

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesfinanzgericht hat durch  
den Richter  
MH

in der Beschwerdesache MK, P, 5 gegen den Bescheid des vom 16.03.2012, betreffend zu Recht erkannt:

1. Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird die Monate September, Oktober, November und Dezember 2010 betreffend abgeändert.

Dem Beschwerdeführer steht für die Monate September, Oktober, November und Dezember 2010 eine Ausgleichszahlung in Höhe von € 858,54 zu.

2. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision beim Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundesverfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundesverfassungsgesetz (B-VG) zulässig/unzulässig.

## Entscheidungsgründe

### 1) Verfahren in der Abgabenbehörde erster Instanz

#### 1.1 Antrag

Der Berufungswerber (Beschwerdeführer) ist seit 5. Juli 2007 als Pfarrprovisor der Pfarre H bzw. seit 31. August 2008 als Pfarrprovisor der Pfarre H im Dekanat T als Kooperator der Stadtpfarre I tätig. Im Oktober 2011 beantragte er für den Zeitraum September 2010 bis Oktober 2011 für den mit ihm und dessen Großtante im gemeinsamen Haushalt in T wohnhaften NB („Neffe“) die Gewährung einer Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe). Das Kind besucht seit 13.9.2010 das Privatgymnasium der HM in Salzburg. N Vater bezieht in der Slowakei Familienleistungen für seinen Sohn in Höhe von € 21.99 pro Monat.

## **1.2 Ersuchen (Bedenkenvorbehalt)**

An den Beschwerdeführer erging ein Bedenkenvorbehalt zu dem wie folgt Stellung genommen wurde.

„*Dienstvertrag*: KES

*Beantwortung*:

*Dienstvertrag ist gleich beiliegendes Bestellungsdekret der ES.*

*Pflegschaftsbehördliche Genehmigung betr.N.*

*Beantwortung*:

*Pflegschaftsbehördliche Genehmigung beantragt – wird nachgereicht. Beiliegendes Protokoll BG R*

*Wer beaufsichtigt N. wen sie auf Dienstreise/n sind?*

*Beantwortung*:

*Während meiner Abwesenheit wird N. von meiner Hausfrau, Frau GM, beaufsichtigt. Sie ist die Schwester der Großmutter von N.*

*Bekanntgabe der Abwesenheiten im Zeitraum 8/2010 – 12/2011*

*Beantwortung*:

*2010: 16.8. – 28.8. – Urlaub*

*2011:*

*15.2. – 19.2. Pilgerreise*

*13.3 – 18.3. Exerzitien*

*12.7. – 25.8. Bildungsreise“*

## **1.3 Abweisung des Antrages**

Der Antrag wurde abgewiesen und unter anderem Folgendes ausgeführt:

„*Sachverhalt*:

*Antragsteller*:

*MK. - keine verwandtschaftl. Beziehung zu NB.*

*Beruf: Pfarrprovisor der Pfarre H*

*Bei Abwesenheit wird das Kind betreut von:*

*GM. - Schwester der Großmutter von NB.*

*Beruf: lt. Angaben Hausfrau des Pfarrprovisors MK.*

*keine Sozialversicherungsdaten, keine Lohnsteuerdaten*

*Hauptwohnsitz in Österreich seit 27.09.2011 (lt. Abfrage Zentralem Meldereg.)*

*Der Anspruch auf Beihilfenleistungen in Österreich wird abgewiesen.*

*Begründung:*

*Familienlastenausgleichsgesetz - Kommentar; Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg)*

*§ 3 FLAG, RZ 293, Seite 200:*

#### *E. Adoptiv- u. Pflegekinder*

*Die Bestimmungen für nachgeborene Kinder gelten gleichermaßen auch für Adoptiv- u. Pflegekinder (vgl. § 2 Abs 3), und zwar mit der Maßgabe, dass die Familienbeihilfe rückwirkend bis zum Zeitpunkt der Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen des Adoptiv- bzw. Pflegekindes in Österreich gewährt wird, sofern dem Adoptiv- bzw. Pflegeelternteil bereits vorher ein Aufenthaltstitel nach dem NAG (Niederlassungs- u. Aufenthaltsgesetz) erteilt bzw. der Status des Asylberechtigten zuerkannt wurde.*

*WEITERE NOTWENDIGE VORAUSSETZUNG ist, dass zum ZEITPUNKT der BEGRÜNDUNG des LEBENSMITTELPUNKTES des Kindes in Österreich das Adoptions- bzw. Pflegeverhältnis bereits rechtswirksam bestanden hat (Mat NR: XXIII. GP IA 62/A).“*

#### **1.4 Berufung (Beschwerde)**

Gegen den Abweisungsbescheid wurde berufen (Beschwerde erhoben) und unter anderem Folgendes ausgeführt:

*„Bei meiner Vorsprache im Oktober 2011 beim Finanzamt, wo ich mich um die Schülerfreifahrt für N. bemühte und meinen Fall offen legte, wurde ich auf die Möglichkeit einer Ausgleichszahlung, auch rückwirkend, aufmerksam gemacht. Nachdem ich alle geforderten Formulare und Bestätigungen beigebracht habe, wurde nachträglich im Rahmen eines Vorhalts, eine Bestätigung durch das Pflegschaftsgericht verlangt, die ich unverzüglich beantragte. Eine positive Erledigung wurde mir seitens des zuständigen Richters des Bezirksgerichtes R zugesagt, ist aber bis heute nicht bei mir eingetroffen.*

*Nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise liegen alle Voraussetzungen für die Gewährung einer Ausgleichszahlung vor. Der Lebensmittelpunkt des Kindes ist, seit Schulbeginn, unbestreitbar in Österreich. Lediglich die formellen Voraussetzungen konnte ich, mangels Kenntnis, nicht zeitgerecht erfüllen. Die pflegschaftsbehördliche Genehmigung werde ich unverzüglich, nach Erhalt, nachbringen.*

*Ich bitte meinem Antrag stattzugeben.“*

## **1.5 Nachrechnung des Beschlusses des BG R**

Mit Beschluss des Bezirksgerichtes R vom **30. April 2012** übertrug das Gericht die Obsorge über den minderjährigen NB (geboren am Datum) in den Bereichen

- Pflege und Erziehung
- Finanzielle und schulische Belange in Österreich und die
- diesbezügliche Vertretung vor österreichischen Ämtern und Gerichten

an den Berufungswerber (Beschwerdeführer).

Dem Beschluss ist Folgendes zu entnehmen:

*„Nach dem vorliegenden Bericht des Jugendwohlfahrtsträgers befindet sich NB seit August 2010 in H und wohnt im Pfarrhaus gemeinsam mit dem nunmehr teilweise mit der Obsorge betrauten MK.. und dessen Haushälterin Frau M., die Großtante des Minderjährigen. Der Minderjährige hält sich in Österreich auf, weil er seine Schulausbildung am Privatgymnasium der HM in Salzburg absolviert und er sich (ausgehend von der Idee seiner Eltern) dadurch für die folgende Bildungs- Berufslaufbahn eine bessere Ausgangsposition erhofft. Der Minderjährige hat sich nach eigenen Angaben im Schulverband und in der Gemeinde H im Allgemeinen gut eingelebt und auch teilweise Freundschaften geknüpft, in kürzester Zeit hat er perfekt deutsch gelernt. Durch die Anforderungen in der Schule und den Hortbesuch ist er zeitlich sehr ausgelastet. Ihm verbleibt deshalb nicht viel Zeit für andere Aktivitäten. Zu seinen Hobbys zählt er Rad fahren, Klavier/Orgel spielen oder inlineskaten, Besuche bei Freunden in*

*H oder Kontakt halten zu Freunden in der Slowakei via Internet. In den Ferienzeiten versucht N. so oft und lange als möglich Zeit bei seiner Familie in der Slowakei zu verbringen (weitestgehend die gesamten Schulferien).*

*Die Mutter des Minderjährigen arbeitet als Apothekerin, der Vater als Handelsdirektor, es gibt noch zwei jüngere Geschwister. Die Familie besucht den Minderjährigen teils auch hier in Österreich, ansonsten hält er zur Familie regelmäßig 1 - 2 mal pro Woche telefonischen Kontakt. Zwischen MK.. und N. besteht ein respektvoll freundschaftliches Verhältnis.*

*Zeitweilig tritt beim betroffenen Minderjährigen Heimweh auf. Dies nimmt er allerdings im Hinblick auf seine Schulbildung und Zukunftschancen nach eigenen Angaben in Kauf. Er scheint für sein Alter sehr reif und erwachsen denkend zu sein und wirkt ehrgeizig und zielstrebig. Insgesamt scheint er bei MK.. entsprechend gut aufgehoben.*

*Der so angenommene Sachverhalt ist weitestgehend dem Bericht des Jugendwohlfahrtsträgers entnommen; das Gericht hat sich durch Einvernahme des Minderjährigen und des MK... von den genannten auch ein persönliches Bild gemacht.*

*In rechtlicher Hinsicht ist auszuführen:*

*Die Obsorgeentscheidung hat sich ausschließlich am Wohl des Kindes zu orientieren. Anzuwenden ist österreichisches Familienrecht nach Maßgabe des derzeit hauptsächlichen Aufenthaltes des Minderjährigen. Demnach kommt eine vereinbarungsgemäße Übertragung an Dritte nach der derzeit geltenden Gesetzeslage nicht in Betracht. Aufgrund der aktuellen Lebensumstände, insbesondere da der Minderjährige seinen Lebensmittelpunkt in Österreich pflegt, hat das Gericht die Obsorge (dem Wunsch des Minderjährigen und auch der Eltern entsprechend) - in den im Spruch genannten Teilbereichen an MK... übertragen, um diesem die Möglichkeit zu geben, entsprechend rechtlich abgedeckt die notwendigen Schritte und Vertretungshandlungen zu übernehmen.“*

## **1.6 Berufungsvorentscheidung (Beschwerdevorentscheidung)**

Die Berufung (Beschwerde) wurde abgewiesen und unter anderem Folgendes ausgeführt.

*„Nach den vorliegenden Unterlagen ist der Antragsteller weder Vater noch sonstiger Verwandter des mj N.. N. ist seit 9.8.2010 in Österreich gemeldet. Mit Datum vom 24.10.2011 wurde er gemäß dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz in Österreich gemeldet und besucht ab dem Schuljahr 2010/2011 das Gymnasium in Österreich.*

*Mit Datum vom 3.10.2011 wird zwischen den leiblichen Eltern und Herrn MK... ein Obsorgevertrag geschlossen, mit Datum vom 30. April 2012 stellte das Bezirksgericht R am L einen Obsorgebeschluss aus.*

*Mit Bestätigung vom 5.10.2011 erklärt die slowakische Behörde darüber hinaus, dass der leibliche Vater von N. in der Slowakei Familienbeihilfe bezieht.*

*Im Obsorgevertrag vom 3.10.2011 legen die leiblichen Eltern des mj N. fest, dass sich N. zur schulischen Ausbildung in Österreich befindet, da ihrem Sohn in der Slowakei die Ausbildung in dieser Form nicht zur Verfügung steht. Dieses Ansinnen der Eltern, ihrem Sohn eine bessere Ausbildung zu ermöglichen, wird auch im Protokoll vor dem Bezirksgericht R am L am 31.1.2012 vom Antragsteller selbst wiederholt, indem er mitteilt, dass sich N. lediglich zu Ausbildungszwecken in Österreich aufhält. Weiters wird in diesem Protokoll festgehalten, dass N. nach wie vor eine enge Beziehung zu seiner Familie in der Slowakei habe, regelmäßig telefonischen Kontakt zu seiner Familie habe und seine Ferien bei seinen Eltern verbringe.*

*Herr MK... hat nunmehr einen auf Gewährung einer Ausgleichs- bzw. Differenzzahlung gestellt und wird im Folgenden dargelegt ob eine solche Zahlung überhaupt möglich ist.*

*Wenn Ansprüche auf Familienleistungen durch EU-Staaten bestehen, ist die VO (EG) 883/2004 anzuwenden. In dieser Verordnung heißt es, dass eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaates haben, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Nach Art. 68 (2) dieser VO werden bei Zusammentreffen von Ansprüchen aus Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Abs. 1 Vorrang haben. Das heißt: sind für denselben*

*Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:*

*Die Prioritätsregeln des Absatzes 1 (= Vorrangregeln) lauten:*

- 1. an erster Stelle stehen die durch Beschäftigung oder ein selbständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche*
- 2. an zweiter Stelle die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche*
- 3. und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche*

*Dies bedeutet im vorliegenden Fall, dass durch den Umstand, dass beide Eltern von N. einer Beschäftigung nachgehen, die Rechtsvorschriften des Landes Anwendungen finden, in welcher die Beschäftigung ausgeübt wird. Beide Elternteile sind in der Slowakei erwerbstätig und daher sind auch nur die Rechtsvorschriften der Slowakei anzuwenden, unabhängig vom Aufenthaltsort des Kindes, der nur durch die Ausbildung begründet ist. Die Slowakei ist somit alleine für die Familienbeihilfe zuständig. Da keiner der beiden Elternteile außerhalb der Slowakei einer Beschäftigung nachgeht, ist auch als einzige Rechtsvorschrift nur diejenige der Slowakei anzuwenden und verliert daher auch die oben angeführte Verordnung ihre Anwendungsmöglichkeit. Aus diesem Grund kann es daher naturgemäß auch keine Ausgleichs-oder Differenzzahlung geben und war die Berufung abzuweisen.*

*Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass zwar ein Obsorgevertrag vorliegt und dieser Obsorgevertrag schlussendlich auch durch das örtliche Bezirksgericht genehmigt wurde, dieser Obsorgevertrag gründet jedoch keine im Sinne des FLAG notwendige Haushaltsgehörigkeit des Kindes. Zum einen wurde dieser Obsorgevertrag erst im Nachhinein, das heißt nach der Einreise des mj N. (N. ist am 9.8.2010 nach Österreich eingereist) verfasst, zum anderen wird in diesem Vertrag dezidiert festgehalten, dass der mj. N. lediglich zu Ausbildungszwecken in Österreich aufhältig ist. Dieser Obsorgevertrag wurde dann auch pflegschaftsbehördlich nur für Teilbereiche genehmigt und zwar für die Pflege und Erziehung, für finanzielle und schulische Belange in Österreich und der diesbezüglichen Vertretung vor österr. Ämtern, Behörden und Gerichten. Diese Klarstellung bedeutet aber nichts anderes, das der mj. N. nach wie vor als dem Haushalt seiner Eltern zugehörig anzusehen ist und die familienrechtlichen und sozialen Verbindungen zu seinem Elternhaus in der Slowakei nach wie vor aufrecht sind. Herr MK... hat laut diesem Beschluss streng genommen überhaupt keine Vertretungsbefugnis für die Eltern des Kindes vor österreichischen Behörden außerhalb von schulischen Belangen, wodurch eine Parteienstellung des Herrn MK... überhaupt als fraglich anzusehen ist.“*

## **1.7 Vorlageantrag:**

Innerhalb offener Frist wurde ein Vorlageantrag eingebracht und beantragt dem Antrag auf Ausgleichszahlung im Rechtsmittelverfahren stattzugeben. In der Begründung wurde unter anderem Folgendes ausgeführt:

*„Wie aktenkundig ist, befindet sich NB seit August 2010 in meinem Haushalt und besucht ab dem Schuljahr 2010/11 das Gymnasium der HM. in Salzburg mit ausgezeichnetem Erfolg. Die hohen Fahrtkosten, die ich für N. bezahlen muss, veranlassten mich nachzufragen, wie ich zu einer Schülerfreifahrt, so wie alle seine Mitschüler beanspruchen, kommen kann.*

*Bei meiner Vorsprache im INFO-Center des Finanzamtes Salzburg wurde mir erklärt, dass die Schülerfreifahrt an den Bezug der Familienbeihilfe gekoppelt ist und ich Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe habe. Nach Rücksprache der freundlichen Beamtin mit der zuständigen Fachabteilung, wurde mir eine Checkliste (Kopie anbei) und eine Reihe von Antragsformularen, die im Akt sicher aufliegen, ausgehändigt. Wenn ich diese Unterlagen beibringe, so die dezidierte Auskunft, steht mir ab sofort die österreichische Familienbeihilfe und damit auch die Schülerfreifahrt und für die Vergangenheit eine Differenzzahlung zwischen der slowakischen und österreichischen Familienbeihilfe zu.*

*Nachdem ich alle geforderten Unterlagen beisammen hatte, reichte ich die Anträge am 31.10.2011 beim Finanzamt ein. Nach mehrmaliger Urgenz wurde mir endlich die Bestätigung für die Schülerfreifahrt erteilt. Mit Bescheid vom 13.01.2012 wurde mein Antrag auf Familienbeihilfe abgewiesen, mit der Begründung, dass ich lediglich Anspruch auf die Gewährung der Ausgleichszahlung habe. Im Vertrauen auf die Behörde, habe ich diesen Bescheid akzeptiert. Mit Schreiben vom 17.01.2012 wurde ich zur Ergänzung meines Antrags auf Ausgleichszahlung, in einigen Punkten, aufgefordert. Unter anderem reichte nunmehr der Obsorgevertrag, wie gefordert und vorgelegt, nicht mehr aus, sondern eine pflegschaftsbehördliche Genehmigung seitens des Bezirksgerichtes ist vorzulegen. Auch diese Ergänzungspunkte erledigte ich umgehend, lediglich das Verfahren in der Pflegschaftssache wurde vom Bezirksgericht R erst am 24.05.2012 erledigt.*

*Mit Bescheid vom 16.03.2012 wurde mein Antrag auf Ausgleichszahlung abgewiesen, mit der Begründung, dass zum Zeitpunkt der Begründung des Lebensmittelpunktes des Kindes in Österreich, kein rechtswirksames Pflegeverhältnis bestanden hat. Diese Begründung ist mir völlig unverständlich, erst im Zuge des Behördenverfahrens wurden von mir diese formellen Dinge verlangt und dann auch unverzüglich, soweit in meiner Macht, beigebracht.*

*Wie schon in meiner Berufung vom 10.04.2012 ausgeführt, liegen alle Voraussetzungen für die Gewährung der Ausgleichszahlung, in wirtschaftlicher Betrachtungsweise, vor. Es ist sicher unbestreitbar, dass die Aufwendungen für einen fünfzehnjährigen Gymnasiasten, in Österreich ein Vielfaches, als in der Slowakei betragen. Allein die Fahrtkosten sind mehr als dreimal so hoch, als die slowakische Familienbeihilfe in Höhe von ca. € 22,00.*

*Die in der Berufungsvorentscheidung angeführte Begründung der Abweisung meines Begehrens, N. sei nicht meinem Haushalt zugehörig, entspricht in keiner Weise den Tatsachen. Er ist mehr als zehn Monate im Jahr unter meiner Obhut, ich kümmere mich zusammen mit meiner Hausfrau, die seine Großtante ist, um ihn und sein Fortkommen. Wie die Behörde annehmen kann, er wäre, trotz dieser Tatsache, weiterhin seinem*

*Elternhaus in der Slowakei zugehörig, ist mir unverständlich. Dass der Obsorgevertrag erst im Nachhinein verfasst wurde, ist zwar formell richtig, das allerdings nur in Schriftform, auf Verlangen der Behörde. Mündlich bestand diese Abmachung zwischen seinen Eltern und mir natürlich von Beginn seiner Einreise nach Österreich an. Diese meine Angaben können natürlich durch Aussage der Eltern bestätigt werden. Welche Bereiche im Obsorgevertrag vom Bezirksgericht nicht genehmigt worden sind, die für eine Zugehörigkeit von N. zu meinem Haushalt notwendig wären, kann ich nicht nachvollziehen. Meine Parteienstellung überhaupt in Frage zu stellen, finde ich äußerst befremdend.*

*Die gesamte Vorgangsweise der Behörde verletzt den Grundsatz von Treu und Glauben, hätte mir das Finanzamt A nicht deziert die geschilderten Ansprüche in Österreich erläutert, hätte ich mir den Riesenaufwand an Zeit und Kosten ersparen können.*

*Aus all den angeführten Gründen bitte ich die vorangegangenen Entscheidungen in meinem Sinne zu revidieren.“*

Die Berufung (Beschwerde) wurde der Rechtsmittelbehörde (Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Salzburg (Bundesfinanzgericht) vorgelegt.

## **2) Verfahren vor dem Unabhängiger Finanzsenat, Außenstelle Salzburg (Bundesfinanzgericht)**

### **2.1) Bedenkenvorbehalt**

An den Berufungswerber (Beschwerdeführer) erging folgender Bedenkenvorbehalt des Referenten (Richters) des Unabhängiger Finanzsenat (Bundesfinanzgerichtes):

#### **1) Festgestellter Sachverhalt**

*„Sie haben mit 31. Oktober 2011 einen Antrag auf Differenzzahlung ab 9/2010 bis 10/2011 für das Kind NB.., geboren am 25. April 2004, gestellt.*

*Im Zuge des Verfahrens in der Abgabenbehörde erster Instanz haben Sie unter anderem*

- den von der zuständigen Behörde des Heimatlandes von N. (Slowakische Republik) vervollständigt und bestätigten Vordruck E 411 vorlegt, wonach der Vater von N. in der Slowakei Familienleistungen für seinen Sohn in Höhe € 21,99 monatlich bezieht,*
- einen Obsorgevertrag vom 3. Oktober 2011, wonach Sie von N.. Mutter mit der Obsorge und Abwicklung aller schulischen und finanziellen Angelegenheiten für ihren Sohn betraut wurden,*
- eine Bestätigung des Privatgymnasiums HM vom 30. September 2011 beigebracht, worin bestätigt wird, dass N. dieses Privatgymnasium ab 13. September 2010 besucht,*
- den von der zuständigen Marktgemeinde H vervollständigt und bestätigten Vordruck E 401 vorgelegt, wonach kein Verwandtschaftsverhältnis zwischen Ihnen und N. besteht ("G", sonstige Kinder, die dauernd wie eigene Kinder im Haushalt des Arbeitnehmers leben (Pflegekinder)).*

*In Beantwortung eines Bedenkenvorhaltes der Abgabenbehörde erster Instanz an Sie haben Sie unter anderem zu den Fragen, wie folgt Stellung genommen:*

*Dienstvertrag: KES*

- Dienstvertrag ist gleich beiliegendes Bestellungsdekret der ES*

*Pflegschaftsbehördliche Genehmigung betr. N. (Bezirksgericht)*

- Pflegschaftsbehördliche Genehmigung beantragt - wird nachgereicht - beiliegendes Protokoll BG R*

*Wer beaufsichtigt N. wenn Sie auf Dienstreise sind?*

- Während meiner Abwesenheit wird N. von meiner Hausfrau, Fr. G. M. beaufsichtigt. Sie ist die Schwester der Großmutter von N.*

*Bekanntgabe ihrer Abwesenheiten im Zeitraum 8/2010- 12/2011*

*- 2010*

*16.08 - 28.08 Urlaub*

*- 2011*

*15.02 -19.02 - Bildungsreise*

*13.03 - 18.02 Exerzitien*

*12.07 - 25.08 Pilgerreise*

*Dem Protokoll des BG R vom 31. Jänner 2012 ist zu entnehmen, dass G. M. ihre Haushälterin ist und N. mitbetreut. Frau M. ist die Schwester der Großmutter (Großtante) des Minderjährigen, womit eine Betreuung von N. allumfassend gesichert ist.*

*In einer Ergänzung zur Berufung gegen die Abweisung ihres Antrages haben Sie den Beschluss des Bezirksgerichtes betreffend Obsorge für N. nachgereicht. Diesem Beschluss ist unter anderem Folgendes zu entnehmen:*

*"Nach dem vorliegenden Bericht des Jugendwohlfahrtsträgers befindet sich NB seit August 2010 in H und wohnt im Pfarrhaus gemeinsam mit dem nunmehr - teilweise - mit der Obsorge betrauten MK.. und dessen Haushälterin Frau M., die Großtante des Minderjährigen. Der Minderjährige hält sich in Österreich auf, weil er seine Schulausbildung am Privatgymnasium der HM in Salzburg absolviert und er sich (ausgehend von der Idee seiner Eltern) dadurch für die folgende Bildungs- Berufslaufbahn eine bessere Ausgangsposition erhofft .. zwischen MK.. und N. besteht ein respektvoll freundschaftliches Verhältnis. "*

## **2. Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG 1967)**

*Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter anderem für minderjährige Kinder (§ 2 Abs. 1 FLAG 1967)*

*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 (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967).*

*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) (§ 2 Abs. 3 FLAG 1967).*

*Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsförderung.*

*(§ 2 Abs. 4 FLAG 1967).*

*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,*

*(§ 2 Abs. 5 lit a FLAG 1967).*

### **3) Judikatur zu den Anspruchsvoraussetzungen**

#### **3.1 Anspruch**

VwGH vom 27.9.2012, 2012/16/0054

*§ 2 Abs. 2 FLAG stellt den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich nach der Haushaltszugehörigkeit mit einem Kind (als welches nach § 2 Abs. 3 FLAG eben auch das Stiefkind zählt) ab und nur subsidiär (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG) darauf, dass die Person die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt.*

#### **3.2 Haushaltszugehörigkeit**

VwGH vom 22.12.2011, 2011/16/0068

*Im hg. Erkenntnis vom 18. April 2007, ZI. 2006/13/0120, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt, dass die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung*

*teilt, ganz wesentlich davon abhängt, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen erbringt. Zu diesem Gesichtspunkt der gemeinsamen Wohnung komme der Aspekt der Wirtschaftsführung, wer nämlich zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs sowie für Bekleidung ankommt.*

### **3.3 Tatbestandsvoraussetzung der Pflegeelternschaft**

VwGH vom 4.3.2009, 2008/15/0314

*Verbindet der Gesetzgeber nach der Methode der rechtlichen (formalen) Anknüpfung abgabenrechtliche Folgen unmittelbar mit Kategorien und Institutionen anderer Rechtsgebiete, so übernimmt er, wenn sich nichts anderes aus dem Gesamtzusammenhang*

*ergibt, auch den Bedeutungsinhalt, der den Begriffen in der Heimatdisziplin zukommt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 20. April 1995, 95/13/0071).*

*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<sup>3</sup>, § 186, Tz. 3). Auch Einzelpersonen kann die Pflegeelterneigenschaft zuteilwerden*

*(§ 186a Abs. 1 ABGB).*

### **4) Bedenkenvorhalt und Stellungnahme des Berufungswerbers (Beschwerdeführers)**

#### **4.1 Tatbestandsvoraussetzungen (Betreuung, Qualität der Bindung)**

*Ausgehend von dem festgestellten Sachverhalt, wird der im Streitzeitraum minderjährige N. sowohl von seiner Großtante G. M. als auch von Ihnen betreut.*

*Ist dies zutreffend?*

*Zur "Qualität der Bindung" ist dem Beschluss des BG R zu entnehmen, dass zwischen Ihnen und N. ein respektvoll freundschaftliches Verhältnis besteht.*

*Welche "Qualität der Bindung" besteht zwischen N. und seiner Großtante G. M.?*

*Liegt eine gemeinsame Haushaltsführung vor?*

Stellungnahme des Berufungsverbers (Beschwerdeführers):

*„Zu 4.1: Es ist zutreffend, dass NB von mir und seiner Großtante GM betreut wurde und noch immer wird.“*

*Zur Qualität der Bindung betreffend das Verhältnis N.s zu seiner Großtante:*

*Es besteht ein gutes Verhältnis wie zwischen einer Großmutter und einem Enkel.*

*In der Tat liegt eine gemeinsame Haushaltführung vor.*

#### **4.2 Wirtschaftsführung, Kostentragung**

*Ausgehend vom allgemeinen Verständnis, wird Ihnen von Ihrem Arbeitgeber eine Unterkunft*

*("Pfarrhaus") zur Verfügung gestellt.*

*Ist dies zutreffend?*

*Da Sie gemeinsam mit N. und G. M. im "Pfarrhaus" leben, wer trägt*

*die Aufwendungen für die Unterkunft von N., G. M. und Ihnen?*

*Wer trägt die Aufwendungen für Frau G. M. für ihre Tätigkeiten im  
"Pfarrhaus"?*

*Wer trägt die Aufwendungen für N., wie zum Beispiel die*

*- Schule und die Betreuung von N., der das Privatgymnasium HM..*

*in Salzburg besucht (die Fahrtkosten nach Salzburg werden nach ihren Angaben von Ihnen getragen),*

*- Schulmittel,*

*- Kleidung,*

*- Artikel des täglichen Bedarfs,*

*- für die Freizeitaktivitäten (Fahrrad, Inlineskater etc.)*

*- Internetaufwand (N. hält via Internet Kontakt zu seinen Freunden in der Slowakei)*

*Sie werden gebeten, die Höhe der Aufwendungen - bezogen auf den Streitzeitraum (9/2010*

*bis 10/2011) - die durch den Aufenthalt von N. in H entstanden sind, anzugeben bzw. glaubhaft zu machen.*

*Werden die Aufwendungen, die durch den Aufenthalt von N. in H entstehen zur Gänze von seinen Eltern oder einem Elternteil getragen?*

*Wenn nein, in welcher Höhe tragen die Eltern bzw. ein Elternteil - bezogen auf den Streitzeitraum (9/2010 bis 10/2011) - zu den Aufwendungen von N. in H bei?*

*Bezugnehmend auf Ihre oben angeführte Berufung werden Sie ersucht, innerhalb von vier*

*Wochen ab Zustellung dieses Schreibens Stellung zu nehmen sowie zweckdienliche Unterlagen vorzulegen.“*

Stellungnahme des Berufungswerbers (Beschwerdeführers):

*Zu 4.2: Es ist richtig, dass mein Arbeitgeber mir das Pfarrhaus gegen Betriebskostenersatz zur Verfügung stellt. Die Aufwendungen für meine eigene Unterkunft sowie die von N. und G trage ich zur Gänze. Frau G hat sich freiwillig bereit erklärt, unseren Haushalt zu betreuen und bekommt für ihre Tätigkeit im Pfarrhaus keine Entschädigung. Sie hat jedoch bei mir freie Unterkunft und Verpflegung.*

*Die Aufwendungen für N. teilen wir uns mit seinen Eltern ungefähr im Verhältnis von: 80 % ich und 20 % die Eltern. Die in Ihrem Schreiben angeführten Aufwendungen für den Zeitraum 9/2010 bis 10/2011 wie auch bis heute trage also überwiegend ich. Eine genaue Auflistung der Aufwendungen lässt sich nicht mehr rekonstruieren, aber das angeführte Prozentverhältnis entspricht den Tatsachen - damals wie heute. Sollten noch weitere Fragen bestehen, bin ich gerne bereit, diese auch persönlich bei Ihnen zu beantworten.“*

### **Übergangsbestimmung infolge Auflösung des Unabhängigen Finanzsenates:**

Mit 1. Jänner 2014 wurde der Unabhängige Finanzsenat (UFS) aufgelöst. Die Zuständigkeit zur Weiterführung der mit Ablauf des 31. Dezembers 2013 bei dieser Behörde anhängigen Verfahren geht gemäß Art. 151 Abs. 51 Z 8 B-VG auf das Bundesfinanzgericht (BFG) über. Dementsprechend normiert § 323 Abs. 38 BAO, dass die am 31. Dezember 2013 beim UFS als Abgabebehörde zweiter Instanz anhängigen Berufungen vom BFG als Beschwerde im Sinne des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

#### **A) Der Entscheidung zugrunde gelegter Sachverhalt**

Das Bundesfinanzgericht geht von folgendem festgestellten (und im gegenständlichen Fall unbestrittenen) Sachverhalt aus:

Der Beschwerdeführer ist slowakischer Staatsangehöriger und seit 5 Juli 2007 als Pfarrprovisor der Pfarre H bzw. seit 1. September 2008 als Pfarrprovisor der Pfarre H im Dekanat T als Kooperator der Stadtpfarre I tätig. Sein Wohnsitz ist seit Beginn seiner Tätigkeit in Österreich in H („Pfarrhaus“).

Am 31.10.2011 stellte er einen Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung für den mit ihm und seiner Haushälterin GM (Großtante des minderjährigen NB) seit September 2010 im gemeinsamen Haushalt im „Pfarrhaus“ in H wohnenden NB. N. (geboren am 25.04.1997), der wie der Beschwerdeführer slowakischer Staatsangehöriger ist, besucht seit 13. September 2010 das Privatgymnasium der HM in Salzburg und hat sich in den Schulverband und in der Gemeinde H gut eingefügt. Zu den in der Slowakei lebenden Eltern besteht ein regelmäßiger Kontakt (wöchentliche Telefonate und teilweise Besuche der Familie in Österreich). Zu den in der Slowakei befindlichen Freunden hält er via Internet Kontakt. Die Ferienzeiten verbringt N. bei seiner Familie in der Slowakei.

Die Kosten für die gemeinsame Unterkunft in H sowie die Fahrtkosten von H nach Salzburg und zurück zum Zweck des Schulbesuches trägt ausschließlich der Beschwerdeführer. Die laufenden Ausgaben für N., wie etwa für die Schule (kostenpflichtiges Privatgymnasium), Betreuung, Schulmittel und Kleidung, werden vom Beschwerdeführer und N Eltern im Verhältnis 80:20 getragen.

Die tägliche Betreuung von N. obliegt dem Beschwerdeführer sowie seiner im gemeinsamen Haushalt in H wohnenden Großtante, die N. mitbetreut und diesen bei Abwesenheit des Beschwerdeführers auch beaufsichtigt. Zwischen N. und dem Beschwerdeführer besteht ein respektvolles und freundschaftliches Verhältnis. Am 03.10.2011 wurde zwischen N Mutter und den Beschwerdeführer schriftlich festgehalten, dass sie den Beschwerdeführer mit der Obsorge und Abwicklung aller schulischen und finanziellen Angelegenheiten betraue. Mündlich wurde eine solche Vereinbarung bereits vor der Einreise N nach Österreich im August 2010 getroffen.

N Vater bezog in der Slowakei für den Zeitraum September 2010 bis einschließlich Dezember 2010 eine Familienleistung in Höhe von EUR 21,99 monatlich. Ab Jänner 2011 hat sich der Bezug der Familienleistung für den Minderjährigen durch den Vater in der Slowakei monatlich auf einen Betrag von EUR 22,01 erhöht (siehe MISSOC – Vergleichbare Tabellen zur sozialen Sicherheit in Europa, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=815&langId=de> Stand 2010-07-01).

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf die von der Abgabenbehörde sowie durch das Bundesfinanzgericht aufgenommenen nachstehend angeführten Beweise und den Inhalt des Verwaltungsaktes.

## **B) Aufgenommene Beweise**

Bestellung des Beschwerdeführers zum Pfarrprovisor der Pfarre H (5. Juli 2007)

Anmeldebescheinigung des Beschwerdeführers vom 8. Juli 2008

Bestellung des Beschwerdeführers zum Pfarrprovisor der Pfarre H im Dekanat T (25. Juni 2008)

Obsorge Vertrag vom 03.08.2011 zwischen MMB (Mutter) und dem Beschwerdeführer.

Bescheinigung vom 30. September 2011 über die Fortsetzung der Schul- oder Hochschulausbildung für die Gewährung von Familienleistungen in Österreich (Vordruck E 402)

Anfrage (Vordruck E 411 AT) vom 05.10.2011 betreffend den Anspruch auf Familienleistungen (Familiengeld) in dem Mitgliedstaat in dem die Familienangehörigen wohnen an den für Familienleistungen zuständigen Träger im Wohnsitzstaat der Familienangehörigen in der Slowakei

Anmeldebescheinigung für NB vom 24.20.2011

Kopie der slowakischen Geburtsurkunde von N.

Familienstands Bescheinigungen für die Gewährung von Familienleistungen in Österreich vom 27. September 2011 (Vordrucke E 401).

Protokoll des BG R bei Salzburg vom 31. Jänner 2012 betreffend der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung der Obsorge Vereinbarung

Beschluss des BG R bei Salzburg (Pflegschaftsgericht) vom 30.04.2012 betreffend der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung der Obsorge des Beschwerdeführers in den Teilbereichen Pflege und Erziehung, finanzielle und schulische Belange in Österreich und die diesbezügliche Vertretung vor österreichischen Ämtern, Behörden und Gerichten für NB

MISSOC – Vergleichbare Tabellen zur sozialen Sicherheit in Europa, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=815&langId=de> Stand 2010-07-01

### C) Rechtlage

#### 1) Anspruch auf Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe)

Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter anderem für minderjährige Kinder (§ 2 Abs. 1 lit a, FLAG 1967).

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört (§ 2 Abs. 2 Satz 1, FLAG 1967).

Kinder einer Person sind unter anderem deren Pflegekinder im Sinne der §§ 186 und 186a des allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 2 Abs. 3 lit d, FLAG 1967).

Die Bestimmungen des ABGB in der Fassung BGBl. I 2000/135 lauten:

§ 186 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. Sie haben das Recht, in den die Person des Kindes betreffenden Verfahren Anträge zu stellen.

§ 186a. (1) Das Gericht hat einem Pflegeelternpaar (Pflegeelternteil) auf seinen Antrag die Obsorge für das Kind ganz oder teilweise zu übertragen, wenn das Pflegeverhältnis nicht nur für kurze Zeit beabsichtigt ist und die Übertragung dem Wohl des Kindes entspricht. Die Regelungen über die Obsorge gelten dann für dieses Pflegeelternpaar (diesen Pflegeelternteil).

(2) Sind die Eltern oder Großeltern mit der Obsorge betraut und stimmen sie der Übertragung nicht zu, so darf diese nur verfügt werden, wenn ohne sie das Wohl des Kindes gefährdet wäre.

(3) Die Übertragung ist aufzuheben, wenn dies dem Wohl des Kindes entspricht. Gleichzeitig hat das Gericht unter Beachtung des Wohles des Kindes auszusprechen, auf wen die Obsorge übergeht.

(4) Das Gericht hat vor seiner Entscheidung die Eltern, den gesetzlichen Vertreter, weitere Erziehungsberechtigte, den Jugendwohlfahrtsträger und jedenfalls das bereits zehnjährige Kind zu hören. § 181a Abs. 2 gilt sinngemäß.

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 Klang3, § 186, Tz. 3). Auch Einzelpersonen kann die Pflegeelterneigenschaft zuteilwerden (§ 186a Abs. 1 ABGB).

Verbindet der Gesetzgeber nach der Methode der rechtlich (formalen) Anknüpfung abgabenrechtliche Folgen unmittelbar mit Kategorien und Institutionen anderer Rechtsgebiete, wie dies in § 2 Abs. 3, lit d, FLAG 1967 der Fall ist, so übernimmt er, wenn sich nichts anderes aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, auch den Bedeutungsinhalt, der den Begriffen in der Heimatdisziplin zukommt (Aigner/Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG Kommentar, § 2, Rz 22). Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes schreibt das Gesetz zwei Tatbestandsvoraussetzungen der Pflegeelternschaft vor, nämlich die tatsächliche ganze oder teilweise Betreuung und eine bestimmte Qualität der Bindung. Bei Vorliegen beider Komponenten ist die Pflegeelternschaft kraft Gesetzes ohne Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen oder gerichtlichen Begründungsaktes gegeben (VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120; VwGH 04.03.2009, 2008/15/0314). Auf die Art des Begründungsaktes oder auf die Rechtsgrundlage dafür kommt es nicht an (OGH 14.12.2011, 3 Ob 165/11b).

Ein Pflegekindschaftsverhältnis iSd § 186 ABGB weist als Wesensmerkmal die eindeutige Lebensschwerpunktverlagerung des Kindes zu den Pflegeeltern (Pflegepersonen) auf, wobei sich diese Verlagerung im Wechsel des Kindes in den Haushalt der Pflegeeltern (Pflegepersonen) auf nicht bloß vorübergehende Dauer ausdrückt (Aigner/Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG Kommentar, § 2, Rz 23). Der auswärtige Aufenthalt eines Kindes während des gesamten Schuljahres fällt nicht mehr unter den Begriff des vorübergehenden Aufenthaltes (Pichler, Neues im Kindschaftsrecht, JBI 1989, 677). Die Pflege des minderjährigen Kindes, die die Pflegeeltern (Pflegepersonen) im überwiegenden Maße selbst zu erfüllen haben, umfasst unter anderem besonders die Wahrnehmung des körperlichen Wohles und der Gesundheit sowie die unmittelbare Aufsicht und dessen Ausbildung in der Schule (Aigner/Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG Kommentar, § 2, Rz 23). Für ein zwischen einem Pflegekind und seinen Pflegeeltern (Pflegepersonen) bestehendes Verhältnis muss zumindest die begründete Aussicht bestehen, dass zwischen den Pflegeeltern (Pflegepersonen) und dem Pflegekind eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung hergestellt wird.

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 sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (§ 2 Abs. 5, lit a, FLAG 1967).

Ein Kind kann nur einem Haushalt angehören. Wie sich aus Bestimmung des § 2 Abs. 2, FLAG 1967 ergibt, knüpft der Anspruch auf Familienbeihilfe primär an die Haushaltszugehörigkeit des Kindes an. Dabei geht das Gesetz erkennbar davon aus, dass ein Kind nur einem Haushalt angehören kann. Einerseits wird gemäß § 7 FLAG für ein Kind Familienbeihilfe nur einer Person gewährt, andererseits gibt es unter dem Gesichtspunkt "Haushaltszugehörigkeit" keine Regelungen über eine Reihung von potenziell anspruchsberechtigten Personen, etwa nach der Dauer oder dem Grad der Intensität einer solchen Zugehörigkeit. Lediglich dann, wenn ein Kind dem gemeinsamen Haushalt beider Elternteile angehört, kennt das FLAG einen "Konkurrenzfall", der in § 2a geregelt ist. Es kann kein Zweifel bestehen, dass die Beantwortung der Frage, mit welcher Person ein Kind die Wohnung teilt, ganz wesentlich davon abhängt, in wessen Wohnung das Kind regelmäßig nächtigt, und zwar jedenfalls dann, wenn die betreffende Person die üblicherweise mit diesen Nächtigungen im Zusammenhang stehenden altersadäquaten Betreuungsmaßnahmen (z.B. Sorgetragung für morgendliche und abendliche Körperpflege oder Begleitung zur Schule) erbringt (VwGH vom 18. 04. 2007, 2006/13/0120).

Die Bedingungen in denen der Gesetzgeber von einer Haushaltszugehörigkeit des anspruchsvermittelnden Kindes ausgeht, sind in § 2 Abs. 5, FLAG 1967 näher umschrieben. Für die Haushaltszugehörigkeit eines Kindes kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft an (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft - siehe VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120). Insbesondere entscheidend hierfür ist, wer im fraglichen Anspruchszeitraum die laufenden Ausgaben für den Bedarf des Kindes überwiegend trägt. Die Ausgaben umfassen neben den Kosten für Nahrung besonders vor allem auch jene für sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs, wozu auch Schulmaterialien zählen, sowie Kosten für Bekleidung und Wohnung (VwGH 18.04.2007, 2006/13/0120; VwGH 22.12.2011, 2011/16/0068). In diesem Zusammenhang ist auch der Aspekt der Wirtschaftsführung zu beachten. Es kommt nämlich auch darauf an, ob eine einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft, vgl. VwGH vom 18. März 1997, 96/14/0006) vorliegt oder nicht. Daher ist in diesem Zusammenhang zu beachten wer im fraglichen Zeitraum zum überwiegenden Teil die laufenden Ausgaben für das Kind getragen hat, wobei es nicht nur auf die Ausgaben für die Nahrung, sondern darüber hinaus vor allem auch auf jene für die sonstigen Dinge des täglichen Bedarfs (wozu auch Schulmaterialien zählen) sowie für Bekleidung ankommt.

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 (§ 2 Abs. 8, FLAG 1967).

Eine Person kann zwar mehrere Wohnsitze, jedoch nur einen Mittelpunkt der Lebensinteressen iSd § 2 Abs. 8, FLAG 1967 haben. Unter persönlichen Beziehungen sind dabei all jene zu verstehen, die jemanden aus in seiner Person liegenden Gründen, insbesondere auf Grund der Geburt, der Staatszugehörigkeit, des Familienstandes und der Betätigungen religiöser und kultureller Art, an ein bestimmtes Land binden. Der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse eines Minderjährigen wird regelmäßig am Ort des Aufenthaltes seiner Familie bzw. seiner Pflegepersonen sein. Diese Annahme setzt allerdings im Regelfall die Führung eines gemeinsamen Haushaltes sowie das Fehlen ausschlaggebender und stärkerer Bindungen zu einem anderen Ort, etwa aus beruflichen oder gesellschaftlichen Gründen, voraus (siehe VwGH vom 28.10.2009, 2008/15/0325). Hierbei kommt es insbesondere auf objektive subjektive Beziehungen an (vgl. das Erkenntnis vom 18. Jänner 1996, 93/15/0145).

Der Mittelpunkt der Lebensinteressen der minderjährigen Pflegeperson kann auch dann in Österreich liegen, wenn die Absicht besteht, Österreich nach einer gewissen Zeit wieder zu verlassen. Ein Zuzug für immer ist nicht erforderlich (VwGH vom 24.3.2010, 2007/13/0128). Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 28. Oktober 2009, 2008/15/0325, ausgesprochen, dass ein Aufenthalt zu Studienzwecken im Bundesgebiet die Beurteilung nicht ausschließt, der Studierende habe den Mittelpunkt der Lebensinteressen für die Dauer seines Studienaufenthaltes in Österreich (vgl. zuletzt das Erkenntnis vom 27. Jänner 2010, 2009/16/0114).

Das Verbringen der Ferien bei den Eltern und damit eine Rückkehr in den Ferienzeiten in den elterlichen Haushalt um im Rahmen dieses Haushaltes versorgt zu werden und zum erweiterten Haushalt der Eltern zu gehören, ändert nichts an den Beihilfenanspruch, den ein Kind einer anspruchsberechtigten Person wegen der Haushaltzugehörigkeit dieses Kindes zum Haushalt der anspruchsberechtigten Person vermittelt (siehe VwGH vom 28.10. 2009, 2008/15/0325).

## **2) Anspruch auf Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe)**

Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe (§ 4 Abs. 1, FLAG 1967).

Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5 vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5) Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre (§ 4 Abs. 2, FLAG 1967).

Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt (§ 53 Abs. 1 Satz 1, FLAG 1967).

Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet (§ 4 Abs. 3, FLAG 1967).

Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren (§ 4 Abs. 4, FLAG 1967).

Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung (§ 4 Abs. 6, FLAG 1967).

Aus der Regelung des § 4, FLAG 1967 ergibt sich, dass kein Anspruch auf Familienbeihilfe, aber ein Anspruch auf Ausgleichszahlung besteht, wenn die in Österreich dem Grunde nach beihilfenberechtigte Person oder eine andere Person Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe hat und die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie Anspruch hat, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihr nach den Regeln des FLAG 1967 ansonsten zu gewähren wäre. § 4 Abs. 1 bis 4, FLAG 1967 stellen jeweils auf einen "Anspruch" auf ausländische Beihilfe ab (VwGH vom 2.2.2010, 2009/15/0209).

Die Anwendung des § 4, FLAG 1967 setzt somit voraus, dass der Antragsteller alle (nationalen) Voraussetzungen für den Familienbeihilfenbezug erfüllt und nur deswegen keine Familienbeihilfe (sondern allenfalls eine Ausgleichszahlung) erhält, weil er oder eine andere Person Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe hat (siehe UFS Wien vom 7.11.2011, RV/2981-W/11 unter Hinweis auf Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG Kommentar, § 53, Rz 178). Daher ist es für die Gewährung einer Ausgleichszahlung gemäß § 4 Abs. 2, FLAG 1967 irrelevant, ob der Steuerpflichtige selbst oder eine andere Person Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe hat.

Die Gewährung der Ausgleichzahlung ist für jedes Jahr gesondert zu beantragen. Der Antrag kann erst nach Ablauf des Jahres für das abgelaufene Jahr erfolgen (siehe Aigner/Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG Kommentar, § 4, Rz 12).

### **3) Höhe der Ausgleichszahlung (Familienbeihilfe) idF BGBL I Nr. 81/2010**

Der einer Person zustehende Betrag an Familienbeihilfe bestimmt sich nach der Anzahl und dem Alter der Kinder, für die ihr Familienbeihilfe gewährt wird (§ 8 Abs. 1, FLAG 1967).

Ab 1. Jänner 2003 beträgt die Familienbeihilfe für jedes Kind monatlich 105,4 €; sie erhöht sich für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem dieses das 3. Lebensjahr vollendet, um monatlich 7,3 €; sie erhöht sich weiters für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem dieses das 10. Lebensjahr vollendet, um monatlich 18,2 €; sie erhöht sich weiters ab Beginn des Kalendermonats, in dem das Kind das 19. Lebensjahr vollendet, um monatlich 21,8 €. Diese Beträge gelten für eine Vollwaise (§ 6) entsprechend (§ 8 Abs. 2 FLAG 1967).

Der Gesamtbetrag an Familienbeihilfe für September wird verdoppelt (§ 8 Abs. 8 FLAG 1967 idF BGBL I Nr. 111/2010; Bezugszeitraum des Absatzes 8 - Minderung auf € 100,00 - erstmals in Bezug auf den September 2011).

Gemäß § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz (EStG) 1988 idF BGBL I Nr. 1356/2009 steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu.

Da die Ausgleichszahlung als Familienbeihilfe gilt, wird mit der Ausgleichszahlung auch der Kinderabsetzbetrag ausbezahlt (siehe Aigner/Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG Kommentar, § 4, Rz 15).

#### **D) Erwägungen**

Der Richter des Bundesfinanzgerichtes geht aufgrund des festgestellten Sachverhalts und der im Beschwerdezeitpunkt bestehenden Rechtslage davon aus, dass der Beschwerdeführer alle nationalen Voraussetzungen für den Familienbeihilfenbezug erfüllt und nur deswegen keine Familienbeihilfe sondern eine Ausgleichszahlung zu erhalten hat, weil der Vater und damit eine andere Person des dem Beschwerdeführerin in seiner teilweisen übertragenen Obsorge für das Kind NB in der Slowakei Person Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe hat.

Der minderjährige NB wohnt seit August 2010 im gemeinsamen Haushalt mit dem Beschwerdeführer und seiner Großtante. Die Bedingungen unter denen der Gesetzgeber von einer Haushaltszugehörigkeit des anspruchsvermittelnden Kindes ausgeht, wie die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft an (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft), liegen nach Ansicht des Richters des Bundesfinanzgerichtes vor. Auch die vom AGBG vorgeschriebenen zwei Tatbestandsvoraussetzungen der Pflegeelternschaft, die auch einer Einzelperson – im gegenständlichen Verfahren dem Beschwerdeführer – übertragen werden kann, nämlich die tatsächliche Betreuung und eine bestimmte Qualität der Bindung und nicht eines rechtsgeschäftlichen oder gerichtlichen Begründungsaktes bedarf, liegen vor.

Das Kind wird vom Beschwerdeführer bzw. bei dessen Abwesenheit von seiner Großtante betreut. Auch die zweite Voraussetzung, wonach eine bestimmten Qualität der Bindung zwischen dem Pflegekind und der Pflegeperson bestehen muss, ist durch das Vorliegen eines freundschaftlichen und respektvollen Verhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer und dem Minderjährigen gegeben, sodass im gegenständlichen Fall von einem zwischen dem Beschwerdeführer und dem Minderjährigen bestehenden Pflegeverhältnis auszugehen ist.

Das Kind besucht in Österreich die Schule und hat sich sowohl in den Schul- als auch Gemeineverband gut eingegliedert. Es fand somit im August 2010 eine eindeutige Lebensschwerpunktverlagerung weg von den in der Slowakei lebenden Eltern hin zum Beschwerdeführer nach Österreich statt, was ein Wesensmerkmal eines Pflegekindschaftsverhältnis ist. Dass weiterhin Kontakt zu seinen Eltern in der Slowakei

besteht und der Minderjährige auch seine Schulferien in der Slowakei verbringt, ändert nichts an der Zugehörigkeit zum Haushalt des Beschwerdeführers, weil die tatsächliche und überwiegende Betreuung dem Beschwerdeführer während der in Österreich verbrachten Monate obliegt. Mit Verlagerung seines Aufenthaltes von den in der Slowakei befindlichen Eltern hin nach Österreich in das Pfarrhaus des Beschwerdeführers zum Zweck der Schulausbildung liegt kein vorübergehender Aufenthalt, sondern, wie bereits ausgeführt, eine Lebensschwerpunktverlagerung in den Haushalt des Beschwerdeführers vor.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe knüpft primär an die Haushaltsgesellschaft des anspruchsvermittelnden Kindes an. Aufgrund der Tatsache, dass das Kind mit dem Beschwerdeführer in einem Haushalt lebt und noch dazu überwiegend, nämlich neben den Kosten für Unterbringung sowie Fahrtkosten zur und von der Schule die laufenden Ausgaben für den Bedarf des Minderjährigen zu 80 %, trägt, liegt auch eine einheitliche Wirtschaftsführung im Rahmen einer Wohngemeinschaft und somit die Haushaltsgesellschaft des Minderjährigen in den Haushalt des Beschwerdeführers vor.

Die Ansicht der Abgabenbehörde, dass „im vorliegenden Fall, die Rechtsvorschriften des Landes Anwendungen finden, in welchem beide Eltern ihre Beschäftigung ausüben und daher nur die Rechtsvorschriften der Slowakei anzuwenden, die somit alleine für die Familienbeihilfe zuständig“ sei, ist im Hinblick auf die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes, der zum Anspruch auf Familienleisten ergangenen Judikatur und Literatur unzutreffend, wie unter Punkt C) Rechtlage dargelegt.

Unzutreffend ist – nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes – auch die Ansicht der Abgabenbehörde; dass „ein nur zu Ausbildungszwecken“ im Bundesgebiet mit einer Pflegeperson im gemeinsamen Haushalt lebende Minderjährige bedeute, dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung) habe. Der Studierende bzw., wie im gegenständlichen Verfahren das durch den Besuch einer Schule in Österreich befindliche Kind, hat für die Dauer seines Studienaufenthaltes seinen Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich und nicht in der Slowakei, womit der Beschwerdeführer für das mit ihm im gemeinsamen Haushalt lebende Pflegekind Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen hat.

Somit besteht nach Ansicht des Richters des Bundesfinanzgerichtes ein Anspruch des Beschwerdeführers auf die österreichischen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) durch eine Ausgleichszahlung, die als Familienbeihilfe gilt, weil der Vater und damit eine andere Person für das Kind in der Slowakei Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe (Kindergeld) hat.

Da der Beschwerdeführer als Staatsangehöriger eines EWR-Mitgliedstaates nach § 53, FLAG 1967 österreichischen Staatsbürgern im Anwendungsbereich des FLAG 1967 gleichgestellt ist, hat er nach Ansicht des Richters des Bundesfinanzgerichtes Anspruch auf die Gewährung einer Ausgleichszahlung, die als Familienbeihilfe gilt.

Der Antrag auf Ausgleichszahlung kann erst nach Ablauf des Kalenderjahres gestellt werden. Mit Einbringen des Antrages auf Gewährung einer Ausgleichszahlung im Oktober 2011, ist auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen, wie vorhin dargelegt, die Ausgleichszahlung nur für die Monate September, Oktober, November und Dezember 2010 zu gewähren. Die Ausgleichszahlung ist für jedes Jahr (Kalenderjahr) gesondert zu beantragen. Die Gewährung der Ausgleichszahlung ist, außer der dem Vater des Kindes zustehende ausländische Anspruch auf Familienleistungen der Slowakei wäre im Jahr 2011 erloschen – dies ist aber auf Grund des vorliegenden Sachverhaltes nicht gegeben – womit das Bundesfinanzgericht nur über die Monate September, Oktober, November und Dezember 2010 abzusprechen hat. Da der Beschwerdeführer den Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung vor Ablauf des Kalenderjahres 2011 gestellt hat, war über das Anbringen des Beschwerdeführers den Zeitraum Jänner 2011 bis Oktober 2011 vom Bundesfinanzgericht nicht zu entscheiden, weil dies ein Eingriff in die Entscheidungsbefugnis der Abgabenbehörde wäre.

Nach § 8, FLAG 1967 beträgt die Familienbeihilfe für ein 13-jähriges Kind monatlich € 130,90. Zusätzlich wird – nach der im Streitzeitraum (September, Oktober, November und Dezember 2010) – geltenden Fassung des § 8, Abs. 8, FLAG 1967 die Familienbeihilfe jeweils für den Monat September eines Kalenderjahres verdoppelt.

Auf Grund des – nach Ansicht des Richters des Bundesfinanzgerichtes – bestehenden Anspruches des Beschwerdeführers auf die Familienbeihilfe, steht dem Beschwerdeführer nach § 33 Abs. 3 EStG monatlich ein Kinderabsetzbetrag in Höhe von € 58,40 für den Zeitraum September 2010 bis Dezember 2010 zu.

Für die tatsächliche Höhe der Ausgleichszahlung ist die gleichartige slowakische Beihilfe (Kindergeld), die für diesen Zeitraum dem Vater des Minderjährigen gewährt wurde, in Abzug zu bringen.

Die Höhe Ausgleichszahlung wurde wie folgt berechnet:

Der Beschwerdeführer hat daher nach Ansicht des Richters des Bundesfinanzgerichtes Anspruch auf eine Ausgleichszahlung in Höhe von € 858,54, die als Familienbeihilfe gilt.

Dem Beschwerdeführer steht eine Ausgleichszahlung für den Zeitraum September 2010 bis einschließlich Dezember 2010 zu und der Beschwerde war daher teilweise statzugeben. Der angefochtene Bescheid erweist sich die Monate September, Oktober, November und Dezember 2010 betreffend somit als rechtswidrig und war daher gemäß § 279 BAO abzuändern.

## **E) Zulässigkeit einer Revision**

Die Revision an den VwGH ist nicht zulässig. Gemäß Art 133 Abs 4 B-VG kann gegen das Erkenntnis eines Verwaltungsgerichtes Revision erhoben werden, 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 beantwortete wurde. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Das gegenständliche Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes weicht weder von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab noch fehlt diese und der Lösung der Rechtsfrage kommt auch keine grundsätzliche Bedeutung zu. In diesem Zusammenhang wird auf die zu den Voraussetzungen des Anspruches des Beschwerdeführers auf österreichische Familienleistungen durch Gewährung einer Ausgleichszahlung zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen (siehe Punkt C) Rechtslage).