



## Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des BW, Adresse, vertreten durch Dr. Manfred Nessmann, 5020 Salzburg, Erzabt-Klotz-Str. 12, vom 4. Juni 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land, vertreten durch Dr. Friederike Heitger-Leitich, vom 23. April 2008 betreffend Familienbeihilfe entschieden:

Der angefochtene Bescheid und die Berufungsvorentscheidung werden gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl Nr. 1961/194 idgF, unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

## Begründung

Mit Schreiben an das FA Salzburg-Land vom 21. März 2008 ersuchte der BW die Familienbeihilfe für seine beiden Kinder auf sein Konto zu überweisen. Aufgrund eines Ergänzungsersuchens des FA beantragte der BW am 2. April 2008 die Zuerkennung der Familienbeihilfe ab April 2008 für seine beiden Kinder.

In einem weiteren Schriftsatz vom 8. April 2008 führte der BW ergänzend aus, dass derzeit eine beidseitige Obsorge für die beiden Kinder vereinbart sei und legte die Meldezettel beider Kinder vor, nach denen beide mit Hauptwohnsitz an der Adresse des BW am A gemeldet seien. Weiters legte er eine Kopie eines Urteils des BG B vor, wonach die Ehe zwischen ihm und der Kindesmutter am 28. November 2007 geschieden worden sei und das Aufenthaltsrecht der Kinder vorläufig folgendermaßen vereinbart worden sei:

„Die Kinder verbringen die Zeit von Mittwochnachmittag bis Donnerstag in der Früh beim Kindesvater, wobei die Kinder einmal am Nachmittag des Mittwochs bei den väterlichen und einmal bei den mütterlichen Großeltern sind. Die Kinder sind dann wieder von Donnerstagabend bis Montag in der Früh beim Kindesvater. Jedes zweite Wochenende sind die Kinder von Freitagabend bis Mittwoch in der Früh bei der Kindesmutter. Die Kinder sind in den geraden Wochenenden beim Kindesvater, in den ungeraden Wochenenden bei der Kindesmutter. Dies vorbehaltlich einer einvernehmlichen Regelung zwischen den Kindeseltern.“

Das FA wies in der Folge den Antrag des BW auf Familienbeihilfe für den Zeitraum ab April 2008 mit Bescheid vom 23. April 2008 ab und führte dabei aus, dass der Person, die die überwiegenden Kosten für ein Kind trage, ein Anspruch auf Familienbeihilfe erst zustehe, wenn keine Person Anspruch auf Familienbeihilfe habe, zu deren Haushalt ein Kind gehöre.

Gegen diesen Bescheid erhob der BW durch seinen ausgewiesenen Vertreter fristgerecht Berufung und führte aus, dass die beiden Kinder ihren Hauptwohnsitz auf dem A hätten. Die Kindesmutter sei 2007 aus der ehelichen Wohnung ausgezogen ohne die Kinder mitzunehmen und der Kindesvater habe den Haushalt geführt. Die Tochter gehe in B in das Gymnasium, der Sohn in die Volksschule am A. Die Kinder würden in der Musikschule in B musikalisch ausgebildet. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Kinder (zB Firmunterricht, Spielen in der Musikkapelle, festliche Aktivitäten) läge am A. Beide Kinder gehörten zum Haushalt des Vaters. Sämtliche Lebensmittel zahle der BW, ebenso wie die musikalischen Ausbildung und die gemeinsamen Urlaube. Ein neues Kinderzimmer für die Tochter habe ebenfalls der BW bezahlt.

Darauf nahm das FA eine Niederschrift mit der geschiedenen Gattin des BW auf, in der diese angab, dass sie im Jahr 2007 zusammen mit den Kindern den gemeinsamen Haushalt verlassen habe. Eine Ummeldung der Kinder sei wegen des Schulbesuches nicht erfolgt. Die Kinder seien somit seit 1. Juli 2007 bei beiden Elternteilen haushaltszugehörig. Am Mittwoch nach der Schule wären die Kinder abwechselnd bei den Großmüttern väterlicher- oder mütterlicherseits. Von Mittwochabend bis Donnerstag in der Früh würden die Kinder die Zeit bzw. die Nacht beim Kindesvater verbringen. Am Donnerstag erfolge der Schulbesuch vom A aus und würden die Kinder von der Mutter von der Schule abgeholt und der Sohn am Nachmittag in die Musikstunde nach BA gebracht werden und am Donnerstagabend beide Kinder vom Vater wieder abgeholt. Bis Freitag wären die Kinder bei der Großmutter väterlicherseits. Montag und Dienstag wären die Kinder im Haushalt der Mutter. Die Mutter sei teilzeitbeschäftigt. Die Kosten für die Kinder, wie Kleidung, Schulgeld, Spielsachen, Taschengeld würden von der Mutter getragen, ausgenommen seien die Kosten des Musikunterrichtes, welche vom Vater getragen werden würden. Die Zeit in der die Kinder beim Vater wären, würden sie auch teil-

weise bei der Großmutter väterlicherseits verbringen, welche auch für beide kochen und diese mitversorgen würde nachdem der Vater ganztätig berufstätig sei. Im März 2008 hätten Verhandlungen über die Aufteilung des gemeinsamen Vermögens stattgefunden. Dabei sei festgestellt worden, dass auch die Kindesmutter einen Teil bekommen müsse. Vermutlich sei aus diesem Grund die Familienbeihilfe vom Kindervater beantragt worden. Die Kinder würden dort weiter die Schule besuchen in welcher sie auch begonnen hätten. Der Freundeskreis der Kinder teile sich auf, vorwiegend auf Grund des jeweiligen Schulbesuches. Der Firmunterricht und die Fahrradprüfung am A würden aus dem Schulbesuch am A resultieren. Die Kosten für den Urlaub und die Verpflegung werden jeweils für den betreffenden Zeitraum vom jeweiligen Elternteil bezahlt. Das neu eingerichtete Kinderzimmer auf dem A habe der Vater bezahlt, wobei auch von der Mutter zwei Kinderzimmer neu eingerichtet worden wären.

In seiner Stellungnahme zu dieser Aussage der Kindesmutter führte der BW an, die Aufteilung der Kinder sei derzeit halb Vater halb Mutter. Da aber beide Großeltern auf dem A wohnen würden, wären die Kinder auch 2/3 ihrer Zeit am A wohnhaft. Die Kinder müssten zwangsweise nach C fahren, obwohl sich beide Kinder vor dem Jugendamt in B geäußert hätten am A bleiben zu wollen. Den Kindern gefalle weder die Umgebung, noch die Wohnung und sie hätten mit dem neuen Lebensgefährten der Mutter ebenfalls ein Problem. Die Aufteilung am Donnerstag wäre für die Tochter im letzten Jahr eine Zumutung gewesen. Es stimme, dass die Mutter teilzeitbeschäftigt sei, die Kinder wären aber in den letzten drei Jahren vor der Trennung Dienstag-, Mittwoch- und Donnerstagnachmittag immer bei den Großeltern gewesen. Es stimme, dass die Mutter die Kosten für die Kleidung übernehme, die Kosten für die Musikausbildung und für die Freizeitgestaltung würden aber vom BW getragen. Schulsachen würden von demjenigen gekauft, bei dem sich die Kinder gerade aufhalten würden. Ein fixes Taschengeld hätten die Kinder bis dato nicht bezogen.

Weiters übermittelte der BW eine Aufstellung über den Aufenthalt der Kinder über einen Zeitraum von 82 Tagen wonach die Kinder in der Zeit vom 11. April 2008 bis 1. Juli 2008 zusätzlich 13 Tage am A verbracht hätten, sodass der Sohn 71% und die Tochter 66% dieser drei Monate auf dem A verbracht hätten.

Darauf lud das FA den BW und die Kindesmutter gemeinsam vor. Beide Elternteile anerkannten die Richtigkeit der Aufenthaltsdauer der Kinder entsprechend dem Protokoll des BG B vom 28. November 2007. Einer Einigung bezüglich der Auszahlung der Familienbeihilfe je zur Hälfte an einen Elternteil oder an einen Elternteil mit nachfolgender Aufteilung verweigerte die Kindesmutter die Zustimmung.

In einer weiteren Niederschrift mit der Kindesmutter gab diese dem FA bekannt, dass der BW eigenmächtig von einem Bankkonto, welches auf die Namen beider Ehegatten laute, aber für

sie eingerichtet worden wäre, die Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2007 bis Dezember 2008 abgezogen hätte. Dadurch sei der im Scheidungsvergleich ausgehandelte Betrag geschmälert worden und es laufe diesbezüglich ein Verfahren vor dem BG B.

Weiters gab die Kindesmutter an, dass sie die Kleidung und auch die Schulsachen für die Kinder kaufe und auch für die Einrichtungsgegenstände in den neuen Kinderzimmern in C aufgekomen wäre. Ebenso hätte sie Aufwendungen für die Skikurse oder auch für Impfungen gehabt. Die Kosten für ein Handy und für das Musikschulwerk trage der BW. Bezüglich der Kosten für eine Zahnsperre für die Tochter sei es bis dato zu keiner Vereinbarung über die Kostenaufteilung gekommen.

Zudem übermittelte die Kindesmutter dem FA Kopien ihrer Kalenderaufzeichnungen vom 1. Juli 2007 bis 12. November 2008 in welchen genau vermerkt sei, wann die Kinder bei welchem Elternteil und wann die Kinder bei welchen Großeltern aufhältig gewesen seien.

Das FA führte folgende weitere Erhebungen durch Einsichtnahme in die Akten des BG B in dieser Angelegenheit durch:

Bericht des Jugendwohlfahrtsamtes bei der BH B vom 9. November 2007:

Danach würden sich die beiden Kinder derzeit unter der Woche im Haushalt der Kindesmutter aufhalten und wären jedes zweite Wochenende im Haushalt des Vaters aufhältig. Am Mittwoch würden sich beide Kinder bei der Großmutter befinden und würden dann meist beim Vater übernachten. Die Kindesmutter gehe einer Halbtagsbeschäftigung nach. Der BW sei ganztags berufstätig und habe eine geregelte Arbeitszeit. Er arbeite von Montag bis Donnerstag bis 17 bzw. 18 Uhr und am Freitag bis Mittag. Nach Sicht des BW wären die Kinder aus ihrem gewohnten familiären Umfeld und ihren sozialen Kontakten herausgerissen worden. Die Kinder wären ein ländliches Leben gewohnt und würden sie sich in der Wohnung und der Umgebung (gemeint der Mutter) nicht wohl fühlen. Der BW würde die Kinder in der Früh in die Schule mitnehmen und zwischen 17 und 18 Uhr nach Hause kommen. Er habe nur einen fixen Abendtermin am Dienstag (Musikprobe).

Schriftsatz der Kindesmutter an das BG B vom Februar 2008:

Darin führte diese aus, dass der BW auf Grund seiner Lebenssituation nicht immer imstande sei, die Kinder persönlich zu betreuen, bzw. mit den Kindern seine Freizeit zu verbringen. Er möge in Zukunft seine persönliche Betreuungstätigkeit in den ihm angedachten Zeiträumen noch intensivieren.

Protokoll vom Oktober 2008 beim BG B:

Der BW gab unter anderem bekannt, dass er bereits einen Obsorgeantrag gestellt habe. Er und die Kindesmutter hätten in weiterer Folge eine Obsorge- und Besuchsvereinbarung in der Form getroffen, dass die Kinder sich annähernd 50% bei ihm und 50% bei der Kindesmutter aufhalten würden.

Schriftsatz der Kindesmutter vom 3. November 2008 an das BG B:

Darin führt diese aus, dass keine Rede davon sein könne, dass sich die Kinder in der Praxis annähernd 50% beim Kindesvater aufhalten würden. Hier würde der Aufenthalt bei Drittpersonen unzulässig eingerechnet werden. Der Kindesvater sei im Alltag gar nicht in der Lage, die Betreuung der beiden minderjährigen Kinder auch nur im Ansatz zu übernehmen. Er sei ganztags berufstätig und bedeute dies nichts anderes, als die Versorgung und Betreuung durch Drittpersonen.

Stellungnahme des Jugendwohlfahrtsamtes bei der BH B vom 24. November 2008:

Darin wird ein Zuspruch der alleinigen Obsorge an den BW nicht befürwortet, es sollte lediglich der hauptsächliche Aufenthaltsort der Kinder im Haushalt des Kindesvaters festgelegt werden. Dabei wurden auch Aussagen der Kinder zum Ablauf des Aufenthaltes bei der Kindesmutter dargestellt.

Darauf erließ das FA eine Berufungsvorentscheidung, in der der Antrag des BW auf Gewährung der Familienbeihilfe ab April 2008 abgewiesen wurde. Diese Entscheidung sei auf den Zeitraum bis Dezember 2008 eingeschränkt, da ab diesem Zeitraum die Haushaltszugehörigkeit der Kinder zum Haushalt des Vaters feststehe.

Aufgrund der widersprüchlichen Darstellungen des BW bzw. der Kindesmutter insbesondere aufgrund der widersprüchlichen Zeitdarstellungen stützte sich das FA bei der Begründung im Kern auf die Aussage des BW vor dem BG B, wonach „die Kinder annähernd 50% bei ihm und 50% bei der Kindesmutter“ aufhältig seien und schloss daraus, dass sie unter 50% beim BW (annähernd 50%) und zur Hälfte bei der Kindesmutter aufhältig seien. Damit überwiege (zumindest im strittigen Zeitraum) die Zugehörigkeit der Kinder zum Haushalt der Mutter und es bestehe kein Anspruch auf die Beihilfe für den BW.

Der BW beantragte darauf fristgerecht die Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

***Der UFS hat dazu erwogen:***

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG haben Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im 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.

Hat das Kind in einem Monat mehreren Haushalten angehört, so steht der für jeden Monat nur einfach gebührende Beihilfenanspruch in Anwendung des Überwiegensprinzips demjenigen zu, der für einen längeren Zeitraum den Haushalt geführt hat. (VwGH vom 28.11.2007, ZI 2007/15/0058)

Gemäß § 2 Abs. 5 gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, 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.

Dabei kommt es ausschließlich auf eine einheitliche Wirtschaftsführung mit den Kindern im Rahmen einer Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft an. Insbesondere wird es darauf ankommen, wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfes, wozu auch Schulmaterialien zählen sowie für Bekleidung ankommt.

Derartige Erhebungen hat das FA im gegenständlichen Verfahren jedoch nicht getätigt sondern sich bei den Erhebungen und auch zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen darauf gestützt, dass die beiden Kinder sich zeitlich länger bei der Mutter aufgehalten hätten als beim BW, da sie dort nur „annähernd 50%“ ihrer Zeit verbracht hätten. Vorerst ist aus Sicht des UFS festzuhalten, dass man diese – in keiner Einvernahme vor dem FA hinterfragte – Aussage aus dem Protokoll des BG B auch so lesen kann, dass eine annähernd gleiche Verteilung der Aufenthaltszeiten zwischen Vater und Mutter ohne ein Überwiegen bei einem Elternteil gemeint war.

Ob – bzw. bei welchem Elternteil sich die Kinder zeitlich überwiegend aufgehalten haben, hat das FA nicht hinterfragt und auch nicht erhoben. Festzuhalten ist, dass die widersprechenden Zeitaufzeichnungen des BW bzw. der Kindesmutter im Zeitraum April bis Juli 2008 nicht dazu führen können, sie gänzlich zu ignorieren. Vielmehr sind auch widersprüchliche Beweisergebnisse zu würdigen und sind diese Widersprüche allenfalls durch Einvernahme der Partei und / oder von Zeugen aufzuklären. Dabei werden auch Aussagen der Kinder vor dem Bezirksjugendamt B über den tatsächlichen Ablauf von Betreuungszeiten zu berücksichtigen sein.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass beide Kindeseltern die vereinbarten Betreuungszeiten nicht zur Gänze selbst übernommen haben, sondern die väterlichen und mütterlichen Großeltern in die Betreuung eingebunden haben. Sollten diese Betreuungszeiten in den Haushalten der Großeltern stattgefunden haben, die Kinder bei den Großeltern genächtigt haben und die Kosten dafür von den Großeltern übernommen worden sein, so können derartige Zeiten nicht in die Zeiten für Vater oder Mutter eingerechnet werden.

Von großer Bedeutung erscheint aber im gegenständlichen Verfahren auch, dass ein ausschließliches Abstellen auf eine möglicherweise geringe zeitliche Differenz im Aufenthalt der Kinder allein nicht sachgerecht erscheint. Ob die Kinder bei wahrscheinlich annähernd gleichlangem Zeitaufenthalt im Haushalt des BW oder der Kindesmutter mehr in „die Wirtschaftsführung im Rahmen einer Wohngemeinschaft ... integriert“ waren, ist damit nicht geklärt und wurde vom FA bis dato nicht thematisiert.

Diesem Kriterium kommt aber gerade bei der zwischen den Kindeseltern im Scheidungsverfahren nahezu akribisch getroffenen 50:50 Aufteilung zwischen den Eltern große Bedeutung zu. Wie die Kosten der Lebenshaltung zwischen den Eltern aufgeteilt worden sind und wer welche Anteile der Ausgaben für die Kinder getragen hat ist dabei ein erster Punkt und betrifft wohl die übernommenen Kosten für Nahrung, Bekleidung, Schulsachen udgl. und umfasst auch die Kosten für die Freizeitgestaltung der Kinder. Eine einheitliche Wirtschaftsführung geht aus Sicht des UFS aber über die Aufteilung der übernommenen Ausgaben hinaus. Wesentlich ist auch die Integration der Kinder in die jeweilige Wohngemeinschaft.

Dabei ist auch aus Sicht des UFS festzuhalten, dass das gegenständliche Verfahren aufgrund der offenkundig verhärteten Fronten zwischen den Kindeseltern viele widersprechende Aussagen vorliegen und übereinstimmende Aussagen in wesentlichen Bereichen wohl nicht zu erwarten sein werden. Es wird auch den (zum Teil bereits vorliegenden) Unterlagen bei anderen Behörden Bedeutung zukommen. Letztlich wird möglicherweise die Glaubwürdigkeit der Darstellung des BW bzw. der Kindesmutter oder anderer Zeugen entscheidend sein.

Gemäß 289 Abs. 1 BAO kann der UFS ... die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung unterbleiben hätte können. Im weiteren Verfahren sind die Behörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im Aufhebungsbescheid dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Durch die Aufhebung tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung des Bescheides befunden hat.

Der UFS macht bei der oben dargestellten Ausgangslage von der Möglichkeit der Aufhebung und Zurückverweisung deswegen Gebrauch, da der Umfang der noch durchzuführenden Ermittlungen durch das Fehlen wesentlicher Ermittlungen zur Klärung der oben angesprochenen Sachverhaltsfragen im bisherigen Verfahren groß ist und dem FA derartige Ermittlungen nach der personellen Ausstattung und der Möglichkeit dies selbst durchführen zu können leichter und zeitökonomischer von der Hand gehen, als dies dem UFS möglich wäre.

Zudem soll dem BW die Möglichkeit gegeben werden, Einwendungen gegen die allenfalls erstmals ermittelten Sachverhalte und den Vorhalt der Ergebnisse der Beweisaufnahme in einem erstinstanzlichen Verfahren geltend machen zu können und damit die Ausführungen des BW im Instanzenzug bei derart umfangreichen Ermittlungen nicht auf eine erstmalige Verantwortung vor dem UFS beschränken.

Salzburg, am 5. August 2010