

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF, über die Beschwerde vom 9.3.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 27.2.2015 zu VNR, mit dem ein Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind K ab September 2014 abgewiesen wurden, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird stattgegeben. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin beantragte mittels undatiertem, am 25.9.2014 beim Finanzamt eingelangtem Formblatt Beih 1 die Gewährung der Familienbeihilfe für ihr Pflegekind K (österreichischer Staatsbürger).

Das am x.xx.xxxx geborene Kind ist der Neffe der Beschwerdeführerin, seit 27.6.2013 am Wohnsitz der Beschwerdeführerin gemeldet, besucht laut der im Akt erliegenden Schulbesuchsbestätigung seit dem 23.9.2013 (Schuljahr 2013/2014) die Hotelfachschule in B, und ist im Internat des OÖ Studentenwerkes in B untergebracht. Die Kosten für die Unterbringung in diesem Internat werden vom Kindesvater getragen.

Der Kindesvater ist österreichischer Staatsbürger und Bruder der Beschwerdeführerin und lebt mit der Kindesmutter (philippinische Staatsbürgerin) auf den Philippinen.

Die Obsorge für das Kind wurde mit notariell beglaubigter Erklärung der Eltern vom 27.1.2014 der Beschwerdeführerin übertragen. In dieser Erklärung wird unter anderem darauf hingewiesen, dass das Kind seinem "Studium" in Österreich nachgehen und bei seiner leiblichen Tante (der Beschwerdeführerin) leben möchte. Diese besitze alle Voraussetzungen, die Obsorge des Kindes zu übernehmen und sei fähig, diesem die notwendige Fürsorge und Liebe zu gewähren und Kummer vom Kind abzuwehren, während es unter ihrer Obsorge mit ihr lebe.

Mit **Bescheid vom 27.2.2015** wies das Finanzamt den Beihilfenantrag der Beschwerdeführerin ab. Ein Pflegschaftsverhältnis im Sinne des § 186 ABGB sei nur dann anzunehmen, wenn der Pflegeperson tatsächlich die Pflege des Kindes übertragen

werde und sie diese Aufgabe in überwiegendem Ausmaß selbst erfüllte. Es müsse eine eindeutige Lebensschwerpunktverlagerung des Kindes zu den Pflegeeltern vorliegen, wobei sich diese Verlagerung im Wechsel in den Haushalt der Pflegeeltern auf nicht bloß vorübergehende Dauer ausdrücke. Das Kind sei im Internat untergebracht, die Kosten dafür würden von den Eltern getragen, das Kind habe die Weihnachtsferien bei den leiblichen Eltern verbracht.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die **Beschwerde vom 9.3.2015**, beim Finanzamt eingelangt am 18.3.2015. Die Beschwerdeführerin wies darauf hin, dass sich der Lebensschwerpunkt des Kindes eindeutig bei ihr befinde. Ihr Bruder zahle wohl die Internatskosten, aber alle anderen Lebenshaltungskosten (Busfahrkarten nach B; Fahrkarten der Linz AG; von Freitagmittag bis Montagfrüh: Frühstück, Mittagessen, Abendessen; Obst und Süßspeise bzw. Jause; Wäsche waschen inkl. Bettwäsche; Taschengeld; Schulsachen) trage sie. Diese Kosten würden ihr auch nicht abgegolten. Die Familienbeihilfe stehe jedem Österreicher unter 18 Jahren zu. Sie sei in Österreich die "erziehungsberechtigte Vertretung" des Kindes.

Das Finanzamt wies diese Beschwerde mit **Beschwerdevorentscheidung vom 2.7.2015** als unbegründet ab, da das Kind nicht dem Haushalt der Beschwerdeführerin zugehörig sei. Es fehle an einer entsprechenden Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft. Unter Wohngemeinschaft verstehe man das Zusammenleben mehrerer Personen in einer Wohnung. Es sei daher entscheidend in welchem Haushalt das Kind gewöhnlich seinen Alltag verbringe, die Mittel des Haushalts benutze, wo es üblicherweise nächtige und von wo aus es die Schule (Berufsschule, Arbeitsstelle) besuche. Eine Wirtschaftsgemeinschaft liegt dann vor, wenn zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen würden. Ein Kind gelte somit dort und dann als haushaltszugehörig, wenn es in einem bestimmten Haushalt wohne, und dort betreut und versorgt werde. Ihr Neffe sei im Internat B untergebracht, die monatlichen Kosten dafür in Höhe von 363,00 € würden vom Kindesvater getragen. Es fehle an einer Zugehörigkeit des Kindes zum Haushalt der Beschwerdeführerin und einer überwiegenden Kostentragung durch diese.

Im **Vorlageantrag vom 13.7.2015** wies die Beschwerdeführerin darauf hin, dass das Kind österreichischer Staatsbürger und bei ihr nicht nur hauptgemeldet sei, sondern auch zweieinhalb bis drei Tage pro Woche (gemeint sind damit offenkundig die schulfreien Wochenden) und auch die Freizeit (Ferien) in ihrem Haushalt verbringe. Vom Kindesvater würden wohl die Internatskosten getragen, aber den Rest der Kosten trage sie allein, wie zum Beispiel Fahrgeld, Essen (mindestens dreimal täglich während des Aufenthalts bei ihr), Wäsche waschen und bügeln, Taschengeld für etwaige Bedürfnisse. Sie glaube, dass dadurch die Haushaltszugehörigkeit gegeben sei, noch dazu, wo sie für die Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft nach ihren Begriffen die gewünschte Bedeutung habe. In Österreich sei sie allein für ihn zuständig.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den vom Finanzamt vorgelegten Aktenteilen, den Eingaben der Beschwerdeführerin, den von ihr vorgelegten Unterlagen, den Anmerkungen in der Beihilfendatenbank sowie den Eintragungen im Zentralen Melderegister.

Rechtslage und Erwägungen

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) normiert (auszugsweise):

(1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat 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.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

a) deren Nachkommen,

b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,

c) deren Stiefkinder,

d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,

b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Gemäß § 184 ABGB in der ab 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 dem bis 31.1.2013 in Geltung gestandenen § 186 ABGB (vgl. dazu Deixler-Hübner in Kletecka/Schauer, ABGB-ON, § 184), auf den § 2 Abs. 3 lit. d FLAG nach wie vor verweist (richtigerweise wäre dieser Verweis vom Gesetzgeber zu korrigieren). Es kann daher die zu dieser Vorgängerbestimmung entwickelte Lehre und Rechtsprechung weiterhin herangezogen werden.

Seit dem KindRÄG 2001 bietet § 186 ABGB 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)."

Die Voraussetzungen für die Annahme eines Pflegschaftsverhältnisse im Verhältnis der Beschwerdeführerin zu ihrem Neffen sind im gegenständlichen Fall erfüllt. Die Obsorge wurde ihr von den Eltern ausdrücklich übertragen. Es besteht auch kein Zweifel daran, dass aufgrund der Ausführungen in der Erklärung zur Obsorgeübertragung sowie den im gegenständlichen Verfahren dargestellten Betreuungs- und Obsorgeleistungen der Beschwerdeführerin eine emotionale Bindung des Kindes zu dieser ähnlich jener zu seinen leiblichen Eltern besteht und damit eine persönlichen Beziehung vorliegt, die an Intensität dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommt.

Keine Pflegeeltern sind zwar Personen, die das Kind nur vorübergehend oder nur für einen Teil des Tages betreuen (z.B. „Tagesmütter“ u „Tagesväter“, Betreuer in einem Sommerlager, Betreuung nur während der urlaubs- oder krankheitsbedingten Abwesenheit der Eltern oder des allein obsorgebetrauten Elternteils), ebenso wenig Personen, für die die – wenn auch dauerhafte – Betreuung des Kindes nicht mit dessen Eingliederung in den eigenen Lebenszusammenhang verbunden ist (z.B. Betreuer in einem Internat oder Heim; vgl. dazu Stabentheiner, a.a.O. Tz 1). Von einer nur vorübergehenden Betreuung kann bei einer mehrjährigen Schul- bzw. Berufsausbildung aber keine Rede sein.

Der Neffe der Beschwerdeführerin kommt daher als dieser einen Beihilfenanspruch vermittelndes Kind in Betracht. Voraussetzung dafür ist dessen Zugehörigkeit zum Haushalt der Beschwerdeführerin.

Der Ansicht des Finanzamtes, dass aufgrund der Unterbringung im Internat keine Zugehörigkeit zum Haushalt der Beschwerdeführerin vorliege, kann aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind gemäß § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Eine einheitliche Wirtschaftsführung liegt dann vor, wenn das Kind im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend bedacht und damit noch der (pflege-)elterlichen Obsorge teilhaftig wird. Diese Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (§ 2 Abs. 5 lit. a FLAG) oder für Zwecke der *Berufsausübung* (nicht erwähnt wird die *Berufsausbildung*) notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitwohnung bewohnt (§ 2 Abs. 5 lit. b FLAG).

Von einer nur vorübergehenden Abwesenheit im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG kann dann gesprochen werden, wenn sich das Kind für Zwecke einer Ausbildung oder für Zwecke des Studiums woanders aufhält. Bei einer Zweitunterkunft für Zwecke eines Schulbesuches wird im Allgemeinen angenommen werden müssen, dass die Zweitunterkunft nur vorübergehend benutzt wird (so schon Wittmann-Galletta, Kommentar zum FLAG, § 2, C, Seite 11; ebenso z.B. UFS 7.10.2011, RV/0202-G/11; im Ergebnis ebenso UFS 3.3.2008, RV/1686-W/05, wenn auch in dieser Entscheidung unzutreffend § 2 Abs. 5 lit. b FLAG ins Treffen geführt wird [richtig und gemeint wohl auch hier § 2 Abs. 5 lit. a FLAG]; selbst der VwGH verwies bezüglich eines auswärts studierenden Kindes in seiner Entscheidung vom 28.2.2002, 2001/15/0207 irrtümlich auf § 2 Abs. 5 lit. b [auch hier offenbar gemeint und als gegebenenfalls zur Anwendung gelangend angesehen: § 2 Abs. 5 lit. a FLAG] und sprach aus, dass die Haushaltszugehörigkeit in einem solchen Fall nicht aufgehoben wird).

Das Kind ist laut Zentralem Melderegister bei der obsorgeberechtigten Beschwerdeführerin gemeldet und wohnt zu den Wochenenden bzw. in der schulfreien Zeit unbestritten auch dort. Dass neben der gemeinsamen Wohnung auch eine einheitliche Wirtschaftsführung vorliegt, ergibt sich aus den von der Beschwerdeführerin dargestellten Betreuungsleistungen, denen ausreichend zu entnehmen ist, dass das Kind im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend bedacht und damit der pflegeelterlichen Obsorge durch die Beschwerdeführerin teilhaftig wird.

Der Aufenthalt im Studentenheim in B ist nur vorübergehend im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG und hebt die Zugehörigkeit zum Haushalt der obsorgeberechtigten Beschwerdeführerin nicht auf. Gleiches gilt für einen allfälligen Aufenthalt des Kindes bei den Eltern in den Ferien.

Da das Kind somit zum Haushalt der Beschwerdeführerin zählt, kommt der Frage der überwiegenden Kostentragung im vorliegenden Fall keine Bedeutung zu. Das ergibt sich schon aus dem klaren Wortlaut des § 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG und ist auch herrschende Lehre und Rechtsprechung (vgl. auch dazu UFS 7.10.2011,

RV/0202-G/11, aber auch z.B. VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054: grundsätzlich ist die Haushaltszugehörigkeit für den Familienbeihilfenanspruch entscheidend, nur subsidiär kommt es auf eine überwiegende Kostentragung an; vgl. auch Wittmann-Galletta, Kommentar zum FLAG, § 2, C, Seite 12 zur überwiegenden Kostentragung).

Insgesamt gesehen erweist sich die gegenständliche Beschwerde damit als berechtigt und war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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. Da im gegenständlichen Verfahren die entscheidungsrelevanten Rechtsfragen bereits ausreichend durch die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt sind, und die Entscheidung von dieser Rechtsprechung nicht abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Linz, am 30. September 2016