



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 29. Mai 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Klagenfurt vom 22. Mai 2007 betreffend Familienbeihilfe ab 1. Oktober 2006 für das Kind ML entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit dem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (Beih 1) und einem ergänzenden Schreiben, eingelangt beim Finanzamt am 27. April 2007, begehrte der Antragsteller die Zuerkennung der Familienbeihilfe für seinen Sohn ML ab Oktober 2006. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass sich seine beiden Kinder, K. und M., seit der Scheidung im September 2006, zur Hälfte der Zeit bei ihm aufhalten und er deshalb die Familienbeihilfe für ein Kind beantrage. Die Kinder besuchten von Montag bis Mittwoch den Hort bzw. die Tagesbetreuung. An seinen beiden freien Nachmittagen (Donnerstag und Freitag) sowie jedes zweite Wochenende hielten sie sich bei ihm auf. Der Schulerfolg der Kinder sei zufrieden stellend. Er trage Unterhaltszahlungen in Höhe von € 450,--/Monat und übernehme die Kosten für die Tagesbetreuung und die Essensmarken für M.; für seine Tochter K. zahle er Schulmilch und Weckerl. Er finanziere weiters das gemeinsame Hobby, Bogenschießen.

Der Vergleichsausfertigung der Ehescheidung im Einvernehmen (xy), ist unter Punkt 3.) und 4.) zu entnehmen:

3.) „Hinsichtlich der Obsorge für die beiden mj. ML, geboren am xx und KL, geboren am yy vereinbaren die Beiden (Anm.: Antragsteller) gemeinsame Obsorge. Das Besuchsrecht wird im Einvernehmen geregelt, wobei dieses möglichst großzügig ist und die Kinder sich etwa zu 50 % beim Vater aufhalten.

4.) Der Kindesvater CL verpflichtet sich zum Unterhalt der beiden mj. ML und KL jeweils einen monatlichen Unterhaltsbetrag von € 225,-- zu leisten, monatlich im Voraus bis zum 5. eines jeden Monats, beginnend ab dem 1. 10.2006, längstens bis zur Selbsterhaltungsfähigkeit der Kinder.“

Laut dem Auszug aus dem Zentralen Melderegister vom Mai 2007 haben beide Kinder den Hauptwohnsitz seit 13.12.2006 beim Kindesvater in V..

Im Rahmen des Ergänzungersuchens vom 8. Mai 2007 forderte das Finanzamt den Berufungswerber (Bw.) auf, zu den angeführten Fragen Stellung zu nehmen; diese wurden vom Bw. umgehend beantwortet:

- F: Ab wann beantragen Sie die Familienbeihilfe für M.?
A: Ab 1.10.2006.
- F: Hält sich Ihr Sohn M. überwiegend in Ihrem Haushalt auf?
A: 50 %.
- F: Erfolgte Ihre Beantragung der Familienbeihilfe für M. im Einvernehmen mit der Kindesmutter?
A: Nein.
- ...
- F: Sollte diesbezüglich kein Einvernehmen herrschen, wird ersucht nachzuweisen, dass sich Ihr Sohn M. überwiegend in Ihrem Haushalt aufhält.
A: Verweis auf den pflegschaftsgerichtlichen Beschluss des 00. „Pflegschaftsbeschluss: mj. ML, geb. xx und mj. KL, geb. yy .

In oben genannter Pflegschaftssache wird der von den Eltern...anlässlich der Ehescheidung am 11 im Verfahren 22 ...geschlossene Vergleich hinsichtlich des Punktes 3.) pflegschaftsgerichtlich genehmigt.

Begründung:

Im genannten Vergleich wurde im Punkt 3.) vereinbart, dass die gemeinsame Obsorge aufrecht bleibt. Das Besuchsrecht wird im Einvernehmen geregelt, wobei dieses möglichst großzügig ist und die Kinder sich etwa zu 50 % beim Vater aufhalten.

Vom zuständigen Jugendwohlfahrtsträger wurde berichtet, dass die Kindesmutter mit den beiden Kindern seit 13. Dezember 2006 eine geräumige Mietwohnung in der ES bewohne.

Die mj. K. besucht derzeit die 4. Klasse Volkschule in W.. Sie hätte einen guten Schulerfolg. Den Nachmittag verbringe sie im Hort. Die Minderjährige hätte angegeben, dass sie sich nach der Trennung ihrer Eltern bei der Mutter sehr wohl fühle, und dass sie die Besuchstermine bei Ihrem Vater gerne wahrnehme. Derzeit seien die Besuche so gestaltet, dass sie jedes zweite Wochenende von Donnerstagnachmittag bis Sonntag bei ihrem Vater sei. Sie könnte sich auch vorstellen, dass die Besuche kürzer sein könnten.

Der mj. M. besucht die 1. Klasse des Gymnasiums in V.. Auch er hätte gute Schulleistungen. Am Nachmittag besucht er die Nachmittagsbetreuung des Gymnasiums. Bezuglich der Besuchstermine hätte er gesagt, dass es ihm recht sei, dass er jedes 2. Wochenende von Donnerstag bis Sonntag bei seinem Vater verbringe. Die anderen Wochenenden würden die beiden Minderjährigen nur von

Samstagvormittag bis Sonntagabend beim Vater verbringen.
Derzeit würden die beiden Kinder keine Änderung des Besuchsrechtes haben
wollen..."

Im Ergänzungersuchen des Finanzamtes vom 8. Mai 2007 an die Kindesmutter, PL, wurde mitgeteilt, dass seitens des Kindesvaters der Anspruch auf Familienbeihilfe für M. geltend gemacht wurde. Die Kindesmutter wurde befragt, ob sich M. überwiegend im Haushalt des Kindesvaters aufhalte. Wenn ja, seit wann.

In der Vorhaltsbeantwortung vom 18. Mai 2007 teilte die Kindesmutter mit, dass sich M. nicht überwiegend beim Kindesvater aufhalte. Sie führte iE aus:

„Die Besuchszeiten sind mit dem Kindesvater so geregelt, dass beide Kinder von Sonntagabend bis Donnerstagvormittag bei mir sind, dh den überwiegenden Teil des Monats, da die Kinder auch jeden zweiten Samstag und Sonntag bei mir verbringen.

Von 30 Tagen (Monat April) verbringen die Kinder mindestens 18 Tage im mütterlichen Haushalt und nehmen dort auch die Mittagessen ein.“

Am 22. Mai 2007 wies das Finanzamt – unter Hinweis auf § 2 Abs. 2 FLAG 1967 und die Vorhaltsbeantwortung sowie den Pflegschaftsbeschluss – den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Oktober 2006 für den Sohn M. ab. Aufgrund der Gegenüberstellung der Tage bzw. Übernachtungen von M. im Haushalt des Vaters bzw. der Mutter ergebe sich auf 31 Tage umgerechnet, ein Verhältnis von 30 % zu 70 % zugunsten der Kindesmutter. M. halte sich überwiegend im Haushalt der Mutter auf. Der Antrag sei deshalb abzuweisen.

In der rechtzeitig eingebrachten Berufung vom 29. Mai 2007 führte der Antragsteller aus:

„Wie ich in meinem Antrag auf Familienbeihilfe bereits erwähnt habe, besuchen meine beiden Kinder K. und M. von Montag bis Mittwoch den Hort bzw. die Tagesbetreuung. An meinen beiden freien Nachmittagen (Donnerstag und Freitag), sowie jedes zweiten Wochenende halten sie sich bei mir auf. Donnerstags und freitags lerne ich mit den Kindern, kuche und kontrolliere die Hausübungen. Natürlich nächtigen sie auch von Donnerstag auf Freitag bei mir. In Ihrer Gegenüberstellung kommen sie auf ein Verhältnis von 30 % zu 70 % was sicher nicht richtig ist. Aber auch wenn Sie von einem Verhältnis von 30 % zu 70 % ausgehen, hält sich ein Kind zum überwiegenden Teil in meinem Haushalt auf, womit § 2 Abs. 2 FLAG sinngemäß erfüllt ist. Der ablehnende Bescheid berücksichtigt nicht meinen persönlichen Aufwand und entspricht nicht meiner Auffassung von Gerechtigkeit.“

In dem Ergänzungersuchen vom 1. Juni 2007 wurde der Antragsteller ersucht

1. den Stundenplan von M. samt Angabe der Uhrzeiten,
2. eine Aufstellung der Zeiten, in denen M. im Hort ist (Mo – Fr.),
3. eine Aufstellung von Zeiten (anhand eines Kalendermonates und von Uhrzeiten), an denen sich M. in seinem Haushalt befand,
zu übermitteln.

Im Schriftsatz vom 11. Juni 2007 übermittelte der Antragsteller

1. den Stundenplan, mit folgenden Unterrichtszeiten:
Montag, Dienstag: 07:50 – 13:00, Mittwoch: 07:50 – 12:15, Donnerstag: 07:50 – 13:00, Freitag: 07:50 – 12:15.
2. M. besucht die Nachmittagsbetreuung am BRG V. von Montag bis Mittwoch. Diese dauert grundsätzlich bis 16:00 Uhr. Er darf diese nach Belieben meiner geschiedenen Frau manchmal auch früher verlassen und mit dem Bus in die E fahren (ca. 30 – 45 min).
3. Monat Mai (Zeiten im Haushalt des Kindesvaters):

Donnerstag, 3. Mai	nach Schulschluss	bis Sonntag, 6. Mai	ca. 19:30
Dienstag, 8. Mai	nach Schulschluss	bis Freitag, 11. Mai	ca. 19:30
Donnerstag, 17. Mai	ca. 11:00 (Feiertag)	bis Sonntag, 20. Mai	ca. 19:30
Donnerstag, 24. Mai	nach Schulschluss	bis Freitag 25. Mai	ca. 19:00
30. Mai – 1. Juni	Schulausflug	Erlebniscamp Flattach	

4. Die Zeiten des Aufenthaltes meiner Tochter entsprechen denen des Sohnes. Selbst der Schulausflug der Tochter fand gleichzeitig statt. Die Kinder sind in etwa gleich alt und hängen sehr aneinander. Sie können bei ihrer Beurteilung nicht außer Acht lassen, dass es sich um 2 Kinder handelt und ich um die Familienbeihilfe für 1 Kind ansuche. Sogar die Kinder würden das als gerecht erachten. Die Klassenlehrerin meiner Tochter an der VS0 W. heißt G.. Sie können gerne nachfragen wie sie die Situation beurteilt. Meine geschiedene Frau bekommt von mir € 450,-- + 2 x Familienbeihilfe, das sind ca. € 800,-- ohne Eigenleistung, während ich eine wahre Kostenexplosion erlebe. Das ist ungerecht. In der Abweisung setzen sie Aufenthaltszeiten mit Übernachtungszeiten gleich. Auch das finde ich nicht in Ordnung. Schlafende Kinder sind sehr anspruchslos.“

Mit undatierter Berufungsvorentscheidung wies das Finanzamt die Berufung unter Bezugnahme auf den § 2 Abs. 2 und Abs. 5 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967) und die Vergleichsausfertigung des Bezirksgerichtes Klagenfurt vom 6. September 2006 sowie den Pflegschaftsbeschluss vom 5. Februar 2007 als unbegründet ab. Anhand des Vergleichsmonates Mai 2007 und der Aufstellung der Besuchszeiten von M. habe sich dieser bis zu 13 volle Tage (in Summe) vom gesamten Monat im Haushalt des Antragstellers aufgehalten. Dem gegenüber ergeben sich 18 volle Tage Aufenthalt im Haushalt der Mutter und somit ein Ungleichgewicht der Aufenthaltsdauer zugunsten der Kindesmutter. Vom Zeitelement aus betrachtet, liege somit eine eindeutige Situation vor, die eine Zuordnung der Haushaltzugehörigkeit zu einem Haushalt gestatte. Daher ergebe sich bei gleich bleibenden Besuchszeiten ab der Ehescheidung – mit geringfügigen Schwankungen von z. B. Feiertagen

und Ferien – der überwiegende Aufenthalt von Martin im Haushalt der Kindesmutter, wobei längere Ferienaufenthalte in Ihrem Haushalt den gewöhnlichen und überwiegenden Aufenthalt bei der Kindesmutter nicht unterbrechen, da es sich um vorübergehende Aufenthalte handle (§ 2 Abs. 5 lit. a FLAG 1967).

Weiters sei ein Summieren der Aufenthaltszeiten beider Kinder nicht als Grundlage für den Familienbeihilfenanspruch eines Kindes geeignet. Vielmehr müssten die Voraussetzungen für jedes Kind gesondert geprüft werden.

Der persönliche und finanzielle Aufwand für den Sohn M. ist iS des § 2 Abs. 2 FLAG nicht von Relevanz, da der überwiegende Haushalt in rechtlicher Hinsicht vorrangig zu werten sei.

Mit dem Schriftsatz vom 24. Juli 2007 (eingelangt), stellte der Antragsteller den Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Im Einzelnen führte er aus:

„In Ihrer Abweisung der Familienbeihilfe (Berufung) führen Sie die teilweise falsch und ungenau erhobenen Besuchszeiten im Beschluss über die Pflegschaftssache an. Dies ist verwunderlich, da Sie die genauen Besuchszeiten durch Befragung der beiden geschiedenen Ehepartner ermittelt haben.“

Ich weise Sie nochmals darauf hin, dass ich der Vater von zwei Kindern im Alter von zehn und zwölf Jahren bin und nicht der Vater von zweimal einem Kind. In dem von Ihnen geforderten Vergleichsmonat Mai gelangen Sie offenbar zu der Erkenntnis, dass sich die Kinder an 13 von 31 Tagen (41,9 %) in meinem Haushalt aufgehalten haben, was meiner Meinung nach den Anspruch auf die Familienbeihilfe für ein Kind rechtfertigen würde. Sollte es wirklich ein Gesetz geben, das in diesem Fall nur eine getrennte Betrachtung der zwei Kinder zulässt, wobei ich glaube, dass eine getrennte Betrachtung der zwei Kinder die wahren Verhältnisse verzerrt, wäre dieses Gesetz zu hinterfragen.“

In einem Telefonat mit dem Bezirksgericht Kl vom 12. Dezember 2007 teilte die zuständige Beamtin (Frau J.) mit, dass es hinsichtlich des Besuchsrechtes und hinsichtlich der Unterhaltszahlungen keine Änderungen gäbe. Der Beschluss vom 5. Februar 2007 sei nach wie vor aufrecht.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben für minderjährige Kinder.

Nach Abs. 2 leg. cit. 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.

Gemäß Abs. 4 leg. cit. umfassen die Kosten des Unterhaltes bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung.

Gemäß Abs. 5 leg. cit. gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltzugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft Voraussetzung für die Haushaltzugehörigkeit eines Kindes, wobei es unmaßgeblich ist, wer die Mittel für die Führung des Haushaltes zur Verfügung stellt. Wohl kommt es darauf an, dass über diese Mittel im Rahmen einer einheitlichen Wirtschaftsführung verfügt wird. Die Bedürfnisse des Kindes müssen daher in dieser einheitlichen Wirtschaftsführung entsprechend Berücksichtigung finden (VwGH vom 22.10.1971, Zl. 6/70).

Eine einheitliche Wirtschaftsführung setzt in Bezug auf die vorübergehend außerhalb der Wohngemeinschaft lebenden Kinder voraus, dass diese Kinder im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend bedacht und damit noch der elterlichen Obsorge teilhaftig werden (VwGH-Erkenntnis vom 19. Oktober 1960, Zl. 1509/58).

Im Streitfall stellte der Bw. einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seinen Sohn M. ab Oktober 2006. Gegenstand dieses Berufungsverfahrens ist ausschließlich die Frage, ob der Bw. Anspruch auf Familienbeihilfe für seinen Sohn M. ab Oktober 2006 hat oder nicht. Daher ist im Streitfall gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 die Frage zu klären, zu welchem Haushalt M. nach der Scheidung der Eltern (ab Oktober 2006) gehört. Besteht mit dem Haushalt der Kindesmutter oder mit dem Haushalt des Kindsvaters eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft?

Sachverhaltsmäßig ist unbestritten:

- die gemeinsame Obsorge der Eltern für M. (vgl. Punkt 3 der Vergleichsausfertigung 22 sowie des Pflegschaftsbeschlusses 99);
- Regelung des Besuchsrechtes laut Punkt 3 des Pflegschaftsbeschlusses: einvernehmliche Regelung; großzügige Handhabung – die Kinder werden sich etwa zu 50 % beim Vater aufhalten; laut den Angaben der Kinder halten sie sich jedes 2. Wochenende von Donnerstag bis Sonntag beim Kindsvater auf; laut M. würden sich die Kinder an den anderen Wochenenden nur von Samstagvormittag bis Sonntagabend beim Vater aufhalten.
Laut den Angaben des Kindsvaters halten sich M. und K. jedes zweite Wochenende und an seinen freien Nachmittagen (Donnerstag, Freitag) bei ihm auf; von Donnerstag auf Freitag nächtigen die Kinder auch bei ihm.
Laut den Angaben der Kindesmutter halten sich die Kinder von Sonntagabend bis Donnerstagvormittag sowie jeden zweiten Samstag und Sonntag bei ihr auf.

- Leistung eines monatlichen Unterhaltsbetrages von (je) € 225,-- durch den Vater für M. (und K.); Kosten für Lernbetreuung und Essensmarken für M. (Schulmilch und Weckerl für K.); Kosten für das gemeinsame Hobby (Bogenschießen).
- die Mutter wohnt mit M. und K. seit 13. Dezember 2006 in der geräumigen Mietwohnung in der ES;
- M. besucht das Gymnasium in V.; am Nachmittag besucht er die Nachmittagsbetreuung des Gymnasiums (grds. bis 16:00); nach Belieben der Kindesmutter darf er auch früher nach Hause fahren;
- polizeiliche Meldung von M. (bzw. K.) am Wohnsitz des Vaters.
- Aufenthaltszeiten von M. bei der Kindesmutter im Mai 2007:

von Dienstag, 1.5.	bis Donnerstag, 3.5.	rund 2 ½ Tage/Nächte
von Sonntag, 6.5 (abends)	bis Dienstag, 8.5. (früh)	rund 1 ½ Tage/Nächte
von Freitag, 11.5 (abends)	bis Donnerstag, 17.5. (vormittags)	rund 5 ½ Tage/Nächte
von Sonntag, 20.5. (abends)	bis Donnerstag, 24.5. (früh)	rund 3 ½ Tage/Nächte
von Freitag, 25.5. (abends)	bis Mittwoch, 30.5 (morgens)	rund 4 ½ Tage/Nächte
Insgesamt:		rund 17 ½ Tage/Nächte

- Aufenthaltszeiten von M. beim Kindesvater im Mai 2007:

von Donnerstag, 3.5. ca. 13:30	bis Sonntag, 6.5. ca. 19:30	rund 3 ¼ Tage/Nächte
von Dienstag, 8.5. ca. 13:30	bis Freitag, 11.5., ca. 19:30	rund 3 ¼ Tage/Nächte
von Donnerstag, 17.5. (Feiertag), ca. 11:00	bis Sonntag, 20.5., ca. 19:30	rund 3 1/3 Tage/Nächte
von Donnerstag, 24. 5., 13:30	bis Freitag, 25.5., ca. 19:00	rund 1 ¼ Tage/Nächte
Insgesamt:		rund 11 Tage/Nächte

Aufgrund der im Wesentlichen mit dem Pflegschaftsbeschluss übereinstimmenden Ausführungen des Kindesvaters und der Kindesmutter zum Besuchsrecht von Martin (und Katharina) sowie der für Mai 2007 beispielhaft veranschaulichten Aufenthaltsdauer von M. bei der Kindesmutter bzw. dem Kindesvater, gelangt der unabhängige Finanzsenat zu dem Ergebnis, dass sich M. im Ausmaß von rund 17 – 18 Tagen/Nächten im Haushalt der Kindesmutter aufgehalten hat. Beim Kindesvater verbrachte er rund 11 Tage/Nächte. Ausgehend von dem für Mai 2007 repräsentativen (und mangels Änderung des Besuchsrechtes nach wie vor geltenden) Ergebnis gelangt der unabhängige Finanzsenat zu der Erkenntnis, dass der Kindesmutter insgesamt die zeitlich überwiegende Aufsicht für M. zukam und zukommt. Daraus erschließt sich weiter, dass die Kindesmutter - neben der zeitlich überwiegenden Aufsicht - auch in weitaus überwiegendem Maße für Versorgung, Pflege und Erziehung des Kindes zuständig war und ist. Sie versorgt(e) die Wohnbedürfnisse von M., in dem sie mit ihm (und der Schwester) in einer geräumigen Mietwohnung lebt(e), sie versorgt(e) M. mit Kleidung, Nahrung usgl.. Sie pflegt(e), betreut(e) und erzieht(erzog) M. in

überwiegendem Maße. Die Bedürfnisse von M. werden (wurden) im Rahmen einer einheitlichen Wirtschaftsführung berücksichtigt. Im Berufungsfall liegt (lag) jedenfalls eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zwischen M. und seiner Mutter vor. M. gehört(e) zum Haushalt seiner ihn überwiegend betreuenden Mutter. IdS sei auf die Rechtsprechung des VwGH verwiesen: für die Beurteilung der Haushaltszugehörigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht das Erziehungsrecht. Selbst die Meldung des Hauptwohnsitzes beim Kindesvater mag bestenfalls ein Indiz für das Bestehen einer Wohngemeinschaft darstellen. Angesichts des Umstandes, dass M. bei seiner Mutter überwiegend wohnt, von ihr überwiegend betreut, versorgt, gepflegt, erzogen wird und seine Bedürfnisse in einer einheitlichen Wirtschaftsführung Berücksichtigung finden, ist die polizeiliche Meldung beim Vater für die Berufung irrelevant.

Wenn sich der Bw. dagegen ausspricht, dass auch Nächtigungszeiten im Rahmen der Aufenthaltsdauer zugunsten der Kindesmutter berücksichtigt wurden, so ist darauf hinzuweisen, dass auch zu seinen Gunsten Nächtigungen im Rahmen der Aufenthaltsdauer von M. berücksichtigt worden sind. Überdies geht der Einwand, wonach schlafende Kinder sehr anspruchslos seien, völlig ins Leere. Wie die Lebenserfahrung zeigt, bedürfen minderjährige Kinder selbstverständlich gegebenenfalls auch nachts der Pflege, Aufsicht und der Versorgung (vgl. Krankheiten etc.).

Aus dem Vorbringen, dass die Besuchszeiten vom Finanzamt falsch ermittelt worden seien, kann für die Berufung nichts gewonnen werden. Zum einen basiert die Aufenthaltsdauer von M. beim Kindesvater auf seinen Angaben. Zum anderen relativiert der Bw. sein Vorbringen insoweit wieder, als er meint, „selbst wenn man von einem überwiegenden Aufenthalt von M. (K.) zugunsten der Kindesmutter ausgeht, hält sich (Anm.: bei einem Verhältnis von 30 : 70, oder 41,9 : 58,1) jedenfalls ein Kind zum überwiegenden Teil in seinem Haushalt auf“ und wäre die Familienbeihilfe für ein Kind zu gewähren.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Mit seinem Vorbringen will der Bw. die Aufenthaltszeiten seiner beiden Kinder addieren und so zur Haushaltszugehörigkeit (wenigstens) eines Kindes zu seinem Haushalt gelangen. Eine solche Betrachtungsweise lässt aber das Familienlastenausgleichsgesetz nicht zu. § 2 Abs. 2 FLAG 1967 verlangt, dass die Haushaltszugehörigkeit eines (jedes) Kindes (gesondert) zu beleuchten ist. Für die Gewährung der Familienbeihilfe ist somit eine additive Betrachtungsweise von Aufenthaltszeiten mehrere Kinder eines Elternteiles in seinem (ihrem) Haushalt nicht vorgesehen.

Im Berufungsfall ist es als erwiesen anzusehen, dass M. zum Haushalt der Kindesmutter gehört. Ob die vom Bw. der Behörde vorgeworfene Betrachtungsweise hinsichtlich der Gewährung der Familienbeihilfe im Scheidungsfall gerecht oder ungerecht ist bzw. ob das

Familienlastenausgleichsgesetz diesbezüglich zu hinterfragen ist, vermag die entscheidende Behörde nicht zu beantworten. Die Vorgangsweise bei Überprüfung eines Anspruches auf Familienbeihilfe ist jedenfalls im § 2 Abs. 2 FLAG 1967 geregelt. Das Finanzamt und der unabhängige Finanzsenat haben sich – wie jede andere Behörde auch – an die geltenden Gesetze zu halten und diese zu vollziehen (vgl. Art. 18 B-VG).

Der Einwand des Bw., dass er für M. € 225,-- (für beide Kinder € 450,--) Unterhalt zu leisten habe, die Kosten für die Tagesbetreuung und Essensmarken trage, das gemeinsame Hobby Bogenschießen finanziere, sind irrelevant, da es im Streitfall ausschließlich auf die Haushaltszugehörigkeit von M. ankommt. Der Umstand, dass überwiegend finanzielle Aufwendungen getragen werden, begründet nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person diesen Anspruch wegen gemeinsamer Haushaltsführung hat. Dies trifft aber im Streitfall nicht zu.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: M. gehört dem Haushalt der Kindesmutter an. Aus diesem Grunde steht dem in einem eigenen Haushalt lebenden Kindesvater ein Anspruch auf Familienbeihilfe iS des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 nicht zu.

Hinzuweisen ist der Bw. idZ darauf, dass die Leistung des gesetzlichen Unterhaltes an ein nicht haushaltszugehöriges Kind durch Gewährung des Unterhaltsabsetzbetrages bei der Einkommensteuer- bzw. Arbeitnehmerveranlagung berücksichtigt werden kann.

Es war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt, am 21. Dezember 2007