

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Dr. Ri in der Beschwerdesache VN1-BF VN2-BF NN-BF, Adresse2-BF, PLZ2-BF ORT, Ungarn, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf vom 17.03.2016, betreffend Abweisung des Antrages vom 23.12.2014 auf Gewährung der Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) für NN-KV VN1-Sohn und NN-KV VN-Tochter für den Zeitraum von Jänner 2009 bis Dezember 2014 über die Beschwerde vom 08.04.2016

1. zu Recht erkannt und 2. beschlossen:

1. Die Beschwerde wird betreffend die beantragte Ausgleichszahlung für NN-KV VN-Tochter für den Zeitraum von Dezember 2012 bis Dezember 2014 und für NN-KV VN1-Sohn für den Zeitraum von Mai 2014 bis Dezember 2014 gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid vom 17.03.2016 insoweit bestätigt.

2. Der angefochtene Bescheid und die Beschwerdevorentscheidung vom 14.07.2016, mit welcher die Beschwerde vom 08.04.2016 abgewiesen worden war, werden betreffend die beantragte Ausgleichszahlung für NN-KV VN-Tochter für den Zeitraum von Jänner 2009 bis November 2012 und für NN-KV VN1-Sohn für den Zeitraum von Jänner 2009 bis April 2014 gemäß § 278 Abs. 1 BAO aufgehoben und an das Finanzamt zurückverwiesen.

Gegen dieses Erkenntnis und diesen Beschluss ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Mittels eines ausgefüllten Formulars Beih 38 beantragte der VN2-BF VN1-BF NN-BF, in der Folge mit Bf. bezeichnet, am 22.12.2014 beim Finanzamt XX die Gewährung einer Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) für NN-KV VN1-Sohn VN2-Sohn und NN-KV VN-Tochter von 01.01.2009 bis 31.12.2014.

Das Formular enthielt u.a. folgende Angaben:

Der Bf. sei ungarischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Ungarn, seit 03.10.2007 verheiratet/ in eingetragener Partnerschaft lebend und erziehe die Kinder in einem Haushalt gemeinsam mit der Lebensgefährtin, dem Lebensgefährten. Als gemeinsamer Wohnort

war die Adresse PLZ Ungarn, STADT, Straßenname1 utca Hausnummer angegeben, als derzeitiger Dienstgeber die DG, PLZ-ö Ort-ö, Adresse-ö. Die Lebensgefährtin, NN-KV VN-KV-ne, sei ungarische Staatsbürgerin und sei Hausfrau. Die Verzichtserklärung des haushaltsführenden Elternteils wurde nicht unterzeichnet. Das Feld betreffend eine allenfalls bezogene gleichartige ausländische Beihilfe wurde nicht ausgefüllt. Beantragt wurde die Ausgleichszahlung für VN1-Sohn VN2-Sohn NN-KV und VN-Tochter NN-KV. Beide wurden als Pflegekinder bezeichnet und seien beim Bf. wohnhaft. Der Bf. finanziere monatlich die überwiegenden Kosten. Beide Kinder würden eine Fachoberschule besuchen. Als voraussichtliche Dauer der Tätigkeit als Schüler wurde für VN1-Sohn VN2-Sohn NN-KV der 31.8.2014 angegeben, für VN-Tochter NN-KV der 12.6.2013.

Beigelegt wurde eine von Bezeichnung-Bezirksamt, dem zuständigen Bezirksamt, bestätigte Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienbeihilfe (E 401) sowie eine Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen (E 411). Das zuletzt genannte Formular wurde jedoch nicht von der zuständigen ungarischen Stelle ausgefüllt. Außerdem wurden vom Bf. Schulbesuchsbestätigungen für VN1-Sohn VN2-Sohn NN-KV für die Schuljahre von 2008/2009 bis 2013/2014 vorgelegt, für VN-Tochter NN-KV für die Jahre 2007/2008 bis 2012/2013. Geburtsurkunden der Kinder VN-Tochter NN-KV, geboren am GebDat-Tochter und von VN1-Sohn VN2-Sohn NN-KV, geboren am GebDat-Sohn, wurden in ungarischer Sprache ohne Übersetzung beigelegt.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Ausgleichszahlung mit Bescheid vom 17.03.2016 ab und führte begründend aus, unter "Kinder einer Person" im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG 1967) seien deren Nachkommen, deren Wahlkinder und deren Nachkommen, deren Stiefkinder und deren Pflegekinder gem. § 186 und § 186 a ABGB zu verstehen.

Mit Eingabe vom 08.04.2016 erhob der Bf. gegen diesen Bescheid Beschwerde und führte begründend aus, sie lebten mit NN-KV VN1-Sohn und NN-KV VN-Tochter in einem gemeinsamen Haushalt und der Bf. bezahle den Unterhalt der Kinder. Die Einbringung des Unterhalts vom Kindesvater sei "gesetzlich nicht möglich". Verwiesen wurde auf die dem ursprünglichen Antrag beigelegten Unterlagen.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 14.07.2016 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. Die Behörde führte dazu aus, unter "Kinder einer Person" iSd FLAG 1967 seien deren Nachkommen, deren Wahlkinder und deren Nachkommen, deren Stiefkinder und deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a ABGB) zu verstehen. Die beiden Kinder NN-KV VN1-Sohn, geboren am GebDat-Sohn, und NN-KV VN-Tochter, geboren am GebDat-Tochter, seien die Kinder der Lebensgefährtin des Bf. und nicht seine leiblichen Kinder. Da der Bf. nicht mit der Kindesmutter verheiratet sei, bestehe kein Verwandtschaftsverhältnis zu den Kindern seiner Lebensgefährtin. Daher bestehe kein Anspruch auf Ausgleichszahlung.

Innerhalb der Rechtsmittelfrist brachte der Bf. am 11.08.2016 einen Vorlageantrag gegen die Beschwerdeentscheidung ein und bat um Berücksichtigung der Familienbeihilfe für die Kinder (NN-KV VN1-Sohn und NN-KV VN-Tochter), da die Kinder zu seinem Haushalt gehörten und er überwiegend Unterhalt für sie bezahle. Der leibliche Kindesvater bezahle seit 10 Jahren keinen Unterhalt und besuche die Kinder nicht. Der Bf. ersuchte, die Kinder als seine Pflegekinder zu betrachten.

Mit Ergänzungsersuchen vom 10.04.2019 forderte das Finanzamt den Bf. auf, bis zum 1.5.2019 folgende Nachweise vorzulegen, wobei darauf hingewiesen wurde, dass Kopien genügten, sofern nicht ausdrücklich ein Original verlangt werde:

*"Pflegschaftsvertrag ab 2009 für beide Kinder (VN1-Sohn und VN-Tochter)*

*Sollte keiner vorhanden sein bitte um Erläuterung über Ihr Verhältnis zu den Kindern und über die Pflege der Kinder sowie eidesstattliche Erklärung der Kindesmutter*

*Verzichtserklärung der Kindesmutter*

*Tätigkeitsnachweis ab dem 18. Lebensjahr der Kinder (Schulbesuchsbestätigungen, Zeugnisse, Lehrverträge, Inskriptionsbestätigungen, Studienbuchblatt, Studienerfolgsnachweis...)*

*bitte sämtliche Unterlagen in deutscher Sprache !"*

Mangels fristgerechter Beantwortung des Vorhaltes übermittelte das Finanzamt mit Schreiben vom 22.05.2019 ein inhaltlich im Wesentlichen gleiches Ergänzungsersuchen an den Bf..

Am 22.05.2019 langte beim Finanzamt als Anhang zum ersten Ergänzungsersuchen eine Vorhaltsbeantwortung ein. Übermittelt wurde eine mit 21.05.2019 datierte Erklärung, ausweislich der Kindesmutter. Diese hatte folgenden Wortlaut: *"Ich, VN-KV-ne NN-KV (geb. GebDat-KM), Mutter der Kinder VN-Tochter NN-KV (geb. GebDat-Tochter) und VN1-Sohn VN2-Sohn NN-KV (geb. GebDat-Sohn) erkläre hiermit, dass ich auf die Familienbeihilfe verzichte.*

*Mein Lebensgefährte, VN1-BF VN2-BF NN-BF (geb. GebDat-BF) und ich leben in einer Lebensgemeinschaft (Erklärung Beilage) und haben beide Kinder gemeinsam versorgt."*

Der Erklärung war eine beglaubigte Ausfertigung einer Notariatsurkunde vom 15.5.2019 mit deutscher Übersetzung beigelegt. In dieser wurden folgende Erklärungen abgegeben:

- 1. "Wir VN1-BF NN-BF und VN-KV-ne NN-KV erklären mit strafrechtlicher Verantwortung, dass wir seit 2008 miteinander als Lebensgefährte und Lebensgefährtin in PLZ2-BF ORT, Adresse2-BF. in emotionaler und wirtschaftlicher Lebensgemeinschaft leben. Wir erklären, dass wir mit einer anderen Person nicht als Lebensgefährte/ Lebensgefährtin, beziehungsweise als Ehepartner leben.*
- 2. Wir nehmen zur Kenntnis, dass derjenige, der eine falsche öffentliche Urkunde erstellt, oder den Inhalt der öffentlichen Urkunde verfälscht, dabei mitwirkt, dass sich auf Existieren, Veränderung oder Aufhebung eines Rechtes oder einer Pflicht beziehende unwahre Daten, Tatsachen der Erklärungen in einer öffentlichen Urkunde abgefasst*

*werden, begeht ein Verbrechen, das auch durch Freiheitsstrafe bestraft werden kann.*

*Wir erklären, dass wir unsere Erklärung aufrechterhalten.*

*3. Diese Erklärung machen wir, weil die Bescheinigung unserer Lebensgemeinschaft zum Beantragen des österreichischen Familiengeldes notwendig ist.*

*4. Über diese Urkunde darf eine beglaubigte Ausfertigung, beglaubigte Abschrift nur für uns ausgegeben werden."*

Bei der vorgelegten Urkunde handelt es sich um eine durch Dr. NAME-NOTAR mit dem Zusatz "Notarin" beglaubigte Abschrift, welche keine Unterschriften des Bf. und seiner Lebensgefährtin enthält.

## **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

### **Sachverhalt und Beweiswürdigung:**

Der Bf. lebt nach eigenen Angaben mit VN-KV-ne NN-KV in einer Lebensgemeinschaft und mit dieser sowie deren Kindern VN1-Sohn VN2-Sohn NN-KV, geb. GebDat-Sohn, und VN-Tochter NN-KV, geb. GebDat-Tochter, in einem gemeinsamen Haushalt. Diese Angaben wurden von der ungarischen Behörde am 8.12.2014 im Formular E 401 bestätigt. Als Adresse wurde PLZ STADT, Straßenname1 Nr. Hausnummer, angeführt.

Der Bf. war im Beschwerdezeitraum in Österreich aktenkundig unselbständig erwerbstätig, die Kindesmutter nach seinen Angaben Hausfrau.

Für die Kinder wurden Schulbesuchsbestätigungen wie folgt vorgelegt:

- Für NN-KV VN-Tochter für die Schuljahre 2007/2008 bis zu einer voraussichtlichen Dauer dieser Tätigkeit "2009/2010", wobei die Bestätigung nicht datiert ist, und von 2011/2012 bis zu einer voraussichtlichen Dauer dieser Tätigkeit 12.6.2013.
- Für NN-KV VN1-Sohn für die Schuljahre von 2008/2009 bis 2013/2014, mit einer zuletzt angegebenen voraussichtlichen Dauer dieser Tätigkeit 2014.08.31.

Im Antrag auf Ausgleichszahlung hat der Bf. angegeben, dass beide Kinder Pflegekinder seien. Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid ab und führte in der Begründung lediglich den Gesetzestext des § 2 Familienlastenausgleichsgesetz auszugsweise an. In der Beschwerde brachte der Bf. vor, sie lebten mit den Kindern im gemeinsamen Haushalt und er bezahle den Unterhalt der Kinder, eine Einbringung vom Kindesvater sei "gesetzlich nicht möglich". Die Beschwerdevereentscheidung verwies ausschließlich auf das nicht bestehende Verwandtschaftsverhältnis zu den Kindern und wies die Beschwerde ab. Im Vorlageantrag wiederholte der Bf. sein Vorbringen und ergänzte dieses dahingehend, dass der Kindesvater seit 10 Jahren keinen Unterhalt bezahle und die Kinder nicht besuche. Er ersuchte, die Kinder als seine Pflegekinder zu betrachten. In Reaktion auf den Vorlageantrag übermittelte das Finanzamt rund drei Jahre später einen Vorhalt an den Bf.. Dieser wurde verspätet beantwortet. Vorgelegt wurde eine notariell beglaubigte Erklärung der Kindesmutter betreffend das Bestehen einer Lebensgemeinschaft seit

2008 an der aktuellen Adresse. Bei dem vorgelegten Dokument handelt es sich um eine notariell beurkundete Ausfertigung, auf der die Originalunterschriften des Bf. und der Kindesmutter nicht abgebildet sind. Außerdem wurde eine Erklärung vorgelegt, ausweislich der Kindesmutter, jedoch nicht notariell bestätigt, in welcher ein Verzicht auf die Familienbeihilfe abgegeben wurde. Weiters wurde erklärt, sie und der Bf. lebten in einer Lebensgemeinschaft und hätten die beiden Kinder "gemeinsam versorgt". Die Erklärung war mit NN-KV VN-KV-ne unterzeichnet. Ein Vergleich der Unterschrift mit einer Originalunterschrift war nicht möglich, weil dazu keine Dokumente vorgelegt wurden.

Da der Bf. keinen Pflegschaftsvertrag vorgelegt und sein Naheverhältnis zu den Kindern nach Ansicht des Finanzamtes nicht ausreichend nachgewiesen hat, ging dieses davon aus, dass die Kinder der Lebensgefährtin nicht als Kinder des Bf. im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes anzusehen waren.

Aus dem AIS-DB7 ist ersichtlich, dass der Bf. für eine im August 2008 geborene Tochter, NN-BF VN-Tochter-BF, deren Kindesmutter seine Lebensgefährtin ist, laufend die österreichische Familienbeihilfe bezieht. Für einen 1994 geborenen Sohn Vorname-Sohn-BF VN2-BF hat er bis Dezember 2007 Familienbeihilfe bezogen.

Aus dem AIS-DB7 ist weiters ersichtlich, dass der Bf. am 7.3.2016 mit einem Abgabetermin 28.3.2016 aufgefordert wurde, *"50 aus Ungarn ab 1/2009 - lfd., die ungarische Behörde hat trotz mehrmaliger 89 Aufforderung das Formular E 411 nicht retourniert. Bitte um Bestätigung für alle beantragten Kinder !!! Bei Nichtvorlage wird der Antrag abgewiesen !!!"*.

Dieser Vorhalt wurde dem Bundesfinanzgericht nicht vorgelegt, der Abgabetermin für die Unterlagen wurde nicht abgewartet. In dem zuletzt versendeten Ergänzungsersuchen wird das Formular E 411 nicht mehr erwähnt. Das im Akt abgelegte Formular wurde von der zuständigen Behörde nicht ausgefüllt. Es liegt daher keine offizielle Bestätigung vor, ob die Kindesmutter erwerbstätig war, oder sich in gleichgestellten Verhältnissen befunden hat. Ob dieser Vorhalt dem Bf. tatsächlich übermittelt wurde, ist nicht bekannt.

Aus den bisher vorliegenden Unterlagen (Formular E 401, notariell beglaubigte Urkunde) und Erklärungen des Bf. ist ersichtlich, dass ein Naheverhältnis des Bf. zur Kindesmutter besteht, welches als eheähnlich zu beurteilen ist. Die gemeinsame Betreuung der Kinder in einem Haushalt durch beide Lebensgefährten ist wahrscheinlich. Unklar ist in diesem Zusammenhang allerdings, warum neben der Notariatsurkunde vom 15.5.2019 noch eine gesonderte Erklärung vom 21.5.2019 über den Verzicht auf die Familienbeihilfe und die gemeinsame Versorgung der Kinder abgefasst und vorgelegt wurde, deren Unterschrift nicht beglaubigt wurde.

Die familiären Verhältnisse sind unklar. Die Kindesmutter wird abwechselnd mit dem Namen NN-KV VN-KV-ne bezeichnet, was ein Naheverhältnis zum leiblichen Kindesvater andeutet (Erklärung vor dem Notar), und mit XY, ihrem Mädchennamen (Schulbesuchsnachweise der Kinder). Ob die Bf. mit NN-KV VN-KV verheiratet war und die Ehe geschieden wurde, ist nicht nachgewiesen, ein Scheidungsurteil, in welchem die

Unterhalts- und Obsorgepflichten für die Kinder geregelt wurden, wurde vom Finanzamt weder abverlangt noch vom Bf. vorgelegt. Ebenso wenig finden sich Ermittlungsergebnisse zur Höhe der Kosten des Unterhalts der Kinder im Akt bzw. wer diese Kosten tatsächlich getragen hat. Nach Angaben des Bf. war die Kindesmutter Hausfrau und der leibliche Kindesvater hat weder Kosten getragen noch die Kinder besucht, er selbst habe die Unterhaltskosten (überwiegend) getragen.

Unklar ist, wo die Familie im Beschwerdezeitraum aufgrund welchen Titels gelebt hat. Auf der Familienstandsbescheinigung E 401 wird als Adresse Straßenname1 Nr. Hausnummer, PLZ STADT angeführt, während aktuell die Adresse Adresse2-BF, PLZ2-BF ORT verwendet wird. Laut Notariatsurkunde besteht die Lebensgemeinschaft ab 2008 an dieser Adresse.

Wo der leibliche Vater der Kinder versichert ist bzw. wo er lebt und arbeitet, wurde nicht erhoben bzw. ist nicht bekannt.

Die Frage, ob bzw. von wem in Ungarn oder einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union für die Kinder Familienleistungen bezogen wurden, lässt sich anhand der im Akt befindlichen Unterlagen ebenfalls nicht feststellen.

### **Anzuwendende rechtliche Bestimmungen:**

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

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes 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. 3 lit. d FLAG sind Kinder einer Person im Sinne dieses Abschnittes deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

Gemäß § 4 FLAG gelten folgende Bestimmungen:

*“(1) Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.*

*(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.*

*(3) Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.*

*(4) Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.*

*(5) Die in ausländischer Währung gezahlten gleichartigen ausländischen Beihilfen sind nach den vom Bundesministerium für Finanzen auf Grund des § 4 Abs. 8 des Umsatzsteuergesetzes 1972, BGBl. Nr. 223/1972, in der „Wiener Zeitung“ kundgemachten jeweiligen Durchschnittskursen in inländische Währung umzurechnen.*

*(6) Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.*

*(7) Der Anspruch auf die Ausgleichszahlung geht auf die Kinder, für die sie zu gewähren ist, über, wenn der Anspruchsberechtigte vor rechtzeitiger Geltendmachung des Anspruches gestorben ist. Sind mehrere anspruchsberechtigte Kinder vorhanden, ist die Ausgleichszahlung durch die Anzahl der anspruchsberechtigten Kinder zu teilen."*

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Das Unionsrecht sieht für Arbeitnehmer in anderen Mitgliedstaaten folgende Regelungen vor:

Gemäß Artikel 11 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), in der Folge kurz mit Verordnung bezeichnet, gilt folgende allgemeine Regelung:

*„(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.*

*(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.*

*(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:*

*a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;*

*...“*

Für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, trifft Artikel 67 der Verordnung folgende Regelung:

*„Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.“*

Gemäß Artikel 68 der Verordnung gelten folgende Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen:

*„(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:*

*a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche. ...“*

Zu prüfen ist daher zunächst, ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen Kindern um Pflegekinder des Bf. handelt.

Gemäß § 186 ABGB in der bis 31.1.2013 geltenden Fassung sind Pflegeeltern Personen, die die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise besorgen und zu denen eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll. Sie haben das Recht, in den die Person des Kindes betreffenden Verfahren Anträge zu stellen.

Gemäß § 186a ABGB in der bis 31.1.2013 geltenden Fassung gilt Folgendes:

*“(1) Das Gericht hat einem Pflegeelternpaar (Pflegeelternteil) auf seinen Antrag die Obsorge für das Kind ganz oder teilweise zu übertragen, wenn das Pflegeverhältnis nicht nur für kurze Zeit beabsichtigt ist und die Übertragung dem Wohl des Kindes entspricht. Die Regelungen über die Obsorge gelten dann für dieses Pflegeelternpaar (diesen Pflegeelternteil).*

*(2) Sind die Eltern oder Großeltern mit der Obsorge betraut und stimmen sie der Übertragung nicht zu, so darf diese nur verfügt werden, wenn ohne sie das Wohl des Kindes gefährdet wäre.*

*(3) Die Übertragung ist aufzuheben, wenn dies dem Wohl des Kindes entspricht. Gleichzeitig hat das Gericht unter Beachtung des Wohles des Kindes auszusprechen, auf wen die Obsorge übergeht.*

*(4) Das Gericht hat vor seiner Entscheidung die Eltern, den gesetzlichen Vertreter, weitere Erziehungsberechtigte, den Jugendwohlfahrtsträger und jedenfalls das bereits zehnjährige Kind zu hören. § 181a Abs. 2 gilt sinngemäß."*

Die Regelungen finden sich nunmehr in § 184, welcher inhaltlich dem § 186 entspricht sowie § 185, welcher im Wesentlichen § 186a entspricht.

Unstrittig handelt es sich bei VN1-Sohn NN-KV und VN-Tochter NN-KV nicht um leibliche oder adoptierte Kinder des Bf., es handelt sich auch nicht um Stiefkinder. Der Bf. ersuchte lediglich, die Kinder als seine Pflegekinder zu betrachten.

Im Erkenntnis vom 4.3.2009, Gz., 2008/15/0314 führte der Verwaltungsgerichtshof zum strittigen Anspruch eines Lebensgefährten der Kindesmutter auf Gewährung der Familienbeihilfe für deren Kinder Folgendes aus:

*"Verbindet der Gesetzgeber - wie hier - nach der Methode der rechtlichen (formalen) Anknüpfung abgabenrechtliche Folgen unmittelbar mit Kategorien und Institutionen anderer Rechtsgebiete, so übernimmt er, wenn sich nichts anderes aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, auch den Bedeutungsinhalt, der den Begriffen in der Heimatdisziplin zukommt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. April 1995, 95/13/0071).*

*Nach § 186 ABGB sind Pflegeeltern Personen, die die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise besorgen und zu denen eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll. Demnach schreibt das Gesetz zwei Tatbestandsvoraussetzungen der Pflegeelternschaft vor, nämlich die tatsächliche Betreuung und eine bestimmte Qualität der Bindung. Bei Vorliegen beider Komponenten ist die Pflegeelternschaft kraft Gesetzes ohne Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen oder gerichtlichen Begründungsaktes gegeben (vgl. Barth/Neumayr, in Klang<sup>3</sup>, § 186, Tz. 3). Auch Einzelpersonen kann die Pflegeelterneigenschaft zuteil werden (§ 186a Abs. 1 ABGB). Dass die mit einem leiblichen Elternteil in Lebensgemeinschaft lebende Person bei Übernahme von Betreuungsleistungen und bei Vorliegen einer § 186 ABGB entsprechenden emotionalen Bindung als Pflegeelternteil gilt, entspricht der herrschenden Auffassung (vgl. Klang, a.a.O., Tz. 15).*

*Die belangte Behörde ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des § 186 ABGB vorliegen. Diese Ausführungen werden in der Beschwerde nicht bekämpft. Das beschwerdeführende Finanzamt behauptet lediglich, ein Lebensgefährte habe keine obsorgeverwandte Position gegenüber den Kindern der Lebensgefährtin. Dem Mitbeteiligten seien daher keinerlei Rechte oder Pflichten in Bezug auf die Obsorge der Kinder, verbunden mit Unterhaltspflichten, die nach dem Grundsatz des FLAG abgegolten werden sollten, zugestanden.*

*Dem ist entgegenzuhalten, dass der Tatbestand der Pflegeelternschaft nach § 186 ABGB nicht festlegt, dass nur solche Personen als Pflegeeltern auftreten können, denen eine gesetzliche Unterhaltspflicht gegenüber den Pflegekindern obliegt. Die belangte Behörde hat auch nicht lediglich auf die Eigenschaft des Mitbeteiligten als Lebensgefährte der Kindesmutter im Streitzeitraum abgestellt, sondern auf das Vorliegen einer Pflegeelternschaft im Sinne des § 186 ABGB. Dass die belangte Behörde die Voraussetzungen der Pflegeelternschaft verkannt hätte oder die tatsächlichen Voraussetzungen dafür nicht vorliegen, zeigt die Beschwerde nicht auf."*

Unter bestimmten Umständen kann daher auch der Lebensgefährte als Pflegevater angesehen werden.

Das Familienlastenausgleichsgesetz verweist hinsichtlich der Eigenschaft als Pflegekind auf §§ 186 und 186 a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (ABGB).

Diese Paragraphen waren eingebettet in das Dritte Hauptstück des ABGB, welches die Überschrift trägt „Von den Rechten zwischen Eltern und Kindern“.

Unter der Überschrift „Obsorge“ wird in § 144 (nunmehr § 158) ABGB festgelegt, dass die Eltern das minderjährige Kind zu pflegen und zu erziehen haben, sein Vermögen zu verwalten und es in diesen sowie allen anderen Angelegenheiten zu vertreten haben; Pflege und Erziehung sowie die Vermögensverwaltung umfassen auch die gesetzliche Vertretung in diesen Bereichen.

Pflege und Erziehung sind also Teilbereiche der Obsorge für minderjährige Kinder.

Gemäß § 172 (nunmehr § 183) Abs. 1 ABGB erlischt die Obsorge für das Kind mit dem Eintritt seiner Volljährigkeit.

Gemäß § 21 Abs. 2 ABGB sind Minderjährige Personen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben.

Da Pflege und Erziehung Teilbereiche der Obsorge für minderjährige Kinder betreffen und die Obsorge mit Eintritt der Volljährigkeit des Kindes erlischt, liegt für die Zeit nach Erreichen des 18. Lebensjahres der Kinder kein Pflegeverhältnis im Sinne des § 186 und des § 186a ABGB mehr vor.

Die Beschwerde war daher insoweit abzuweisen, als eine Ausgleichszahlung für NN-KV VN1-Sohn und NN-KV VN-Tochter nach Vollendung des 18. Lebensjahres beantragt wurde.

### **Fehlende Ermittlungen:**

Die vom Finanzamt bisher durchgeführten Ermittlungen und von ausländischen Behörden bzw. dem Bf. vorgelegten Unterlagen lassen wesentliche, für die Anspruchsberechtigung relevante Fragen unbeantwortet. Eine endgültige Entscheidung kann aufgrund der Aktenlage nicht getroffen werden.

Gemäß § 278 Abs. 1 BAO gilt Folgendes:

*"Ist die Bescheidbeschwerde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes*

a) weder als unzulässig oder nicht rechtzeitig eingebracht zurückzuweisen (§ 260) noch  
b) als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 261) zu erklären,

so kann das Verwaltungsgericht mit Beschluss die Beschwerde durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Beschwerdeverentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Eine solche Aufhebung ist unzulässig, wenn die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(2) Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.

(3) Im weiteren Verfahren sind die Abgabenbehörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im aufhebenden Beschluss dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Dies gilt auch dann, wenn der Beschluss einen kürzeren Zeitraum als der spätere Bescheid umfasst."

Im Hinblick darauf, dass § 2 Abs. 3 lit. d FLAG 1967 den Anspruch auf Familienbeihilfe an eine Pflegeelternschaft gem. §§ 186 und 186a ABGB knüpft, welche vom Bf. behauptet, vom Finanzamt jedoch bezweifelt wird, sind weitere Ermittlungen erforderlich.

Der Sachverhalt ist insbesondere in folgender Hinsicht nicht ausreichend geklärt:

- Welchen Familienstand hat die Kindesmutter aktuell und wie heißt sie mit dem richtigen Namen? Ist die Ehe zum Vater von NN-KV VN-Tochter und NN-KV VN1-Sohn geschieden worden? Wenn ja, müssten die Scheidungsurkunde und die Obsorge- und Unterhaltsvereinbarung vorgelegt werden oder anhand des geltenden ungarischen Rechts nachgewiesen werden, wem die Obsorge in einem derartigen Fall zukommt.
- Ging die Kindesmutter in Ungarn einer Erwerbstätigkeit nach bzw. befand sie sich in gleichgestellten Verhältnissen und hatte sie Anspruch auf Gewährung der ungarischen Familienleistungen? Wenn ja in welcher Höhe? Das Formular E 411 müsste daher entweder vom Bf. nochmals abverlangt oder die ausländische Behörde ersucht werden, die entsprechende Auskunft zu erteilen.
- Hat die Kindesmutter tatsächlich einen Verzicht auf die Familienbeihilfe abgegeben? Die Unterschrift auf der Verzichtserklärung müsste überprüft werden, ebenso ob die Kindesmutter der deutschen Sprache soweit mächtig ist, dass sie wusste, was sie unterschreibt.
- Wie war das Verhältnis des Bf. zu den Kindern in den Jahren 2009 bis 2014 (die notariell beglaubigte Erklärung der Kindesmutter enthält nur Angaben zum Bestehen einer Lebensgemeinschaft an der aktuellen Adresse seit 2008)? Welche Rolle ist ihm in der Familie zugekommen?

- Wo wohnt und arbeitet der leibliche Kindesvater und das Recht welchen Staates ist auf ihn in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht anzuwenden?
- Hat der leibliche Kindesvater in Ungarn oder in einem anderen Mitgliedsstaat der europäischen Union Anspruch auf Gewährung von Familienleistungen und wenn ja in welcher Höhe?
- Hat der leibliche Kindesvater im Zeitraum von 2009 bis 2014 zum Unterhalt der Kinder beigetragen und wenn ja in welcher Höhe?
- Wie hoch waren die Kosten des Unterhalts der Kinder im Zeitraum von 2009 bis 2014 insgesamt? Welchen Teil davon hat der Bf. getragen?

Sollte eine Klärung der Fragen durch Befragung des Bf. und Vorlage entsprechender Unterlagen nicht möglich sein, so müssten die zuständigen ungarischen Behörden um Amtshilfe ersucht und auch die Mutter und die mittlerweile volljährigen Kinder als Zeugen befragt werden.

Im Hinblick auf die zahlreichen zu klärenden Sachverhaltsfragen, den Auslandsbezug und die bisherigen Schwierigkeiten, auf die das Finanzamt bei der Sachverhaltsermittlung gestoßen ist, ist nicht mit einem raschen Verfahrenfortgang zu rechnen. Es ist auch nicht bekannt, ob der Bf. ausreichend Deutsch spricht, um die an ihn gerichteten Fragen des Finanzamtes und die Notwendigkeit der Vorlage bestimmter Unterlagen nachvollziehen zu können. Eine allfällige Parteieneinvernahme vor dem Finanzamt wurde nicht dokumentiert.

Das Finanzamt hat dem Bf. daher nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes bisher nicht ausreichend Gelegenheit gegeben, seinen Standpunkt darzulegen, hat die - wenngleich notariell nicht bestätigte - Erklärung der Kindesmutter betreffend die gemeinsame Versorgung der Kinder nicht gewürdigt und keine weiteren Ermittlungen vorgenommen.

Die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst ist daher weder im Interesse der Raschheit gelegen noch mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden.

Die Beschwerde war daher mit Beschluss durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und der Beschwerdevereinscheidung unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde zu erledigen.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Zurückverweisung erfolgte hauptsächlich wegen einer unzureichenden Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes. Soweit die Abweisung des Anspruches unter

Hinweis auf die mangelnde Verwandtschaft mit den Kindern erfolgte, wird auf das in der Begründung zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen.

Die Revision war daher nicht zuzulassen.

Wien, am 24. Oktober 2019