



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 13. Dezember 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, vertreten durch ADir. Brigitte Grandits, vom 21. November 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind Y ab 1. Juli 2006 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Für das Kind Y , geb. am 25.7.1989 steht ab dem 1. August 2006 Familienbeihilfe zu.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) ist österreichische Staatsbürgerin und lebt in Wien.

Am 17.7.2006 beantragte sie die Zuerkennung von Familienbeihilfe für das 1989 geborene Mädchen Y, die am 14.7.2006 aus der Volksrepublik China nach Österreich eingereist ist und bei der Bw. ständig wohnt.

Beigelegt war dem Antrag ein österreichisches Visum des Kindes Y für den Zeitraum 25.6.2006 bis 24.10.2006.

Ein Auszug aus dem zentralen Melderegister bestätigt, dass Y am Wohnsitz der Bw. seit dem 17.7.2006 hauptgemeldet ist.

Weiters ist eine Aufenthaltsbewilligung als Schülerin gültig vom 30.8.2006 bis zum 10.8.2007 aktenkundig.

Einer Bestätigung eines Wiener Bundesgymnasiums vom 22.6.2006 zufolge war das Kind Y für das Schuljahr 2006/2007 für die 5. Klasse angemeldet. Mit Schreiben vom 21.11.2006 bestätigte die Schule, dass das Kind die 5. Klasse auch besucht.

Einem beglaubigten aus dem chinesischen übersetzten Schriftstück zufolge, bevollmächtigte die in der Volksrepublik China lebende Schwester der Bw. die Bw. am 9. 5. 2006 als Vormund des Kindes Y (als auch als „Ernährer“), während die Tochter Y in Österreich die Schule besucht.

Am 21.11.2006 wies das Finanzamt Wien 4/5/10 den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe ab dem Zeitraum 7/2006 für das Kind Y ab.

Begründend führte das Finanzamt aus:

„Gem. § 3 Abs 1 FLAG 1967 geändert durch das Bundesgesetzblatt Nr. 157/2004 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich gem. §§ 8 und 9 NAG Bundesgesetzblatt Nr. 100/2005 rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gem. § 8 Abs 1 Z 5 werden Aufenthaltstitel als Aufenthaltsbewilligung erteilt für einen vorübergehenden befristeten Aufenthalt im Bundesgebiet zu einem bestimmten Zweck, mit der Möglichkeit, anschließend eine Niederlassungsbewilligung zu erlangen, sofern dies in diesem Bundesgesetz vorgesehen ist.

Dies begründet jedoch nicht automatisch einen Anspruch auf Familienbeihilfe. Für ausländische Studierende/Schüler in Österreich mit einer Aufenthaltsbewilligung für Studierende/Schüler gem. § 8 NAG besteht trotz rechtmäßigem Aufenthalt kein österreichischer Familienbeihilfeanspruch, da sich diese Personen nur für Ausbildungszwecke vorübergehend in Österreich aufhalten.

Am 13.12.2006 legte die Bw. gegen den genannten Bescheid das Rechtsmittel der Berufung ein.

Wie sie ausführt, habe sie nach Auskunft eines Rechtsanwaltes Anrecht auf Gewährung von Familienbeihilfe für das Kind Y.

Im bekämpften Bescheid sei die Tatsache, dass die Bw. die Vormundschaft für das Kind Y innehatte, nicht berücksichtigt worden.

In mehreren gleich gelagerten Fällen im Bekanntenkreis der Bw. sei sehr wohl Familienbeihilfe gewährt worden.

Am 11.6.2007 erließ das Finanzamt Wien 4/5/10 hinsichtlich der Berufung vom 13.12.2006 gegen den Bescheid vom 21.11.2006 eine abweisende Berufungsvorentscheidung.

Im wesentlichen wurde die Begründung des Abweisungsbescheides vom 21.11.2006 wiederholt.

Am 9.7.2007 erhob die Bw. hinsichtlich ihrer Berufung einen Vorlageantrag und begründete diesen wie folgt:

Ihre Nichte besuche ein Gymnasium in Wien und werde in weiterer Folge ein Studium an der Universität für Bodenkultur besuchen, daher sei ihr Aufenthalt nicht nur vorübergehend, sondern dauernd.

Das Kind sei minderjährig, daher sei die Bw. als Pflegemutter anerkannt.

Das Kind sei im dritten Grad mit der Bw. verwandt.

Laut Auskunft eines Rechtsanwaltes sowie eines Steuerberaters –beide in diesen Dingen versierte Spezialisten- seien die genannten Gründe für die Zuerkennung von Familienbeihilfe ausreichend. Es sei nicht nachvollziehbar, warum diese Argumente nicht anerkannt würden und beiden Seiten dadurch Arbeit und Kosten erwachsen würden.

Am 11.12.2007 legte das Finanzamt Wien 4/5/10 die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Strittig sei, ob Familienbeihilfe für ein Pflegekind, das sich in Österreich nur zu Studienzwecken aufhielte, zustünde.

Am 15.1.2008 wurde Y vor dem Unabhängigem Finanzsenat als Zeugin einvernommen. Die Zeugin legt die laufende Aufenthaltsbewilligung von 11.8.2007 bis 11.8.2008 als Schülerin vor.

Auch legt die Zeugin einen Reisepass der Volksrepublik China vor, aus dem hervorgeht, dass sie seit ihrer Einreise nach Österreich noch nie nach China zurückgekehrt ist.

Auch über Befragen gibt die Zeugin an, dass sie, seit sie in Österreich lebt, nie mehr in China gewesen ist.

Die Zeugin legt eine Bestätigung des Bundesgymnasiums Wien 23 vor, in der der Zeugin von ihrer Klassenvorständin eine Belobigung für ihre großartige Leistung, dass sie trotz großer sprachlicher Anfangsschwierigkeiten einen so guten schulischen Erfolg erbracht habe und sich auch so gut in die Klasse integriert habe, erhalten habe.

Die Zeugin gibt an, in Österreich sozialversichert zu sein.

Die Tante und der Onkel seien österreichische Staatsbürger; seit ihrer Einreise lebe die Zeugin im Haushalt ihrer Tante und ihres Onkels; die beiden seien „zu ihrer Familie“ geworden.

Die Zeugin gibt an, dass sich die beiden wie Eltern um sie kümmerten.

Sie habe in Wien Freunde und Klassenkameraden, mit denen sie regelmäßig etwas unternimmt. („Wir gehen Badminton spielen, ins Kino,...“)

Zu ihren ehemaligen Freunden in China habe sie kaum noch Kontakt (das letzte Mal habe sie 2006 mit einer Freundin in China telefoniert, seither nicht mehr).

Ungefähr jedes Monat telefoniere die Zeugin mit ihren Eltern in China (oder wenn die Mutter oder der Vater Geburtstag hätten).

Die Ferien verbringe die Zeugin bisher immer in Österreich, um die Sprache ehest möglich zu erlernen.

Die Zeugin gibt an, sich sehr für die österreichische Kultur zu interessieren (sie gehe regelmäßig in die Albertina), sie fühle sich in Österreich zu Hause.

Sie spräche ausschließlich mit ihren Freundinnen deutsch; sie möchte unbedingt perfekt deutsch erlernen.

Nachdem sie das Gymnasium beendet haben werde, möchte sie in Österreich studieren und unbedingt nach dem Studium in Österreich bleiben (einen Beruf ergreifen, hier leben,...).

Sie sei sich noch nicht sicher, welchen Beruf sie ergreifen möchte.

Sie möchte nie mehr nach China zurückziehen (höchstens einmal einen Urlaub verbringen, „ich wohne in Österreich“).

Die Zeugenaussage wurde dem Finanzamt zur Gegenäußerung versendet.

Das Finanzamt nahm dazu wie folgt Stellung:

„Das Pflegekind Y hat den ersten Aufenthaltstitel als Schüler bekommen und auch wieder die Verlängerung als Schüler.

Es stellt sich die Frage, warum kein Aufenthaltstitel auf Grund Familiengemeinschaft ausgestellt werden kann, wenn es sich um ein so enges Verwandtschaftsverhältnis handelt. Soweit, dass eine eventuelle Adoption erfolgen könnte, dürften die Familienbande nicht gehen, da auch auf der Bevollmächtigung der Vormund nur während des Schulbesuches in Österreich festgelegt wurde.

Die leiblichen Eltern wurden in der Aussage nur kurz erwähnt. Es geht nicht hervor, ob diesbezüglich die Bindung zum Heimatstaat vollkommen aufgegeben wurde“.

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

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zugrunde gelegt.

Die in China geborene Bw. ist österreichische Staatsbürgerin und hat ihren Wohnsitz in Wien. Sie ist seit 1999 mit einem österreichischen Staatsbürger verheiratet und hat zwei leibliche Kinder. Beide Ehegatten arbeiten in Österreich. Die Bw. hat ihren Lebensmittelpunkt in Österreich.

Ihre in der Volksrepublik China lebende Schwester und deren Ehemann bevollmächtigten am 9.5.2006 die Bw. als Vormund „und Ernährer“ für deren Tochter Y (geb. 25.7.1989), während Y in Österreich die Schule besuche. Y ist chinesische Staatsbürgerin.

Y ist am 14.7.2006 nach Österreich eingereist; am 10.8.2006 erhielt sie vom Amt der Wiener Landesregierung eine Aufenthaltsgenehmigung unter dem Titel „Schüler“ und dem Vermerk „Arbeitsmarktzugang nur mit Arbeitsmarktdokument“.

Wie Y in ihrer Zeugenaussage vor den Unabhängigen Finanzsenat angibt, ist sie seit ihrer Einreise nach Österreich nie mehr in China gewesen, sie lebt mit Tante (Vormund) und Onkel, die sich wie Eltern um sie kümmern, in einem gemeinsamen Haushalt, sie hat sich hier ihren Freundeskreis aufgebaut und telefoniert nur mehr gelegentlich mit ihren Eltern oder früheren Freunden in China.

Sie möchte nach Absolvierung des Studiums in Österreich studieren und anschließend hier arbeiten und leben.

Eine Rückkehr nach China hält sie aus heutiger Sicht für ausgeschlossen.

Dass ein Anspruch der Bw. auf eine ausländische Beihilfe für Y besteht, ist nicht ersichtlich.

Nicht festgestellt werden kann, dass bereits vor August 2006 der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Y in Österreich lag.

Diese Tatsachenfeststellungen gründen sich auf den Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes, auf die Zeugenaussage des Kindes Y vor dem Unabhängigen Finanzsenat und auf die Gegenäußerung des Finanzamtes zu der ihm übermittelten Zeugenaussage.

Die genannten Umstände sind dahingehend zu würdigen, dass sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Kindes Y im Berufszeitraum in Österreich befindet.

Der Unabhängige Finanzsenat folgt diesbezüglich den glaubwürdigen Angaben des – im Zeitpunkt seiner Zeugenaussage mehr als 18 Jahre alten – Kindes Y:

Das Kind lebt seit 2006 in Österreich mit Onkel und Tante in einem gemeinsamen Haushalt und gibt an, dass sich beide wie Eltern um sie kümmern. Wie aus der Zeugenaussage unmissverständlich hervorgeht, telefoniert das Kind Y nur mehr gelegentlich mit ihren leiblichen Eltern und hat keinerlei laufenden Kontakt mehr mit ihnen. Auch war sie seit ihrer Einreise nach Österreich nie mehr bei ihren leiblichen Eltern zu Besuch.

Das Finanzamt wendet in seiner Stellungnahme zur Zeugenaussage ein, dass es sich um keine engen Familienbande der Bw. zu ihrer Nichte handeln dürfe, da die Aufenthaltsgenehmigung als Schülerin und nicht als Familienangehörige ausgestellt wurde und die Tante auch nur Vormund für die Dauer des Schulbesuches sei. Außerdem sei die Beziehung zu den leiblichen Eltern ungeklärt.

Dem Einwand des Finanzamtes, es ginge nicht hervor, ob betreffend der leiblichen Eltern die Bindung zum Herkunftsstaat gänzlich aufgegeben wurde, kann seitens des Unabhängigen Finanzsenates nicht gefolgt werden.

Zunächst ist festzuhalten, dass für diese Frage unmaßgebend ist, ob der Aufenthaltstitel die Begründung „Schüler“ oder „Familienangehöriger“ trägt. Da nur die so genannte „Kernfamilie“ niederlassungsrechtlich für einen Aufenthaltstitel als „Familienangehöriger“ in Betracht kommt und das NAG in § 2 Abs. 1 Z 9 zu dieser „Kernfamilie“ weder Pflegekinder noch volljährige Kinder rechnet, kam schon aus rechtlichen Gründen die Erteilung eines Aufenthaltstitels als „Familienangehöriger“ nicht in Betracht, ohne dass hieraus etwas für die hier zu beurteilende Frage gewonnen wäre.

Y hat sich in der Familie ihrer Tante und ihres Onkels eingelebt. Dass sie gelegentlich mit ihren leiblichen Eltern telefoniert, ist bei einer funktionierenden Eltern-Kind-Beziehung wohl selbstverständlich, steht aber der Tatsache der Verlagerung des Mittelpunktes der Lebensinteressen nicht entgegen. Es kann vom Finanzamt nicht ernstlich verlangt werden, dass ein Kind, das seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen vom Elternhaus weg verlagert, auch jeden weiteren Kontakt mit seinen Eltern abbrechen müsste. Für die Frage des Lebensmittelpunktes ist auch nicht erforderlich, dass die mittlerweile (jedenfalls nach österreichischem Recht) volljährige Y von ihren österreichischen Verwandten adoptiert werden müsste.

Wie das Ermittlungsverfahren ergeben hat, liegen die altersgemäßen sozialen Kontakte der Y in Österreich. Hier hat Y Freunde gewonnen, mit denen sie gemeinsam ihre Freizeit gestaltet. Zu ihren ehemaligen Freunden in China hat sie im Wesentlichen den Kontakt verloren.

Die Ferien werden in Österreich verbracht; Y ist auch an der österreichischen Kultur sehr interessiert.

Es ist es glaubwürdig, dass Y nach Absolvierung der gesamten schulischen und einer allfälligen universitären Ausbildung, dem Erlernen einer für sie sehr schweren neuen Sprache und dem Einleben in einen völlig anderen Kulturkreis – wie aus einer Bestätigung des Bundesgymnasiums hervorgeht, sind die schulischen Erfolge des Mädchens bisher ausgezeichnet- vor hat, in Österreich einen ihrer erworbenen Kenntnisse entsprechenden Beruf auszuüben und hier zu leben.

Y „fühlt sich in Österreich zu Hause“, „sie möchte nie mehr nach China zurückziehen“.

Es ist daher die Verlegung des Mittelpunktes der Lebensinteressen nach Österreich zu bejahen. Dass im Lauf eines Lebens dieser Mittelpunkt Veränderungen unterworfen sein kann ist für den Berufszeitraum ebenso wenig von Bedeutung wie der Umstand, dass aus heutiger Sicht nicht gesagt werden kann, ob niederlassungsrechtlich ein lebenslanger Aufenthalt in Österreich möglich sein wird. Freilich kann nicht festgestellt werden, dass bereits zu Beginn des Aufenthaltes in Österreich im Juli 2006 aus Sicht der Y der Lebensmittelpunkt nach Österreich verlagert wurde: Die Integration in ihre in Österreich lebende Pflegefamilie, der Aufbau eines Freundeskreises in Österreich sowie die Annahme Österreichs als neue Heimat beansprucht eine gewisse Zeit.

Was den Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. anlangt, besteht kein Zweifel daran (und wird ein solcher auch nicht vom Finanzamt vorgetragen), dass dieser in Österreich gelegen ist.

Rechtlich folgt daraus:

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter anderem für minderjährige Kinder und für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet werden.

Diese Tatbestandsvoraussetzungen sind erfüllt, da die Bw. in Wien ihren Wohnsitz hat und Y im Berufszeitraum entweder minderjährig war oder für einen Beruf ausgebildet wurde, ohne das 26. Lebensjahr vollendet zu haben.

Nach § 2 Abs. 3 lit. d FLAG 1967 sind Kinder im Sinne des Abs. 1 dieses Paragraphen unter anderem „deren Pflegekinder (§§ 186 und 186 a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches)“.

Auch diese Voraussetzung ist erfüllt. 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.

Pflege und Erziehung der Y werden von der Bw. und ihrem Ehepartner besorgt; Y hat angegeben, dass die beiden sich „wie Eltern“ um sie kümmern und „zu ihrer Familie“ geworden seien.

Familienbeihilfe kann nach den – den Unabhängigen Finanzsenat nicht bindenden – Durchführungsrichtlinien zum FLAG 1967 auch bei einem nur vorübergehenden Pflegekindschaftsverhältnis gewährt werden, wenn eine eindeutige

Lebensschwerpunktverlagerung des Kindes zu den Pflegeeltern vorliegt, die sich – anders als bei einer Überlassung auf nur kurze Zeit, etwa während elterlicher Reisen oder Urlaube bzw. bloß stundenweiser Betreuung - im Wechsel des Kindes in den Haushalt der Pflegeeltern ausdrückt. Eine derartige Verlagerung des Lebensmittelpunktes des Kindes zur Familie der Bw. ist gegeben.

§ 2 Abs. 8 FLAG 1967 lautet in der ab 2006 (§ 55 FLAG 1967) gültigen Fassung (BGBl. I Nr. 100/2005): „(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.“

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 3 Abs. 2 FLAG 1967 besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Bei Adoptiv- und Pflegekindern wird Familienbeihilfe rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8 FLAG 1967) durch den Elternteil und das Kind gewährt (§ 3 Abs. 5 FLAG 1967).

Der Initiativantrag der Abgeordneten Heidrun Sihavy, Ridi Steibl, Kolleginnen und Kollegen, vom 14.12.2006, 62/A XXIII. GP, führt hierzu aus:

„Die für nachgeborene Kinder vorgeschlagenen Bestimmungen sollen gleichermaßen auch für Adoptiv- und Pflegekinder gelten (vgl. § 2 Abs. 3 FLAG und § 2 Abs. 1 KBGG), und zwar mit der Maßgabe, dass die Familienbeihilfe bzw. das Kinderbetreuungsgeld rückwirkend bis zum Zeitpunkt der Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen des Adoptiv- bzw. Pflegekindes in Österreich gewährt wird, sofern dem Adoptiv- bzw. Pflegeeltern bereits vorher ein Aufenthaltstitel nach dem NAG erteilt bzw. der Status des Asylberechtigten zuerkannt wurde. Als notwendige Voraussetzung gilt weiters, dass zum Zeitpunkt der Begründung des Lebensmittelpunktes des Kindes in Österreich das Adoptions- bzw. Pflegeverhältnis rechtswirksam bestanden hat.“

Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden (§ 10 Abs. 2 FLAG 1967).

Unstrittig ist, dass sich Y nach §§ 8 f. NAG rechtmäßig in Österreich aufhält. Die Erteilung eines Aufenthaltstitels – ab 10.8.2006 - ist auch aktenkundig.

Die Voraussetzungen für einen Familienbeihilfenbezug ab 1.8.2006 (Monatsbeginn)

- Wohnsitz der Bw. im Bundesgebiet
- minderjähriges Pflegekind
- Haushaltszugehörigkeit der Y



- Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. in Österreich
- österreichische Staatsbürgerschaft der Bw.
- rechtmäßiger Aufenthalt nach den §§ 8 f. NAG des Pflegekindes in Österreich
- keine gleichartige ausländische Beihilfe für Y

sind gegeben.

Der Mittelpunkt der Lebensinteressen des Kindes ist hier – und das übersieht das Finanzamt in seiner Argumentation – nur dann maßgebend, wenn das Kind selbst – und nicht wie hier die (Pflege)Mutter – Anspruch auf Familienbeihilfe hat. Daher gehen die auf Kinder ausländischer Studierender abzielenden Ausführungen des Finanzamtes – unabhängig davon, ob diese zutreffend sind (vgl. dazu etwa UFS Wien, 11.7.2006, RV/1187-W/06, UFS Salzburg, 19.3.2007, RV/0424-S/06, oder UFS Wien, 24.9.2007, RV/1797-W/07) – ins Leere, da die anspruchsberechtigte Pflegemutter jedenfalls ihren Lebensmittelpunkt in Österreich hat. Im übrigen liegt nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens auch der Lebensmittelpunkt der Y in Österreich.

Nach den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ist Y seit 14.7.2006 in Österreich, ein Aufenthaltstitel nach den §§ 8 f. NAG besteht freilich erst seit 10.8.2006 (zuvor erfolgte die Einreise auf Grund eines gültigen Visums). Da nicht festgestellt werden konnte, dass Y ihren Lebensmittelpunkt bereits im Juli 2006 nach Österreich verlagert hat (was Voraussetzung für eine rückwirkende Gewährung nach § 3 Abs. 5 FLAG 1967 wäre), steht die Familienbeihilfe erst ab August 2006 zu.

Der Berufung ist daher teilweise Folge zu geben und der angefochtene Bescheid dahingehend abzuändern, dass ab August 2006 Familienbeihilfe für Y gewährt wird.

Wien, am 25. Jänner 2008