



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 18. November 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 12. November 2010, mit dem die Anträge auf Gewährung von Familienbeihilfe für die Kinder K, beide geboren 2006, für den Zeitraum ab Oktober 2010 abgewiesen wurden, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist österreichischer Staatsbürger, arbeitet als kaufmännischer Angestellter bei der X-AG in Linz, und lebt mit seiner Ehefrau in Ö.

Mit Formblättern Beih 1 beantragte der Berufungswerber am 20.10.2010 die Zuerkennung der Familienbeihilfe für die 2006 in Österreich geborenen und seither hier aufhältigen Kinder K, beide weißrussische Staatsangehörige.

Laut vorgelegter Amtsbescheinigung des Magistrates der Stadt Steyr, Jugendwohlfahrt, befinden sich beide Kinder seit 12.1.2007 in Pflege und Erziehung beim Berufungswerber und seiner Ehefrau. Die Krisenpflegeeltern sind auch vorübergehend mit der gesetzlichen Vertretung der Minderjährigen im Bereich Pflege und Erziehung betraut worden.

Der Berufungswerber gab ferner an, dass die Kinder ständig am gemeinsamen Wohnort wohnen und er monatlich die überwiegenden Kosten finanziere.

Weiters wurden Ablichtungen der Geburtsurkunden sowie Meldebestätigungen der beiden Kinder vorgelegt; diese sind seit 15.1.2007 (K1) bzw. 18.9.2006 (K2) am Wohnsitz des Berufungswerbers gemeldet.

Schließlich wurden Ablichtungen der im Zeitpunkt der Antragstellung aufrechten und von der BH Freistadt am 8.10.2010 ausgestellte und bis 7.10.2011 gültige Aufenthaltstitel der beiden Kinder vorgelegt. Diese bestätigten Aufenthaltsbewilligungen gemäß [§ 69a NAG](#).

Über Aufforderung des Finanzamtes legte der Berufungswerber Ablichtungen von Auszügen aus den jeweils 31 Seiten langen (negativen) Asylbescheide betreffend die beiden Kinder vor. Mit diesen am 11.2.2010 beim Jugendamt des Magistrates Steyr eingelangten Bescheiden wurden sowohl die Anträge auf Zuerkennung des Status eines Asylberechtigten als auch des Status eines subsidiär Schutzberechtigten abgewiesen. Allerdings wurde im Spruch dieser Bescheide (jeweils Spruchpunkt III) auch ausgesprochen, dass die Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet gemäß § 10 Abs. 2 Zif. 2 und Abs. 5 AsylG vorübergehend unzulässig ist. Begründet wurde dies damit, dass die Kinder bei den Pflegeeltern leben und diesen vorläufig die Obsorge übertragen wurde. Bis zur dauernden Übertragung der Obsorge oder Rückübertragung an den Vater sei die Ausweisung unzulässig. Sollte die Obsorge an den leiblichen Vater übertragen werden, werde die Fremdenpolizei über die Ausweisung neuerlich zu entscheiden haben.

Mit Bescheid vom 12.11.2010 wies das Finanzamt die Anträge auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für die beiden Pflegekinder für den Zeitraum ab Oktober 2010 ab. Für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger seien, bestehe gemäß § 3 Abs. 2 FLAG nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach [§§ 8, 9 NAG](#) rechtmäßig in Österreich aufhielten. Da bei den Pflegekindern weder der Status des Asylberechtigten, noch der des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt worden sei, wäre spruchgemäß zu entscheiden gewesen. Der Aufenthaltstitel gem. [§ 69a NAG](#) sei ein zeitlich befristeter und berechte nicht zum Daueraufenthalt (Sonderfall aufgrund des negativen Asylbescheides und der vorübergehend unzulässigen Abschiebung).

Gegen diesen Bescheid wurde mit Eingabe vom 18.11.2010 Berufung erhoben. Der Berufungswerber führte darin aus, dass sich die beiden Pflegekinder seit 2007 bei ihm und seiner Frau in Pflege befänden. Erst im Herbst 2009 habe die Bundesasylbehörde entschieden. Die Entscheidung beim Pflegschaftsgericht werde immer wie folgt formuliert: Die Familie Bw wird bis auf weiteres mit der Pflege und Erziehung betraut. Aufgrund dieser Formulierung finde sich auch im Bescheid der Bundesasylbehörde die zeitliche Begrenzung, dass – solange die Kinder bei der Pflegefamilie seien – von einer Ausweisung aus humanitären Gründen abgesehen werde. Daraus ergebe sich die zeitlich befristete Aufenthaltsbewilligung der Kinder.

Im Zuge der Änderungen im Asylrecht seien vom Gesetzgeber nicht zugleich auch die entsprechenden Änderungen im Familien-/Steuerrecht vorgenommen worden. Bei der Auslegung der Gesetze sei zu hinterfragen, was der Gesetzgeber damit erreichen habe wollen. Es sei für ihn daher nicht vorstellbar, dass der Gesetzgeber eine österreichische Familie mit Pflegekindern aus dem Ausland, die kein Wort der Sprache ihrer Staatsbürgerschaft (weißrussisch) verstehen, die in Österreich "unter medizinischer Mithilfe gezeugt und geboren" worden sind, nicht unterstützen wolle. Er beantrage daher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Erlassung eines neuen Bescheides, mit dem seinem Berufungsvorbringen Rechnung getragen werde.

Über Aufforderung des Unabhängigen Finanzsenates legte der Berufungswerber für beide Pflegekinder aktuelle Aufenthaltstitel gemäß [§ 69a NAG](#) vor. Diese wurden am 8.10.2011 von der BH Freistadt ausgestellt und sind bis 7.10.2012 gültig.

Ergänzend teilte der Berufungswerber noch mit, dass er seine Pflegekinder adoptieren wolle. Der Adoptionsvertrag liege bereits beim zuständigen Pflegschaftsgericht und müsse von diesem nur mehr bestätigt werden.

Über die Berufung wurde erwogen:

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

Der Berufungswerber ist österreichischer Staatsbürger, arbeitet in L und hat seinen ständigen Wohnsitz in F.

Kinder im Sinne des ersten Abschnittes des FLAG sind auch Pflegekinder iSd [§§ 186 und 186a ABGB](#) (§ 2 Abs. 3 FLAG). Der Berufungswerber und seine Ehefrau sind seit 12.1.2007 mit der Pflege und Erziehung der beiden Kinder betraut.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht (auch) für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach [§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthalts gesetzes](#) (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten (§ 3 Abs. 2 FLAG).

Gemäß [§ 8 Abs. 1 Zif. 5 NAG](#) werden Aufenthaltstitel als Aufenthaltsbewilligung für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck (§§ 58 bis 69a) erteilt.

Nach der Bestimmung des [§ 69a Abs. 1 Zif. 4 NAG](#) ist im Bundesgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen eine Aufenthaltsbewilligung für besonderen Schutz zu erteilen, wenn es sich um einen unbegleiteten Minderjährigen handelt oder für einen Minderjährigen ein

Aufenthaltsrecht nicht gemäß [§ 23 Abs. 4 NAG](#) abgeleitet werden kann und sich der Minderjährige aufgrund eines Gerichtsbeschlusses, kraft Gesetzes oder einer Vereinbarung der leiblichen Eltern mit dem Jugendwohlfahrtsträger zum Schutz des Kindeswohls nicht bloß vorübergehend in Obhut von Pflegeeltern oder des Jugendwohlfahrtsträgers befindet. Die Pflegeeltern gelten diesfalls als gesetzliche Vertreter im Sinne des [§ 19 NAG](#).

Im gegenständlichen Fall liegt eine aufrechte Aufenthaltsbewilligung für die beiden Kinder gemäß [§ 8 Abs. 1 Zif. 5 NAG](#) iVm [§ 69a NAG](#) vor. Damit halten sich diese rechtmäßig in Österreich auf, womit die Anspruchsvoraussetzung des § 3 Abs. 2 FLAG erfüllt ist, und der Anspruch auf Familienbeihilfe nur mehr nach den allgemeinen Voraussetzungen zu beurteilen ist (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Rz 157).

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob ein ständiger oder nur vorübergehender Aufenthalt der Pflegekinder in Österreich vorliegt, da es bei ausländischen Kindern neben dem Vorliegen (irgend-)eines aufrechten Aufenthaltstitels nach [§§ 8, 9 NAG](#) nach derzeitiger Rechtslage nur auf den ständigen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 in Österreich ankommt (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Rz 228). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach [§ 26 Abs. 2 BAO](#) zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land *nicht nur vorübergehend verweilt*. Diese nicht auf den Mittelpunkt der Lebensinteressen abstellende Beurteilung ist nach objektiven Kriterien zu treffen.

Als *nicht nur vorübergehend* gilt ein Aufenthalt dann, wenn er sich über einen längeren Zeitraum erstreckt. Die Praxis nimmt für die Beurteilung dieser Frage häufig den Sechs-Monate-Tatbestand des [§ 26 Abs. 2 zweiter Satz BAO](#) zu Hilfe und verneint das Vorübergehende eines Aufenthalts, wenn der Zeitraum der Anwesenheit zumindest sechs Monate beträgt. Dabei wird jedoch übersehen, dass sich nicht Teilelemente dieses Tatbestandes auf den vorrangigen und geschlossenen Haupttatbestand des [§ 26 Abs. 2 erster Satz BAO](#) übertragen bzw. ihm imputieren lassen (Stoll, BAO, 337). Versagen aber rein an der Zeitspanne ausgerichtete Betrachtungen, so ist auf die Umstände abzustellen, unter denen sich die Person in Österreich aufhält. Lassen diese nach ihrer objektiven Gegebenheit in Verbindung mit den Lebensverhältnissen der Person den Schluss auf eine nicht nur vorübergehende Anwesenheit im Inland zu, ist die Annahme des gewöhnlichen Aufenthalts (im Inland) gerechtfertigt. Bei der Lösung von Grenzfällen kann die Erfahrung hilfreich sein, dass bei kürzerem Aufenthalt im Inland, von dem strittig ist, ob er ein "gewöhnlicher Aufenthalt" ist oder nicht, zumeist immer auch (gleichzeitig) eine Bindung zu einem anderen Ort besteht (ansonsten wären die "Umstände", die diesen einen Aufenthalt prägen, völlig

eindeutig). Ist dies der Fall, so kann sich die Lösung aus der Untersuchung ergeben, bei welchem Aufenthaltsort die äußerer, mit dem Aufenthalt verbundenen, ihn bedingenden und formenden Umstände für die Verbundenheit der Person mit dem Ort sprechenden Gewicht sind (Stoll, BAO, 338).

Im gegenständlichen Fall befinden sich die Pflegekinder des Berufungswerbers seit ihrer Geburt im Jahr 2006 in Österreich und seit Jänner 2007 in seiner Pflege. Der Aufenthalt im Inland wird durch die Beziehung der Kinder zu ihren Pflegeeltern geprägt, welche deren Adoption anstreben. Dass sich die Kinder auch nur vorübergehend jemals in Weißrussland aufgehalten hätten, ist den vorliegenden Akten nicht zu entnehmen, diesbezügliche Feststellungen wurden auch vom Finanzamt nicht getroffen. Es kann daher keine Rede davon sein, dass sich diese "ständig im Ausland aufhalten" würden, wie dies in § 5 Abs. 3 FLAG normiert wird, vielmehr liegt im gegenständlichen Fall unzweifelhaft ein ständiger Aufenthalt der Kinder im Inland vor (vgl. auch VwGH 21.9.2009, [2009/16/0178](#), wonach bei einem über einen Zeitraum von 22 Monaten währenden ununterbrochenen Aufenthalt im Inland keinesfalls von einem ständigen Aufenthalt des Kindes im Ausland auszugehen ist).

Zusammenfassend sind daher die Voraussetzungen für den Familienbeihilfenanspruch für beide Kinder erfüllt: Der Berufungswerber ist österreichischer Staatsbürger, wohnt und arbeitet im Bundesgebiet, der Mittelpunkt seiner Lebensinteressen befindet sich daher in Österreich, die minderjährigen Pflegekinder leben in seinem Haushalt und halten sich rechtmäßig nach den Bestimmungen des NAG in Österreich auf, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Zu dem vom Berufungswerber gestellten Antrag auf "Erlassung eines neuen Bescheides", mit dem seinem Berufungsvorbringen Rechnung getragen werde, wird der Vollständigkeit halber noch darauf hingewiesen, dass bei Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen das Wohnsitzfinanzamt gemäß § 12 Abs. 1 FLAG eine Mitteilung auszustellen *hat*, dass ein Anspruch auf Bezug der Familienbeihilfe besteht. Dieser Mitteilung kommt jedoch kein Bescheidcharakter zu (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 12 Rz 5). Nur insoweit einem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe nicht oder nicht vollinhaltlich stattgegeben wird, ist ein Bescheid zu erlassen (§ 13 zweiter Satz FLAG). Der abweisende Bescheid des Finanzamtes vom 12.11.2010 wird mit der gegenständlichen Entscheidung aufgehoben.

Linz, am 2. Jänner 2012