



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Adr., gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 3. Mai 1999 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für D. A., Datum1 , D. B., Datum2 und D. C., geb. Datum3, für den Zeitraum vom 1. März 1999 bis 30. Juni 1999 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen. Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

1. Antrag

1.1 Der Berufungswerber (Bw.) hat für seine Kinder A. D., Datum1, B. D., Datum2, und C. D. , geb. Datum3, die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge laufend bis inkl. Februar 1999 bezogen; für den Zeitraum ab 1. März 1999 wurde am 18. Februar 1999 die Gewährung der Familienbeihilfe für die drei Kinder durch die Kindesmutter beantragt. Mit Eingabe vom 1. März 1999 beantragte der Bw. ebenfalls die (Weiter-)Gewährung der Familienbeihilfe (und damit auch der Kinderabsetzbeträge) für seine Kinder ab 1. März 1999 und machte dazu folgende Angaben:

1.2 „Ich bin der Haushaltführer meiner Familie aus folgenden Gründen:

Montag bis Freitag:

In der Früh richte ich für meine 3 Kinder die Jause für die Schule her. Ich fahre um 6:00 Uhr in die Arbeit und wecke meine Frau. Die weckt die Kinder zwischen 6:30 und 7:00. Bis spätestens 7:30 bringt sie die Kinder in die Schule.

Am Nachmittag um 16:00 hole ich die Buben B. und C. von der Schule (Hort) ab. Zuhause mache ich mit ihnen die Aufgaben und lerne mit ihnen für die Prüfungen oder Schularbeiten.

In der Zwischenzeit schalte ich die Waschmaschine, den Wäschetrockner und manchmal sogar den Geschirrspüler ein.

Um 17:00 kommt meine Tochter A. von der Schule (Hort) nach Hause Mit meiner Tochter mache ich noch die Schulaufgaben fertig. Danach lernen wir noch für Tests und Schularbeiten.

C. bringe ich 2 x in der Woche zum Fußballtraining oder zu den verschiedensten Freundschaftsmatches oder Meisterschaften. B. bringe ich 2 x in der Woche zum Turniertanzen.

Um 18:00 Uhr richte ich das Abendessen für die Kinder her. Meine Frau kommt in der Zeit von 18:00 Uhr bis 18:30 nach Hause. Ich sorge täglich für das Einkaufen und Kochen des Essens. Um 20:00 Uhr dusche ich die Buben und bringe sie danach ins Bett. Meine Frau sagt, da sie die Kinder in der Früh in die Schule bringt, "reicht ihr das", ich soll sie hinlegen. Sie schaut in der Zwischenzeit ab 20:15 täglich fernsehen. Meine Tochter A. geht um 21.00 alleine schlafen.

Am Mittwoch geht meine Frau gleich nach der Arbeit Bauchtanzen und kommt erst um zirka 21:30 bis 22:00 nach Hause. Um diese Zeit schlafen die Kinder bereits.

Samstag und Sonntag:

Meine Tochter A. hat am Samstag Schule. Ich wecke sie um 6:30 und richte ihr das Frühstück und eine Jause für die Schule her. Sie geht um zirka 7:45 in die Schule. Um zirka 7:30 Uhr stehen die Buben auf. Ich mache auch für sie das Frühstück und verbringe den Vormittag alleine mit ihnen ohne die Mama.

Meine Frau darf ich erst um 11:00 Samstags und Sonntags wecken. Sie steht nach 3 x wecken zwischen 12:00 und 13:00 auf. Am Wochenende Samstag und Sonntag mache ich das Frühstück für die Kinder, kuche das Mittagessen und das Abendessen.

Aus all diesen Gründen und noch einigen über die gar nicht geschrieben habe, bitte ich wieder um die Gewährung der Familienbeihilfe.“

2. Bescheid

Mit dem angefochtenen Bescheid wies das Finanzamt den Antrag des Bw. mit der Begründung ab, dass gemäß § 2a Abs.1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führe, dem Anspruch des anderen Elternteiles vorgehe; bis zum Nachweis des Gegenteiles werde vermutet, das die Mutter den Haushalt überwiegend führe. Es könne der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch habe, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Im Fall des Bw. sei weder der Nachweis der überwiegenden Haushaltsführung erbracht worden noch liege ein Verzicht der Kindesmutter, die die Familienbeihilfe selbst beantragt habe, vor. Der Antrag des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. März 1999 müsse daher abgewiesen werden.

3. Berufung:

3.1. In der von der bevollmächtigen Vertreterin des Bw. gegen den Abweisungsbescheid eingebrochenen Berufung wurde der Bescheid unter Geltendmachung der Berufungsgründe der Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens, unzureichender Begründung und unrichtiger rechtlicher Beurteilung angefochten.

3.2. Zur Mangelhaftigkeit des Ermittlungsverfahrens führt die Vertreterin des Bw. aus, der im erstinstanzlichen Verfahren unvertretene Antragsteller habe in seinem Ansuchen um

Gewährung der Familienbeihilfe ab 1.3.1999 vorgebracht, dass er der haushaltführende Elternteil sei. Diesem Vorbringen sei die Behörde in keine Weise nachgegangen und habe – was für eine abschließende Beurteilung der anstehenden Frage erforderlich gewesen wäre – keinerlei Ermittlungsverfahren durchgeführt.

Tatsächlich habe sich seit dem Verzichtswiderruf der Kindesmutter in der Haushaltführung nichts geändert und führe der Antragsteller nach wie vor überwiegend den Haushalt, nicht nur in der Weise, dass er sich tatsächlich überwiegend um den Haushalt kümmere, sondern auch finanziell der haushaltführende Elternteil sei; so sei der Antragsteller Hauptmieter, bezahle für die ganze Familie die Wohnung, Energie sowie Telefon und trage überwiegend die Essenskosten und die Lebensführung der drei gemeinsamen Kinder.

Der Grund für den Antrag der Kindesmutter, ihr die Familienbeihilfe zu gewähren, liege lediglich darin, dass die Kindesmutter gegen den Antragsteller Scheidungsklage eingebracht habe, tatsächlich habe sie die Haushaltführung jedoch nicht übernommen, im Gegenteil, sie gehe seit der Einbringung der Scheidungsklage überwiegend ihre eigenen Interessen nach und überlasse nahezu die gesamte Haushaltführung und Kinderbetreuung - bis auf das Verbringen der Kinder in den Morgenstunden in die Schule - dem Antragsteller.

Der unvertretene Antragsteller sei auch von der erstinstanzlichen Behörde in keiner Weise darauf hingewiesen worden, dass er seine Vorbringen durch entsprechende Urkunden zu belegen habe, wie beispielsweise durch vorzulegende Kontoauszüge, vorzulegenden Mietvertrag, Anbot entsprechender Zeugen und seine eigene Einvernahme.

3.3 unzureichende Begründung:

Der angefochtene Bescheid sei lediglich lapidar damit begründet worden, dass der im erstinstanzlichen Verfahren nicht vertretene Antragsteller offenbar den Beweis für die überwiegende Haushaltführung nicht erbracht habe, und die Kindesmutter auf die Gewährung der Familienbeihilfe nicht verzichtet habe; darüber hinaus seien weder Feststellungen noch Ermittlungen gepflogen, noch in irgendeiner Weise begründet worden, weshalb diese nicht durchgeführt wurden. Der Bescheid sei sohin völlig unzureichend begründet, es sei der Begründung in keiner Weise zu entnehmen, warum der Nachweis für die überwiegende Haushaltführung nicht erbracht sein sollte, und daher die Vermutung zugunsten der Kindesmutter, dass sie den Haushalt überwiegend führt, greifen sollte.

3.4 unrichtige rechtliche Beurteilung:

Wie in den Berufungspunkten 1. und 2. dargestellt, würden die Ermittlungsergebnisse nicht ausreichen, um über den Antrag des Antragstellers abschließend entscheiden zu können, worin eine unrichtige rechtliche Beurteilung zu erblicken sei.

Aus all diesen Gründen stelle der Berufungswerber den Antrag

a.) das erstinstanzliche Finanzamt möge im Wege einer Berufungsvorentscheidung in eventu b.) nach Vorlage der Berufung an die Berufungsbehörde diese den vorliegenden Bescheid beheben und nach Durchführung eines Ermittlungsverfahrens dem Antrag des Antragstellers auf Gewährung der Familienbeihilfe stattgeben,
in eventu den Bescheid aufheben und die Angelegenheit zur Ermittlung und zu neuerlichem Bescheiderlass dem erstinstanzlichen Finanzamt zurückverweisen.

4. Ermittlungen des Finanzamtes

4.1 In einem Aktenvermerk vom 10. Dezember 1999 über eine Rücksprache mit der Vertreterin des Bw. hat das Finanzamt im Wesentlichen festgehalten, dass das Ehepaar D. seit Mitte 1999 in Scheidung lebe, Frau D. am 30. Juni 1999 ihren Mann aus der Wohnung gewiesen habe, worauf dieser zu den Schwiegereltern gezogen sei. Am 27. September 1999 seien die drei Kinder aufgrund von Tätigkeiten der Kindesmutter in das Kriseninformationszentrum der Stadt Wien eingewiesen worden. Sowohl das Pflegschaftsgericht als auch das Jugendgericht seien mit der Causa befasst.

4.2. Der Bw. selbst hat, laut Aktenvermerk des Finanzamtes vom 23. Februar 2000, telefonisch u.a. bekanntgegeben, dass die Kinder nun abwechselnd bei Vater und Mutter wohnen würden, der Bw. zahle die Hälfte der Schulkosten und der div. Anschaffungen. Das Jugendamt habe über die Obsorge noch nicht entschieden, obwohl die Kinder angegeben hätten, beim Vater wohnen zu wollen. Die Kindesmutter gehe nur den eigenen Interessen nach und überlasse die Kinder dann den Großeltern oder der Schwester.

5. Berufungsvorentscheidung

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet wie folgt ab:

„Ihr Antrag auf Familienbeihilfe wurde mit der Begründung abgewiesen, dass von Ihnen die überwiegende Haushaltsführung nicht nachgewiesen werden konnte. Nach Ihrem Ausscheiden aus dem gemeinsamen Haushalt haben die Kinder dem alleinigen Haushalt der Kindesmutter angehört. Der vorübergehende Aufenthalt im Krisenzentrum der Stadt Wien hat deren Zugehörigkeit nicht aufgehoben, sodass die Familienbeihilfe weiterhin rechtmäßig von der Mutter bezogen wurde.“

Durch die Vereinbarung, wonach sich die drei Kinder wöchentlich abwechselnd bei Ihnen bzw. bei der Kindesmutter aufhalten, gestaltet sich die Beurteilung hinsichtlich der Haushaltzugehörigkeit naturgemäß schwierig. Wie im Hinblick auf das Alter der Kinder aber angenommen werden kann, kommt deren Versorgung und Betreuung im überwiegenden Ausmaß der Mutter zu. Wenn sich die Kinder auch jede zweite Woche bei Ihnen aufhalten, kann dennoch davon ausgegangen werden, dass die Kinder letztlich von der Kindesmutter überwiegend versorgt und betreut werden. Dadurch können die Kinder weiterhin als bei der Mutter haushaltzugehörig erachtet werden.“

6. Vorlageantrag

Im Antrag auf Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz wurde ausgeführt:

„Es ist unrichtig, dass die Mutter den Haushalt überwiegend geführt hat. Die drei Kinder sind unverändert immer überwiegend vom Berufungswerber betreut worden. Dies ist auch aus dem Scheidungsakt, in welchem bereits sämtliche Parteienvernehmungen durchgeführt worden sind, ersichtlich.“

Es wird daher auch zum Beweis dafür die Beischaffung des Scheidungsaktes GZ!1 des BG W. als Beweis angeboten.

Durch die Vereinbarung, die derzeit nach wie vor noch so gehandhabt wird, wonach sich die drei Kinder wöchentlich abwechselnd einmal bei der Kindesmutter und einmal beim Berufungswerber aufhalten, ist die Haushaltzugehörigkeit derart gestaltet, dass es sich um eine eindeutige doppelte (bzw. teilte) Haushaltzugehörigkeit handelt, die naturgemäß dazu führen muss, dass die Familienbeihilfe je zur Hälfte der Kindesmutter und dem Kindesvater auszuzahlen wäre.

Lediglich der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass nun im Obsorgeverfahren psychologische Gutachten vorliegen, die ergeben haben, dass die Kinder zum Vater und sohin zum Berufungswerber tendieren, so hat auch die eingeschrittene Sachverständige Dr. S. in ihrem kinderpsychologischen Gutachten zusammenfassend empfohlen, dass "aus gutachtlicher Sicht unter Berücksichtigung des Willens und der emotionalen Tendenz der drei Minderjährigen sowie des Eindrückes, den die Kindeseltern hinterlassen, die Obsorge für die Dauer von ein Jahr an den Kindesvater zu übertragen und der Kindesmutter ein großzügiges Besuchsrecht einzuräumen wäre".

In weiterer Folge wird eine kinderpsychiatrische Wiederbegutachtung der Obsorgefrage in einem Jahre empfohlen.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Jugendgerichtshof Wien in Befolgung dieser kinderpsychiatrischen Empfehlung die Obsorge zumindest für ein Jahr vorläufig dem Berufungswerber zusprechen wird, sodass auch aus dieser Sicht zu erwarten sein wird, dass die Familienbeihilfe dem Berufungswerber zu Recht zuzuerkennen wäre.

Zum Beweis dafür wird die Beischaffung des Pflegschaftsaktes GZ2, in welchem auch das genannte kinderpsychiatrische Gutachten ON 37 vorliegt, des Jugendgerichtshofs Wien beantragt.“

7. Mit Eingabe vom 9. Februar 2001 hat der Bw. die Gewährung der Familienbeihilfe für seine Kinder „ab September 2000“ neuerlich beantragt, weil mit Beschluss des Jugendgerichtshofes Wien GZ GZ2 vom 18. August 2000 die Obsorge für die Kinder alleine dem Bw. als Kindesvater übertragen wurde. Über diesen Antrag wurde hinsichtlich des Zeitraumes bis Februar 2001 erstinstanzlich noch nicht entschieden, ab März 2001 hat das Finanzamt dem Bw. die Familienbeihilfe für seine drei Kinder bereits wieder zuerkannt.

Über die Berufung wurde erwogen:

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.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Nach dem letzten Satz des § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gilt ein Kind bei beiden Elternteilen als haushaltzugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt.

Der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, kann nach § 2a Abs. 2 FLAG 1967 zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

§ 10 Abs. 2 FLAG 1967 normiert, dass die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats zu gewähren ist, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Die Familienbeihilfe gebührt gemäß § 10 Abs. 4 FLAG 1967 für einen Monat nur einmal.

Die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG 1967 entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (VwGH 29.09.2004, 2000/13/0103).

Im gegenständlichen Berufungsfall hat der Bw. als Kindesvater die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die drei Kinder mit Zustimmung (Verzicht) der im gemeinsamen Haushalt lebenden Kindesmutter bis Februar 1999 bezogen. Mit dem Antrag der Kindesmutter auf Gewährung der Familienbeihilfe ab März 1999 hat das Finanzamt angenommen, die durch gesetzliche Vermutung nach § 2a Abs. 1 FLAG 1967 als überwiegend haushaltführende und somit vorrangig anspruchsberechtige (damalige) Ehefrau des Bw. habe ihren Verzicht zugunsten des Bw. gemäß § 2a Abs. 2 FLAG 1967 widerrufen. Das Vorbringen des Bw. im Antragsverfahren, dass er der haushaltführende Elternteil sei, wurde nicht als erwiesen angesehen und der Antrag des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe „ab 1. März 1999“ wurde mit Bescheid vom 3. Mai 1999 abgewiesen.

Wie bereits dem Finanzamt von der Vertreterin des Bw. telefonisch bekannt gegeben, wurde dem Bw. laut Beschluss des BG W. (GZ GZ!1) mit einstweiliger Verfügung vom 9. Juli 1999 die Rückkehr in die eheliche Wohnung in Adr.2 ab Ende Juni 1999 bis zur rechtskräftigen Beendigung des Scheidungsverfahrens verboten. (Die Ehe wurde erst mit Rechtskraft des Urteils vom 12. Februar 2001 aufgelöst.)

Ab Juli 1999 waren alle drei Kinder - mit Ausnahme eines Ferienaufenthaltes der Kinder bei den Großeltern in Kärnten - bei der Kindesmutter in der ehemals gemeinsamen Wohnung wohnhaft. Laut dem vom Bw. im Februar 2001 vorgelegten Beschluss betreffend Obsorgeregelung wurden die Kinder für die Zeit vom 27.9. bis 24.11.1999 in einem Krisenzentrum betreut und die Obsorge für diesen Zeitraum dem Amt für Jugend und Familie übertragen. Bis zur endgültigen Übertragung der Obsorge an den Kindesvater waren die Kinder dann wochenweise wechselnd bei den Kindeseltern.

Damit ist es als erwiesen anzusehen, dass der Bw. nur bis Ende Juni 1999 im gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter und den Kindern lebte, weil dem Bw. die Rückkehr in die eheliche Wohnung laut obgenanntem Beschluss des BG W. bis zur rechtskräftigen Beendigung des Scheidungsverfahrens verboten war. Durch dieses (auch wenn nicht freiwillige) Verlassen der Wohnung hat der Bw. ab Ende Juni 1999 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt mit der Kindesmutter gelebt und damit war auch die Haushaltsgehörigkeit der Kinder zum Bw. (bis zur erst im Folgejahr erfolgten Änderung der Obsorgeregelung) aufgehoben. Nach dem letzten Satz des § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gilt ein Kind bei beiden Elternteilen nur dann als haushaltsgehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen und das Kind diesem Haushalt angehört.

Durch die Ende Juni 1999 erfolgte Aufhebung der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft hat sich der Sachverhalt geändert. Da sich die zeitliche Wirksamkeit eines den Beihilfenantrag ab einem bestimmten Monat abweisenden Bescheides nur auf den Zeitraum bis zum Eintritt einer Änderung der Sach- oder Rechtslage erstreckt (siehe bereits zitiertes VwGH -E. 2000/13/0103 v. 29.09.2004), ist im gegenständlichen Verfahren der strittige Zeitraum auf die Monate März bis Juni 1999 eingeschränkt.

Dass in die Berufungsvorentscheidung auch Sachverhaltselemente und deren rechtliche Würdigung betreffend den späteren Zeitraum eingeflossen sind, kann im Übrigen nicht den vom Spruch des angefochtenen Bescheides umfassten Zeitraum erweitern, denn „*die Berufungsvorentscheidung tritt durch den Vorlageantrag als Sachentscheidung außer Wirkung und ist als Vorhalt zu werten*“ (u.a. VwGH 04.06.1980, 0302/79).

Durch die vom Bw. als Beweis angebotene bzw. als Beweis beantragte Beischaffung der Gerichtsakten (Scheidungs- und Pflegschaftsakten) konnte für den im gegenständlichen Verfahren relevanten Zeitraum März bis Juni 1999 für die Berufung wenig Zweckdienliches entnommen werden: Die auf der Ebene der Partnerschaftsbeziehung der Kindeseltern gelegenen Gründe für das Verbot der Rückkehr des Bw. in die eheliche Wohnung (nach tätlichen Auseinandersetzungen) und die gegenseitigen Schuldzuweisungen der Kindeseltern sind für den Berufungsfall (Nachweis der überwiegenden Haushaltsführung) nicht relevant. Im

Übrigen betreffen die in den Gerichtsakten vorhandenen Protokolle über die Parteien- und Zeugenvernehmungen vorwiegend den Zeitraum nach Juli 1999.

In Bezug auf die im Berufungsfall relevante Haushaltsführung im Zeitraum März bis Juni 1999 konnten den erwähnten Gerichtsakten diesbezügliche Aussagen nur wenigen Textpassagen entnommen werden:

In einem psychologischen Gutachten vom 9. Dezember 1999 (erstellt im Rahmen des Verfahrens betreffend die Übertragung der Obsorge an das zuständige Jugendamt) ist u.a. eine Aussage des Bw. wie folgt festgehalten:

*„... In der Vergangenheit habe er sich viel mehr als seine Frau mit den Kindern beschäftigt, sie von Schule und Hort abgeholt, für sie gekocht und mit ihnen gelernt, weshalb er auch jetzt viel besser geeignet sei, für die Kinder zu sorgen. ... **Geputzt habe sie** (Anm.: die Kindesmutter) **dann immer an den Wochenenden**. Er habe währenddessen etwas mit den Kindern unternommen.“*

Einem Protokoll (aufgenommen im Zuge des Scheidungsverfahrens vor dem Bezirksgericht am 24. Mai 2000) ist diesbezüglich die Aussage des Bruders der Kindesmutter zu entnehmen:

„...Zum Thema der Versorgung und der Pflege der Kinder haben sich eigentlich beide (Elternteile) darum gekümmert, man könnte vielleicht sagen, dass der Beklagte (= Bw.) durchaus relativ häufig gekocht hat beispielsweise und die Klägerin (= Kindesmutter) dafür verschiedene andere Wege und organisatorische Dinge für die Kinder erledigt hat aber im Wesentlichen würde ich sagen, dass sich das beide aufgeteilt haben je nach den zeitlichen Möglichkeiten.“

Dem im Vorlageantrag als Beweismittel angeführten kinderpsychologischen Gutachten konnte noch entnommen werden, dass nach Meinung einer Nachmittagsbetreuerin im Hort der Schule der Kinder „sich immer beide Elternteile um schulische Belange gut gekümmert hätten, der Vater wäre vielleicht mehr präsent gewesen als die Mutter.“ (Seite 11 des Gutachtens) sowie „Der Vater begründete die enge Beziehung zu seinen Kindern damit, das er sich bisher sowohl in der Betreuung als auch in der Erziehung sehr um sie kümmerte. Die **Mutter kam berufsbedingt später als er nach Hause**, sodass erzieherische und organisatorische Angelegenheiten dann meist schon erledigt waren“ (Seite 25 des Gutachtens).

Gemäß § 95 ABGB haben die Ehegatten an der Führung des gemeinsamen Haushalts nach ihren persönlichen Verhältnissen, besonders **unter Berücksichtigung ihrer beruflichen Belastung** mitzuwirken. Im Berufungsfall waren beide Elternteile zeitversetzt berufstätig, wobei sich die Kindesmutter berufsbedingt am Morgen um die Kinder kümmerte und auch Termine wie Elternabende usw. wahrgenommen hat. Der Bw., nachdem er laut den im Antragsverfahren gemachten Angaben zwei bis drei Stunden vor der Kindesmutter zu Hause war, kümmerte sich am späteren Nachmittag bzw. am Abend um die Kinder. Dadurch ergab sich, dass er meist die Kinder vom Hort holte, das Essen kochte, mit den Kindern die Aufgaben machte, usw.

Dass der Bw. laut eigenen Angaben (siehe Antrag Pkt. 1.2.) wochentags „manchmal sogar den Geschirrspüler“ eingeschaltet hat und die Kindesmutter „dann immer am Wochenende geputzt hat“ (siehe Aussage des Bw. im Obsorgeverfahren), weist insgesamt darauf hin, dass die Kindesmutter unter Berücksichtigung ihrer zeitversetzten beruflichen Belastung zumindest ebenso an der Haushaltsführung mitgewirkt hat, zumal die „Haushaltsführung“ nicht nur die vom Bw. wahrgenommene Betreuung der schulpflichtigen und nachmittags im Hort befindlichen Kinder umfasst. Damit ist das Vorbringen des Bw., die Kindesmutter sei überwiegend ihren eigenen Interessen nachgegangen und hätte dem Bw. nahezu die gesamte Haushaltsführung und Kinderbetreuung überlassen, nicht nachvollziehbar.

In Bezug auf die im Berufungsfall relevante Haushaltsführung im Zeitraum März bis Juni 1999 konnte den im Berufungsverfahren gemachten Angaben des Bw. bzw. den Vorlageantrag als Beweismittel angebotenen Gerichtsakten jedenfalls nichts entnommen werden, aus dem bestimmt abzuleiten gewesen wäre, der Bw. habe in der fraglichen Zeit den Haushalt überwiegend geführt.

Wenn der Bw. ausführt, er habe die Kosten für Wohnung, Energie und Telefon sowie überwiegend die Essenskosten und die Kosten der Lebensführung der drei gemeinsamen Kinder getragen, so verkennt er die Rechtslage, denn für die Beurteilung der Frage wer den Haushalt führt ist es nicht maßgebend, wer die Mittel für die Haushaltsführung zur Verfügung stellt.

Auch mit dem Berufungsargument, dass sich „seit dem Verzichtswiderruf der Kindesmutter in der Haushaltsführung nichts geändert“ habe, ist für die Berufung nichts gewonnen. Es besagt nicht, dass der Bw. vorher den Haushalt geführt hat, sondern vielmehr das Gegenteil: Die Kindesmutter konnte nur als Haushaltsführende und somit vorrangig Anspruchsberechtigte zugunsten des damaligen Ehegatten verzichten.

Wenn der Bw. auf das im Obsorgeverfahren erstellte kinderpsychologische Gutachten der Sachverständigen DDr. S. verweist, welches eine starke Tendenz der Kinder zum Vater attestierte, lässt sich daraus nicht ableiten, dass der Bw. vor dem „unfreiwilligen“ Auszug im Juni 1999 den Haushalt geführt hat. Ebenso ist die Übertragung der alleinigen Obsorge für die Kinder an den Bw. im August 2000 (nach der erfolgten Ehescheidung) kein Nachweis dafür, dass der Bw. im Zeitraum März bis Juni 1999 den Haushalt überwiegend geführt hat.

Gemäß § 2a Abs. 1 FLAG 1967 geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt. Dass der Bw. im Streitzeitraum den Haushalt überwiegend geführt hätte, lässt sich aus den im Verfahren vorgebrachten Argumenten bzw. den über Antrag erfolgten Beweisaufnahmen der

Berufungsbehörde nicht entnehmen. Damit ist der Nachweis der überwiegenden Haushaltsführung durch den Bw. nicht erbracht.

Es kann somit auf Grund der Haushaltzugehörigkeit beider Elternteile von einem Anspruch der (früheren) Ehefrau des Bw. in Bezug auf die Familienbeihilfe für die Kinder im streitgegenständlichen Zeitraum März bis Juni 1999 ausgegangen werden, der wegen der gesetzlichen Vermutung des § 2a Abs. 1 zweiter Satz FLAG dem Anspruch des Bw. vorgeht. Diese Vermutung ist nach den vorstehenden Ausführungen für den Streitzeitraum nicht widerlegt worden.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 15. März 2007