



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Herrn X in XY, vom 6. Dezember 2010 gegen die Abweisungsbescheide des Finanzamtes Graz-Stadt vom 5. November 2010 betreffend eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Pflegekinder A und B ab 1. September 2010 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist österreichischer Staatsbürger und lebt in XY .

Am 16. Oktober 2010 beantragte er die Zuerkennung der Familienbeihilfe für die im Spruch genannten Kinder.

Beigelegt waren dem Antrag die Geburtsurkunden der Kinder, ein beglaubigter Pflegevertrag vom 10. Juni 2010 und die Aufenthaltstitel als Schüler ab 1. September 2010.

Im Zuge des Verfahrens wurden die Schulbesuchsbestätigungen der Hauptschule Graz – yz vom 20. Oktober 2010 nachgereicht.

Ein Auszug aus dem zentralen Melderegister bestätigt, dass die Kinder am Wohnsitz des Berufungswerbers seit dem 26. August 2010 mit Hauptwohnsitz gemeldet sind.

Am 5. November 2010 wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab und verwies zusammenfassend auf den [§ 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#)

(FLAG) worin ausgeführt ist, dass Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Inland haben.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2010 legte der Berufungswerber gegen den genannten Bescheid das Rechtsmittel der Berufung direkt beim unabhängigen Finanzsenat ein.

Als Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

Die Kinder Name.TTMMJJJJ und Name.Geb.Dat., für die die Familienbeihilfe beantragt wurde, sind meine Nichte und meine Schwägerin (Schwester meiner Gattin). Sie sind Staatsangehörige der Demokratischen Bundesrepublik Äthiopien.

Mit den Urkunden des Bundesministeriums für Justiz, Büro für Beglaubigungen und Eintragungen von der Demokratischen Bundesrepublik Äthiopien, haben die Eltern von den oben genannten Kindern die volle Obsorge an uns, Ehepartnern, Herren X und Frau Name übertragen. Wir sind seit Juni 2010 die Pflegeeltern von den beiden Kindern.

Nach § 2 Abs. 3 Familienlastenausgleichungsgesetz 1967 (FLAG 1967) zählen Pflegekinder ([§§ 186](#) und [186a ABGB](#)) zu den Kindern. Sie teilen bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit uns und gehören damit zu unserem Haushalt. Wir, die Pflegeeltern, sind berufstätig und besorgen die Pflege und Erziehung der Kinder zur Gänze.

Gemäß [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur sofern sie sich nach [§§ 8](#) und [9 des Niederlassungs- und Aufenthalts gesetzes](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten. Unsere Pflegekinder halten sich seit August 2010 mit dem Status Aufenthaltsbewilligung "Schüler" rechtmäßig in Österreich auf und besuchen die Neue Mittelschule yz in Graz. Damit erfüllen die Kinder die in § 3 Abs. 2 FLAG genannte Anspruchsvoraussetzung.

Gemäß § 2 Abs. 8 FLAG haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat. Dieser Punkt des Gesetzes bezieht sich nicht auf den 1/2 Aufenthaltstitel per se, sondern auf die Bindung der Betroffenen zu Österreich. Unsere zwei Kinder sind sehr motiviert sich hier zu integrieren. Sie besuchen außerhalb der Schule noch zusätzlich zwei Deutschkurse (bei ISOP und GIBS Graz). Sie haben in kürzester Zeit Freundschaften mit Mitschüler/innen und mit Kindern von unserem Bekanntenkreis geschlossen. Von Lehr- und Leitungspersonal der Schule und Kursstellen wurden die Kinder als besonders motivierte, freundliche, höfliche und kontaktfreudige Schülerinnen charakterisiert. Die Kinder bekommen zu Hause Zuwendung und elterliche Wärme. Infolge

dessen haben sie auch kein Heimweh. Auch an materiellen Dingen fehlt es ihnen nicht. Wir kommen zur Gänze für ihre finanziellen Angelegenheiten auf.

Unserer Ansicht nach sind unsere Kinder nicht nur unsere Blutsverwandten, sondern haben auch eine starke emotionale Bindung zu uns. Zwischen uns und den Kindern besteht eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Kinder und deren Eltern sehr nahe kommende Beziehung. Sie fühlen sich wohl und wollen gerne hier bei uns bleiben.

Schon vor der Übertragung der Obsorge bestand eine enge verwandschaftliche Beziehung neuen Familie zusammengewachsen. Somit ist die Zukunft der Kinder eng mit uns, den Pflegeltern verbunden. Dadurch ist Österreich zu ihrem Lebensmittelpunkt geworden.

Gemäß § 8 (1) Z 5, (5) Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) gibt es für Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung die Möglichkeit der Änderung des Aufenthaltszwecks oder der Erlangung einer Niederlassungsbewilligung. Das bedeutet, dass es unseren Pflegekindern auch in Zukunft möglich ist, sich legal und zeitlich uneingeschränkt in Österreich aufzuhalten.

Aufgrund dieser rechtlichen Möglichkeit ist es nicht angedacht, dass die Kinder nach der Schule wieder nach Äthiopien zurückkehren müssen.

Aufgrund der oben genannten Sachlagen stelle ich die Berufung gegen die Abweisung meines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe, damit meine Familie wie alle andere Familien die Unterstützung bei der Pflege und Erziehung bekommt.

Meinen Kindern steht die Familienbeihilfe zu, da sie alle Voraussetzungen erfüllen. Der Abweisungsbescheid stellt somit eine Ungleichbehandlung dar.

Ausdrücklich möchte ich noch auf die Berufungsentscheidungen, Steuer (Referent) UFSG, GZ RV/0207-G/09 vom 24.06.2009 und Steuer (Referent) UFSW, GZ. RV/3529-W/07 vom 25.01.2008 verweisen. Hier haben die Unabhängigen Finanzsenats bereits positiv über die Gewährung der Familienbeihilfe für ein Pflegekind aus einem Drittstaat entschieden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Nach § 2 Abs. 1 FLAG haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder sowie die bestimmt aufgezählten volljährigen Kinder. Nach seinem Abs. 2 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere

Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist. Nach Abs. 3 dieser Gesetzesstelle zählen Pflegekinder ([§§ 186](#) und [186a ABGB](#)) zu den Kindern im Sinne dieses Abschnittes.

Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall 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.

Familienbeihilfe kann nach den - den Unabhängigen Finanzsenat nicht bindenden - Durchführungsrichtlinien zum FLAG 1967 auch bei einem nur vorübergehenden Pflegekindschaftsverhältnis gewährt werden, wenn eine eindeutige Lebensschwerpunkt-verlagerung 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 der Kinder zur Familie des Berufungswerbers ist gegeben. Es ist auch aus der Lebenserfahrung zu unterstellen, dass die Kinder die in Österreich zur Schule gehen, fleißig Deutschkurse besuchen und in ihrer Heimat fast keine Zukunftschancen haben, ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen wohl in Österreich haben, auch wenn der Aufenthaltstitel auf "Schüler" lautet.

[§ 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."

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](#)).

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

Gemäß [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#), in der maßgeblichen Fassung, besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur, sofern sie sich nach [§§ 8](#) und [9 des Niederlassungs- und Aufenthalts gesetzes](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Schließlich besteht gemäß [§ 5 Abs. 3 und Abs. 4 FLAG 1967](#) kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, sowie für Kinder, für die

Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Allerdings wird in letzterem Fall die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) dadurch nicht ausgeschlossen.

Nach herrschender Auffassung ist der ständige Aufenthalt im Sinne des [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach [§ 26 Abs. 2 BAO](#) zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften 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. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. u.a. VwGH 15.11.2005, [2002/14/0103](#); 20.6.2000, [98/15/0016](#); 2.6.2004, [2001/13/0160](#)).

Die im [§ 63 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) geregelte Aufenthaltsbewilligung für Schüler ist eine der im [§ 8 Abs. 1 Z 5 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) genannten Aufenthaltsbewilligungen. Da die Kinder im Besitz einer derartigen Aufenthaltsbewilligung gemäß [§ 8 Abs. 1 Z 5 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) sind, halten sie sich nach [§ 8 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) rechtmäßig in Österreich auf, und erfüllen somit die in [§ 3 Abs. 2 FLAG 1967](#) genannte Anspruchsvoraussetzung.

Die Erteilung eines Aufenthaltstitels als Schüler ab 1. September 2010 bis 1. September 2011 ist ebenfalls aktenkundig.

Dazu hat der VwGH in seinem Erkenntnis vom 21.9.2009, 2009/16/0178 ua. Folgendes ausgeführt:

Dem Umstand allein, dass die Aufenthaltsbewilligung nach § 8 Abs. 1 Z 5 iVm [§ 63 NAG](#) nicht unbefristet erteilt worden ist, hat die belangte Behörde zu Recht keine entscheidende Bedeutung zugemessen, zumal eine Verlängerung ([§ 63 Abs. 3 NAG](#)) möglich und einmal auch tatsächlich bereits erfolgt ist.

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 der (Pflege)Vater - Anspruch auf Familienbeihilfe hat. Daher gehen die auf Kinder ausländischer Studierender abzielenden Ausführungen des Finanzamtes - unabhängig davon, ob diese zutreffend sind (vgl. RV/0207-G/09, RV/1187-W/06, RV/0424-S/06, oder RV/1797-W/07) - ins

Leere, da der anspruchsberechtigte Pflegevater jedenfalls seinen Lebensmittelpunkt in Österreich hat.

Über die Berufung war wie im Spruch angeführt zu entscheiden.

Graz, am 31. Mai 2011