspruch auf Familienbeihilfe. Der Aufenthalt beim Bw. sei Ausfluss des eingeräumten Besuchsrechts.

Der Bw. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag, in dem im Wesentlichen Folgendes eingewendet wurde: Bei der Beurteilung der Haushaltsgleichheit komme es nicht auf den Obsorgebeschluss an, sondern auf die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft. Diese bestehe zwischen Kind und Kindesvater. Trotz der umfangreichen Beweismittel des Bw. habe das Finanzamt sich mit den Angaben der Kindesmutter begnügt. Die Behörde habe das Parteiengehör des Bw. verletzt und die Beweise einseitig gewürdigt. Die Kindesmutter behauptete, dass die Tochter X in der Zeit von Mai bis Juli sowohl bei ihr als auch beim Bw. wohnhaft gewesen sei. Dies sei falsch. Seine Tochter sei am 20. April 2007 mit ihrem gesamten Gewand und persönlichen Sachen bei ihm eingezogen. Bis auf zwei Tage habe die Tochter den ganzen Mai 2007 bei ihm verbracht. Im Juni sei sie 16 von 30 Tagen bei ihm gewesen. Im Juli seien es 18 von 31 Tagen gewesen, dies aber nur wegen eines im Februar fixierten Urlaubs der Kindesmutter. Seit 20. April werde der weit überwiegende Lebensbedarf für seine Tochter, wie Bekleidung, Handy, Taschengeld, Verpflegung, Wohnkosten vom Bw. getragen. Der Antrag auf Änderung der Obsorge auf den Vater sei von der Tochter am 5. Juni 2007 eingebracht worden. Es handle sich keinesfalls, wie vom Finanzamt angenommen, um ein erweitertes Besuchsrecht, sondern um eine Änderung des Wohnortes mit gleichzeitiger Änderung der Haushaltsgleichheit, die sich auch durch die Übernahme der Lebenskosten seiner Tochter ergebe.

2. Berufung gegen den Abweisungsbescheid betreffend Familienbeihilfe ab Oktober 2007

Am 5. November stellte der Bw. einen Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe ab Oktober 2007. Diesem Antrag waren eine an das BG Salzburg gerichtete Protokollbeantwortung samt Kopie der Vorschreibung der Hotelfachschule sowie eine ebenfalls an das Bezirksgericht gerichtete Rekursbeantwortung beigelegt.

Das Finanzamt forderte daraufhin die Mutter auf, mitzuteilen, wo X ab 10. September 2007 die schulfreien Tage verbracht habe, wo sich deren gesamte Kleidungsstücke, persönlichen Gegenstände und die zur Zeit nicht benützten Sachen der Tochter befinden würden sowie bei wem X bei Krankheit wohne bzw. wer sich dann um sie kümmere.

Im Schriftsatz vom 15. November 2007 gab die Kindesmutter zum Aufenthalt der Tochter an den Wochenenden an:

6. – 10. September (Do – Fr) bei mir

13. September bei mir (Do)

14. – 16. September (Fr – So) bei ihrem Vater

21. – 22. September (Fr. Abend – Sa) bei Ihrem Vater

23. – 24 September (So – Mo/Rupertitag) bei mir

28. September (Fr) bei Ihrem Vater

29. – 30. September (Sa – SO) bei mir

5. – 7. Oktober (Fr – So) bei mir

13. – 14. Oktober (Sa – So) X ist auf ihren Wunsch hin im Internat geblieben, da auch einige andere Kinder dort geblieben sind.

20. – 21. Oktober (Sa – So) bei ihrem Vater

26. – 28. Oktober (Fr – so) bei ihrer Freundin in Ingolstadt

1. – 3. November (Do – Sa, Allerheiligen) bei mir

4. November (So) bei ihrem Vater

10. – 11. November bei ihrem Vater

Ansonsten sei X während der Woche immer im Internat gewesen. Weiters führte die Kindesmutter aus, dass fast alle Kleidungsstücke, die X derzeit benötige im Internat seien. Für die Wochenenden bringe sie alles mit, was sie zu Hause brauche. Teilweise auch Schmutzwäsche, die dann, wenn sie zu ihr komme, von ihr gewaschen werde. Persönliche Gegenstände, wie zB. einen Radio/CD-Player habe sie auch mit im Internat. Weiters auch ihre täglich benötigtenToilettesachen. Alle weiteren persönlichen Sachen würden sich in ihrem Zimmer im Haus der Kindesmutter befinden, z. B. Musikinstrumente, Stereoanlage, Fernseher, PC, Stofftiere und jede Menge Kleinkram. Das Zimmer sei unverändert geblieben und im Übrigen das größte im Haus. Viele Sachen, die X derzeit nicht brauche, würden sie in ihrem Haushalt befinden, z. B. Schiausrüstung und Schlitten/Bob, Badeutensilien (Luftmatratze/Taucherbrille), Sommerschuhe usw. Im Krankheitsfalle möchte X auf eigenen Wunsch bei ihr bleiben. Dieser Umstand sei seit Schulbeginn noch nicht eingetreten (außer im Sommer). Selbstverständlich werde sie dann wie bisher auch von ihr versorgt.

Der Bw. teilte im Ergänzungsschreiben vom 13. November 2007 mit, dass seine Tochter bis 14. September bei ihm, von 14. bis 15. bei ihrer Mutter und ab 15., Nachmittag bis 16. bei

ihm gewesen sei. Am 16. September habe er seine Tochter nach A in das Internat gebracht.

Weitere Zeiten betreffend Aufenthalt meiner Tochter:

21.09.	ab	16.00	bis	23.09.	17.00	Bei mir UKH wegen Verletzung	49 Std.
23.09.	ab	17:00	bis	24.09.	18:00	Kindesmutter	25 Std.
27.09.	ab	15:00	bis	29.09.	20:00	Bei mir, Nachuntersuchung UKH	53 Std.
29.09.	ab	20:00	bis	30.09.	16:00	Kindesmutter	20 Std.
30.09.	ab	16:00	bis	30.09.	17:15	Bei mir	1:15 Std.

Somit war meine Tochter im September 103:15 Stunden bei mir und 45 Stunden bei Kindesmutter.

05.10.	ab	16:00			18:00	Bei mir	2 Std.
05.10.	ab	18:00	bis	07.10.	13:00	Kindesmutter	43 Std.
07.10.	ab	13:00			17:15	Bei mir	4:15 Std.
12.10.	ab	11:30			18:00	Im Internat mit Tochter Elterninfo.	6:30 Std.
14.10.			bis	16.10.		Im Internat geblieben, mit meinem Einverständnis	
19.10.	ab	15:00	bis	21.10.	17:15	Bei mir mit Freundin	50:15 Std.
26.10.				28.10.		Bei Freundin in Ingolstadt	
31.10.	ab	15:00	bis		18:00	Bei mir	3 Std.
31.10.	ab	18:00	bis		24:00	Kindesmutter	6 Std.

Somit war meine Tochter im Oktober 66 Stunden bei mir u. 49 Stunden bei der Kindesmutter. Die relativ wenigen Stunden im Oktober ergeben sich aus der Tatsache, dass meine Tochter 1 Wochenende mit ihren neuen Freundinnen, ebenfalls mit meinem Einverständnis verbracht hat, u. ein Wochenende im Internat war, wobei zu berücksichtigen ist, dass die Obsorge im schulischen Bereich, vom Gericht verfügt, bei mir liegt.

1.11.	ab	00:00	bis	03.11.	13:00	Kindesmutter	61:00 Std.
3.11.	ab	13:00	bis	04.11.	17:15	Bei mir	26:15 Std.

<i>9.11.</i>	<i>ab</i>	<i>14:00</i>	<i>bis</i>	<i>11.11.</i>	<i>17:15</i>	<i>Bei mir mit Freundin</i>	<i>51.15 Std.</i>
<i>16.11.</i>	<i>ab</i>	<i>15:00</i>	<i>bis</i>	<i>18.11.</i>	<i>13:00</i>	<i>Bei mir</i>	<i>46 Std.</i>
<i>21.11.</i>	<i>ab</i>	<i>11:30</i>	<i>bis</i>	<i>23.11.</i>	<i>14:00</i>	<i>Wegen Krankheit bei mir</i>	<i>50:30 Std.</i>
<i>23.11.</i>	<i>ab</i>	<i>14:00</i>	<i>bis</i>	<i>24.11.</i>	<i>18:20</i>	<i>Bei Kindesmutter</i>	<i>28:20 Std.</i>
<i>24.11.</i>	<i>ab</i>	<i>18:20</i>	<i>bis</i>	<i>25.11.</i>	<i>19:00</i>	<i>Bei mir</i>	<i>23:40 Std.</i>
<i>30.11.</i>	<i>ab</i>	<i>15:00</i>	<i>bis</i>	<i>30.11.</i>	<i>00:00</i>	<i>Bei Kindesmutter</i>	<i>09:00 Std.</i>

Bisher im November 77,50 Stunden bei ihm und 61 Stunden bei der Kindesmutter.

Diese Aufstellung könne er so genau angeben, da seine Gattin auf Grund von Einsprüchen mit falschen Behauptungen der Kindesmutter die Zeiten genau mitgeschrieben habe.

Grundsätzlich sei er dafür, dass der Kontakt zwischen Tochter und Kindesmutter aufrecht und gut bleibe, wobei die Haushaltsgleichheit seiner Tochter auf ihren Wunsch bei ihm sei und bleibe. Am 20. April 2007 sei seine Tochter bei ihm eingezogen. Sie habe ihr gesamtes Gewand mit ganz wenigen Ausnahmen – alles werde auch von ihnen gereinigt und gepflegt – sowie Spiele, CD, Playstation, in ihr eigenes Zimmer in ihrer Wohnung gebracht, wo sie sich noch immer befinden würden. Auch derzeit nicht verwendete Sachen würden sich bei ihm befinden. Am 22. September habe seine Tochter einen Unfall gehabt, sie sei gestürzt. Er sei mit ihr im UKH gewesen und habe sie auch bei den Nachuntersuchungen betreut. Sollte sie krank werden, werde sie sicher bei ihm bleiben, da seine Arbeitsstelle ca. acht Autominuten von der Wohnung entfernt sei und er sich auf Grund seiner Position jederzeit für sie frei nehmen könne. Er habe in seiner Wohnung einen Arbeitsplatz mit sämtlichen Möglichkeiten, die ihm auch im Büro zur Verfügung stehen würden. Somit sei klar, dass seine Tochter ihren künftigen Lebensmittelpunkt bei ihm im gemeinsamen Haushalt sehe und sich nicht nur vorübergehend bei ihm aufhalte.

In einem weiteren Ergänzungsschreiben vom 26. November 2007 teilte der Bw. mit, er habe am Mittwoch, dem 21. November 2007, um 10.00 Uhr einen Anruf vom Internat bekommen, dass seine Tochter krank sei. X habe ersucht bei ihm anzurufen. Um 11:30 habe er seine Tochter in Bad Hofgastein abgeholt und nach Hause gebracht. Er habe sich seine Arbeit so eingeteilt, dass er die überwiegende Zeit bei ihr bleiben habe können, bis sich ihr Zustand verbessert habe. Er weise auch darauf hin, dass seine Tochter von der Wohnung ihrer Mutter keinen ihr immer zur Verfügung stehenden Schlüssel habe. Wobei sie natürlich, seit sie bei ihm eingezogen sei, ihren eigenen Schlüssel besitze.

Mit Bescheid vom 10. Dezember 2007 wies das Finanzamt den Antrag auf Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Oktober 2007 ab. Seit Mitte September 2007 sei X während der Schulzeiten im Internat und verbringe die Wochenenden sowie die Ferien teilweise beim Bw. und teilweise bei der Mutter. Da auf Grund des immer noch gültigen Obsorgebeschlusses vom 23.

Dezember 2002 der Kindesmutter die alleinige Obsorge für X zukomme und X bei Ihrer Mutter haushaltszugehörig sei, habe die Kindesmutter Anspruch auf Familienbeihilfe. Der Aufenthalt beim Vater sei der Ausfluss aus dem eingeräumten Besuchsrecht.

In der gegen diesen Abweisungsbescheid erhobenen Berufung vom 10. Dezember 2007 wendete der Bw. erneut ein, es komme bei der Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit nicht auf den Obsorgebeschluss, sondern allein auf die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft an und diese bestehe zwischen Kind und Kindesvater. Die Angaben der Kindesmutter seien teilweise unvollständig und im Wesentlichen falsch. Seine Tochter verbringe bei ihm wesentlich mehr Zeit als bei der Mutter. Da der Aufenthalt seiner Tochter an den Wochenenden von Freitag bis Sonntag insgesamt nur maximal 50 Stunden betrage, könne eine tageweise Erfassung nicht schlüssig sein. Weiters wurde die bereits im Schriftsatz vom 13. November 2007 vorgelegte Aufenthaltsliste erweitert:

1.11.	<i>ab</i>	00:00	<i>bis</i>	03.11.	13:00	<i>Kindesmutter</i>	61:00 Std.
3.11.	<i>ab</i>	13:00	<i>bis</i>	04.11.	17:15	<i>Bei mir</i>	26:15 Std.
9.11.	<i>ab</i>	14:00	<i>bis</i>	11.11.	17:15	<i>Bei mir mit Freundin</i>	51.15 Std.
16.11.	<i>ab</i>	15:00	<i>bis</i>	18.11.	13:00	<i>Bei mir</i>	46 Std.
21.11.	<i>ab</i>	11:30	<i>bis</i>	23.11.	14:00	<i>Wegen Krankheit bei mir</i>	50:30 Std.
23.11.	<i>ab</i>	14:00	<i>bis</i>	24.11.	18:20	<i>Bei Kindesmutter</i>	28:20 Std.
24.11.	<i>ab</i>	18:20	<i>bis</i>	25.11.	19:00	<i>Bei mir</i>	23:40 Std.
30.11.	<i>ab</i>	15:00	<i>bis</i>	30.11.	00:00	<i>Bei Kindesmutter</i>	09:00 Std.

Im November 197,00 Stunden bei mir und 98,20 Stunden bei der Kindesmutter

1.12.	<i>ab</i>	00:00	<i>bis</i>	2.12.	19:00	<i>Bei Kindesmutter</i>	43:00 Std.
2.11.	<i>ab</i>	19:00	<i>bis</i>	3.12.	19:00	<i>Bei mir</i>	24:00 Std.
7.12.	<i>ab</i>	16:00	<i>bis</i>	9.12.	17:15	<i>Bei mir</i>	49:15 Std.
14.12.	<i>ab</i>	15:00	<i>bis</i>	16.12.	17:00	<i>Bei mir</i>	50:00 Std.

Dezember 123,15 Std bei mir und nur 43:00 Std bei der Kindesmutter

Somit habe seine Tochter ab 16. September 2007 bis zum 16. Dezember 2007 489 Stunden oder mehr als 20 Tage bei ihm und nur 137 Stunden oder 5 ½ Tage bei der Kindesmutter verbracht. Er könne diese Aufstellung so genau angeben, da seine Gattin und er auf Grund von Einsprüchen mit falschen Behauptungen der Kindesmutter die Anwesenheitszeiten genau mitgeschrieben hätten. Ergänzend zu den im bisherigen Verfahren gemachten Angaben brachte der Bw. vor, seine Tochter habe vor ihrem Umzug in ihrem Zimmer in seiner Wohnung für sie wichtige Dinge gehabt, ohne deswegen haushaltsgleich zu sein. Die Kindesmutter habe in der Zeit von September bis Dezember nur ein Mal die Wäsche der Tochter gewaschen, sonst sei die Wäsche von ihm gemacht worden. Die Geige (Musikinstrumente?) befindet sich bei ihm, der angeführte Fernseher ohne Antennenanschluss sei sein Eigentum und sei der Tochter nur geborgt worden. Bei ihm habe sie in ihrem Zimmer einen Fernseher mit Antennenanschluss und eine Stereoanlage. Ihre Playstation mit den Spielen befindet sich ebenfalls bei ihm, sei derzeit aber an die Schwester in Wien verborgt. Die Tochter wolle nicht mehr Schifahren, sondern Snowboarden, daher habe sie die Schi auch nicht mitgenommen, sie wolle auch nicht mehr mit ihrem alten Kinderbob oder mit dem Kinderschlitten fahren. Ihre Rollerskates seien aber bei ihm.

Folgendes habe das Finanzamt nicht berücksichtigt: Es handle sich nicht um ein erweitertes Besuchsrecht, sondern es habe am 20. April 2007 eine komplette Übersiedlung seiner Tochter zum Bw. stattgefunden. Spätestens mit der Einbringung des Antrages auf Änderung der Obsorge habe es der Kindesmutter klar sein müssen, dass die Tochter nicht mehr zurückkomme. Ihm sei unverständlich wie nach mehr als einem halben Jahr, in welchem die Tochter die weit überwiegende Zeit in seinem Haushalt verbracht habe, von einem erweiterten Besuchsrecht gesprochen werden können. Am 4. September 2007 sei ihm auf Grund der Haushaltsgleichheit und der Lebensumstände ein von der Kindesmutter zu zahlender Unterhalt von € 130,90 für die Tochter zugesprochen worden. Dies wäre nicht geschehen, wenn das Gericht der Auffassung gewesen wäre, dass die Tochter nicht beim Bw. seinen Lebensmittelpunkt habe. Er trage den gesamten Lebensbedarf, Bekleidung, Schulkosten, Taschengeld usw. seiner Tochter. Seine Tochter habe schriftlich den Wunsch geäußert, beim Bw. wohnen zu wollen. Diesbezüglich könne seine Tochter auch persönlich befragt werden.

Diese Berufung legte das Finanzamt ohne Erlassung einer Berufungsentscheidung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Zwischenzeitlich wurde der Obsorgestreit beendet. Der Bw. übermittelte den Beschluss vom 13. März 2008 mittels E-Mail und ersuchte die Familienbeihilfe ab September 2007 bis

März 2008 ihm zuzusprechen. (Im Telefonat vom 26. Mai 2006 führte der Bw. aus, er halte die Berufung betreffend den Zeitraum Mai bis Juli 2007 aufrecht.) Laut Beschluss vom 13. März 2008 kommt die Obsorge künftig den Kindeseltern gemeinsam zu, wobei der hauptsächliche Aufenthalt der Minderjährigen beim Kindesvater liegen wird. Diese Obsorgeentscheidung gründet sich auf das Einverständnis der Eltern und entspricht dem Willen der Minderjährigen. Laut Vereinbarung vom 10. März verpflichtet sich die Mutter für die Zeit von 1. September 2007 bis 31. März 2008 einen Unterhaltsrückstand in der Höhe von € 1.400,00 zu zahlen.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

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

Für die Beurteilung der Haushaltzugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung (vgl. VwGH vom 18.03.1997, 96/14/006). Nicht von Bedeutung sind hingegen das Erziehungsrecht (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 (VwGH 23.2.1981, 17/1388/80).

Im gegenständlichen Fall haben sowohl der Bw. als auch seine damals 14jährige Tochter vorgebracht, dass die Tochter am 20. April 2007 zum Bw. übersiedelt sei, überwiegend bei ihm lebe und auch weiterhin bei ihm wohnen wolle.

Diese Darstellung findet in den vorliegenden Anträgen, Protokollen und Beschlüssen des Bezirksgerichtes Salzburg Deckung: So beantragte der Bw. am 5. Juni 2007, der Kindesmutter die Obsorge für die minderjährige X zu entziehen und auf ihn zu übertragen, dies mit der Begründung, dass die Tochter seit 20. April 2007 bei ihm lebe und auch weiter bei ihm leben wolle. Laut Gerichtsprotokoll vom 26. Juni 2007 bestätigt dies die Tochter des Bw. und gibt auch an, dass sie den Ausführungen der Mutter, ihr Vater hole sie nur zu sich, weil es ihm

ums Geld gehe und er eigentlich kein Interesse an ihr habe, widersprechen müsse – ihr Vater kümmere sich um sie und sie wolle auch weiter bei ihm ihren Lebensmittelpunkt haben. Auch im Beschluss vom 16. Juli 2007, mit dem der Mutter die Obsorge im Teilbereich der Schulangelegenheiten vorläufig der Kindesmutter entzogen und der Kindesvater vorläufig in diesem Teilbereich mit der Obsorge betraut wird, führt das Gericht sachverhaltsmäßig aus, dass sich die Tochter seit 20. April meist bei ihrem Vater aufhält und auch weiterhin dort leben will. Weiters wurde die Kindesmutter auf Antrag der Tochter mit Beschluss vom 4. September 2007 zur Leistung eines vorläufigen Unterhalts zu Handen des Kindesvaters verpflichtet. Schließlich wurde das Obsorgeverfahren mit Beschluss vom 17. März 2008 beendet und den Eltern die gemeinsame Obsorge für die Tochter übertragen und der überwiegende Aufenthalt des Kindes beim Vater festgelegt. Die Mutter verpflichtete sich in weiterer Folge, den Unterhaltsrückstand für den Zeitraum September 2007 bis März 2008 zu begleichen.

Der Unabhängige Finanzsenat sieht daher, vor allem auch im Hinblick auf die Verpflichtung der Mutter, Unterhalt zu Handen des Bw. zu leisten, keinen Anlass, an den Ausführungen und den Aufstellungen des Bw., die einen überwiegenden Aufenthalt der Tochter beim Vater zeigen, zu zweifeln und geht davon aus, dass die Tochter seit 20. April 2007 beim Bw. haushaltszugehörig war. Somit waren die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe an den Bw. in den strittigen Zeiträumen erfüllt und es war den Berufungen stattzugeben.

Salzburg, am 30. Juni 2008