



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vom 3. November 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfaß vom 19. Oktober 2010, mit dem der Antrag auf Zuerkennung von Familienbeihilfe für das Kind K ab August 2010 abgewiesen wurde, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Die verheiratete und die österreichische Staatsbürgerschaft besitzende Berufungswerberin beantragte mit Formblatt Beih 1 die Zuerkennung der Familienbeihilfe für ihr am 24.8.2010 aus Nigeria nach Österreich eingereistes Pflegekind (Nichte) K, geboren 2001 in L, Nigeria. Ihre Nichte besuche im Schuljahr 2010/2011 die vierte Klasse der Volksschule 51 in Linz, und wohne ständig bei ihr an ihrem Familienwohnoort; sie finanziere auch monatlich die überwiegenden Kosten.

Dem Antrag waren eine Meldebestätigung für ihr Pflegekind, die Ablichtung der ausländischen Geburtsurkunde, der Sorgerechtsvereinbarung mit dem Kindesvater sowie Ablichtungen des Reisepasses des Pflegekindes (mit eingetragenem Visum vom 22.8.2010 bis 21.12.2010) und der am 29.7.2010 bis 28.7.2011 erteilten Aufenthaltsbewilligung angeschlossen.

Das Finanzamt forderte daraufhin von der Berufungswerberin die Übermittlung eines österreichischen Pflegschaftsvertrages, ihrer Heiratsurkunde sowie einer Schulbesuchsbestätigung für ihr Pflegekind an.

Die Heiratsurkunde und die Schulbesuchsbestätigung der Volksschule 51 wurden vorgelegt. Zum angeforderten Pflegschaftsvertrag teilte die Berufungswerberin mit, dass sie einen solchen nicht habe, sondern nur über die bereits vorgelegte und von einem Anwalt in Abuja bestätigte und von der dortigen österreichischen Botschaft beglaubigte Sorgerechtsübertragung durch den Kindesvater an sie und ihren Mann für die Dauer des Schulbesuches verfüge.

Mit Bescheid vom 19.10.2010 wies das Finanzamt den Antrag auf Familienbeihilfe für das Pflegekind ab. Für Kinder, die nicht die österreichische Staatsbürgerschaft besitzen, bestehe mangels intensiver Anbindung an Österreich kein Anspruch auf Familienbeihilfe, weil sich diese nach [§§ 8](#) oder [9 NAG](#) zwar rechtmäßig, aber nur vorübergehend zu Ausbildungszwecken in Österreich aufhalten. Da die Sorgerechtsübertragung nur für die Dauer des Schulbesuches erfolgt sei und die Aufenthaltsbewilligung als Schüler ausgestellt worden wäre, sei keine Familienbeihilfe zu gewähren gewesen.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Eingabe vom 3.11.2010 Berufung erhoben, in der die Berufungswerberin zusammengefasst darauf hinwies, dass sie mit ihrem Ehemann die Obsorge für ihre Nichte habe, diese bei ihnen wohne und sie materiell für ihre Nichte sorgten. Der Umstand, dass ihnen nur für die Dauer des Schulbesuches ihrer Nichte die Obsorge übertragen worden sei, stünde dem Beihilfenanspruch nicht entgegen, da das ABGB für Pflegeverhältnisse keine Obsorgeübertragung verlange und ihre Nichte nach voraussichtlichem Ende des Schulbesuches volljährig und damit eigenberechtigt sei, weshalb eine längere Übertragung des Sorgerechtes ohnehin hinfällig wäre. Ihre Nichte habe gemäß [§ 8 Abs. 1 Zif. 5 NAG](#) iVm [§ 63 NAG](#) als Schülerin einen Aufenthaltstitel, der gemäß § 3 FLAG Grundlage für den Anspruch auf Familienbeihilfe sei. Sie habe mit ihrem Mann den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundegebiet, das Kind müsse nur im selben Haushalt wohnen. Darüber hinaus regle [§ 186 ABGB](#) ausdrücklich, dass das Ziel des Pflegeverhältnisses auch sein könne, eine tiefe Beziehung zwischen Pflegekind und Pflegeeltern erst herzustellen. Gemäß § 3 Abs. 5 FLAG könne die Familienbeihilfe rückwirkend ab dem Tag beantragt werden, an dem sich der Mittelpunkt der Interessen des Antragstellers und des Kindes in das Bundesgebiet verlagert habe. Das Gesetz verlange dabei keine emotionale Anbindung, sondern nur dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich liege; das sei spätestens seit der Übersiedlung ihrer Nichte am 24.8.2010 der Fall.

Das Finanzamt wies diese Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 8.11.2010 im Wesentlichen mit der Begründung ab, die Vorlage einer Aufenthaltsbewilligung für das ausländische Pflegekind reiche nicht aus, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalles ergebe, dass sich das Pflegekind nur vorübergehend in Österreich aufhalte und keine ausreichende Anbindung an Österreich bestehe. § 5 Abs. 3 FLAG stelle für das anspruchsvermittelnde Kind auf das Erfordernis des ständigen Aufenthaltes in Österreich ab. Für das Pflegekind der Berufungswerberin sei eine Aufenthaltsbewilligung als Schüler für die Zeit vom 29.7.2010 bis 28.7.2011 ausgestellt worden. Die Einreise sei am 24.8.2010 erfolgt. Das Sorgerecht sei im vorliegenden Fall nur für die Dauer des Schulbesuches übertragen worden. Das Erfordernis eines ständigen Aufenthaltes des Pflegekindes in Österreich sei daher nicht erfüllt.

Im Vorlageantrag vom 23.11.2010 führte die Berufungswerberin aus, dass sie sich beim Magistrat Linz bezüglich Aufenthaltsbewilligung erkundigt habe, bevor sie ihr Pflegekind zu sich geholt habe. Da sie im Sinne und zum Wohl des Kindes keine Adoption sondern eine Pflegschaft "beantragt" habe (um es für das Kind "begreifbarer" zu machen und damit es nicht "rechtlich" seine Eltern verliere), sei nach gründlicher Prüfung durch die Behörden eine Aufenthaltsbewilligung für die Dauer des Schulbesuches ausgestellt worden. Es sei ihr erklärt worden, dass das Visum jeweils für ein Jahr erteilt werde und sie zwei Monate vor Ablauf desselben um Verlängerung ansuchen müsse. Schon damals habe die Behörde versichert, dass es – nach Prüfung aller relevanten Fakten und Bedingungen – kein Problem sondern eher eine Formsache sein werde, das Visum zu verlängern, vorerst jährlich, dann zweijährlich und schließlich könne ein Antrag auf Daueraufenthaltsbewilligung gestellt werden. Sie habe sich im Vorfeld genau erkundigt, damit für das Pflegekind der Schulbesuch in Österreich möglich und gesichert sei. Das Kind werde für die Dauer seiner Ausbildung in Österreich sein. Die Bindung an sie (und ihren Mann) als Pflegefamilie funktioniere sehr gut. Das Kind besuche derzeit die 4. Klasse der VS 51 und werde ab nächstem Schuljahr in die LISA wechseln. Sie sei sehr gut in die Klassengemeinschaft integriert, habe bereits Freunde gefunden, besuche einen Schwimmkurs und lerne mit Begeisterung Deutsch. Der Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen sei nun Österreich, sie habe enge persönliche Beziehungen hier und diese würden im Laufe der Zeit noch enger werden, da ihr ständiger Aufenthalt in Linz sei und sein werde. Der Schulbesuch dauere bis zur Erreichung einer Ausbildung oder Matura. Der Umstand, dass für Schüler und Studenten das Visum jeweils nur für ein Jahr ausgestellt werde, habe wohl damit zu tun, dass jede Verlängerung mit ca. 130 € vergibt werden müsse. Sie werde jedenfalls zwei Monate vor Ablauf desselben um Verlängerung ansuchen, somit sei ein vorübergehender Aufenthalt als Schülerin nicht gegeben, sondern ein ständiger Aufenthalt. Das Pflegekind habe hier ihr neues Zuhause gefunden, habe ihr eigenes Zimmer, sei gut in die Pflegefamilie

integriert und möchte auch einem Sportverein beitreten. Es werde daher nochmals die Gewährung der Familienbeihilfe beantragt.

Über Aufforderung des Unabhängigen Finanzsenates legte die Berufungswerberin eine aktuelle Schulbesuchsbestätigung vor. Demnach besucht das Kind derzeit die erste Klasse des Europagymnasiums. Weiters wurde ein Nachweis der aufrechten Aufenthaltsbewilligung als Schülerin (gültig bis 29.7.2012) vorgelegt.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG haben Personen, die im Bundegebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Kinder im Sinne des ersten Abschnittes des FLAG sind auch Pflegekinder iSd [§§ 186](#) und [186a ABGB](#) (§ 2 Abs. 3 FLAG).

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

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten (§ 5 Abs. 3 FLAG).

Gemäß [§ 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 (VwGH 4.3.2009, [2008/15/0314](#)). Das Pflegekindschaftsverhältnis iSd ABGB weist als Wesensmerkmal die eindeutige Lebensschwerpunktverlagerung des Kindes zu den Pflegeeltern auf, wobei sich diese Verlagerung im Wechsel des Kindes in den Haushalt der Pflegeeltern auf nicht bloß vorübergehende Dauer ausdrückt.

Im gegenständlichen Fall wurde das Vorliegen dieser Voraussetzungen von der Berufungswerberin mit den oben wiedergegebenen Ausführungen in der Berufung bzw. im Vorlageantrag ausreichend dargetan. Darüber hinaus liegt auch eine durch die Sorgerechtsvereinbarung mit dem Kindesvater rechtsgeschäftlich begründete Pflegschaft vor. Schließlich wurde auch vom Finanzamt das Vorliegen einer Pflegekindschaft nicht in Abrede gestellt.

Ferner steht fest, dass sich das Pflegekind rechtmäßig in Österreich aufhält. Der Aufenthaltstitel als Schülerin (§ 8 Abs. 1 Z 5 iVm [§ 63 NAG](#)) wurde zunächst bis 28.7.2011 (somit für die Dauer des Besuches der vierten Klasse Volksschule) erteilt, und aktuell bis 29.7.2012 verlängert.

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob ein ständiger oder nur vorübergehender Aufenthalt des Pflegekindes in Österreich vorliegt, da es bei ausländischen Kindern neben dem Vorliegen (irgend-)eines aufrechten Aufenthaltstitels nach [§§ 8, 9 NAG](#) nach derzeitiger Rechtslage nur auf den ständigen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 in Österreich ankommt (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 Rz 228).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach [§ 26 Abs. 2 BAO](#) zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt 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. Der ständige Aufenthalt des anspruchsvermittelnden Kindes in Österreich ist jedenfalls bei einem auf – voraussichtlich – mehrere Jahre angelegten Schulbesuch gegeben (VwGH 17.12.2009, [2009/16/0221](#) mwN). Ob dabei eine Aufenthaltsbewilligung nach § 8 Abs. 1 Z 5 iVm [§ 63 NAG](#) befristet erteilt worden ist, ist für die Frage des ständigen Aufenthaltes nicht entscheidend, zumal eine Verlängerung ([§ 63 Abs. 3 NAG](#)) möglich ist (vgl. VwGH 21.9.2009, [2009/16/0178](#)), und eine solche im gegenständlichen Fall auch bereits erfolgte.

Das Pflegekind ist seit August 2010 zum Zwecke des Schulbesuches bei ihren Pflegeeltern in Österreich, der Schulbesuch wird voraussichtlich noch mehrere Jahre dauern, da das Kind derzeit die erste Klasse des Europagymnasiums besucht. Es ist daher nach der aufgezeigten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes von einem ständigen Aufenthalt des Pflegekindes in Österreich auszugehen. Die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe liegen somit vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden war.

Linz, am 2. Jänner 2012