

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Beschwerdesache Bf., über die Beschwerde vom 27.05.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Wien 2/20/21/22 vom 27.04.2015, betreffend Abweisung der Ausgleichszahlung für die Kinder 1 und 2 im Zeitraum vom 01.10.2011 bis zum 30.04.2013 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

## **Entscheidungsgründe**

Mit Eingabe vom 02.04.2014 beantragte der die x1 Staatsbürgerschaft besitzende, in Österreich im nichtselbständigen Dienstverhältnis beschäftigte Bf. für die Kinder seiner vormaligen Lebensgefährtin und seit dem Mai 2013 nunmehrigen Ehegattin Differenzzahlungen für den Zeitraum vom 01.10.2011 bis zum 30.04.2013. Die Kindesmutter war laut der Bescheinigung (E 411) des für Familienleistungen zuständigen Trägers in der x erwerbstätig bzw. befand sich diese in gleichgestellten Verhältnissen und bezog für ihre Kinder 1 und 2 im Zeitraum vom 01.10.2011 bis zum 30.04.2013 Familienleistungen im monatlichen Ausmaß von je 500 n (10/2011 bis 8/2012) bzw. von 610 CZK (9/2012 bis 4/2013). Aus den nachgereichten Unterlagen des Bf. ging hervor, dass dieser seit Oktober 2011 zusammen mit der Kindesmutter und den beiden Kindern an gemeinsamer in der x domizilierten Adresse wohnt.

Mit Bescheid vom 27.04.2015 wurde der Antrag des Bf. auf Gewährung von Ausgleichszahlungen (Differenzzahlungen) für den Zeitraum vom Oktober 2011 bis zum April 2013 mit dem Hinweis, dass die Kinder 1 und 2 erst ab der im Mai 2013 erfolgten Hochzeit mit der leiblichen Mutter den gesetzlichen Status von Stiefkindern erlangt hätten, abgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 27.05.2015 erhob der Bf. gegen vorgenannten Bescheid Beschwerde und begründete diese wie folgt: "Ich habe mit meinem Antrag vom 2. April 2014 (Anlage II), die Familienbeihilfe /Ausgleichszahlung für meine Kinder 2 und 1 für den Zeitraum 24.10.2011 bis aktuell und laufend beantragt. Durch den oa Bescheid vom 27. April 2015

(Anlage I) wies das Finanzamt meinen Antrag für den Zeitraum Oktober 2011 — April 2013 mit nachstehender Begründung ab: „Die Kinder 2 und 1 wurden erst mit der Hochzeit der Kindesmutter im Mai 2013 gesetzlich zu Ihren Stiefkindern.“ Das Finanzamt subsumiert jedoch in seiner Begründung, wahrscheinlich aufgrund meiner Verehelichung mit der leiblichen Mutter der beiden Kinder, den Begriff des Kindes einer Person unter § 2 Abs. 3 lit. c) FLAG aF als gesetzliches Stiefkind. Diese Subsumierung ist jedoch in meinem konkreten Fall falsch. Vielmehr hätte das Finanzamt die beiden Kinder 2 und 1 für den bestragten Zeitraum unter den Begriff der Pflegekinder im Sinne des § 2 Abs. 3 lit. d) FLAG iVm §§ 186 und 186a ABGB subsumieren müssen. § 186 aF ABGB bzw. § 184 nF ABGB stellt nachstehende Anforderungen, damit der Begriff der Pflegeeltern erfüllt ist: „Pflegeeltern sind 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.“ Insbesondere haben also die Personen, die sich als Pflegeeltern bezeichnen möchten, die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise zu besorgen. Weiters ist es notwendig, dass zu diesen Personen, welche die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise besorgen, eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung besteht bzw. hergestellt werden soll. Diese Rechtsansicht vertritt mitunter selbst das BMFJ in seiner Publikation „Ratgeber Patchwork — Familie Ein Ratgeber und Begleiter der Familien“ (Anlage III). Dadurch, dass die beiden Voraussetzungen im konkreten Fall, wie vom Gesetzgeber gefordert, kumulativ vorzuliegen scheinen: - Der Pflegenachweis erfolgt durch die Finanzierung überwiegender monatlicher Kosten der beiden Kinder (wie auf dem Antrag auf Zuerkennung der Ausgleichszahlung angegeben). Diese Tatsache scheint wiederum durch das, durch meine Person der Familie, zur Verfügung stehende Einkommen, welches das Einkommen meiner Gattin und leiblichen Kindesmutter wesentlich übersteigt, nachgewiesen zu sein. - Der Nachweis der Erziehung der Kinder sowie die bereits aufgebaute dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommenden Beziehung erfolgt einerseits durch meine Verehelichung mit der Mutter der beiden Kinder im Mai 2013 und bestand somit jedenfalls bereits davor (man heiratet nicht von heute auf morgen), insbesondere mindestens seit dem Zeitpunkt der Aufnahme der gemeinsamen Wohnung und das Bewohnen eines gemeinsamen Haushaltes/ Familienhauses in y. Dieser Zeitraum fällt auch mit dem beantragten Zeitraum für die Zuerkennung der Ausgleichszahlung zusammen.“

In der Folge wurde der Bf. mittels Vorhalte vom 01.07.2015 sowie 05.11.2015 aufgefordert, einerseits einen gerichtlichen Pflegschaftsnachweis für die (nunmehrigen) Stiefkinder im streitgegenständlichen Zeitraum zu erbringen, anderseits einen amtlichen Meldenachweis betreffend die gemeinsame Wohnsitzbegründung nachzureichen.

Aus den Beantwortungen der Vorhalte vom 05.08.2015 sowie vom 14.12.2015 war ersichtlich, dass mit Urteil des BG O vom 25.2.2008 die bereits der Kindesmutter übertragene Obsorge für die Kinder 1 und 2 aufrecht bleibt, während dem leiblichen Vater ab dem 01.03.2008 monatliche Unterhaltsbeitragszahlungen für

vorgenannte Kinder im Ausmaß von je 1.000 n auferlegt wurden. Während nach der Auffassung des Bf. für seinen Status als Pflegevater weder nach österreichischem, noch nach x3 Zivilrecht ein gerichtlicher Pflegschaftsnachweis vonnöten sei, wies dieser anhand von Meldeunterlagen nach, dass die Begründung des gemeinsamen Haushaltes mit der Kindesmutter und den Kindern im Oktober 2011 erfolgt ist.

Mit Beschwerde vorentscheidung (BVE) vom 13.01.2016 wurde das Rechtsmittel des Bf. mit nachstehender Begründung abgewiesen:

### **"Sachverhalt:**

Es wurde Ihnen die Familienbeihilfe/Ausgleichszahlung für den obigen Zeitraum aberkannt, weil Sie in diesem Zeitraum mit der Kindesmutter noch nicht verheiratet waren und die Kinder somit keine Stiefkinder ist.

Ihre Beschwerde begründen Sie mit damit, dass Sie als Pflegeelternteil gelten.

### **Rechtliche Grundlagen:**

Gen. Art 1 lit. 1 Z 1 der VO (EG) Nr. 883/2004 gilt jene Person als Familienangehörigen die nach innerstaatlichen Bestimmungen als solche bezeichnet wird. Gemäß § 2 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz zählen die Kinder der Lebensgefährtin nicht zum begünstigten Personenkreis. Nach dieser Verordnung werden nur leibliche Kinder Und nicht Stiefkinder als-„Familienangehörige“ definiert. Nach § 166 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. nähe 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.

### **Würdigung:**

Der leibliche Kindesvater von 1 und 2 ist zu Unterhalt verpflichtet. Die Kindesmutter hat die Obsorge für die beiden Kinder und übt eine Beschäftigung aus bzw. befindet sich im gesetzlichen Karenz resultierend aus einer Beschäftigung. Als Lebensgefährte haben Sie somit keine Obsorge verwandte Position gegenüber den beiden Kindern der Lebensgefährtin und daher auch keinerlei Rechte oder Pflichten in Bezug auf die Obsorge der Kinder, verbunden mit Unterhaltspflichten die nach dem Grundsatz des FLAG abgegolten werden. Die Frage ob ein Beihilfenanspruch besteht. ist. daher nur in Bezug auf die leiblichen Eltern zu stellen. Es ist somit x4 zur Zahlung der Familienleistungen verpflichtet. Sie gelten ebenfalls nicht als Pflegeelternteil, da Sie seit 8/2008 eine hauptberufliche Tätigkeit in Österreich ausüben und sich den größten Teil ihrer Zeit nicht im Haushalt mit den Kindern in x4 aufhalten. Sie können daher die Kinder nicht überwiegend betreuen und auch keine enge Bindung zu den Kindern aufbauen. Die Begründung des gemeinsamen Familienwohnsitzes macht nicht automatisch zum Pflegeelternteil. Sie sind seit 24.11.2011 am gemeinsamen Wohnsitz in x4 gemeldet, halten sich jedoch aufgrund der Vollbeschäftigung in Österreich überwiegend in Österreich

auf. Obige Kinder gelten vor der Hochzeit nicht. als Familienangehörige im Sinne des FLAG, Sie erfüllen nicht die Pflegeelternteileigenschaft und somit konnte keine Familienbeihilfeausgleichszahlung für 10/11-4/13 gewährt werden. Die Beschwerde war daher abzuweisen."

Mit Eingabe vom 12.02.2016 beantragte der Bf. die Vorlage der Beschwerde an das BFG und führte hierbei aus wie folgt:

Sehr geehrte Damen und Herren,

gegen die Beschwerde vorentscheidung vom 13. Jänner 2016 (Anlage I), zugestellt, am 29. Jänner 2016, stelle ich binnen offener Frist den ANTRAG gern gem. §264 BAO die Beschwerde vom 27. Mai 2015 gegen den Abweisungsbescheid vom 27. April 2015 dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen.

Betreffend die Beschwerdegründe wird auf die Ausführungen in der Beschwerdeschrift vom 27. Mai 2015 (Anlage II) bzw. im Antwortschreiben vom 3. August 2015 auf das Ersuchen um Ergänzung vom 1. Juli 2015 (Anlage III) bzw. im Antwortschreiben vom 17. Dezember 2015 auf das Ersuchen um Ergänzung vom 5. November 2015 (Anlage IV) verwiesen. Zusätzlich zu den oben angeführten Grundlagen nehme ich zu der Beschwerde vorentscheidung vom 13. Jänner 2016 (Anlage I) Stellung wie folgt:

#### **Ad1) zu den in der Beschwerde vorentscheidung angeführten rechtlichen Grundlagen**

Familienangehörige im Sinne der VO (EG) Nr. 883/2004. Art. I lit i) Z I:

Familienangehöriger ist jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird => Art I lit i) Z 1 lit i => siehe Anlage V'.

Wird nach den gemäß Nummer 1 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird => Art 1 lit i) Z 3 => siehe Anlage V.

Der § 2 Abs. 3 lit. d) FLAG führt das Pflegekind an (Anlage VI). Die Haushaltszugehörigkeit der beiden Kinder haben wir durch die Formulare E401 sowie die Bestätigungen der Heimatgemeinde nachgewiesen. Der § 184 ABGB (dynamischer Gesetzesverweis) führt die Pflegeeltern sowie die für die Pflegeeltern notwendigen Voraussetzungen an (Anlage VII).

#### **Ad2) zu der in der Beschwerde vorentscheidung angeführten Würdigung**

Im Antragszeitraum 10/2011 — 04/2013 war ich noch Lebensgefährte der leiblichen Kindesmutter. Die Hochzeit erfolgte erst später. Dadurch, dass ich die beiden im § 184 ABGB angeführten Voraussetzungen (Pflege und Erziehung ,der Kindern ganz oder teilweise + eine entweder bestehende oder eine beabsichtigte dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung) "erfüllte, wurde ich zum

Pflegeelternteil im Sinne des § 2 Abs 3 lit d) FLAG. Zusätzlich habe ich im Sinne des Art 1 lit i) Z 3 VO (EG) Nr. 883/2004 überwiegend den Unterhalt der beiden Kinder bestritten. In diesem Zusammenhang ist die Begründung, dass ich nicht als Pflegeelternteil gelte, da ich . seit 8/2008 eine hauptberufliche Tätigkeit in Österreich ausübe und sich den größten Teil meiner Zeit nicht im Haushalt mit den Kindern in x4 aufhalte, eindeutig verfehlt, denn durch meine hauptberufliche Tätigkeit in Österreich ist es mir eben einerseits möglich die zur Zahlung des Unterhaltes (nicht nur) für die beiden Kinder erforderlichen Mittel zu besorgen und andererseits kehrte und kehre ich täglich von der Arbeit am Nachmittag / Abend (wie jeder anderer Vater auch) wieder zum Familienwohnsitz retour, sodass ich mit den Kinder Hausaufgaben schreiben kann, mit ihnen spielen kann, sowie die Freizeit am Abend verbringen kann. Zusätzlich wird die Beziehung mit den Kindern an Wochenenden gepflegt und vertieft. Weiters verweise ich eindringlich darauf hin, dass das Gesetz keineswegs eine überwiegende Betreuung der Pflegekinder erfordert, sondern lediglich eine teilweise, bzw. keinen Aufbau einer engen Bindung zu den Kindern (wie das Finanzamt in seiner Würdigung anführt), sondern ist für die Eigenschaft als Pflegeelternteil zu gelten lediglich der "beabsichtigte" Aufbau einer dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommenden Beziehung erforderlich. Durch seine Begründung verkennt das Finanzamt daher die Rechtslage völlig, denn meine Beziehung zu 1 und 2 geht viel weiter als nur "nahe" derjenigen zwischen leiblichen Eltern und Kindern, da sie mit einer solchen ein zu eins vergleichbar ist. Diese Tatsache gilt durch die erfolgte Heirat mit der Kindesmutter im Mai 2013 (nachdem also der gemeinsame Wohnsitz in 2011 begründet wurde) mehr als erwiesen, denn die Hochzeit mit der Kindesmutter hat natürlich am mangelfreien und einer Beziehung zwischen leiblichen Eltern und Kindern vergleichbarem Verhältnis zwischen 1 und mir bzw. 2 und mir keinesfalls was geändert. Zusätzlich zum oben angeführten stelle ich den Antrag durch den gesamten Senat zu entscheiden sowie bei Notwendigkeit eine mündliche Verhandlung durchzuführen".

Als Ergebnis eines weiteren Vorhalteverfahrens wurde seitens des Bf.

(Nochmals) nachgewiesen, dass seine nunmehrige Ehegattin in der x im streitgegenständlichen Zeitraum Familienleistungen erhalten hat, respektive der leibliche Vater der Kinder 1 und 2 in nämlichen Staat wohnhaft bzw. erwerbstätig und dieser die Unterhaltsbeiträge in Höhe von 2.000 n pünktlich überweist.

Mit Vorhalt vom 10.05.2017 wurde der Bf. seitens des BFG aufgefordert, sein Verhältnis zu den Kindern 1 und 2 im Zeitraum vom 01.10.2011 bis zum 30.04.2013 näher zu beschreiben.

Mit Eingabe vom 23.05.2017 wurde zu obigem Ersuchen des Verwaltungsgericht wie folgt Stellung genommen:

"In Beantwortung Ihrer Ergänzungsaufforderung vom 10. Mai 2017 (Anlage I) beschreibe ich mein Verhältnis zu den Kindern 1 und 2 sowie insgesamt unser Familienverhältnis wie folgt: Meine Gattin, NN, kannte ich von klein auf, da sie mit mir im selben Wohnort unserer Eltern aufgewachsen ist. Wir haben uns somit bereits seit unserer gemeinsamen Kindheit gekannt bzw. sind uns eher zufällig hin und wieder begegnet, gezielt haben

wir jedoch keine Treffen vereinbart. Im Jahr 1998 hat N den biologischen Vater der Zwillinge (22 und 11) geheiratet und ich habe im Jahr 2004 ebenfalls geheiratet. Meine erste Ehe scheiterte leider bereits nach zwei Jahren, sodass es hier zu einer Scheidung im Jahr 2006 kam. N hat sich im Jahr 2007 scheiden lassen. Aus meiner ersten Ehe stammen keine Kinder. Aus erster Ehe von N stammen ihre Tochter 3 (derzeit 17 Jahre alt), deren Obsorge ihrem biologischen Vater übertragen wurde, sowie die Zwillinge 2 und 1, welche sie in ihre Obsorge gerichtlich übertragen bekommen hat, bzw. welche ich gemeinsam mit ihr erziehe (Näheres dazu siehe unten). Nach ihrer Scheidung hat N für die Zwillinge alleine sorgen müssen und zwar ohne jegliche Unterstützung des biologischen Vaters, da dieser leider kein Interesse an der gemeinsamen Erziehung zeigte. Der biologische Vater der Zwillinge hatte leider auch kein großes Interesse an der Erziehung von der ältesten Tochter 3, sodass für diese vorerst insbesondere und überwiegend seine Eltern sorgten. N hatte zuerst entsprechend dem Gerichtsbeschluss 3 jedes gerade Wochenende bei sich. Die Zwillinge waren praktisch nie beim biologischen Vater. Alimentationszahlungen für 1 und 2 langen regelmäßig ein. Im Laufe des Sommers 2009 sind N und ich uns anlässlich einer Geburtstagsfeier unserer gemeinsamen Freunde begegnet. Zu diesem Zeitpunkt war N noch in Karenz mit den Zwillingen. Zur damaligen Zeit (und noch als einer guten Freundin von früher) habe ich sie hin und wieder auf einen Tee eingeladen oder ihr mein Auto geliehen, wenn sie es gebraucht hat. Nach ungefähr einem Jahr immer enger werdender Freundschaft haben wir uns ineinander verliebt und im Juni 2010 sind wir zum ersten Mal auch nach außen hin als ein Paar bzw. als Familie aufgetreten. N hat begonnen in einer Bar zu arbeiten, sodass sie sehr oft über Nacht arbeiten musste und es sich somit gut getroffen hat, wenn ich die Kinder zum schlafen bereit machte und mit ihnen über Nacht zu Hause blieb. Zwar hatte sowohl N als auch ich ursprünglich eine eigene Wohnung, wegen den Zwillingen, die ich von klein auf pflegte, war ich jedoch öfters bei N, als in meiner eigenen Wohnung. Im August 2010 waren wir alle gemeinsam auch mit den Kindern im Urlaub und im September haben wir den Geburtstag der Zwillinge alle miteinander gefeiert. Diese Feier ist uns allen im Gedächtnis geblieben, da es das erste gemeinsame große familiäre Ereignis war. Im November 2010 habe ich eine größere gemeinsame Wohnung angemietet (dafür haben wir die beiden kleinen Wohnungen von N und mir aufgegeben). Der Vorteil war, dass in dieser Wohnung jedem Kind ein eigenes Kinderzimmer zur Verfügung stand. Da N zur damaligen Zeit arbeitslos war, habe ich sämtliche Miet- und andere Zahlungen iZm den Kindern und den gemeinsamen Wohn- und Lebensbedürfnissen aus dem Eigenen bestritten. Dadurch, dass ich die Kinder von klein auf pflegte betrachte ich sie als eigene (leibliche) Kinder. Gemeinsam mit N haben wir noch einen leiblichen Sohn 4, der dieselbe Erziehungsweise von uns beide genießt wie 1 und 2. Da das gemeinsame Leben gut funktionierte, haben wir uns entschieden ein Familienhaus zu erwerben, in welches wir nach ca. einer halbjährigen Sanierung im Oktober 2011 eingezogen sind. Jedem Kind steht hier ein eigenes Kinderzimmer inklusive Schreibtisch, TV sowie Internetzugang zur Verfügung. Im Laufe der Zeit hat sich das System eingespielt, dass auch 3 (älteste Tochter von N) immer öfter bei uns blieb, sodass wir letzten Endes immer öfter gemeinsam

irgendwo hinreisten (Urlaube, Zoobesuche, Aquaparks, Besuche von Schlössern usw. natürlich immer altersbedingt, sodass 3, da sie bereits 17 ist zwar an gemeinsamen Familienfeiern noch immer („pflichtgemäß“) teilnimmt, ein Zoobesuch den wir mit den Zwillingen und mit 4 unternehmen ihr jedoch mittlerweile eher fremd ist. Selbstverständlich war es bisher kein Problem (auch für 3, wenn sie es brauchte) jegliche Schul- bzw. sonstige Zahlungen (Kindergarten, Unkostenbeiträge für Verkostung in der Schul-/Kindergartenküche usw. für die Kinder zu leisten. Da ich selber aktiver Fußballspieler war, sind wir mit 1 von klein auf Fußball spielen gefahren, sodass auch er mittlerweile ein festes Mitglied im Kinderkader des lokalen Fußballvereins ist und N gemeinsam mit mir an Wochenenden als Fan die gespielten Matches anschauen darf. 2 hatte Tanzen und Singen immer sehr gerne, sodass sie regelmäßig diese Interessensgruppen besuchte, obwohl es notwendig war sie an mehreren Tagen pro Woche zu den einzelnen Orten zu führen. Da N dafür nicht immer Zeit hatte musste ich mir oft von der Arbeit frei nehmen bzw. ist der Zeitausgleich darauf gegangen. Andererseits hat es uns dann umso mehr gefreut, wenn sie den einen oder anderen Tanz- bzw. Gesangsbewerb gewonnen hat. Die nächste Vorliebe von 2 sind Tiere, sodass ein Kater und demnächst ein Hund vorprogrammiert waren — und sind heute feste Mitglieder unserer Familie. Trotz dem, dass wir noch nicht verheiratet waren, war es für mich immer automatisch auch die Lebenskosten von 1 und 2 (bzw auch 3) zu tragen. Hier waren es abgesehen von Kleidung bzw. Schulsachen oder Essen früher insbesondere Fahrräder oder sonstiges Spielzeug, später dann Handys bzw. Tablets usw. Im Dezember 2012 haben N und ich den 4 gezeugt, der August 2013 geboren ist. Zu Weihnachten 2012 habe ich N den Heiratsantrag gestellt, sodass wir am Mai 2013 heirateten. Alle drei Kinder (2, 1 und 4) wachsen von Beginn an als Geschwister auf und es wird kein Unterschied gemacht wer wessen (leibliches) Kind ist, denn es sind alle drei unsere Kinder und ich wie ihr (leiblicher) Vater im Rahmen der Familie fungiere und wir dementsprechend auch eine Familie sind."

In der Folge wurde am 30.05.2017 die Stellungnahme des Bf. der belangten Behörde zur Kenntnisnahme, respektive zur Erstellung einer Replik übermittelt, wobei eine Vertreterin des Finanzamtes dem Richter fernmündlich mitteilte, dass von einer Gegenäußerung Abstand genommen wird.

Mit Eingabe vom 11.07.2017 wurde der Antrag auf Behandlung der Beschwerde durch den Senat sowie die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung zurückgenommen.

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

#### **1. Festgestellter Sachverhalt**

In der Folge legt das BFG dem Erkenntnis nachstehenden, sich aus der Aktenlage den nachgereichten Unterlagen sowie dem Beschwerdevorbringen festgestellten Sachverhalt zu Grunde:

Der die x1 Staatsbürgerschaft besitzende, zumindest seit 12/2009 in Österreich im nichtselbständigen Verhältnis tätige Bf. hat im Oktober 2011 zusammen mit seiner

damaligen Lebensgefährtin und deren leiblichen Kindern einen in der x domizilierten Haushalt gegründet. Die Kindesmutter war im streitgegenständlichen Zeitraum - von kurzen Unterbrechungen wegen Arbeitslosigkeit abgesehen - , in der x erwerbstätig bzw. hat diese von 10/2011 bis 4/2013 von nämlichem Staat für die Kinder 1 und 2 Familienleistungen im monatlichen Ausmaß von je 500 bzw. 610 n erhalten. Der leibliche Vater der Kinder ist ebenfalls in der x wohnhaft und erwerbstätig und kommt seiner ihm gerichtlich auferlegten Pflicht zur Leistung von monatlichen Unterhaltsbeiträgen von je 1.000 n nach.

Der mit mangelnder Familienangehörigeneigenschaft des Bf. begründeten Abweisung des Antrages auf Differenzzahlungen für den Zeitraum 10/2011 bis 4/2013 tritt dieser mit dem Argument, dass 1 und 2 als Pflegekinder im Sinne des die Bestimmung des § 186 ABGB (§ 184 ABGB nF) beinhaltenden § 2 Abs. 3 lit. d FLAG zu qualifizieren seien, entgegen.

### **Rechtslage und Erwägungen**

Der Bf., die Kindesmutter und die Kinder sind Staatsbürger der x, die seit 1.5.2004 Mitglied der Europäischen Union ist.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden abgekürzt: VO), die am 1.5.2010 in Kraft getreten ist, gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedsstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedsstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Für Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck "Familienangehöriger" jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird (Art. 1 lit. i Zif. 1 sublit. i der VO). Die entsprechende österreichische Regelung findet sich in § 2 Abs. 2 und 3 FLAG. Zu den Kindern im Sinne dieser Bestimmung zählen auch Pflegekinder gemäß § 184 ABGB in der seit 1.2.2013 geltenden Fassung des BGBl I Nr. 15/2013 (bzw. gemäß dem bis 31.1.2013 in Geltung gestandenen und gleichlautenden § 186 ABGB idF BGBl I Nr. 135/2000).

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedsstaates. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach dem zweiten Titel der Verordnung (§ 11 Abs. 1 der VO).

Art. 11 Abs. 3 der VO normiert:

*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;*

*b) ein Beamter unterliegt den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört;*



*c) eine Person, die nach den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats Leistungen bei Arbeitslosigkeit gemäß Artikel 65 erhält, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;*

*d) eine zum Wehr- oder Zivildienst eines Mitgliedstaats einberufene oder wiedereinberufene Person unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;*

*e) jede andere Person, die nicht unter die Buchstaben a bis d fällt, unterliegt unbeschadet anders lautender Bestimmungen dieser Verordnung, nach denen ihr Leistungen aufgrund der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer anderer Mitgliedstaaten zustehen, den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats.*

Der Bf. ist seit dem 01.12.2009 in Österreich nichtselbständig erwerbstätig.

Die durchgehende Beschäftigung seit diesem Zeitpunkt wird auch im Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung ausgewiesen, gegenteilige Feststellungen wurden vom Finanzamt nicht getroffen. Der Beschwerdeführer unterliegt daher gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO den österreichischen Rechtsvorschriften.

Die Kindesmutter ist nach den vorgelegten Unterlagen im streitgegenständlichen Zeitraum in der x erwerbstätig bzw. in gleichen Rechtsverhältnissen befindlich und unterliegt daher gemäß Art. 11 Abs. lit. a der VO den x2 Rechtsvorschriften.

Art. 68 der VO trifft für den Fall des Zusammentreffens von Ansprüchen auszugsweise (soweit für den gegenständlichen Fall von Relevanz) folgende Prioritätsregeln:

(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.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung.

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen

Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren.

Da die (potenziellen) Ansprüche auf Familienleistungen im gegenständlichen Fall aufgrund von Beschäftigungen ausgelöst werden, ist die x5 aufgrund des Wohnortes der Kinder vorrangig und Österreich nachrangig zur Gewährung von Familienleistungen zuständig.

Dem Bf. steht daher ein Anspruch auf Differenzzahlungen zu, wenn ihm die Kinder der Kindesmutter nach innerstaatlichem Recht einen Anspruch vermittelt. Das Finanzamt verneinte diese Frage damit, dass die Kinder 1 und 2 im Verhältnis zum Bf. keine Kinder im Sinne des § 2 Abs. 3 FLAG und damit keine Familienangehöriger im Sinne des Art. 1 lit. i Zif. 1 sublit. i der VO wären.

Nach § 2 Abs. 3 FLAG sind Kinder einer Person deren Nachkommen (lit. a), deren Wahlkinder und deren Nachkommen (lit. b), deren Stiefkinder (lit. c) und deren Pflegekinder im Sinne der §§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (lit. d).

1 und 2 sind weder leibliche Kinder noch Wahlkinder des Bf. und auch nicht dessen Stiefkinder. Unter Stiefkinder versteht man nach österreichischem Recht nur die aus einer früheren Ehe stammenden Kinder des Ehegatten dieser Person und die unehelichen Kinder dieser Ehegatten (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Tz 20 mit Hinweis auf VfGH 18.3.1966, G 15/65). Die Stiefkindschaft setzt daher eine aufrechte Ehe voraus, der Bf. war im streitgegenständlichen Zeitraum (noch) nicht mit der Kindesmutter verheiratet.

Gemäß § 184 ABGB in der seit 1.2.2013 geltenden Fassung des BGBl I Nr. 15/2013 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.

Diese Bestimmung entspricht wörtlich dem bis 31.1.2013 in Geltung gestandenen § 186 ABGB idF BGBl I Nr. 135/2000. Die zu dieser Bestimmung entwickelte Lehre und Rechtsprechung sind daher weiterhin für die Qualifikation eines Kindes als Pflegekind maßgeblich.

Seit dem KindRÄG 2001 bietet § 186 ABGB (alte Fassung) zwei Definitionsmerkmale, nämlich erstens die faktische – gänzliche oder partielle – Besorgung von Pflege und Erziehung des Kindes und zweitens das Bestehen oder die beabsichtigte Herstellung einer persönlichen Beziehung zwischen dem Kind und diesen seinen Betreuern, die an Intensität dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommt (Stabentheiner in Rummel, ABGB, 3. Auflage, § 186 Tz 1). Die Pflegeelterneigenschaft setzt weder einen rechtsgeschäftlichen oder gerichtlichen Begründungsakt voraus, sondern ist bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale kraft Gesetzes gegeben (Stabentheiner, a.a.O., Tz 2). Dass die Pflegeelterneigenschaft auch einer Einzelperson zukommen kann, wurde von der herrschenden Meinung auch schon zur Rechtslage vor dem KindRÄG vertreten (Stabentheiner, a.a.O., Tz 4b mwN).

Auch der Verwaltungsgerichtshof teilt diese Ansicht. In seinem Erkenntnis vom 4.3.2009, 2008/15/0314 führte dieser aus: "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, § 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)." In diesem Beschwerdefall hatte der Beschwerdeführer mit der Kindesmutter einen gemeinsamen Haushalt gegründet und ausgeführt, er habe die Absicht gehabt, eine emotionale Bindung zu den Kindern aufzubauen. Er habe die Kinder wie eigene behandelt. Durch die Aufnahme der Kinder in seinen Haushalt habe er deren Pflege und Erziehung als Pflegeelternteil besorgt. Zwischen den Kindern und ihm habe eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern sehr nahekommende Beziehung bestanden und habe eine solche auch hergestellt werden sollen. Die Kindesmutter habe den Mitbeteiligten zur Ausübung der pflegeelterlichen Rechte ermächtigt. Ihm sei die Pflege der beiden Kinder tatsächlich übertragen worden und er habe diese Aufgaben auch selbst erfüllt. Der "Lebensmittelschwerpunkt" der beiden Kinder sei nicht bloß vorübergehend eindeutig zu ihm in seinen Haushalt verlagert worden.

Nicht anders ist der gegenständliche Beschwerdefall gelagert. Nach dem Dafürhalten des BFG obwalten aufgrund der Erklärungen des Beschwerdeführers vom 23.05.2017 für das keine Zweifel, dass der Beschwerdeführer die Pflege und Erziehung der Kinder im Rahmen seiner durch die Berufsausübung eingeschränkten zeitlichen Möglichkeiten tatsächlich wahrgenommen hat, und eine persönlichen Beziehung zwischen den Kindern und dem Bf. hergestellt wurde, die an Intensität dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommt.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass im gegenständlichen Fall ausreichend glaubhaft gemacht wurde, dass der Bf., die Kindesmutter und die Kinder im entscheidungsrelevanten Zeitraum in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben und auch weiterhin leben.

Der Umstand, dass die Kinder in der x leben bzw. diese monatliche Unterhaltsbeitragszahlungen von ihrem leiblichen Vater erhalten, steht dem subsidiären Anspruch des Bf. auf österreichische Familienbeihilfe (Differenzzahlung) nicht entgegen (Art. 67 der VO; § 53 Abs. 1 FLAG).

Bei dieser Sach- und Rechtslage erweist sich der angefochtene Abweisungsbescheid als rechtswidrig und war daher aufzuheben.

### **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.

Als Rechtsfrage war im gegenständlichen Fall zu klären, ob das Verhältnis des Beschwerdeführers zum Kind unter einen der verschiedenen Tatbestände des § 2 Abs. 3 FLAG subsumiert werden kann. Diese Frage wurde bejaht und die Pflegeelternschaft des Beschwerdeführers angenommen. Das Bundesfinanzgericht stützte sich dabei auch auf die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 4.3.2009, 2008/15/0314). Da das Erkenntnis nicht von dieser Rechtsprechung abweicht, ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Im Rahmen der Beweiswürdigung zu klärende Sachverhaltsfragen stellen keine Rechtsfragen dar. Aus diesem Grund wirft auch eine vom Bundesfinanzgericht diesbezüglich vorgenommene Beweiswürdigung im Allgemeinen keine über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG auf (VwGH 30.06.2015, Ra 2015/15/0028 mit Hinweis auf VwGH 12.2.2015, Ra 2015/02/0021).

Wien, am 14. Juli 2017