



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf betreffend Familienbeihilfe ab 1. Oktober 2009 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Im vorliegenden Berufungsfall ist die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes strittig.

Die Berufungswerberin (Bw.) stellte im September 2009 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Oktober 2009 für ihre im Jahr 2000 geborene Tochter L..

Die Familienbeihilfe wurde bisher vom Kindesvater A. B. bezogen.

Das Finanzamt wies den Antrag der Bw. mit Bescheid vom 25. Jänner 2010 ab. Begründet wurde die Abweisung mit der teilweisen Berufstätigkeit der Mutter und der Arbeitslosigkeit des Vaters, weshalb angenommen werde, dass das Kind überwiegend von diesem betreut werde.

Die Bw. brachte gegen den Bescheid fristgerecht Berufung ein und begründete diese wie folgt:

„...Ich wohne seit drei Jahren alleine mit meiner Tochter. Mein ehemaliger Ehemann A. B. ist seit mehr als drei Jahren aus der ehelichen Wohnung ausgezogen und wohnt seitdem in einer anderen Wohnung in demselben Haus bzw. in der XY-Gasse 1a (3. Stock). Ich wohne noch in der ehelichen Wohnung,

die meinem ehemaligen Mann gehört und auf seinen Namen lautet ... aus der ich, wie es in dem Scheidungsverfahren bestimmt wurde, bis spätestens Ende Oktober 2010 ausziehen muss...

Seit drei Jahren trage ich die ganze Verpflichtung für meine Tochter: ich bringe sie jeden Tag in die Schule, hole sie vom Hort ab, lerne mit ihr, kaufe das Essen, Sorge dafür, dass sie alle Notwendigkeiten, die ihr zustehen bekommt, lerne mit ihr, kümmere mich um sie und bin bei ihr, wenn sie krank ist und alles weitere was in der Rolle eines Elternteils gehört.

In der Scheidungsklage habe ich die alleinige Obsorge für meine Tochter beantragt. Während des Scheidungsverfahrens haben wir jedoch eine gemeinsame Obsorge ohne geregelte Besuchszeiten mit dem Hauptwohnsitz bei mir vereinbart, die nach der Meinung des Richters, ... für unsere Situation am besten ist... Die Tatsache, dass mein Mann jegliche Kommunikation und Vereinbarungen mit mir verweigert, erschweren irgendwelche Abmachungen. Ich kann mich nicht auf seine Hilfe verlassen. Nach dem Scheidungsurteil bringt er sie wöchentlich zwei bis drei Mal in der Musikschule bzw. er holt sie ab vom Hort, bringt sie in die Musikschule, holt sie dann wieder ab und bringt sie zu ihm nach Hause bis ich sie abhole. Er kocht an diesen Tagen nicht für sie, er lernt mit ihr auch nicht für die Schule bzw. es geht hier nur um die Abholung vom Hort und der Schule. Seit Anfang diesen Jahres hat meine Tochter bei ihm drei bis vier Mal geschlafen..."

Mit einem am 18. Juni 2010 beim Finanzamt eingelangtes, mit der Bezeichnung „Berufungsbegründung“ versehenen Schriftstück, ergänzte die Bw. ihre Berufung wie folgt:

„Ich, ..., beantrage die Familienbeihilfe, weil ich die Pflege und Erziehung von L B. immer schon überwiegend übernommen habe und immer schon mit L im gemeinsamen Haushalt gelebt habe.

Seit 01. Juni lebe ich gemeinsam mit meiner Tochter in der XYZ-Gasse ..., 1020 Wien (Meldezettel habe ich überreicht). Bis diesen Zeitpunkt habe ich mit meiner Tochter L in der P-Gasse gelebt. Das war die Ehemwohnung und wir haben, nach dem Scheidungsurteil eine Frist gehabt bis 31. Oktober in der Wohnung zu bleiben. Mein ehemaliger Mann X. B. ist seit September 2006 bzw. seit fast vier Jahren ausgezogen und wohnt seitdem in der XY-Gasse 1a. Er hat seitdem nicht mehr mit uns im gemeinsamen Haushalt gelebt.

Die Pflege und Erziehung lag und liegt bei mir. Ich betreue mein Kind ausschließlich, das heißt: Frühstückrichten, wegräumen, Kind in die Schule bringen, vom Hort abholen, Begleitung, Hausaufgabenhilfe, Wäschepflege, Körperpflege, Kochen und Putzen, den Haushalt führen sowieso....

Der Vater hat sie in vier Jahren weniger als zehn Mal in die Schule gebracht und die Lehrerin, sowie andere Eltern der Klasse kennen ihn nicht. Ich gehe zu Sprechstunde von L und ich nehme Teil bei allen wichtigen Schul- und Klassenveranstaltungen, Schulmessen, Erstkommunionbegleitung in der 2. - Klasse, Ausflügen, Elternbegleitung und weitere Schulaktivitäten und Pflichten.

Jeden Tag bereite ich eine gesunde Jause für L vor. Ich kontrolliere jeden Tag das Mitteilungsheft und räume gemeinsam mit L ihre Schultasche und das Federpennal, sowie ihre Stifte spitzen. Ich helfe L bei den Hausaufgaben, lerne mit ihr, begleite sie das ganze Jahr durch den Lernstoff, bereite sie für die Schularbeiten vor.

L besucht drei Mal pro Woche die Musikschule. Ballett hat sie montags und donnerstags und Kontrabass am Freitag. Seit der Scheidung am 24. November 2009 wird L an diese Tage von dem Vater abgeholt und in die Musikschule gebracht... Seit L's 3. Klasse bzw. seit L auch Instrumentunterricht in der Musikschule besucht, hat sie Vater auch hin und wieder gebracht. Erst seit der Scheidung bringt der Vater L hauptsächlich in die Musikschule, was eigentlich das EINZIGE ist was er tut. Oft hat die Oma seine Aufgabe, L in die Musikschule zu bringen, übernommen, nach wie vor.

Diese drei Tage in der Woche, an welchen L die Musikschule besucht, sind seit der Scheidung folgend gestaltet: Ich bringe L in der Früh in die Schule, seit Oktober 2009 geht L ohne Hortbegleitung von der Schule ins Hort, vom Hort holt sie Vater ab und bringt sie in die Musik Schule; Montags beginnt Ballett um 16 Uhr, am Donnerstag um 16:50 und am Freitag beginnt Kontrabass um 16 Uhr. Der Vater holt sie jeweils eine halbe Stunde vor dem Unterricht... Nach dem Unterricht bringt der Vater L zu ihm nach Hause und ich hole sie an diesen Tagen in der Zeit zwischen 18 bis 19:30 von dem Vater ab. Freitags

meistens führt der Vater L nur zum Kontrabass und Oma holt sie von dort ab und bringt sie zu mir nach Hause oder manchmal übernachtet L bei ihr, doch seit Sommer 2009 ist das auch seltener. Hier handelt sich nur um Abholung vom Hort und das Bringen in die Musikschule, sowie nach Hause. Es geht hier um meistens zwei Tage pro Woche in dem Zeitraum zwischen 15:30 bis max. 19:30 in welchen L gesamt max. 2 Stunde an dem Tag alleine bzw. außerhalb der Musikschule Unterricht mit dem Vater verbringt. Mein ehemaliger Mann lernt nicht an diese Tage mit L, er hat es auch nie getan, das überbleibt mir wenn ich L danach abhole. Für alles andere was mit der Musikschule zu tun hat außer Hinbringen und Abholung bzw. alles was mit Unterrichtstermin Vereinbarungen, L Unterrichtsentwicklung, Üben etc. zu tun ist, kümmere ich mich darum. Der Vater hat daran nie Teil genommen. Er setzt L vor der Schule ab und sie geht alleine in die Unterricht...L vom Hort an diesen Tagen abzuholen und in die Musikschule zu bringen ... ist das einzige was mein ehemaliger Mann für L tut. Zusätzlich nimmt er L etwa jede zwei Woche am Sonntag zu ihm und macht mit ihr Ausflüge, die er immer photographiert für seine Protokolle was er mit L alles unternimmt. L schläft bei ihrem Vater eins bis zwei Mal im Monat, das ist immer von einem Sonntag auf Montag. Unter der Woche hat L seit dem September bei dem Vater etwa drei Mal geschlafen...Mein ehemaliger Mann arbeitet in der Nacht und behauptet dass er nie Zeit hat dass L bei ihm übernachtet, da er jeden Abend arbeitet, nur Sonntags und dass ist auch jede zwei Woche, aber doch verlangt er das Geld von mir für jedes Mal wenn L bei ihm ist..."

Im Akt liegt ferner eine Vergleichsausfertigung des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 24.11.2009 auf, derzufolge die Obsorge für L. beiden Elternteilen obliegt und weiters festgehalten wurde, dass der Lebensmittelpunkt des Kindes bei der Mutter ist.

Auch aus dem Berufungsverfahren des geschiedenen Gatten der Bw. ist ersichtlich, dass er im Streitzeitraum nicht mehr bzw. allenfalls nur gelegentlich in der Wohnung P-Gasse übernachtet und dass auch die gemeinsame Tochter keineswegs überwiegend bei ihm genächtigt hat.

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

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

Gemäß [§ 2 Abs. 5 FLAG 1967](#) gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt unter anderem nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a) bzw. (lit. b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

**Feststehender Sachverhalt:**

Die Ehe der Bw. wurde am 24. November 2009 geschieden.

Laut Vergleichsausfertigung des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien obliegt die Obsorge für L. beiden Elternteilen; es wurde weiters festgehalten, dass der Lebensmittelpunkt des Kindes bei der Mutter ist.

Der Kindesvater zog jedenfalls nach seinen eigenen Angaben auf Empfehlung der gerichtlichen Entscheidung ab Oktober 2009 aus der gemeinsamen, ihm gehörenden Wohnung aus und wohnte ab diesem Zeitpunkt im selben Haus in der Wohnung eines Freundes. Es wurde vereinbart, dass die Bw. und die Tochter bis längstens Oktober 2010 in der Ehewohnung wohnen dürfen. Die Bw. zog mit L bereits am 31. Mai 2010 aus.

**Rechtlich folgt daraus:**

Entscheidend ist zunächst, ob im Streitzeitraum (= ab Oktober 2009) zwischen den Kindeseltern noch ein gemeinsamer Haushalt bestanden hat. Aus den Ausführungen der Bw. und der Aktenlage ergibt sich, dass dies offensichtlich nicht der Fall war. Somit ist maßgeblich, zu wem das Kind als haushaltszugehörig anzusehen war, also mit wem es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung geteilt hat.

Nach der Aktenlage, aber auch nach den Ausführungen des Kindesvaters nimmt es der unabhängige Finanzsenat als erwiesen an, dass L im Streitzeitraum (ab Oktober 2009) dem Haushalt der Bw. angehört. Dass diese Annahme mit größer Wahrscheinlichkeit den Tatsachen entspricht, wird – wie bereits erwähnt – auch durch die Ausführungen des Kindesvaters gestützt, der nie behauptet hat, dass sich L ab Oktober 2009 überwiegend in seinem Haushalt, also in der Wohnung seines Freundes, aufgehalten und dort genächtigt hat. Die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, hängt aber ganz wesentlich davon ab, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (zB Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (VwGH 18.4.2007, [2006/13/0120](#)). Dies war nach der Aktenlage die Bw.

Der Berufung konnte somit stattgegeben werden.

Wien, am 25. Februar 2011