

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter ***Ri*** in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr*** SVNr. ***1***, über die Beschwerde vom 21.02.2019 gegen den Bescheid des ehemals ***FA*** vom 24. Jänner 2019, nunmehr FAÖ DS ***2***, betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung von Differenzzahlung Juni 2015 für das Kind ***3*** ***4***, geb. ***5***, zu Recht erkannt:

I. Der angefochtene Bescheid wird –insoweit darüber über die Gewährung der Differenzzahlung ab 01.08.2016 bis 03/2019 abgesprochen wird –aufgehoben. Für diesen Zeitraum steht dem Bf. die Differenzzahlung /Kinderabsetzbetrag (KG) in vom Finanzamt Österreich noch zu bestimmender Höhe zu.

Im Übrigen -den Zeitraum –berichtigt auf 06 (Schreibfehler des Finanzamtes) /2015 bis 07/2016 betreffend -bleibt der Bescheid v. 24.01.2019 unverändert (Abweisung).

Hinsichtlich des Zeitraumes ab 04/2019 bleibt es bei der Stattgabe (Gewährung der Differenzzahlung).

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

Entscheidungsgründe

Strittig ist die Höhe einer Differenzzahlung nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967.

Verfahrensgang

Antrag v.18.09.2018 auf Differenzzahlung (eingelangt beim ehemaligen FA DS *2*** am 22.10.2018) :**

Antragsteller ist der Stiefvater des im gemeinsamen Haushalt lebenden Kindes ***3***, geboren ***5***. Der Bf. ist tschechischer Staatsbürger. Die Kindesmutter (mittlerweile auch

Ehefrau des Bfs. seit tt.mm.2019) verzichtete auf ihren Anspruch (Verzichtserklärung des haushaltsführenden Elternteiles im Beihilfenantrag BEIH 38 vom 18.09.2018, eingelangt beim Finanzamt am 22.10.2018).

Abweisungsbescheid 24.01.2019 (ab „Juli“ 2015):

Der Antrag wurde mit Bescheid vom 24.01.2019 mit folgender Begründung abgewiesen:

*"Sie sind mit Frau ***6*** nicht verheiratet, daher besteht kein Anspruch auf „Ausgleichszahlung“ für das Kind der Partnerin. Der Antrag vom 22.Oktober 2018 ist somit abzuweisen."*

Vorhalteverfahren

Vorhalt	11.06.2019
Vorhalt	13.12.2019

Auf diese wird verwiesen.

Beschwerde v.27.02.2019

Daraufhin wurde Beschwerde eingelegt und Folgendes ausgeführt:

*„Es stimmt zwar, dass ich mit der Kindesmutter Frau ***6*** nicht verheiratet bin. Wir bilden jedoch seit Jahren faktisch eine Lebensgemeinschaft und ist auch mein Sohn (faktisch Pflegekind) ***3*** ***4*** in unserem Haushalt. Ich unterstütze finanziell die ganze Familie und pflege auch den minderjährigen Sohn ***3***. Dieser ist außerdem schwer krank (hämatologische Erkrankung). Ich betrachte ihn als mein leibliches Kind und ich stehe zu ihm in einem quasi Pflegschaftsverhältnis. In diesem Zusammenhang erlaube ich mir auf die Judikatur des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes und die Verwaltungspraxis der österreichischen Finanzbehörden zu verweisen und bitte Sie höflich um entsprechende Berücksichtigung der faktischen Lebensumstände, wobei ich davon ausgehen kann, dass eine Verehelichung nicht eine notwendige Voraussetzung darstellen kann. Aus all diesen Gründen beantrage ich die Aufhebung des gegenständlichen Bescheides und beantrage ich die Zuerkennung der Familienbeihilfe wie im Antrag vom 22. Oktober 2018 angeführt“.*

Vorhalteverfahren:

Info AST	10.03.2020
Info AST	05.05.2020

Vorhalt	22.05.2020
Vorhalt	27.05.2020
Änderung des Familienstandes	17.06.2020
Auszug BMAFJ	07.10.2020
Notizen	07.10.2020

Auf diese wird verwiesen.

Beschwerdevorentscheidung v. 07.10.2020

In dieser BVE erfolgte eine teilweise Stattgabe. Der Zeitraum ab Juni 2015 (Korrektur im Verhältnis zum Abweisungsbescheid v.24.01.2019- darin noch Juli 2015=Schreibfehler) bis März 2019 wurde abgewiesen, da ***3*** das Kind der Lebensgefährtin sei (erst seit tt.mm.2019 sei diese Ehegattin-siehe auch Begründung Beschwerdeentscheidung vom 07.10.2020). Es liege keine Pflegekindeigenschaft vor, da sich der Beschwerdeführer nur am Wochenende in Tschechien aufhalte. Ab April 2019 (Heirat) wurde ***3*** als Stiefkind anerkannt und Differenzzahlung gewährt.

Vorlageantrag v. 13.10.2020

Am 10.11.2020 langte der Vorlageantrag ein.

„Ergänzend führe ich an, dass das zuständige Finanzamt gesetzliche Voraussetzungen für das Pflegeverhältnis zitiert, welche im Sinne eines Typusbegriffes kumulativ vorzulegen haben, aber selbst auf Grund des angeblichen Fehlens nur eines Merkmales meinen Anspruch verneint. Tatsache ist, dass ich faktisch mit meiner Gattin meinen Pflegesohn schon ab Juni 2015 gemeinsam pflegen und erziehen. Als LKW-Lenker bin ich selbstverständlich öfter unterwegs, das heißt aber eindeutig nicht, dass ich meine Pflegeaufgaben nicht erfülle und vor der Verehelichung nicht erfüllt habe. Ein LKW-Lenker ist nicht doch ein Vaterzweiter Klasse. Selbst das Gesetz spricht bei einer Pflegeperson als über eine Person, welche die Pflege und Erziehung des Kindes teilweise besorgt. Ein solches Mindestmaß ist bei mir bei weitem übertroffen. Ich versorge die Familie finanziell und bin auch faktisch für meinen Pflegesohn da. Zu bemerken ist, dass mein Pflegesohn an einer ernsthaften Erkrankung leidet, welche ich mit ihm erlebe. Neben diesem Antrag wird für bestimmte Zeiträume auch ein entsprechender Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe gestellt. Aus allen diesen Gründen beantrage ich die Aufhebung des Abweisungsbescheides vom 24.Jänner 2019 und beantrage ich die Zuerkennung der Familienbeihilfe wie im Antrag vom 22. Oktober 2018 angeführt. Mit der Bitte um Verständnis und freundlichen Grüßen“

Stellungnahme des FAÖ DS *2*** (ehemals FA DS ***2***):**

Es wird beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, **da im Zeitraum Juli 2015 bis März 2019 kein Pflegekind iSd FLAG gegeben ist.** Über den Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe wird nach Prüfung der Voraussetzungen und Entscheidung vom BFG (ob ein Anspruch auf Differenzzahlung besteht) vom Finanzamt entschieden.

E-Mail v. 09.10.2023

Mit E-Mail v. 09.10.2023 wurde vom FAÖ DS ***2*** angefragt, ab wann mit einer Entscheidung zu rechnen ist.

E-Mail v. 10.10.2023

Am **10.10.2023** wurde das FAÖ ersucht **per E-Mail den Antrag auf FB** nachträglich an das BFG zu übermitteln, weil dieser im elektronischen Akt nicht ersichtlich war (abgelegt unter Punkt 3) (dort fand sich aber nur die BVE v.07.10.2020).

DAS BUNDESFINANZGERICHT HAT ERWOGEN:

1. Sachverhalt

Mit Antrag vom 18.09.2018 stellte der Beschwerdeführer (im Folgenden mit Bf. abgekürzt) den Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung im Formular BEIH 38). In diesem Antrag wurde gleichzeitig seitens der Kindesmutter auf die ihr zustehende Differenzzahlung für das Kind ***3*** verzichtet.

Der Bf., ein tschechischer Staatsbürger, arbeitet seit 22.Juni 2015 in Österreich als Kraftfahrer (siehe Bestätigung des Arbeitgebers, der Fa. ***7*** GmbH in ***8*** ***9***). Als Kraftfahrer übernachtete er vielfach in der Kabine seines LKWs und pendelte fünfmal monatlich zwischen dem österreichischen Arbeitgeber und dem Familienwohnsitz in Tschechien, an dem er seine Wochenenden verbrachte.

Im Beschwerdefall steht weiters außer Streit, dass die Kindesmutter in Tschechien Familienleistungen für ihren Sohn ***3*** bezogen hat.

Vom leiblichen Kindesvater, Herrn ***10***, geb. ***11***, wurden seit November 2012 Unterhaltszahlungen für sein Kind ***3*** geleistet.

Die nunmehrige Gattin des Bfs. (Eheschließung am tt.mm.2019 – zuvor seit August 2016 bestand eine Lebensgemeinschaft an der Adresse in Tschechien), Frau ***6***, geboren ***12***, Geburtsurkunde des Standesamtes ***13*** zu Zl. ***14***) bezog in Tschechien

für ihren Sohn ***3***, geboren ***5***, die Familienbeihilfe in Tschechien. Der Sohn (so die Ausführungen des FAÖ DS ***2*** im Vorlagezeitpunkt 2020) geht in Österreich einer Beschäftigung nach.

Die Kindesmutter, geboren am ***12***, ist weder in Österreich (keine Sozialversicherungsnummer in Österreich) noch in Tschechien berufstätig.

Aus der Bestätigung des Meldeamtes vom 15.07.2016 in ***13*** ging hervor, dass die Kindesmutter gemeinsam mit dem damaligen Lebensgefährten = Bf.Herrn ***15*** und dem Kind seit 01.08.2016 in einer Mietwohnung (Kategorie 1 Wohnung) im Ausmaß einer Nutzfläche von 109,80 m² wohnt.

Nach der Aktenlage ist von einem gemeinsamen Wohnsitz ab 01.08.2016 an dieser Adresse auszugehen (Lebens-Wohn-und Wirtschaftsgemeinschaft mit seiner damaligen Lebensgefährtin und dem Kind ***3***).

Zum Kind *3*** /Schulausbildung:**

Im **Schuljahr 2016/2017** war er Schüler der Klasse ***16***, ***17***, ***18***, (Bestätigung der Grundschule ***13*** vom 27.08.2018). Als Wohnort des Schülers war ***19*** in ***13*** angegeben.

Im **Schuljahr 2017/2018** war Schüler des 1. Lehrgangs des Präsenzstudiums an der höheren Fachschule in ***20*** (Bestätigung der Schule vom 02.05.2018).

Im **Schuljahr 2018/2019** war er Schüler des Zweiten Jahrganges des Präsenzstudiums an der höheren Fachschule, mittleren Industrieschule und mittleren Fachschule für Gewerbe und Dienstleistungen, ***21*** (Bestätigung der höheren Fachschule v.03.09.2018).

Pflege (und daher Pflegekind)

Nach den Angaben des Bfs. in der Beschwerde lebten Kindesmutter, Kind sowie Stiefvater im gemeinsamen Haushalt. Der Bf. unterstützte die Familie finanziell und pflegte auch ***3***, sodass ein Pflegschaftsverhältnis vorliege. ***3*** leide unter einer schweren Erkrankung (hämatologische Erkrankung). Es wurden daher von ihm teilweise auch Pflegeaufgaben erfüllt.

Nach Ansicht des Finanzamtes würden allerdings die zivilrechtlichen Tatbestandsvoraussetzungen des §§ 184 ABGB nicht erfüllt sein (Vorliegen von behördlichen Dokumenten für ein Pflegeverhältnis wäre notwendig).

Ein Nachweis für einen gemeinsamen Haushalt bzw. gemeinsamen Wohnsitz vor August 2016 konnte im Verfahren nicht erbracht werden.

Stiefkind

Nach Ansicht des Finanzamtes ist erst ab dem Zeitpunkt der Eheschließung-des Bfs mit der Kindesmutter -somit ab April 2019 –ein Anspruch auf Familienleistungen für ***3*** gegeben (Stiefkind im Sinne des § 2 Abs. 3 lit.c FLSAG 1967).

2. Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der elektronischen Aktenlage und dem – beim BFG urgieren und am 9. 10.2023 nachträglich übermittelten Unterlagen des Finanzamtes Österreich Dienststelle ***2*** (Antrag auf Familienbeihilfe vom 18.09.2018 plus Beilagen), Antragsformulare für Beihilfen, Scheidungsurkunde, Obsorgeregelung, Arbeitsbescheinigung des inländischen Arbeitgebers, Schul- bzw. Studienbestätigungen für Kinder, Formular E401, Formular E411 Erklärung des Beschwerdeführers dass er neben seiner Beschäftigung in Österreich in seinem Heimatland Tschechien keine nichtselbstständige Arbeit ausübe (Erklärung vom 18.09.2018), E 409 (beide Elternteile erzielen in Tschechien keine Einkünfte), Abfrage der Sozialversicherungs- Daten des Bfs., Einwohnerbestätigung in Tschechien datiert vom 17.03.2016.

Der Sachverhalt ist unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I. (Abänderung)

Art. 68 der VO trifft für den Fall des Zusammentreffens von Ansprüchen auszugsweise (soweit für den gegenständlichen Fall von Relevanz) folgende Prioritätsregeln:

(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten 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.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden 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.

Bei grundsätzlich bestehendem vorrangigem FB-Anspruch der Kindesmutter kommt in jenen Fällen, in den diese auf ihren Anspruch rechtswirksam verzichtet, ausgelöst durch die Beschäftigung/Erwerbstätigkeit in Österreich (seit 22.06.2015) , eine **vom Bf beantragte Gewährung eines Differenzbetrages/Unterschiedsbetrages** iSd Art. 68 Abs. 2 der VO in Betracht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat ua. im Erkenntnis vom 27.9.2012, 2012/16/0054, nach Darstellung der betr. Artikel in der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 und der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ausgeführt:

"Sowohl die Verordnung Nr. 1408/71 wie auch die Verordnung Nr. 883/2004 stellen sohin zum Begriff des Familienangehörigen auf das die betreffende Leistung gewährende innerstaatliche Recht ab."

Die Frage danach, ob für den Bf ein Anspruch auf eine Differenzzahlung für das leibliche Kind der Lebensgefährtin besteht, ist daher nach innerstaatlichem Recht, sohin nach den Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG), BGBl 1967/376 idgF, zu beurteilen.

Gem. § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder

Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Primär maßgeblich ist, ob es sich bei dem Kind überhaupt um ein solches im Sinne des FLAG handelt und nicht oder allein – wie der Bf zunächst vermeinte – ob das Kind im gemeinsamen Haushalt lebt. Die Haushaltszugehörigkeit bestimmt lediglich im weiteren jene Person, der vorrangig der Anspruch zusteht.

§ 2 Abs. 3 FLAG lautet:

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 ABGB)"

Der Anspruch des Bf auf eine Differenzzahlung nach österreichischem Recht setzt demnach voraus, dass zwischen ihm und dem Kind ein Verhältnis im Sinne des Kindesbegriffes nach § 2 Abs. 3 FLAG 1967 besteht, womit dieses Kind auch "Familienangehöriger" im Sinne des Art. 1 lit. i Zif. 1 sublit. i der VO ist:

Nachkommen sind alle eigenen/leiblichen Kinder (Kinder, Enkel, Urenkel). Wahlkinder sind alle Adoptivkinder (Annahme an Kindes statt). Das Kind ***3*** ist weder leibliches Kind noch Wahlkind des Bf.

Als **Antragsteller** für die Familienbeihilfe sind, wenn der eigentlich Berechtigte sein Antragsrecht nicht wahrnimmt, auch die im Artikel 60 Abs 1 VO (EG) Nr. 987/2009 genannten Personen, insbesondere der andere Elternteil anzuerkennen. Dies kann auch der Stiefvater sein.

Unter Stiefkindern versteht man die aus einer früheren Ehe stammenden Kinder des Ehegatten dieser Person sowie die unehelichen Kinder dieses Ehegatten (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Tz 21 mit Hinweis auf VfGH 18.3.1966, G 15/65). Wenn der Bf das Kind ua. auch als sein "Stiefkind" bezeichnet hat, so ist dies jedenfalls im Streitzeitraum ab 04/2019 zutreffend, weil er ab diesem Zeitpunkt mit der Kindesmutter verheiratet war.

„Pflegekind“ iSd ABGB

Zu prüfen verbleibt aber im gegenständlichen Fall, ob ***3*** wie vom Bf eingewendet, ein "Pflegekind" des Bf im Sinne der zitierten Bestimmungen des ABGB ist.

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.

Seit dem KindRÄG 2001 bietet § 186 ABGB zwei Definitionsmerkmale, nämlich erstens die faktische – gänzliche oder partielle – Besorgung von Pflege und Erziehung des Kindes und zweitens das Bestehen oder die beabsichtigte Herstellung einer persönlichen Beziehung

zwischen dem Kind und diesen seinen Betreuern, die an Intensität dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommt (Stabentheiner in Rummel, ABGB, 3. Auflage, § 186 Tz 1).

Die Pflegeelterneigenschaft setzt weder einen rechtsgeschäftlichen oder gerichtlichen Begründungsakt voraus, sondern ist bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale kraft Gesetzes gegeben (Stabentheiner, a.a.O., Tz 2). Dass die Pflegeelterneigenschaft auch einer Einzelperson zukommen kann, wurde von der herrschenden Meinung auch schon zur Rechtslage vor dem KindRÄG vertreten (Stabentheiner, a.a.O., Tz 4b mwN).

Auch der Verwaltungsgerichtshof teilt diese Ansicht. In seinem Erkenntnis vom 4.3.2009, 2008/15/0314 führte dieser aus:

"Verbindet der Gesetzgeber – wie hier – 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. Erk. 20.4.1995, 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, § 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)."

Festgehalten wird, dass – wie im Zuge des Beschwerdeverfahrens moniert - die Regelungen betr. "Pflegeeltern" bis 31.1.2013 in § 186 und § 186 a ABGB (worauf in § 2 Abs. 3 FLAG verwiesen wird) getroffen wurden und seither, ab 1.2.2013, nach der geltenden Rechtslage nunmehr nahezu gleichlautend in §§ 184 und 185 ABGB zu finden sind.

Im og. Beschwerdefall (VwGH 2008/15/0314) hatte der Bf. mit der Kindesmutter einen gemeinsamen Haushalt (in sachverhältnismäßiger Hinsicht ab 01.08.2026 lt. Meldebestätigung) gegründet und ua. ausgeführt, er habe die Absicht gehabt, eine emotionale Bindung zum den Kind aufzubauen. Er habe die Kinder wie eigene behandelt. Durch die Aufnahme des Kindes in seinen Haushalt habe er deren Pflege und Erziehung als Pflegeelternteil besorgt. Zwischen dem

Kind und ihm habe eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern sehr nahekommende Beziehung bestanden; er habe die Aufgaben der Pflege auch selbst erfüllt.

Nicht anders ist der gegenständliche Beschwerdefall gelagert.

Neben der emotionalen, elternähnlichen Bindung genügt nach dem Wortlaut des § 186 ABGB aF (bzw. § 184 ABGB nF) auch die "teilweise" Besorgung der Pflege und Erziehung des Kindes, sodass bei Erfüllung beider Kriterien eine "faktische Pflegeelternschaft" vorliegt. Für das leibliche Kind der Lebensgefährtin (= Pflegekind iSd § 2 Abs. 3 FLAG 1967) im gemeinsamen Familienhaushalt in Tschechien steht daher - nach Abgabe einer Verzichtserklärung der Kindesmutter nach § 2a FLAG 1967 - die Differenzzahlung an Familienbeihilfe zu.

Im Hinblick auf die gesamt bestehende Familiensituation, insbesondere auch, dass mittlerweile die Verehelichung der Lebensgefährtin (tt.mm.2019) stattgefunden hat, besteht für das BFG kein Zweifel daran, dass der Bf eine nähere, elternähnliche emotionale Beziehung auch zum Kind ***3*** hat. Damit ist nach dem Dafürhalten des BFG das eine erforderliche Kriterium der "bestimmten Qualität der Bindung", dass also eine persönliche Beziehung zwischen dem Kind und dem Bf besteht, die an Intensität dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommt, als erfüllt zu betrachten.

Des Weiteren kann die vom Finanzamt vormals gezogene Schlussfolgerung, aufgrund der durchgehenden Beschäftigung des Bf in Österreich und seiner damit verbundenen körperlichen Anwesenheit im Inland erscheine eine "tatsächliche Betreuung des Kindes in Tschechien nicht nachvollziehbar, nicht mehr aufrecht gehalten werden.

Es trifft daher zwar zu, dass der Bf im betreffenden Zeitraum in Österreich unselbständig erwerbstätig war, was jedoch in keiner Weise ausschließt, dass er sich in seiner – oben umfänglich dargestellten - Freizeit tatsächlich auch der Pflege und Erziehung des Kindes gewidmet hat. Eine teilweise Besorgung der Pflege und Erziehung des Kindes ist nach dem klaren Wortlaut des § 186 aF bzw. § 184 nF ABGB ausreichend. Auch würde wohl niemand einem leiblichen österreichischen Kindesvater dessen Pflege- und Erziehungsrechte absprechen, nur weil er wochentags im Ausland erwerbstätig ist.

Das in diesem Zusammenhalt ausführliche Vorbringen zu den Kriterien für eine eheähnliche Gemeinschaft, der nach der VwGH-Judikatur auch eine längere, beruflich notwendige Abwesenheit eines Partners nicht entgegenstehe, kann dagegen als irrelevant dahingestellt bleiben. Das Vorliegen einer Lebensgemeinschaft zwischen dem Bf und Fr. B wurde vom BFG nie in Zweifel gezogen, sondern galt es vielmehr abzuklären, ob die genannten Voraussetzungen für die Annahme einer "Pflegeelternschaft" im Verhältnis zum Kind der Lebensgefährtin erfüllt sind.

Ebenso kommt aufgrund der nachgewiesenen Haushaltszugehörigkeit des Kindes (ab August 2016) der Frage der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten keine Entscheidungsrelevanz zu.

Primärer Anspruch:

Zufolge EuGH-Urteil vom 22.10.2015, Rs C-378/14, ist der gemeinsame Haushalt mit der Lebensgefährtin und deren Kind im Inland zu fingieren und ist nach nationalem Recht zu beurteilen, wer von beiden Elternteilen primär den Anspruch auf die Familienbeihilfe bzw. auf die Auszahlung der Familienbeihilfe hat.

Nach dem diesbezüglich anzuwendenden § 2a FLAG 1967 geht der Anspruch des Elternteiles, 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 Elternteiles verzichten.

Die im Beschwerdefall sohin primär anspruchsberechtigte Lebensgefährtin (nunmehrige Ehegattin) und Kindesmutter, welche unzweifelhaft den Familienhaushalt geführt hat, hat nunmehr am 18.09.2018 eine entsprechende Verzichtserklärung iSd § 2a FLAG 1967 abgegeben, womit die Differenzzahlung an FB dem Bf zuerkannt und an ihn ausbezahlt werden kann.

Die sohin dem Bf zustehende Differenzzahlung für das am ***5*** geborene Kind ***3*** ergibt sich ausgehend vom österreichischen Anspruch gemäß § 8 Abs. 2 FLAG 1967 idGF. (ab Zeitraum 08/2016). Die Beträge ergeben sich aus im Einzelnen aus dem Gesetz.

Ferner steht dem Bf auch der Kinderabsetzbetrag (KG) gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 zu.

"Eine Person hat 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."

Auch der Kinderabsetzbetrag gilt wie die Familienbeihilfe als Familienleistung im Sinne der Verordnung. Gehört daher ein Kind zum ausländischen Haushalt eines Unionsbürgers (EWR-Bürgers), auf den die Verordnung anzuwenden ist, stand schon nach der Rechtslage bis zum AbgÄG 2012 der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland der Gewährung des Kinderabsetzbetrages als Familienleistung nicht entgegen (Wiesner/Grabner/Wanke, EStG, § 33 Anm 30 bis 32; vgl. zum Wesen des Kinderabsetzbetrages als Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe und nicht als Verminderung der Tarifsteuer: Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 1 Tz 23 mwN).

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Hinweis

Über den nachträglichen gesonderten Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe wird vom FAÖ DS ***2*** noch zu entscheiden sein.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (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.

Im Rahmen der Beweiswürdigung zu klärende Sachverhaltsfragen (wie etwa die Frage einer gemeinsamen Haushaltsführung etc.) stellen keine Rechtsfragen dar. Aus diesem Grund wirft eine vom BFG diesbezüglich vorgenommene Beweiswürdigung keine über den Einzelfall hinausgehende Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG auf (VwGH 30.06.2015, Ra 2015/15/0028 mit Hinweis auf VwGH 12.2.2015, Ra 2015/02/0021).

Als Rechtsfrage war im gegenständlichen Fall dagegen zu klären, ob das Verhältnis des Bf zum Kind unter einen der verschiedenen Tatbestände des § 2 Abs. 3 FLAG subsumiert werden kann. Diese Frage wurde bejaht und die Pflegeelternschaft des Bf angenommen. Das BFG stützte sich dabei auch auf die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 4.3.2009, 2008/15/0314). Da das Erkenntnis nicht von dieser Rechtsprechung abweicht, ist eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Linz, am 12. Oktober 2023