

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin BE in der Beschwerdesache Bf, über die Beschwerde vom 05.03.2015 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Bruck Eisenstadt Oberwart vom 05.02.2015, SVNr. Nr, betreffend Abweisung des Antrages vom 25.3.2014 auf Ausgleichszahlung für das Kind K, geb. xx.xx.xxxx, ab Jänner 2010, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird – ersatzlos – aufgehoben.

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

Entscheidungsgründe

1 Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer (Bf), ein ungarischer Staatsbürger, stellte unter Verwendung des Formblattes "Beih 38" einen Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung für den Zeitraum 1.1.2010 bis 31.12.2013 für die am xx.xx.xxxx geborene K, der Tochter seiner Lebensgefährtin.

Mit der Begründung, dass der Bf mit der Kindesmutter nicht verheiratet sei, wies das Finanzamt mit Bescheid vom 5.2.2015 diesen Antrag ab Jänner 2010 ab.

Dagegen erhob der Bf fristgerecht Beschwerde. Er lebe mit der Kindesmutter ab 2009 in einer Lebensgemeinschaft, was durch die beigelegten Unterlagen (Immobilien-Kaufvertrag, Grundbuchsauszug, Krediturkunde, Meldebestätigungen, Personalausweise) nachgewiesen werde. Das Kind gehöre ab diesem Zeitpunkt in den gemeinsamen Haushalt, er erziehe es und es erhalte seither Unterhalt von ihm.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 11.12.2015 wies das Finanzamt die Beschwerde mit der Begründung, nur ein leiblicher Elternteil oder ein Stiefelternteil habe Anspruch auf Familienbeihilfe, als unbegründet ab.

Der Bf stellte fristgerecht einen Vorlageantrag. Er sei zwar nicht der leibliche Vater des Kindes, doch es lebe mit ihm und der leiblichen Mutter in einem Haushalt. Die Kosten

würden er und die Mutter gemeinsam tragen, wobei auf ihn der größere Teil entfalle, da er mehr als die Mutter verdiene, die auch schon seit mehreren Jahren arbeitslos sei.

Mit Vorlagebericht vom 8.2.2016 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Mit E-Mail vom 28.5.2019 teilte die Amtsbeauftragte des Finanzamtes mit, dass der im gemeinsamen Haushalt lebende Partner des leiblichen Elternteils als Pflegeelternteil anerkannt werde. Nachdem aber keine Verzichtserklärung der Mutter vorliege, werde aber an einer Abweisung des Antrages des Bf festgehalten.

Über Vorhalt des BFG übermittelte der Bf mit Schriftsatz vom 19.6.2019 die zu seinen Gunsten abgegebene Verzichtserklärung gemäß § 2a FLAG 1967 seiner Lebensgefährtin.

2 Sachverhalt

Der Bf lebte im Beschwerdezeitraum mit seiner Lebensgefährtin LG und deren am xx.xx.xxxx geborene Tochter K in einem gemeinsamen Haushalt in Ungarn. Alle drei sind ungarische Staatsbürger. (E 401)

Die gemeinsame Wohnung wurde im Jahr 2009 vom Bf und seiner Lebensgefährtin erworben. Der Bf hatte Anteil an der Erziehung des Kindes und trug zu dessen Unterhalt bei.

Der Bf war während des gesamten Beschwerdezeitraumes in Österreich nichtselbständig beschäftigt.

Seine Lebensgefährtin übte nach der Bescheinigung des für Familienleistungen zuständigen Trägers (E 411) bis zum 25.4.2010 in Ungarn eine berufliche Tätigkeit aus und im Zeitraum 27.4.2010 bis 12/2013 keine berufliche Tätigkeit aus.

In Österreich war sie von 2.5.2011 bis 31.6.2012 und von 5.7.2012 bis 31.7.2013 geringfügig beschäftigt.

Auch der leibliche Vater des Kindes, KV, ebenfalls ein ungarischer Staatsbürger, war im Beschwerdezeitraum in Österreich nichtselbständig beschäftigt.

Die Kindesmutter bezog im Beschwerdezeitraum ungarische Familienleistungen von März 2012 bis Dezember 2013. Diesbezüglich liegt ein Erstattungsersuchen des ungarischen Schatzamtes vor.

Die Differenzzahlung wurde ausdrücklich für den Zeitraum 1.1.2010 bis 31.12.2013 beantragt.

Die Lebensgefährtin gab zugunsten des Bf eine Verzichtserklärung gemäß § 2a FLAG 1967 ab.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den vom Finanzamt vorgelegten Akt und den ihm Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht vorgelegten Unterlagen und ist unstrittig.

3 Rechtsgrundlagen

3.1 Nationales Recht

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

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind, 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 § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind zum Haushalt einer Person dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt.

Gemäß § 2 Abs. 3 lit. d FLAG 1967 sind Kinder einer Person auch deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

Nach § 2a Abs. 1 FLAG 1967 geht der Anspruch des Elternteils, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteils vor, wenn das Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern gehört. Nach Abs. 2 der Bestimmung kann in den Fällen des Abs. 1 der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.

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

§ 4 Abs. 6 FLAG normiert, dass die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

§ 53 Abs. 1 FLAG 1967 bestimmt, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Nach § 10 Abs. 1 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt.

3.2 Unionsrecht

3.2.1 VO 1408/71

Im Streitzeitraum ist für die Monate Jänner bis April 2010 die Verordnung (EWG) 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern idgF (im Folgenden: VO 1408/71) maßgebend.

Die VO 1408/71 gilt nach ihrem Art. 4 Abs. 1 Buchstabe h für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen. Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist ohne Zweifel eine Familienleistung iSd Art. 1 lit. u sublit. i der Verordnung Nr. 1408/71.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 VO 1408/71 gilt diese Verordnung für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind oder als Staatenlose oder Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Art. 3 Abs. 1 VO 1408/71 zufolge haben die Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaats wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nichts anderes vorsehen.

Zu den Familienangehörigen zählt Art. 1 lit. f VO 1408/71 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbstständigen (oder dem Studierenden) in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Art. 13 Abs. 1 der VO 1408/71 bestimmt, dass - vorbehaltlich hier nicht in Betracht kommender Sonderbestimmungen - Personen, für die diese VO gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats unterliegen. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

Nach Art. 13 Abs. 2 lit. a VO 1408/71 unterliegt eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats hat.

Nach Art. 73 der VO 1408/71 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in

Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Gemäß Art. 75 der VO 1408/71 werden Familienleistungen in dem in Artikel 73 genannten Fall vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder Selbständigen gelten.

Gemäß Art. 76 Abs. 1 VO 1408/71 ruht der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegebenenfalls gemäß Artikel 73 bzw. 74 geschuldeten Familienleistungen bis zu dem in den Rechtsvorschriften des ersten Mitgliedstaats vorgesehenen Betrag, wenn für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, Familienleistungen aufgrund der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vorgesehen sind.

Wird in dem Mitgliedstaat, in dessen Gebiet die Familienangehörigen wohnen, kein Antrag auf Leistungsgewährung gestellt, so kann gemäß Art. 76 Abs. 2 VO 1408/71 der zuständige Träger des anderen Mitgliedstaates Absatz 1 anwenden, als ob Leistungen in dem ersten Mitgliedstaat gewährt würden.

3.3.2 VO 574/72

Nach Art. 10 Abs. 1 lit. a VO 574/72 wird der Anspruch auf Familienleistungen oder -beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates geschuldet werden, nach denen der Erwerb des Anspruchs auf diese Leistungen oder Beihilfen nicht von einer Versicherung, Beschäftigung oder selbständigen Tätigkeit abhängig ist, wenn während desselben Zeitraums für dasselbe Familienmitglied Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Art. 73, 74, 77 oder 78 der Verordnung geschuldet werden, bis zur Höhe dieser geschuldeten Leistung ausgesetzt.

Wird jedoch nach Art. 10 Abs. 1 lit. b VO 574/72 in dem Fall, in dem Leistungen allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats oder nach Art. 73 oder 74 der Verordnung geschuldet werden, von der Person, die Anspruch auf die Familienleistungen hat, oder von der Person, an die sie zu zahlen sind, in dem unter Buchstabe a) erstgenannten Mitgliedstaat eine Berufstätigkeit ausgeübt, so wird der Anspruch auf die allein aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften des anderen Mitgliedstaats oder nach den genannten Artikeln geschuldeten Familienleistungen ausgesetzt, und zwar bis zur Höhe der Familienleistungen, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist. Leistungen, die der Mitgliedstaat zahlt, in dessen Gebiet das Familienmitglied wohnhaft ist, gehen zu Lasten dieses Staates.

3.2.3 VO 883/2004

Im Streitzeitraum ist für die Monate Mai 2010 bis Dezember 2013 die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: VO 883/2004) maßgebend.

Die VO 883/2004 gilt nach ihrem Art. 3 Abs. 1 Buchstabe j für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, welche Familienleistungen betreffen. Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist eine Familienleistung.

Nach Art. 2 Abs. 1 VO 883/2004 gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in dem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Zu den Familienangehörigen zählt Art. 1 Abs. 1 lit. i Z 1 sublit. i VO 883/2004 jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird.

Art. 4 VO 883/2004 zufolge haben die Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen nach Art. 11 Abs. 1 VO 883/2004 den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats.

Nach Art. 11 Abs. 3 lit. a VO 883/2004 unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats.

Nach Art. 67 VO 883/2004 hat eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten nach Art. 68 Abs. 1 VO 883/2004 folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

Nach Art. 68 Abs. 2 VO 883/2004 werden bei Zusammentreffen von Ansprüchen die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

4 Rechtliche Würdigung

4.1 Zeitliche Wirksamkeit des Bescheides

Gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt, gleiches gilt für eine Ausgleichszahlung gemäß § 4 Abs. 4 FLAG 1967. Bei den Verfahren betreffend Familienbeihilfe und Ausgleichszahlung, die gemäß § 4 Abs. 6 FLAG 1967 als Familienbeihilfe gilt, handelt es sich um zwingend antragsgebundene Verfahren.

Im gegenständlichen Fall erfolgte die Antragstellung für den Zeitraum 1.1.2010 bis 31.12.2013. Die zeitliche Wirksamkeit des diesen Beihilfenantrag "ab Jänner 2010" ohne Angabe eines Enddatums abweisenden Bescheides erstreckt sich daher bis zu dem im Antrag genannten Endzeitpunkt, somit bis Dezember 2013.

4.2. Anspruchsberechtigung

Es liegt ein mitgliedsstaatenübergreifender Sachverhalt vor, nämlich eines Unionsbürgers, der in einem Mitgliedstaat einer Erwerbstätigkeit nachgeht, während seine Familie in einem anderen Mitgliedstaat wohnt (vgl. Csaszar in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 53 Rz 40).

Der Bf, ein ungarischer Staatsbürger, fällt als in Österreich nichtselbständig Erwerbstätiger und pflichtversicherter Arbeitnehmer bzw. als in Österreich Versicherter mit seinen Familienangehörigen sowohl in den Anwendungsbereich der VO 1408/71 als auch der VO 883/2004. Er unterliegt nach den Verordnungen den österreichischen Rechtsvorschriften.

Die vom Bf beantragte Familienbeihilfe (Differenzzahlung) ist unter die Familienleistungen im Sinne des Art. 4 Abs. 1 lit. h VO 1408/71 und des Art. 3 Abs. 1 lit. j VO 883/2004 zu subsumieren.

Die Verordnungen sind persönlich und sachlich anwendbar.

Sowohl die VO 1408/71 wie auch die VO 883/2004 stellen zum Begriff des Familienangehörigen auf das die betreffende Leistung gewährende innerstaatliche Recht ab (VwGH 27.9.2012, 2012/16/0054).

§ 2 Abs 3 lit. d FLAG 1967 zählen zu den Familienangehörigen, für welche die Familienleistung (Familienbeihilfe) gewährt wird, auch die Pflegekinder einer Person.

Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 4.3.2009, 2008/15/0314 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). Dass die mit einem leiblichen Elternteil in Lebensgemeinschaft lebende Person bei Übernahme von Betreuungsleistungen und bei Vorliegen einer § 186 ABGB entsprechenden emotionalen Bindung als Pflegeelternteil gilt, entspricht der herrschenden Auffassung (vgl. Klang, a.a.O., Tz. 15)."

Im gegenständlichen Fall hat das Finanzamt nunmehr außer Streit gestellt, dass der im Beschwerdezeitraum im gemeinsamen Haushalt mit der leiblichen Kindesmutter lebende Bf als Pflegeelternteil anerkannt wird.

Das nationale Recht stellt in § 2 Abs. 2 FLAG 1967 für den Anspruch auf Familienbeihilfe (unionsrechtlich: für die Eigenschaft als Familienangehöriger) grundsätzlich auf die unstrittig gegebene Haushaltszugehörigkeit ab.

Zufolge EuGH-Urteil Tomislav Trapkowski, C-378/14, EU:C:2015:720, ist der gemeinsame Haushalt mit der Lebensgefährtin und deren Kind im Inland zu fingieren und ist nach nationalem Recht zu beurteilen, wer von beidem Elternteilen primär anspruchsberechtigt ist.

Nach dem diesbezüglich anzuwendenden § 2a FLAG 1967 geht der Anspruch des Elternteils, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles

vor, wobei nach der gesetzlichen Vermutung zunächst die Mutter als Haushaltsführende anzusehen ist.

Nach § 2a Abs. 2 FLAG kann der vorrangig anspruchsberechtigte Elternteil auf den Anspruch zugunsten des anderen Elternteils verzichten.

Die im Beschwerdefall sohin primär anspruchsberechtigte Lebensgefährtin und Kindesmutter, welche den Familienhaushalt geführt hat, hat im Beschwerdeverfahren eine entsprechende Verzichtserklärung iSd § 2a FLAG 1967 zu Gunsten des Bf abgegeben.

Der Bf ist daher im Beschwerdezeitraum anspruchsberechtigt.

Im Beschwerdezeitraum war der Bf ausschließlich in Österreich beschäftigt. Die Kindesmutter war bis 25.4.2010 in Ungarn beschäftigt, danach übte sie dort keine berufliche Tätigkeit mehr aus. Von 2.5.2011 bis 31.6.2012 und von 5.7.2012 bis 31.7.2013 war sie in Österreich geringfügig beschäftigt. Auch der leibliche Vater des Kindes war im Beschwerdezeitraum in Österreich beschäftigt.

Im Zeitraum Jänner bis April 2010 ist daher Beschäftigungsstaat einerseits Österreich, andererseits Ungarn. Im Zeitraum Mai 2010 bis Dezember 2013 ist ausschließlich Österreich Beschäftigungsstaat. Wohnmitgliedstaat ist Ungarn.

Es kommen daher im Zeitraum Jänner bis April 2010 die Bestimmungen des Art. 75 f. VO 1408/71 und im Zeitraum von Mai 2010 bis Dezember 2013 des Art. 68 Abs. 1 lit. a VO 883/2004 zur Anwendung.

Räumen die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaats und die des Wohnmitgliedstaats eines Arbeitnehmers diesem für denselben Familienangehörigen und für denselben Zeitraum Ansprüche auf Familienleistungen ein, so ist der für die Gewährung dieser Leistung zuständige Mitgliedstaat nach Art. 10 Abs. 1 lit. a der VO 574/72 grundsätzlich der Beschäftigungsstaat.

Übt jedoch eine Person, die das Kind betreut, eine Erwerbstätigkeit iSd VO 1408/71 im Wohnmitgliedstaat aus, so sind die Familienleistungen nach Art. 10 Abs. 1 lit. b Ziff. i der VO 574/72 von diesem Mitgliedstaat zu gewähren, unabhängig davon, wer der in den Rechtsvorschriften dieses Staates bezeichnete unmittelbare Empfänger dieser Leistung ist. In diesem Fall ruht die Gewährung der Familienleistungen durch den Beschäftigungsmitgliedstaat bis zur Höhe der in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats vorgesehenen Familienleistungen.

Der Anspruch auf ungarisches Kindergeld besteht (unabhängig von einer Erwerbstätigkeit) ua für Personen mit ständigem Wohnsitz in Ungarn und ungarische Staatsbürger, das Kind muss grundsätzlich im Haushalt der Eltern leben. Auf die damals in Ungarn erwerbstätige Kindesmutter treffen die Voraussetzungen zu.

Für den Zeitraum Jänner bis April 2010 ist Österreich als einer der beiden Beschäftigungsstaaten nach Art. 75 f. VO 1408/71 zur Leistung einer Differenzzahlung verpflichtet, da ein Anspruch auf ungarische Familienleistungen bestand.

Im Zeitraum Mai 2010 bis Dezember 2013 war nur Österreich Beschäftigungsstaat. Nach den in Art. 68 VO 883/2004 normierten Prioritätsregeln werden die Familienleistungen primär nach den österreichischen Rechtsvorschriften gewährt. Österreich ist zur Zahlung von Familienleistungen (und nicht bloß einer Ausgleichs- bzw. Differenzzahlung im Sinne von Art. 68 VO 883/2004) verpflichtet.

Der angefochtene Bescheid erweist sich somit als rechtswidrig und war daher ersatzlos aufzuheben.

Gemäß § 25 Abs. 1 BFGG und § 282 BAO ist das Finanzamt verpflichtet, im gegenständlichen Fall mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesfinanzgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen und die entsprechende Auszahlung zu veranlassen.

5 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.

Diese Voraussetzungen liegen im gegenständlichen Fall nicht vor. Die Entscheidung folgt der dargestellten Rechtsprechung des VwGH.

Salzburg-Aigen, am 12. Juli 2019