

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A, Adr, vertreten durch die

Steuerberater, über die Beschwerde vom 26.4.2014 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Innsbruck vom 25.3.2014, SV-Nr, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung für den Zeitraum Dezember 2011 bis Dezember 2013 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Dem Beschwerdeführer stehen für den Zeitraum Dezember 2011 bis Dezember 2013 folgende Differenzbeträge an Familienbeihilfe (FB) zuzüglich Kinderabsetzbeträgen (KG) in Höhe von insgesamt **€ 4.199,01** zu:

Zeitraum	FB in Euro	KG in Euro	Summe Euro
12/2011	90,69	58,40	149,09
01/2012	90,16	58,40	148,56
02/2012	90,16	58,40	148,56
03/2012	90,16	58,40	148,56
04/2012	90,16	58,40	148,56
05/2012	90,16	58,40	148,56
06/2012	90,16	58,40	148,56
07/2012	90,16	58,40	148,56
08/2012	90,16	58,40	148,56
09/2012	208,36	58,40	266,76
10/2012	108,36	58,40	166,76
11/2012	108,36	58,40	166,76
12/2012	108,36	58,40	166,76
01/2013	107,80	58,40	166,20

02/2013	107,80	58,40	166,20
03/2013	107,80	58,40	166,20
04/2013	107,80	58,40	166,20
05/2013	107,80	58,40	166,20
06/2013	107,80	58,40	166,20
07/2013	107,80	58,40	166,20
08/2013	107,80	58,40	166,20
09/2013	207,80	58,40	266,20
10/2013	107,80	58,40	166,20
11/2013	107,80	58,40	166,20
12/2013	107,80	58,40	166,20
SUMME			<b>€ 4.199,01</b>

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

## **Entscheidungsgründe**

Mit Formblatt Beih1 hatte Herr A (= Beschwerdeführer, Bf) am 14.2.2014 für das leibliche Kind seiner Lebensgefährtin B, nämlich deren Tochter C, geb. xx2002, für den Zeitraum 11/2011 bzw. 12/2011 bis 12/2013 die "Zuerkennung der Familienbeihilfe/Differenzzahlung" (lt. Begleitschreiben) beantragt.

Sämtliche Beteiligte sind slowakische Staatsbürger. Der Bf habe mit der Lebensgefährtin und deren Tochter einen gemeinsamen Haushalt in der Slowakei an der Adresse in XY. Er sei in Österreich als Elektriker beschäftigt und am inländischen Wohnort in YY, aufhältig. Er finanziere monatlich die überwiegenden Kosten für das Kind C.

Den zum Nachweis in slowakischer Sprache beigebrachten Formularen E 401, E 402, E 411 und einer Geburtsurkunde des Kindes, datiert mit 24. bzw. 27.1.2014, kann Folgendes entnommen werden:

der (leibliche) Kindesvater ist Herr D; der Bf, die Lebensgefährtin und deren Kind sind an der genannten slowakischen Adresse mit gemeinsamem Wohnsitz gemeldet (E 401); die Kindesmutter (KM) hat für die Tochter ab Juli 2011 – Dezember 2011 monatlich € 22,01, von Jänner – Dezember 2012 monatlich € 22,54 und von Jänner – Dezember 2013 monatlich € 23,10 an slowakischer Familienbeihilfe bezogen (E 411).

Das Finanzamt hat zunächst durch Einsichtnahme in die Sozialversicherungs-Daten erhoben, dass der Bf seit 21.11.2011 als Arbeiter im Inland beschäftigt ist, und hat mit Ergänzungersuchen vom 12.3.2014 angefragt, ob er mit der KM verheiratet sei, diesfalls die Heiratsurkunde nachzureichen wäre. Mitgeteilt wurde, dass andernfalls kein Anspruch auf Familienbeihilfe (FB) bzw. Ausgleichszahlung bestehe, da der Bf nicht der leibliche Kindsvater sei.

Im Antwortschreiben (mail vom 20.3.2014) wird ausgeführt, der Bf lebe mit der KM in einer Lebensgemeinschaft. Für den FB-Anspruch sei lt. VwGH-Judikatur allerdings die Haushaltsgemeinschaft (nicht einmal der vorwiegende Unterhalt) ausschlaggebend, welche Anforderung vom Bf erfüllt und dies durch die Formulare E 411 und E 401 bestätigt werde.

Das Finanzamt hat daraufhin mit Bescheid vom 25.3.2014, SV-Nr., den Antrag des Bf für den Zeitraum 11/2011 – 12/2013 abgewiesen. Nach Darstellung der bezughabenden Regelungen in der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 dahin, welcher Mitgliedstaat (MS) vorrangig zur Gewährung von Familienleistungen für ein und denselben Familienangehörigen verpflichtet ist, sowie des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 ("kein Anspruch bei gleichartiger ausländischer Beihilfe") führt das Finanzamt begründend aus:

Da die KM laut Bescheinigung der slowakischen Behörde bis 13.7.2012 in der Slowakei beschäftigt gewesen sei und im gesamten Antragszeitraum dort FB bezogen habe, bestehe kein Anspruch beim Bf. Zudem seien als "Kinder einer Person" iSd FLAG 1967 nur deren Nachkommen, deren Wahlkinder, Stiefkinder und Pflegekinder zu verstehen. Mangels Verehelichung mit der KM handle es sich sohin bei C um kein "Kind" iSd FLAG 1967.

In der dagegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde wird zunächst klargestellt, der Bf habe den Antrag auf FB bzw. *Differenzzahlung "von 12/2011 – 12/2013"* gestellt.

Im Wesentlichen wird vorgebracht, entgegen dem Finanzamt sei bei einem Pflegekind gem. § 186 ABGB eine persönliche Beziehung einschließlich persönlichem Kontakt zu pflegen und gebe es keine Rechtsnorm, wonach der FB-Anspruch von der Ehe der Lebenspartner abhänge. Für Zwecke der Verordnung Nr. 883/2004 werde unter Art. 1 zum Begriff des Familienangehörigen auf das die betreffende Leistung gewährende innerstaatliche Recht abgestellt ("Personen, die nach den jeweiligen Rechtvorschriften als Familienangehörige bestimmt oder als Haushaltangehörige bezeichnet werden ..."), sodass gem. § 2 Abs. 3 lit c FLAG auch Pflegekinder dazu zählten und festzuhalten sei, dass nach § 2 Abs. 2 FLAG der FB-Anspruch grundsätzlich auf die Haushaltsgemeinschaft abstelle. Da das Kind C dem Haushalt des Bf zugehörig sei und er eine persönliche Beziehung zu dem Kind pflege sei daher der Bescheid aufzuheben und die FB in Form einer Differenzzahlung zu gewähren.

Mit Ergänzungersuchen vom 17.6.2014 wurde um Vorlage folgender Unterlagen inklusive Übersetzung ersucht:

- einer Aufstellung der gesamten mtl. Lebenshaltungskosten für C samt Nachweisen

- Nachweisen über Zahlungen des Bf für den Unterhalt des Kindes
- einer Meldebestätigung, ab wann der gemeinsame slowakische Haushalt bestehen
- Nachweisen über die Unterhaltsverpflichtung und tatsächliche Leistung des Kindsvaters D samt näheren Angaben zu dessen Aufenthalt und Beschäftigung.

Im Antwortschreiben vom 23.10.2014 wird mitgeteilt, dass der Bf und die Lebensgefährtin nun eine gemeinsame Tochter namens E hätten und würden folgende Dokumente, diese in slowakischer Sprache mit wenigen Anmerkungen in deutscher Übersetzung, beigebracht:

- eine Geburtsurkunde betr. die gemeinsame Tochter E, geb. xxx
- ein unvollständiges Gerichtsurteil betr. die Scheidung der zwischen D und B geschlossenen Ehe
- ein Mietvertrag, wonach der Bf ab 1.7.2011 eine Wohnung an der Adresse in XY um monatlich € 270 angemietet hat
- mehrere Aufstellungen über jährliche Ausgaben für das Kind (Miete, Schule, Orthopädie etc.) samt einem Konvolut von Zahlungsbelegen, wonach in den Jahren 2012, 2013 und 2014 monatlich umgerechnet zwischen € 288 und € 302 aufgewendet worden seien.

Im weiteren Ergänzungersuchen vom 13.1.2015 wurde die Nachreichung der bisher nicht vorgelegten Unterlagen (vollständiges Gerichtsurteil, Meldebestätigung, Daten zum leiblichen Vater, Zahlungsnachweise etc.), diese in deutscher Übersetzung, angefordert sowie um nähere Begründung samt Nachweis (zB Pflegevertrag) ersucht, warum es sich nach Ansicht des Bf bei C um ein "Pflegekind" iSd FLAG handle.

Im Schreiben vom 12.5.2015 wurde mitgeteilt, alle Beteiligten hätten seit 1.7.2011 dieselbe Meldeadresse, wozu ein ergänztes Formular E 401 beigebracht wurde. Der Kindsvater leiste nur € 40 an Unterhalt und dies lediglich ab und zu; lt. vorgelegter Aufstellung der Bank sind die Unterhaltszahlungen seitens D 2012 – 2014 eher unregelmäßig in variierender Höhe erfolgt.

Lt. nunmehr in deutscher Übersetzung vollständig vorgelegtem Urteil wurde die am 6.4.2002 zwischen D und B geschlossene Ehe am 31.3.2011 geschieden, das Obsorgerecht für die mj. C allein der KM übertragen und der Kindsvater zum monatlichen Unterhalt von € 40 verpflichtet.

Vorgelegt wurde ein Zertifikat E 9, wonach der Bf und die Lebensgefährtin im Jahr 2014 keine Einkünfte in der Slowakei bezogen haben.

Im Schreiben vom 9.5.2015 wurde zur Frage der Beurteilung als "Pflegekind" zusammengefasst wie folgt Stellung genommen:

Zwischen dem Bf und B liege seit 1.7.2011 unstrittig eine Lebensgemeinschaft und Haushaltsgemeinschaft vor. Im Oktober 2014 sei das gemeinsame Kind E geboren worden, der Bf bestreite den gesamten Familienunterhalt. Der leibliche Vater habe zu C keine Beziehung und zahle den Unterhalt schleppend. Das FLAG kenne keine

Legaldefinition des Begriffes "Familienangehöriger". Die Beurteilung, dass ein Kind nur als Stiefkind gelte, wenn eine neue Ehe geschlossen werde, bzw. als Pflegekind nur, wenn zB ein Beschluss des Jugendamts vorliege, sei veraltet und übersehe die Neudefinition im österr. Rechtssystem, wonach als "naher Angehöriger" ua. auch "die Kinder des/ der anderen EhegattIn oder des/der eingetragenen PartnerIn oder *LebensgefährtlIn*" zu betrachten seien. Insbesondere gebe es neue Familienformen, zB eine Patchworkfamilie, wo die Partner Kinder aus früheren Beziehungen mitbrächten. Sie seien als Stiefelternteil zu betrachten, unabhängig davon, ob leiblicher Elternteil und neuer Partner verheiratet seien oder in einer Lebensgemeinschaft lebten, und seien gleichzeitig als Pflegeeltern nach ABGB anzusehen. Unter Erfüllung zweier Merkmale – 1. faktische/ gänzliche oder teilweise Besorgung der Pflege und Erziehung des Kindes und 2. Bestehen/Herstellung einer Beziehung, die jener zwischen leibl. Eltern und Kindern nahe kommt – werde die Pflegeelternschaft kraft Gesetzes iSd ABGB begründet; ein rechtsgeschäftlicher oder gerichtlicher Begründungsakt sei nicht mehr erforderlich.

Im Akt erliegt eine weitere Abfrage der Sozialversicherungsdaten vom Juni 2015, woraus hervorgeht:

Der Bf war seit 21.11.2011 durchgehend als Arbeiter im Inland beschäftigt und hat ns. Einkünfte bzw. von 28.2. – 9.4.2015 Krankengeld bezogen.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 12.6.2015 hat das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und in der Begründung – nach Darlegung bezughabender Bestimmungen - im Wesentlichen ausgeführt:

Für die Beurteilung der Frage, welcher Staat vorrangig für die Familienleistungen zuständig sei, seien die leiblichen Eltern relevant (zufolge Art 68 der VO (EG) 883/2004). In dem laut Beschwerde klargestellten Antragszeitraum Dezember 2011 bis Dezember 2013 stehe der Anspruch auf FB nicht zu, da die KM in dieser Zeit in der Slowakei beschäftigt gewesen sei bzw. dort FB bezogen habe.

Hinsichtlich der diesbezüglich laut Beschwerde beantragten Gewährung einer Differenzzahlung sei ausschlaggebend, ob es sich bei der Tochter der Lebensgefährtin um ein Kind iSd FLAG handle. Entgegen der Ansicht des Bf ua. im Schreiben vom 9.5.2015, es handle sich um ein Pflegekind und bei Patchwork-Familien stehe die FB auch für nicht-leibliche Kinder zu, könne aufgrund des Umstandes, dass der Bf im Streitzeitraum durchgehend und noch laufend in Österreich beschäftigt gewesen sei, was wohl seine körperliche Anwesenheit bedinge, nicht nachvollzogen werden, wie die für eine faktische Pflegeelternschaft iSd ABGB geforderte Voraussetzung der – neben der Qualität der Bindung - "tatsächlichen Betreuung des Kindes" in der Slowakei erfüllt worden wäre. Es liege daher keine "Pflegeelternschaft" vor; dem Bf stehe für die Tochter der Lebensgefährtin weder ein Anspruch auf FB noch auf Differenzzahlung zu.

Im rechtzeitig eingebrachten Vorlageantrag wird vorgebracht, zufolge der VO (EG) sei es Sache des nationalen Gerichts festzustellen, ob ein Kind iSd nationalen Rechts Familienangehöriger sei. Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 werde für den FB-Anspruch (unionsrechtlich: für die Eigenschaft als Familienangehöriger) grundsätzlich auf die

Haushaltzugehörigkeit abgestellt. Sei diese nicht gegeben, stehe der Anspruch dem zu, der überwiegend die Unterhaltskosten trage, was auf den Bf eindeutig zutreffe. Die Argumentation des Finanzamtes, der Bf könne aufgrund seiner Beschäftigung und seines Aufenthaltes in Österreich keine Beziehung zur Familie und seinen Kindern aufbauen, weshalb die FB nicht zustehe, widerspreche der VwGH-Judikatur, wonach auch eine längere, beruflich notwendige Abwesenheit eines Partners der Annahme einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft nicht entgegen stehe. Alle Tatbestandsmerkmale einer bestehenden Lebensgemeinschaft mit B, dh. einer Geschlechts- (siehe Geburt der gemeinsamen Tochter), Wohnungs- (lt. bestätigtem gemeinsamem Haushalt) und Wirtschaftsgemeinschaft (da Bf gesamten Unterhalt trage), seien beim Bf erfüllt. Zudem sei nach Art. 60 VO (EG) Nr. 987/2009 die gesamte Familiensituation zu berücksichtigen und komme es nicht darauf an, welches Familienmitglied die zustehende Familienleistung beantrage. Es sei daher ohne Bedeutung, welcher Elternteil den Antrag stelle. Demnach sei als Antragsteller auch der andere Elternteil anzuerkennen, sodass dem Bf auch all jene Rechte zustünden, die sich für Fr. B aus den EG-Verordnungen ergeben würden.

Das BFG hat nach Vorlage der Beschwerde folgende Erhebungen durchgeführt:

**A) Einsichtnahme in das Zentrale Melderegister (ZMR):**

Demnach ist der Bf, slowak. Staatsbürger, ledig, seit dem 6.2.2013 mit "Nebenwohnsitz" im Inland gemeldet.

**B) Vorhaltschreiben vom 25.9.2015 an den Bf:**

Darin wird zunächst zwecks Abklärung des Sachverhaltes nachgefragt, ab wann die Lebensgemeinschaft mit Fr. B bestanden habe, sowie, ab welchem Zeitpunkt genau der gemeinsame Wohnsitz vorlag, da dies bislang aus dem vorgelegten Formular E 401 nicht erkenntlich sei; dazu wurde um Vorlage von Meldebestätigungen des Bf, der Lebensgefährtin und der Tochter C zum slowakischen Wohnsitz, die den Zeitraum Dezember 2011 bis Dezember 2013 mitumfassen, ersucht.

Anschließend wurde umfassend zur Gesetzes- und Rechtslage (EG-Verordnungen, ABGB, FLAG) betreffend Qualifizierung eines "Kindes iSd FLAG 1967" sowie Pflegeelternschaft samt VwGH-Rechtsprechung (Erk. vom 4.3.2009, 2008/15/0314) ausgeführt, und weiters:

*" .... Im Beschwerdefall steht anhand der eigenen Angaben und beigebrachten Unterlagen fest, dass C die leibliche Tochter der Lebensgefährtin des Bf ist und aus deren, seit März 2011 geschiedenen Ehe mit dem Kindesvater D stammt.*

*Aufgrund der nicht gegebenen Verehelichung mit der Kindesmutter – jedenfalls im Streitzeitraum – kommt gegenständlich im Hinblick auf den Kindesbegriff nach § 2 Abs. 3 FLAG ausschließlich eine mögliche "Pflegeelternschaft" beim Bf in Betracht. ....*

*.... Nach Ansicht des Bf handle es sich bei der Tochter der Lebensgefährtin um sein "Pflegekind" und begründet er dies – wie oben ausführlich dargelegt – mit den*

*Voraussetzungen für einen Pflegeelternteil im Sinne des ABGB, nämlich 1. tatsächliche Betreuung und 2. bestimmte Qualität der Bindung.*

*Der diesbezüglichen Schlussfolgerung des Finanzamtes lt. Beschwerdevorentscheidung, es könne aufgrund der durchgehenden Beschäftigung des Bf in Österreich und seiner damit verbundenen körperlichen Anwesenheit im Inland eine "tatsächliche Betreuung des Kindes in der Slowakei" nicht nachvollzogen werden, wird im Vorlageantrag lediglich entgegen gehalten:*

*Die Argumentation des Finanzamtes, der Bf könne wegen seiner Beschäftigung in Österreich keine Beziehung zu seinen Kindern bzw. keine Familienbindung aufbauen sei durch nichts gedeckt. Anschließend nimmt der Bf Bezug auf VwGH-Judikatur zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine eheähnliche Gemeinschaft/Lebensgemeinschaft vorliege und dass einer solchen lt. VwGH auch eine längere, beruflich notwendige Abwesenheit eines Partners nicht entgegen stehe.*

*Festzuhalten ist zunächst, dass gegenständlich in keiner Weise zu beurteilen ist, ob im Verhältnis zwischen dem Bf und der Lebensgefährtin alle Kriterien für eine "eheähnliche Gemeinschaft" vorliegen, insoferne die diesbezüglichen Ausführungen ins Leere gehen.*

*Es gilt vielmehr abzuklären, ob die – oben ausführlich - dargelegten Voraussetzungen für die Annahme einer "Pflegeelternschaft" beim Bf gegenüber dem Kind der Lebensgefährtin, C, insgesamt erfüllt sind.*

*Diesbezüglich besteht beim BFG an sich im Hinblick auf die gesamte Familiensituation, insbesondere auch das nunmehr geborene gemeinsame Kind, kein Zweifel, dass der Bf eine nähere emotionale Beziehung zum Kind C hat und damit das eine erforderliche Kriterium der "bestimmten Qualität der Bindung" durchaus erfüllt sein wird.*

*Daneben schreibt aber das Gesetz (siehe VwGH 2008/15/0314, unter Bezugnahme auf §§ 186 und 186a ABGB alt, nunmehr geregelt in §§ 184, 185 ABGB neu) als weitere Tatbestandsvoraussetzung der Pflegeelternschaft (kraft Gesetzes) vor, dass auch eine tatsächliche Betreuung des Kindes gegeben sein muss.*

*Zwecks näherer Abklärung dieses bisher noch offenen Tatbestandsmerkmals wird daher um Beibringung einer ausführlichen Darstellung dahin ersucht:*

- in welcher Form und in welchem zeitlichen Ausmaß der Bf die tatsächliche und unmittelbare Betreuung der Tochter der Lebensgefährtin, C, vornimmt;*
- insbesondere, wie er die unmittelbare Aufsicht und Fürsorge wahrnimmt und etwa für die Erziehung, Förderung und Ausbildung von C sorgt;*
- wie ihm dies trotz langjähriger Abwesenheit vom Familienwohnsitz in der Slowakei, nämlich aufgrund seiner ununterbrochenen beruflichen Tätigkeit in Österreich seit dem November 2011, dennoch möglich ist."*

**C)** Antwortschreiben vom 29.10.2015:

Die Lebens- und Haushaltsgemeinschaft bestehe seit dem 1.7.2011, was aus dem originalen, offenbar dem BFG nicht weitergeleiteten Formular E 401 hervorgehe. Der Bf sei nicht "ununterbrochen" in Österreich aufhältig, sondern hier als Pendler seit 2011 als Leiharbeiter auf verschiedenen Baustellen im Turnussystem beschäftigt, der regelmäßig an den Wochenenden nach Hause an den Familienwohnsitz fahre und dort auch alle Urlaube, Feiertage, Krankenstände und sonstige Zeit außerhalb der Arbeit verbringe.

Dies sei betr. Familienheimfahrten vom FA überprüft und anerkannt worden; laut der dazu beigebrachten Reisekosten-Aufstellung wurden im Zeitraum November 2011 – März 2013 sowie im Mai, Juli, September und November 2013 pro Monat jeweils 1 Hin- und 1 Rückfahrt Slowakei-Österreich mit je 737 km und in den übrigen Monaten des Jahres 2013 keine Fahrt verzeichnet.

Der Bf habe im Jahr 2012 an 203 Tagen und im Jahr 2013 an 112 Tagen gearbeitet.

Turnussystem bedeute eine kollektivvertragliche Regelung, bei der der Bf trotz der Entfernung sehr oft bei der Familie sein könne, da intensive Aufarbeitszeiten durch längere arbeitsfreie Zeiten ausgeglichen würden. Aus diesen Gründen sei eine tatsächliche Betreuung des Kindes mit Wahrnehmung der väterlichen Pflichten – unmittelbare Aufsicht und Fürsorge, Erziehung, Förderung und Ausbildung - sehr wohl möglich und gegeben.

Anzumerken sei, dass auch bei gleichgeschlechtlichen Partnern der zweite Partner, der nicht leiblicher Vater sei, Anspruch auf FB/Sozialleistungen habe, da die Partnerschaft der Ehe gleichgestellt werde. Bei einer wie hier intakten Familie sei daher der erforderliche Nachweis des Bindungsgrades überhaupt fraglich. Auch aus den Lohnsteuer-Richtlinien (Rz 782 bzw. 10782 LStR) gehe hervor, dass der Gesetzgeber in vielen Bereichen (zB MRG) die Lebensgefährten bzw. eine Partnerschaft einer Ehegemeinschaft gleichgestellt habe.

**D)** Vorhalt der vorgenannten Schreiben (B + C) zur Stellungnahme an das Finanzamt am 4.11.2015:

Das FA teilt mit, aufgrund daraus hervorgekommener Widersprüche hinsichtlich der Fahrtenaufstellung, der Beschäftigungszeiten etc. zusätzliche Erhebungen ua. beim Arbeitgeber des Bf zu tätigen (AV v. 2.12.2015).

**E)** Stellungnahme des Finanzamtes vom 8.2.2016 folgenden Inhalts:

Nach ergänzendem Ermittlungsverfahren (Einhaltung des Personalaktes beim Arbeitgeber) sei der Bf für den Zeitraum 22.8.2011 bis 31.12.2011 als Arbeitnehmer von der Slowakei nach Österreich entsandt worden und auch in der Folge im Ausmaß einer Vollzeitbeschäftigung hier erwerbstätig gewesen. Im Formular E 401 werde unter Punkt 6.2. bescheinigt, dass der gemeinsame Haushalt mit dem Kind am 1.7.2011 begründet worden sei. Im Hinblick auf die Entsendung des Bf bereits im August 2011 erscheine

dessen Behauptung bezüglich der Begründung seiner Pflegevaterschaft unglaubwürdig. Nach Rechtsansicht des FA sei der Bf daher im verfahrensrelevanten Zeitraum weder Stief- noch Pflegevater des Kindes.

Die Auflistung der mtl. Familienheimfahrten sei ungenau. Auch nach Einholung der Daten aus dem Personalakt könnten die behaupteten Aufenthaltszeiten am Familienwohnsitz nicht nachvollzogen werden.

**F)** Einsichtnahme in die vom FA beim Arbeitgeber Fa. X-GmbH (als RNf der Fa. Y-GmbH) eingeholten und dem BFG übermittelten Arbeitsaufzeichnungen (betr. Tätigkeit, Urlaub, Krankenstand etc. ) betr. den Bf für den strittigen Zeitraum, woraus hervorkommt:

- der Bf war im Rahmen der "Arbeitskräfteüberlassung", sohin als Leiharbeiter nach Österreich entsandt und war hier als Elektriker am Bau beschäftigt;
- seine diesbezügliche Tätigkeit hat lt. Meldeblatt am 22.8.2011 begonnen;
- der Dienstvertrag wurde im November 2011 mit Dienstbeginn ab 21.11.2011 abgeschlossen; lt. Auszug der Sozialversicherungsdaten ist der Bf ab diesem Zeitpunkt offiziell zur SV angemeldet;
- lt. Dienstvertrag handelt es sich um einen Vollzeitjob mit 38,5 Wochenstunden, ohne Schichtbetrieb;
- Tätigkeitsnachweise:

der Bf hat im Wesentlichen jeweils durchgehend von MO - FR durchschnittlich je an die 8 Stunden gearbeitet, teils auch - zB im Jänner 2012 - am SA bis ca. 14 Uhr;

- vorliegende Urlaubsanträge und -bewilligungen:

2011: 27.12.- 30.12.2011 = 4 Arbeitstage

2012: 29.6.2012 = 1 Tag, 16.10. - 25.10.2012 = 9 Tage, 17.12.-21.12.2012 = 5 Tage, 24.12.2012 = 1 Tag, 27.12. - 28.12.2012 = 2 Tage, 31.12.2012 = 1 Tag, gesamt 19 UT.

2013: 2.1.- 4.1.2013 = 3 Tage, 7.1. - 11.1.2013 = 5 Tage, 26. - 28.2.2013 = 3 Tage, 1.3., 15.3., 18.3. - 19.3.2013 = 4 Tage, 29.3.2013 = 1 Tag, 28.5. - 29.5.2013 = 2 Tage, 31.5.2013 = 1 Tag, 1.8. - 2.8.2013 = 2 Tage, 13.8. - 16.8.2013 = 3 Tage, 19.12.- 20.12.2013 = 2 Tage, 23.12. - 31.12.2013 = 5 Tage, gesamt 31 UT.

2013: 1 Krankenstand: 20.3.- 28.3.2013

**G)** Im BFG-Vorhaltschreiben vom 15.2.2016 wurden diese erhobenen Daten sowie Folgendes zur Kenntnis gebracht:

Aus der vorgelegten "Kopie Reisekosten" könne *"lediglich abgeleitet werden, dass zunächst 1x monatlich und ab April 2013 überhaupt nur mehr jeden zweiten Monat eine Familienheimfahrt durchgeführt wurde, was allerdings in völligem Widerspruch zu oben dargelegten Behauptungen steht, der Bf sei "jedes Wochenende" sowie in jeglicher freien Zeit, Urlaub etc. nach Hause gependelt"*. Um Aufklärung dieses Widerspruchs und Nachweis, wie oft pro Monat und für welche Aufenthaltsdauer Familienheimfahrten stattgefunden hätten, wurde ersucht.

Anhand der erhobenen Daten betr. Urlaube und Krankenstand wurde festgehalten, dass "der Bf zwar jeweils um Weihnachten/Neujahr herum für eine längere Dauer urlaubsbedingt von der Arbeit abwesend war, ansonsten aber - mit Ausnahme Oktober 2012 - nur ca. alle 3 Monate für nur wenige Tage. Hinsichtlich der Wochenenden wurde bereits unter Punkt 1.) ausgeführt, dass die vorgelegte Aufstellung keinerlei Beweis erbringt für die behauptete wöchentliche Familienheimfahrt. Hinzu kommt, dass das Vorbringen betr. eines Turnussystems, bei dem "intensive Aufarbeitszeiten durch längere arbeitsfreie Zeiten ausgeglichen werden", anhand der Tätigkeitsnachweise konkret nicht nachvollziehbar erscheint, wenn - abgesehen von den oben angeführten Urlaubstagen - nahezu durchgehend eine Arbeitstätigkeit vorgelegen war."

Nach Ansicht des BFG könne daher aufgrund der gegebenen Umstände insgesamt der Argumentation nicht gefolgt werden, dass der Bf sehr oft bei der Familie habe sein können und dass er so die tatsächliche Betreuung des Kindes, wie etwa die unmittelbare Aufsicht und Fürsorge, wahrgenommen habe. Es werde zwar zugestanden, dass sich der Bf in Zeiten seiner Anwesenheit bei der Familie (Urlaub und 1 x monatliche Heimfahrt) um das Kind C gekümmert haben wird, wobei aber im Hinblick auf seine zeitlich doch eher begrenzte Anwesenheit die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzung einer umfassenden "tatsächlichen Betreuung", als zweites maßgebliches Kriterium für die Pflegevaterschaft, mehr als zweifelhaft sei. Dagegen werde seitens des BFG weder die zwischen dem Bf und Frau B bestehende "Lebensgemeinschaft" noch das Vorliegen einer "engeren emotionalen Bindung" des Bf zu deren leibl. Kind C in Streit gezogen.

**H)** In der Folge wurden in Entsprechung eines Ersuchens um Akteneinsicht sämtliche Arbeitgeber-Unterlagen (Tätigkeitsnachweise etc.) dem Bf übermittelt und wurde am 15.5.2016 folgende Stellungnahme erstattet:

Die Frage der Stellung als "Pflegeelternteil" eines nichtverheirateten Lebensgefährten sei durch den OGH in seiner Entscheidung vom 21.10.2014, 10 Ob S68/14v, dahin geklärt, dass – neben der emotionalen Bindung - "die tatsächliche – ganze oder teilweise – Besorgung der Pflege und Erziehung" genüge. Die Voraussetzung der teilweisen tatsächlichen Erziehung sei beim Bf erfüllt.

Die Überprüfung der Tätigkeitsnachweise habe – entgegen dem FA – folgende freie Arbeitstage ergeben:

12/2011: 18 Tage;

2012: 159 Tage, davon konsumiert 40 Urlaubstage (UT) inklusive 15 unbezahlte UT;

2013: 149 Tage, davon 9 unbezahlte UT.

Es sei ein rechtsunmöglicher Denkansatz, dass arbeitsbedingte Abwesenheiten die gemeinsame Kindespflege aufheben würden.

Die Aufstellung der Reisekosten betreffe die vom Bf im Rahmen der Arbeitnehmerveranlagung geltend gemachten Familienheimfahrten, die er selbst getragen habe; daneben hätten Mitfahrglegenheiten bei ebenfalls pendelnden Kollegen bestanden, welche Kosten er nicht geltend gemacht habe, insofern hier kein "Widerspruch" konstruiert werden könne.

**I)** Der BFG-Vorhalt v. 15.2.2016 samt Antwortschreiben v. 15.5.2016 wurden dem Finanzamt zur Kenntnis und Stellungnahme übermittelt; eine Stellungnahme ist nicht erfolgt.

**J)** In Entsprechung eines BFG-Vorhaltschreibens vom 21.7.2016 wurden von Seiten des Arbeitgebers Fa. X-GmbH nochmals, da von ihm teils angezweifelt, die auf den Bf zutreffenden (von ihm unterfertigten) wöchentlichen Tätigkeitsnachweise vollständig für den gesamten Streitzeitraum samt Dienstvertrag etc. und allen vorhandenen, bewilligten Urlaubsanträgen übermittelt:

Daraus kommt zunächst hervor, dass der Bf mit Dienstvertrag vom 18.11.2011 ab dem 21.11.2011 im Inland im Ausmaß einer wöchentlichen Normalarbeitszeit von 38,5 Stunden beschäftigt war. Laut zwei vorhandenen "Überlassungsmitteilungen" aus November 2011 und Februar 2012 hat er nicht im Schichtbetrieb bzw. im Rahmen eines sog. Turnussystems gearbeitet.

Anhand einer nochmaligen, eingehenden Überprüfung durch das BFG ergibt sich folgender Umfang der Tätigkeit:

Zeitraum 2011	Arbeitstage	freie Tage (Wochenende WE, Feiertage FT, Urlaub U, unbezahlter Urlaub UU, Zeitausgleich ZA, Krank K)
November ab 21.11.	8	2
Dezember	11	20 (5 ZA)
<b>2012</b>		
Jänner	20	11
Feber	21	8
März	24	7
April	17	13
Mai	18	13
Juni	18	12
Juli	20	11
August	10	21
September	18	12
Oktober	11	20
November	21	9
Dezember	10	21 (12 WE/FT; 7 UU, 2 U)
<b>gesamt</b> (bei 366 Tagen)	<b>208 (= rund 57 %)</b>	<b>158 (= 43 %)</b>

2013		
Jänner	14	17 (9 WE/FT; 8 U)
Feber	17	11
März	9	22 (10 WE, 5 UU, 7 K)
April	21	9
Mai	16	15
Juni	24	6
Juli	22	9
August	16	15
September	21	9
Oktober	23	8
November	20	10
Dezember	13	18
<b>gesamt</b> (bei 365 Tagen)	<b>216 (= 59,2 %)</b>	<b>149 (= 40,8 %)</b>

**K)** Mit Schreiben vom 7.2.2017 wurden dem BFG noch vorgelegt:

- eine Heiratsurkunde in slowak. Sprache, der zu entnehmen ist, dass der Bf und Fr. B. verehelichte AA, am 14.5.2016 die Ehe geschlossen haben;
- eine Verzichtserklärung der Kindesmutter, erstellt und notariell beglaubigt am 23.1.2017, folgenden Inhalts:

*"Verzichtserklärung des haushaltführenden Elternteiles*

*Im Bezug auf Antrag auf die Zuerkennung der Familienbeihilfe vom 14.2.2014, verzichte ich auf die mir gemäß § 2 a Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 vorrangig zustehende Familienbeihilfe zugunsten der antragstellenden Person."*

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Im Beschwerdefall ist anhand der eigenen Angaben, der vorgelegten Unterlagen und der durchgeföhrten Erhebungen (siehe eingangs) an Sachverhalt davon auszugehen, dass der Bf laut Auszug aus den Sozialversicherungsdaten seit 21.11.2011 durchgehend als Arbeiter im Inland beschäftigt ist. Er ist lt. Melderegisterabfrage mit Nebenwohnsitz im Inland gemeldet. In der Slowakei besteht seit 1.7.2011 der gemeinsame Familienwohnsitz mit der Lebensgefährtin (und seit Mai 2016 nunmehrigen Ehegattin) B, mit deren leibl.

mj. Tochter C, die aus deren seit März 2011 geschiedenen Ehe mit dem Kindesvater D stammt, sowie mit dem am xxx geborenen, gemeinsamen Kind E.

Der Beschwerdeführer, die Lebensgefährtin und KM und deren mj. Tochter sind Staatsbürger der Slowakei, die seit 1.5.2004 Mitglied der Europäischen Union ist.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden abgekürzt: VO), die am 1.5.2010 in Kraft getreten ist, gilt diese Verordnung für Staatsangehörige eines Mitgliedsstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedsstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedsstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Für Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck "Familienangehöriger" jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird (Art. 1 lit. i Zif. 1 sublit. i der VO).

Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedsstaates. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach dem zweiten Titel der Verordnung (§ 11 Abs. 1 der VO).

Vorbehaltlich der (im gegenständlichen Fall nicht zur Anwendung gelangenden) Art. 12 bis 16 der Verordnung unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedsstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedsstaats (Art. 11 Abs. 3 lit. a der VO).

Aufgrund der nachgewiesenen durchgehenden Beschäftigung des Bf im entscheidungsrelevanten Zeitraum Dezember 2011 bis Dezember 2013 in Österreich (nichtselbständige Erwerbstätigkeit) unterliegt er gemäß Art. 11 Abs. 3 lit. a VO den österreichischen Rechtsvorschriften, die Kindesmutter den slowakischen Rechtsvorschriften.

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 Mitgliedsstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedsstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge:

an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige 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 Mitgliedsstaaten 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.

Im Beschwerdefall steht zunächst außer Streit (siehe auch die Ausführungen in der Beschwerdevorentscheidung), dass die Kindesmutter in der Slowakei lt. dortiger Bescheinigung bis 13.7.2012 beschäftigt war und im gesamten Streitzeitraum eine slowak. Familienleistung für die Tochter bezogen hat (Dezember 2011: € 22,01; 2012: mtl. € 22,54; 2013: mtl. € 23,10), aus welchem Grund eine Auszahlung an Familienbeihilfe an den Bf nicht möglich ist.

Allerdings kommt gegenständlich, ausgelöst durch dessen Beschäftigung/Erwerbstätigkeit in Österreich, eine vom Bf ebenso 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), BGBI 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 Haushaltsgehörigkeit 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 C ist weder leibliches Kind noch Wahlkind des Bf.

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 20 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 unzutreffend, da er – jedenfalls im Streitzeitraum – nicht mit der Kindesmutter verehelicht war.

Zu prüfen verbleibt daher im gegenständlichen Fall, ob C, 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 Beschwerdeführer mit der Kindesmutter einen gemeinsamen Haushalt gegründet und ua. ausgeführt, er habe die Absicht gehabt, eine emotionale Bindung zu den Kindern aufzubauen. Er habe die Kinder wie eigene behandelt. Durch die Aufnahme der Kinder in seinen Haushalt habe er deren Pflege und Erziehung als Pflegeelternteil besorgt. Zwischen den Kindern und ihm habe eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern sehr nahe kommende Beziehung bestanden; er habe die Aufgaben der Pflege auch selbst erfüllt. Der "Lebensmittelschwerpunkt" der Kinder sei nicht bloß vorübergehend eindeutig zu ihm in seinen Haushalt verlagert worden.

Nicht anders ist der gegenständliche Beschwerdefall gelagert. Im Hinblick auf die gesamt bestehende Familiensituation, insbesondere auch das zwischenzeitig geborene gemeinsame Kind, besteht für das BFG kein Zweifel daran, dass der Bf eine nähere, elternähnliche emotionale Beziehung auch zum Kind C hat. Hinzu tritt der Umstand, dass mittlerweile die Verehelichung der Lebensgefährten stattgefunden 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 der Slowakei" nicht nachvollziehbar, nicht mehr aufrecht gehalten werden.

Wie anhand der eingehenden Überprüfung der Tätigkeitsnachweise des Bf aus dem Personalakt des Arbeitgebers hervorgekommen ist (siehe die Aufstellung eingangs), sind dem Bf in den Jahren 2012 und 2013 neben seiner Beschäftigung auch freie Zeiten in Form von Wochenenden, Feiertagen, Urlauben und teils Krankenständen im Ausmaß von je zumindest rund 40 % bis 43 % des Jahres zur Verfügung gestanden. Dem Vorbringen, dass er seine arbeitsfreien Zeiten weitestgehend zu Hause mit der Familie verbracht habe, kann wohl nicht ernsthaft entgegen getreten werden. Aufgrund dieser erwiesenen Umstände kann nicht von einer "durchgängigen Abwesenheit" vom Familienwohnsitz gesprochen 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 Zusammenhang ausführliche Vorbringen zu den Kriterien für eine eheähnliche Gemeinschaft, der nach der VwGH-Judikatur auch eine längere, beruflich notwendige Abwesenheit eines Partners nicht entgegen stehe, 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 Haushaltsgehörigkeit des Kindes 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 23.1.2017 eine entsprechende Verzichtserklärung iSd § 2a FLAG 1967 abgegeben, womit die Differenzzahlung an FB dem Bf zuerkannt und an ihn ausbezahlt werden kann.

### **Bemessung:**

Die sohin dem Bf zustehende Differenzzahlung für das am xx2002 geborene Kind ergibt sich ausgehend vom österreichischen Anspruch gemäß § 8 Abs. 2 FLAG 1967 idGf. (Zeitraum 12/2011 – 08/2012: € 112,70; ab Vollendung des 10. Lebensjahres 09/2012 – 12/2013: € 130,90) abzüglich der in der Slowakei im Streitzeitraum bezogenen FB-Beträge (Dezember 2011: € 22,01; 2012: mtl. € 22,54; 2013: mtl. € 23,10).

Gemäß § 8 Abs. 8 FLAG 1967 erhöht sich für jedes Kind, das in einem Kalenderjahr das 6. Lebensjahr bereits vollendet hat oder vollendet und das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, für den September dieses Kalenderjahres – dh. für 09/2012 und 09/2013 – um € 100.

Ferner steht dem Bf auch der Kinderabsetzbetrag (KG) gemäß § 33 Abs. 3 EStG in Höhe von mtl. € 58,40 zu. Nach § 33 Abs. 3 zweiter Satz EStG idF BGBI 111/2010 und BGBI 112/2011 hat zwar für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Kinderabsetzbetrag zugestanden. Erst durch das AbgÄG 2012 (BGBI I 112/2012) wurde diese Regelung mit Wirksamkeit ab 1.1.2013 dahingehend abgeändert, dass nur für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, kein Kinderabsetzbetrag zusteht. Mit dieser Gesetzesänderung wurde allerdings lediglich der Gesetzestext an die bereits zuvor bestehende europarechtliche Rechtslage angepasst. § 33 Abs. 3 EStG idF vor dem AbgÄG wurde im Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 durch deren Art. 67 verdrängt:

"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 der Beschwerde Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden.

### **Zulässigkeit einer Revision:**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

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.

Innsbruck, am 9. Februar 2017