

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF, Tschechische Republik, über die Beschwerde vom 26.7.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Braunau Ried Schärding vom 7.7.2015 zu VNR, mit dem ein Antrag auf Gewährung von Ausgleichszahlungen (Differenzzahlungen) für das Kind K abgewiesen wurde, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird stattgegeben. Der angefochtene Abweisungsbescheid wird aufgehoben.

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

## Entscheidungsgründe

### Sachverhalt

Mit Eingabe vom 27.5.2015, zur Post gegeben am 28.5.2015, beim Finanzamt eingelangt am 29.5.2015 beantragte der Beschwerdeführer die Gewährung von "Ausgleichszahlungen" (Differenzzahlungen) für das am 22.6.2001 geborene Kind K **ab August 2014** ("für den Zeitraum 1.8.2014 bis aktuell und laufend").

Dieser Eingabe waren ein ausgefülltes Formblatt Beih 38, eine bestätigte Familienstandsbescheinigung (E 401), eine bestätigte Bescheinigung betreffend den Anspruch auf Familienleistungen in Tschechischen (E 411) sowie Geburtsurkunden des als Pflegevater bezeichneten Beschwerdeführers, der Kindesmutter und des Kindes angeschlossen.

Diesen Unterlagen zufolge sind der Beschwerdeführer, die Kindesmutter und das Kind tschechische Staatsbürger, die an der im Spruch angeführten Adresse in Tschechien leben (Familienwohnsitz). Der Beschwerdeführer ist seit 4.8.2014 bei der Fa. H GmbH in Ö beschäftigt. Das Kind besucht in Tschechien die Hauptschule. Als leiblicher Vater des Kindes wird auf dessen Geburtsurkunde KV ausgewiesen. Weitere Angaben zum Kindsvater finden sich im vorgelegten Akt nicht. Der Bescheinigung E 411 ist lediglich zu entnehmen, dass in Tschechien im verfahrensrelevanten Zeitraum kein Antrag auf Gewährung von Familienleistungen gestellt wurde.

Mit **Bescheid vom 7.7.2015** wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung von "Ausgleichszahlungen" (Differenzzahlungen) für den Zeitraum "**ab Sep. 2014**" mit der knappen Begründung ab, dass für den Sohn der Lebensgefährtin des Beschwerdeführers in Österreich kein Anspruch auf Ausgleichszahlungen bestehe.

In der Beihilfendatenbank merkte das Finanzamt dazu an, dass der Beschwerdeführer nicht der leibliche Vater des Kindes und mit der Kindesmutter auch nicht verheiratet sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die **Beschwerde vom 26.7.2015**. Der Beschwerdeführer gab an, dass das Kind K sein Pflegekind im Sinne des § 2 Abs. 3 lit. d FLAG sei. § 186 aF ABGB bzw. § 184 nF ABGB stellten nachstehende Anforderungen, damit der Begriff der Pflegeeltern erfüllt sei: "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 hätten also die Personen, die sich als Pflegeeltern "bezeichnen möchten", die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise zu besorgen. Weiters sei 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 bestehen bzw. hergestellt werden solle. Diese Rechtsansicht vertrete auch das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend in seiner Publikation "Ratgeber Patchwork – Familie, ein Ratgeber und Begleiter der Familien" (welche der Beschwerde auszugsweise angeschlossen wurde). Der "Pflegenachweis" erfolge durch die Finanzierung der überwiegenden monatlichen Kosten für das Kind durch den Beschwerdeführer, da sein Einkommen das der Kindesmutter wesentlich übersteige. Der Nachweis der Erziehung des Kindes sowie der bereits aufgebauten Beziehung des Beschwerdeführers zum Kind, die dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahekomme, erfolge durch die seit 15.3.2010 erfolgte (gemeinsame) amtliche Wohnsitzmeldung.

Mit **Beschwerdevorentscheidung vom 24.8.2015** wies das Finanzamt diese Beschwerde mit folgender Begründung ab: "Aus den Grund, dass das leibliche Kind Ihrer Lebensgefährtin nach Österreichischem Recht kein Kind von Ihnen als Beschwerdewerber im Sinne der anzuwendenden Rechtsvorschriften ist und daher auch nicht als Familienangehörige von Ihnen im Sinne der Verordnung Nr. 883/2004 zu qualifizieren ist, haben Sie keinen Anspruch auf österreichische Familienleistungen. Ein Kind aus einer früheren Ehe Ihrer Lebensgefährtin ist in Bezug auf Sie als Beschwerdewerber kein anspruchsvermittelndes Stiefkind, da Sie im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (ab September 2014) nicht in aufrechter Ehe mit der Kindesmutter waren. Sie sind nicht der leibliche Vater von K und mit der Kindesmutter nicht verheiratet."

Mit Eingabe vom **28.9.2015** beantragte der Beschwerdeführer die **Vorlage** seiner Beschwerde an das Bundesfinanzgericht.

Am 19.10.2015 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht vor und beantragte die Abweisung der Beschwerde, da der Beschwerdeführer weder Stief- noch

Pflegevater des Kindes sei. Für die Pflege und Erziehung von Pflegekindern wäre eine Bewilligung des Jugendwohlfahrsträgers erforderlich, dessen Aufsicht die Pflege und Erziehung des Kindes unterliege.

Über Aufforderung des Bundesfinanzgerichtes beschrieb der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 18.9.2016 das Verhältnis zu seinem Pflegekind näher wie folgt:

"Ich kenne K seit dem er ca. 8 Jahre alt war. Seine Mutter, meine Lebensgefährtin KM habe ich ca. Mitte des Jahres 2009 kennengelernt, eben gemeinsam mit ihrem Sohn. Nach einer Kennenlernphase sind wir zusammengezogen und wohnen seit März 2010, d.h. aktuell bereits mehr als 6 Jahre, zusammen. Mit K bin ich von Beginn an wie mit dem eigenen Kind umgegangen bzw. hat insbesondere er sich auf die Anwesenheit einer dritten Person im gemeinsamen Haushalt schnell und gut gewöhnen können. In seinem damaligen Alter haben wir oft gemeinsam Fußball gespielt, bzw. uns Motorrad- bzw. Autorennen entweder im Fernseher oder auch live angesehen. Wenn es notwendig war, habe ich K von der Schule abgeholt, bzw. mit ihm Hausaufgaben gemacht.

Abgesehen von den männlichen Aufgaben im Haushalt, wie z.B. das Grasmähen bzw. Zaunreparieren, die wir gemeinsam machten und weiterhin machen, hat sich in letzter Zeit die gemeinsame Reparatur meines alten Motorrades in unserer Werkstatt als beliebte Tätigkeit etabliert. Wie viele andere Kinder seines Alters, ist auch K natürlich viel und oft "online" unterwegs, sodass ich von ihm wiederum diverse Computerfähigkeiten und -tricks lernen kann. Im Großen und Ganzen glaube ich, dass wir ein sehr gutes, früher eher ein Vater-Sohn-, derzeit aufgrund des Alters von K (aktuell 15 Jahre) doch bereits eher freundschaftliches Verhältnis haben, und das familiäre Klima insgesamt sehr gut passt."

Die Kindesmutter gab zur gegenständlichen Beschwerdesache folgendes an:

"1) Mein Sohn K, mein Lebensgefährte Bf. und ich haben alle jedenfalls seit August 2014 (Beginn des Antragszeitraumes) den gemeinsamen Familienwohnsitz an der Adresse, Tschechien. Gemeinsam leben wir jedoch bereits ca. seit März 2010.

2) Aufgrund seiner Beschäftigung in Österreich (grundsätzlich höhere Verdienste als in Tschechien) sowie aufgrund meines Teilzeitarbeitsverhältnisses in Tschechien, ist mein Lebensgefährte Bf. derjenige, der für die Familie das monatliche überwiegende Einkommen aufbringt, sodass auch er die überwiegenden Kosten für den Unterhalt von K trägt.

3) Aufgrund des gemeinsamen Familienwohnsitzes habe ich jedenfalls seit August 2014 meinen Lebensgefährten Bf. natürlich mit der gemeinsamen Pflege und Erziehung von K betraut sowie ihn zur Ausübung pflegeelterlicher Rechte ermächtigt. Mein Lebensgefährte hat trotz mangelnder leiblicher Abstammung meines Sohnes K von ihm irgendwie automatisch die Vatersrolle übernommen und mein Sohn K hat sich auf ihn ohne jegliche Probleme gewöhnt und ihn als (Stief-/Pflege-)Vater und somit als Autorität akzeptiert, sodass mein Lebensgefährte die Vatersrolle mehr oder weniger gleich übernehmen konnte.

4) Natürlich sind wir nicht sofort zusammen gezogen, sondern ging einem einemsamen Wohnen zu dritt eine Kennenlernphase vor (ca. seit Mitte des Jahres 2009, gemeinsamer Wohnsitz besteht seit März 2010), auf welche insbesondere K (damals noch als Kind) sehr positiv reagierte. Beide Burschen unternehmen miteinander unterschiedliche (männliche) Aktivitäten wie gemeinsam Fußballschauen bzw. -spielen gehen, Autorennen schauen usw., mein Lebensgefährte holt K bei Bedarf auch von der Schule ab, sie unternehmen Ausflüge bzw. machen die üblichen männlichen Hausarbeiten wie das Zaunreparieren oder reparieren letztlich gemeinsam ein altes Motorrad. Obwohl K sehr selbstständig ist, kommen wir manchmal nicht um das herum, dass er hin und wieder einen Ratschlag betreffend Lernen (insbesondere Mathe) benötigt. Auch diese Aufgaben übernimmt mein Lebensgefährte ohne jegliche Probleme. Aufgrund der angeführten Tatsachen bin ich davon überzeugt, dass nicht nur seit August 2014, sondern bereits viel früher (siehe oben) zwischen meinem Lebensgefährten Bf. und meinem Sohn K eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern mehr als nahe kommende Beziehung besteht."

Dem Finanzamt wurden diese beiden Stellungnahmen am 3.10.2016 zur Wahrung des Parteiengehörs übermittelt.

In der Stellungnahme vom 13.10.2016 führte das Finanzamt aus, Voraussetzung für die Anerkennung einer Pflegeelternschaft sei unter anderem, dass die Pflege und Erziehung des Kindes tatsächlich besorgt werde. In seiner Ergänzung vom 18.9.2016 beschreibe der Beschwerdeführer die Beziehung zum Sohn seiner Lebensgefährtin vor allem zum Zeitpunkt des Kennenlernens im Jahr 2009 („in seinem damaligen Alter haben wir oft gemeinsam Fußball gespielt ...“), Beschwerdegegenstand sei jedoch das Jahr 2014. Der Beschwerdeführer führe weiter aus, dass er derzeit eher ein freundschaftliches Verhältnis zu K habe. Er spreche auch nur von gemeinsamen Freizeitaktivitäten, nicht jedoch von Pflege und Erziehung. Im übrigen hätte der Beschwerdeführer die Pflege und Erziehung von K ohnehin nur in einem äußerst untergeordneten Ausmaß übernehmen können, da er nur die Wochenenden mit ihm verbrachte. Es sei dem Bundesfinanzgericht zwar zuzustimmen, dass man einem wochenweise pendelnden Familienvater die Vaterschaft nicht absprechen könne, weil er nur am Wochenende anwesend sei (BFG 27.1.2016, RV/5101639/2014). Anders als bei leiblichen Eltern sei aber bei Pflegeeltern die *tatsächliche* Pflege und Erziehung Voraussetzung für die Anerkennung der Elternschaft. Aus Sicht des Finanzamtes sei der Beschwerdeführer keinesfalls als Pflegevater von K anzusehen. Es werde auf zwei Entscheidungen des unabhängigen Finanzsenates (UFS 5.4.2013, RV/1861-W/12 und UFS 14.11.2008, RV/0369-G/08) verwiesen, in denen Ausgleichszahlungen an den Lebensgefährten der leiblichen Mutter ebenfalls abgelehnt wurden.

## Beweiswürdigung

Der oben festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den zitierten Aktenteilen, den Angaben des Beschwerdeführer und den von ihm vorgelegten Unterlagen, den Angaben

der Kindesmutter, den Anmerkungen in der Beihilfendatenbank sowie den von der Österreichischen Sozialversicherung gespeicherten Versicherungsdaten.

Aufgrund der ausführlichen, inhaltlich schlüssigen, widerspruchsfreien und glaubwürdigen Erklärung der Kindesmutter vom 18.9.2016, die im Einklang mit der Stellungnahme des Beschwerdeführers vom selben Tag steht, und auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, besteht für das Bundesfinanzgericht auch nicht ansatzweise ein Zweifel daran, dass der Beschwerdeführer die Pflege und Erziehung des Kindes im Rahmen seiner zeitlichen Möglichkeiten *tatsächlich* wahrgenommen hat (eine partielle Besorgung von Pflege und Erziehung genügt; siehe dazu unten im Erwägungsteil). Der Beschwerdeführer, der mit der Kindesmutter und dem Kind seit 2010 in einem gemeinsamen Haushalt lebt, führte aus, dass er "von Beginn an mit dem Sohn der Beschwerdeführerin wie mit einem eigenen Kind umgegangen sei". Er hat das Kind von der Schule abgeholt und mit ihm Hausaufgaben gemacht, mit ihm gemeinsame Freizeitaktivitäten unternommen und trägt nach den Angaben der Kindesmutter auch die überwiegenden Kosten für den Unterhalt des Kindes. Diese gab an, dass sie den Beschwerdeführer mit der Besorgung von Pflege und Erziehung des Kindes betraut habe und schilderte eingehend das Verhältnis zwischen dem Beschwerdeführer, der "irgendwie automatisch die Vaterrolle übernommen habe", und dem Kind.

Aufgrund der Erklärungen des Beschwerdeführers und der Kindesmutter besteht auch kein Zweifel daran, dass zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kind eine persönlichen Beziehung hergestellt wurde, die an Intensität dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern (Vater) und Kindern nahe kommt.

## **Rechtslage und Erwägungen**

Der Beschwerdeführer, die Kindesmutter und das Kind sind Staatsbürger der tschechischen Republik, 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 BGBI I Nr. 15/2013 (bzw. gemäß dem bis 31.1.2013 in Geltung gestandenen und gleichlautenden § 186 ABGB idF BGBI 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 Beschwerdeführer ist seit dem 4.8.2014 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 ihren Angaben in der Stellungnahme vom 18.9.2016 in Tschechien teilzeitbeschäftigt, sie unterliegt daher gemäß Art. 11 Abs. lit. a der VO den tschechischen 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 Tschechien aufgrund des Wohnortes des Kindes vorrangig und Österreich nachrangig zur Gewährung von Familienleistungen zuständig.

Dem Beschwerdeführer steht daher ein Anspruch auf Differenzzahlungen zu, wenn ihm das Kind der KM nach innerstaatlichem Recht einen Anspruch vermittelt. Das Finanzamt verneinte diese Frage damit, dass das Kind K im Verhältnis zum Beschwerdeführer kein Kind im Sinne des § 2 Abs. 3 FLAG und damit kein Familienangehöriger im Sinne des Art. 1 lit. i Zif. 1 sublit. i der VO wäre.

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).

K ist weder leibliches Kind noch Wahlkind des Beschwerdeführers und auch nicht dessen Stiefkind. 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 Beschwerdeführer ist mit der Kindesmutter jedoch nicht 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.

Dieses 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 nahe kommende 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. Bereits oben wurde im Rahmen der Beweiswürdigung festgestellt, dass aufgrund der Erklärungen der Kindesmutter und des Beschwerdeführers vom 18.9.2016 für das Bundesfinanzgericht kein Zweifel daran besteht, dass der Beschwerdeführer die Pflege und Erziehung des Kindes im Rahmen seiner durch die Berufsausübung eingeschränkten zeitlichen

Möglichkeiten tatsächlich wahrgenommen hat, und eine persönlichen Beziehung zwischen dem Kind und dem Beschwerdeführer hergestellt wurde, die an Intensität dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommt.

Aus den vom Finanzamt ins Treffen geführten Entscheidungen des unabhängigen Finanzsenates vom 14.11.2008 und 5.4.2013 ist für den vorliegenden Fall nichts zu gewinnen.

In der erstgenannten, nur zweieinhalb Seiten langen Entscheidung vom 14.11.2008 setzte sich der unabhängige Finanzsenat auch nicht ansatzweise mit den oben dargestellten zivilrechtlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Pflegeelternschaft auseinander, sondern verwies lapidar auf den Vordruck E 401 (Familienstandsbescheinigung), in dem festgehalten worden sei, dass es sich beim Kind weder um ein "für ehelich erklärtes Kind" noch ein "angenommenes Kind" oder ein "Pflegekind" handle.

Da der Beschwerdeführer im gegenständlichen Fall wie oben dargestellt den österreichischen Rechtsvorschriften unterliegt, ist auch nach diesen Rechtsvorschriften (dem österreichischen ABGB, auf welches das FLAG verweist) zu prüfen, ob eine Pflegeelternschaft vorliegt (siehe neuerlich Art. 1 lit. i Zif. 1 sublit. i der VO).

Gleiches gilt für die Entscheidung des unabhängigen Finanzsenates vom 5.4.2013; auch in diesem Verfahren wurden die Voraussetzungen für eine Pflegeelternschaft in keiner Weise erörtert, obwohl eine solche Prüfung naheliegend und aufgrund des gesamten Vorbringens des damaligen Berufungswerbers auch geboten gewesen wäre. Dieser hatte sich in offenkundiger Unkenntnis der rechtlichen Unterschiede zwischen Stiefelternschaft und Pflegeelternschaft als "Stiefvater" der Kinder seiner Lebensgefährtin bezeichnet, obwohl er als solcher schon mangels Eheschließung mit der Kindesmutter nicht in Betracht kam. Ob er als Pflegevater der Kinder anzusehen gewesen wäre, wurde trotz mehrfachem Hinweis auf den gemeinsamen Haushalt (Berufungswerber, Kindesmutter, Kinder) und die Finanzierung der überwiegenden Kosten für die ganze Familie nicht hinterfragt, sondern aufgrund der unbestrittenen nicht bestehenden Stiefelternschaft eine reine "Formalentscheidung" getroffen.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass im gegenständlichen Fall ausreichend glaubhaft gemacht wurde, dass der Beschwerdeführer, die Kindesmutter und das Kind im entscheidungsrelevanten Zeitraum in einem gemeinsamen Haushalt gelebt haben und auch weiterhin leben. Aufgrund der nachgewiesenen Haushaltsgehörigkeit kommt der Frage der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten keine Entscheidungsrelevanz mehr zu. Abgesehen davon wurde von der Kindesmutter ausreichend glaubhaft gemacht, dass der Beschwerdeführer die überwiegenden Unterhaltskosten tatsächlich trägt.

Der Umstand, dass das Kind in Tschechien lebt, steht dem subsidiären Anspruch des Beschwerdeführers auf österreichische Kinderbeihilfe 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 ersatzlos aufzuheben.

Zum weiteren Verfahrensgang wird noch unpräjudiziell angemerkt, dass für die ab August 2014 dem Beschwerdeführer zustehende Ausgleichszahlung der Erlass des Bundesministeriums für Finanzen vom 31.1.2013, BMF-110901/0001-V/2/2013, zu berücksichtigen ist. Demnach werden Ansprüche auf Ausgleichszahlungen ab dem Jahr 2013 vom Finanzamt mit einer Mitteilung im Sinne § 12 FLAG bekannt gegeben. Die bisherige (für Zeiträume bis Dezember 2012 geltende) Verwaltungspraxis, wonach die Gewährung eine Ausgleichs- oder Differenzzahlung mit Bescheid erfolgte (vgl. Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 13 Tz 3) ist damit obsolet. An diese Verwaltungspraxis hat sich nebenbei bemerkbar schon der Unabhängige Finanzsenat nicht immer gehalten (vgl. z.B. UFS 14.7.2008, RV/0965-G/07; Aufhebung des angefochtenen Bescheides und Verweis auf § 13 FLAG). Die gegenständliche Entscheidung hat sich daher auf die Aufhebung des angefochtenen Bescheides beschränkt. Die Erlassung einer entsprechenden Mitteilung im Sinne des § 12 FLAG an den Beschwerdeführer sowie die konkrete Berechnung der Ausgleichszahlung obliegt dem Finanzamt. Dazu wird vom Finanzamt aber zuvor noch abzuklären sein, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe in Tschechien ein Beihilfenanspruch besteht, da dieser den Anspruch des Beschwerdeführers auf Ausgleichszahlung vermindern würde (vgl. Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 53 Tz 195 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EuGH; vgl. hilfsweise auch VwGH 2.2.2010, 2009/15/0209 zu § 4 FLAG: Es komme nicht darauf an, ob der Anspruch auf ausländische Beihilfe auch tatsächlich geltend gemacht worden ist, sondern ob ein solcher Anspruch besteht; nichts anderes ergebe sich auch aus Art. 76 der VO (EWG) Nr. 1408/71 [Vorgängerbestimmung zu Art. 68 der VO (EG) Nr. 883/2004]). In der aktenkundigen Bescheinigung E 411 wurde lediglich bestätigt, dass in Tschechien kein Antrag auf Gewährung von Familienleistungen gestellt worden ist. Ob in Tschechien ein Anspruch auf Kindergeld besteht, steht damit noch nicht fest. Sollte sich in weiterer Folge ergeben, dass in Tschechien aufgrund der Höhe des Familieneinkommens, welches für einen Anspruch auf Kindergeld entscheidend ist, tatsächlich kein Anspruch besteht, steht dem Beschwerdeführer eine Differenzzahlung in voller Höhe der österreichischen Familienbeihilfe zu; andernfalls ist die Höhe des Anspruches auf tschechisches Kindergeld von der Höhe der österreichischen Familienbeihilfe abzuziehen und besteht nur ein Anspruch auf die daraus resultierende Differenz (Differenzzahlung).

## **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).

Linz, am 21. Oktober 2016