



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Italien, vertreten durch Dr. Christine Kolbitsch, Rechtsanwältin, 1020 Wien, Taborstraße 10, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. November 2009 bis 31. Oktober 2011 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.), eine italienische Staatsbürgerin, bezog für ihre beiden Kinder A, geb. 2002, und B, geb. 1997, im Streitzeitraum 1. November 2009 bis 31. Oktober 2011 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Auf Grund des vom Kindesvater im August 2012 eingebrachten Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden Kinder überprüfte das Finanzamt die Anspruchsvoraussetzungen und forderte in der Folge von der Bw. die für den Streitzeitraum bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge mit der Begründung zurück, dass sich die Bw. und die Kinder seit November 2009 nicht im Bundesgebiet befinden würden.

Die steuerliche Vertretung der Bw. erhob gegen den Rückforderungsbescheid mit folgender Begründung Berufung:

"Mit dem Bescheid vom 27.10.2011 wurde die Familienbeihilfe sowie der Kinderabsetzbetrag hinsichtlich der mj. A H. und des mj. B H. für den Zeitraum von November 2009 bis Oktober 2011 rückgefordert. Begründend führte die Behörde aus, die Berufungswerberin befindet sich seit November 2009 mit ihren Kindern nicht mehr im Bundesgebiet, weshalb die Familienbeihilfe ab November 2009 rückzufordern ist.

Der Bescheid wird seinem gesamten Inhalt nach angefochten, wobei als Berufungsgründe sowohl unrichtige rechtliche Beurteilung als auch Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht wird.

*Vorab ist folgender Sachverhalt vorauszuschicken:*

Bis November 2009 lebte die Berufungswerberin mit ihren beiden Kindern, A und B, (sowie ihrem Ehemann) in Österreich. Sodann übersiedelte sie mit den beiden Kindern nach S., Italien, wo die beiden Minderjährigen fortan die Schule besuchten. Der Vater der beiden Kinder, der zum damaligen Zeitpunkt (noch) in aufrechter Ehe mit der Berufungswerberin verheiratet war, ist österreichischer Staatsbürger und verblieb in Österreich. Er wohnte daher durchgehend in Österreich und ist dort auch berufstätig. Mit Beschluss des Bezirksgerichtes N vom 14.07.2009 zu ABC wurde der Berufungswerberin die alleinige Obsorge für A und B übertragen. Der Kindesvater ist zum Unterhalt verpflichtet und leistete diesen auch. Die Scheidung der Kindeseltern ist seit 05.08.2011 (Zustellung der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes) rechtskräftig.

Während ihres Aufenthaltes in Italien sorgte die Berufungswerberin für ihren krebskranken Vater. Einer Beschäftigung ging die Berufungswerberin während der gesamten Zeit in Italien nicht nach.

Beweis: Einvernahme der Berufungswerberin  
vorzulegendes Scheidungsurteil des Bezirksgerichts M. zu XXX sowie rechtskräftige Entscheidung des OGH beiliegender Obsorgebeschluss des BG N. vom 14.07.2009  
weitere Beweise vorbehalten

Zwar ergibt sich aus § 2 Abs. 8 FLAG, dass nur jene Personen Anspruch auf Familienbeihilfe haben, die den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben, wobei gem. § 5 Abs. 3 FLAG kein Anspruch für Kinder besteht, die sich ständig im Ausland aufhalten, jedoch unterließ es die Behörde in rechtswidriger Weise, die **Verordnung Nr. 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, in der durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 (ABI. 1997, L 28, S. 2) geänderten und aktualisierten Fassung (im Folgenden: Verordnung Nr. 1408/71) auf diesen Sachverhalt anzuwenden. Da der Kindesvater und zum damaligen Zeitpunkt Noch-Ehemann der Berufungswerberin weiterhin in Österreich lebte und arbeitete, stand der Kindesmutter, gemäß Art 73 dieser Verordnung der Weiterbezug der Familienbeihilfe für den gegenständlichen Bezugszeitraum rechtmäßig zu, dies obwohl sie sich mit ihren Kindern in Italien niederließ.

Nach Art 73 der Verordnung Nr. 1408/71 ("Arbeitnehmer oder Selbständige, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat wohnen") hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, 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.

Der Zweck dieser Bestimmung besteht darin, zugunsten der Familienangehörigen eines den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegenden Arbeitnehmers, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, sicherzustellen, dass ihnen die in den anwendbaren Rechtsvorschriften des ersten Staates vorgesehenen Familienleistungen gewährt werden (vgl. Urteile vom 10. Oktober 1996, Hoever und Zachow, C-245/94 und C-312/94, Slg. 1996, I-4895, Randnr. 32, und vom 5. Februar 2022, Humer, C-255/99, Slg. 2002, I-1205, Randnr. 39).

Wie sich aus der Aktenlage ergibt, war die Berufungswerberin die Noch-Ehefrau eines Arbeitnehmers, der in dem im gegenständlichen Verfahren maßgebenden Zeitraum nach Art 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 1408/71 den Rechtsvorschriften der Republik Österreich unterlag, sohin eines Mitgliedstaates, in dem er eine Erwerbstätigkeit ausübte.

Gemäß Art 2 Abs. 2 u.a. der Verordnung Nr. 1408/71 gilt diese Verordnung "für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind .., sowie für deren Familienangehöriger und Hinterbliebene". Der Begriff "Familienangehöriger" ist in Art 1 lit. f Z i der Verordnung Nr. 1408/71 definiert als "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 jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird. ... "

Somit verweist diese Bestimmung in einem ersten Schritt ausdrücklich auf die nationalen Rechtsvorschriften, indem sie als "Familienangehörige" jede Person bezeichnet, "die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden" - im gegenständlichen Verfahren sohin in den Vorschriften des FLAG - , ... als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist".

In einem zweiten Schritt führt Art 1 lit. f Z i der Verordnung Nr. 1408/71 das Korrektiv ein, dass, sofern "nach diesen [nationalen] Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen [wird], wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen in häuslicher Gemeinschaft lebt, ... diese Voraussetzung als erfüllt [gilt], wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird. ..."

Obwohl die Kinder daher in dem im Verfahren in Rede stehenden Zeitraum nicht bei ihrem Vater gelebt haben, ist die in Art 1 lit. f Z i aufgestellte Voraussetzung im vorliegenden Fall erfüllt. Die Kinder sind bereits deshalb als Familienangehörige des Vaters anzusehen, da ihr Unterhalt überwiegend von ihrem Vater bestritten wurde.

Ungeachtet dessen, dass die Kindeseltern während des verfahrensgegenständlichen Zeitraums noch aufrecht miteinander verheiratet waren, ist lediglich der Vollständigkeit halber anzuführen, dass selbst wenn Familiensituationen nach einer Scheidung nicht ausdrücklich von der Verordnung erfasst werden, es sich nach Ansicht des EuGH nicht rechtfertigen lässt, derartige Situationen vom Anwendungsbereich der Verordnung auszunehmen (vgl. etwa Urteil Humer, Randnr. 50). Die Regelung ist daher sowohl auf verheiratete als auch geschiedene Ehepartner "anzuwenden".

Da Familienleistungen schon aufgrund ihrer Natur nicht als Ansprüche betrachtet werden können, die einem Einzelnen unabhängig von seiner familiären Situation zustehen, kommt es im Übrigen nicht darauf an, ob es sich bei dem Leistungsberechtigten um die Berufungswerberin oder den Arbeitnehmer selbst, demnach dem Kindsvater, handelt (vgl. Urteil Humer, Randnr. 50).

Bereits in der **Rechtssache C-363/08** stand der Gerichtshof vor einem weitgehend identen Sachverhalt. Eine nicht berufstätige (bereits geschiedene) Ehefrau eines in Österreich wohnhaften und nicht-selbstständig tätigen Mannes wurde per Bescheid des Finanzamtes verpflichtet, die Familienbeihilfe, zurückzuerstatten, welche sie weiterhin bezogen hat, nachdem sie das Bundesgebiet verlassen hat, um sich mit ihrem Kind in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, in dem sie nicht berufstätig war.

Infolge eines Vorabentscheidungsersuchens seitens des Verwaltungsgerichtshofs legte der Gerichtshof (Zweite Kammer) mit Urteil vom 26.11.2009 Art 73 der Verordnung Nr. 1408/71 des Rates dahingehend aus, "dass eine geschiedene Person, die von dem zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in dem sie gewohnt hat und in dem ihr früherer Ehegatte weiterhin lebt und arbeitet; Familienbeihilfe erhalten hat, für ihr Kind, sofern es als Familienangehöriger des früheren Ehegatten im Sinne von Art. 2 lit. f Z i dieser Verordnung anerkannt ist, den Anspruch auf diese Beihilfe beibehält, obwohl sie diesen Staat verlässt, um sich mit ihrem Kind in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, in dem sie nicht berufstätig ist, und obwohl der frühere Ehegatte die betreffende Beihilfe in seinem Wohnmitgliedstaat beziehen könnte." (Urteil Slanina C-363/08 Randnr. 32)

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen hat die Berufungswerberin die bezogenen Beträge in Höhe von € 9,413,20 während des gegenständlichen Zeitraumes zu Recht bezogen..."

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

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

### **1. Gesetzliche Bestimmungen**

Nach [§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967](#) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder. Nach [§ 2 Abs. 8 FLAG 1967](#) haben nur Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben.

Nach [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

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

Die Bw. verweist in ihrer Berufung zu Recht auf die Verordnung (EWG) 1408/71, die jedoch nur für einen Teil des Streitzeitraums, und zwar bis Ende April 2010 anwendbar ist. Ab Mai 2010 gilt die Verordnung (EG) 883/2004, die allerdings bezüglich der hier anwendbaren Rechtsvorschriften im Wesentlichen deckungsgleich ist.

In Art. 1 Buchstabe f Nummer i der Verordnung (EWG) Nr. 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, in der durch die Verordnung (EG) Nr. 118/97 des Rates vom 2. Dezember 1996 (ABl. 1997, L 28, S. 1) geänderten und aktualisierten Fassung, wird der Begriff "Familienangehöriger" definiert als:

"jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Artikels 22 Absatz 1 Buchstabe a) und des Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird. Gestatten es die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht, die Familienangehörigen von den anderen Personen, auf die sie anwendbar sind, zu unterscheiden, so hat der Begriff Familienangehöriger die Bedeutung, die ihm in Anhang I gegeben wird."

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Art. 1 Buchstabe i der Verordnung 883/2004.

Art. 13 Abs. 2 Buchstabe a der Verordnung Nr. 1408/71 lautet:

"Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt 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".

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Art. 11 Abs. 1 und Abs. 3 Buchstabe a der Verordnung 883/2004.

Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 ("Arbeitnehmer oder Selbständige, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat als dem zuständigen Staat wohnen") lautet:

"Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, 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."

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Art. 67 der Verordnung 883/2004.

Art 76 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 ("Prioritätsregeln für den Fall der Kumulierung von Ansprüchen auf Familienleistungen gemäß den Rechtsvorschriften des zuständigen Staates und den Rechtsvorschriften des Staates, in dem die Familienangehörigen wohnen") bestimmt:

"Sind 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, so 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."

Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Art. 68 Abs. 2 der Verordnung 883/2004.

## **2. Sachverhalt**

Der dieser Entscheidung zugrundegelegte Sachverhalt ist unstrittig und ergibt sich vor allem aus den Ausführungen der Bw. in ihrer Berufung. Bis November 2009 lebte sie demzufolge mit ihren beiden Kindern sowie ihrem Ehemann in Österreich. Sodann übersiedelte sie mit den beiden Kindern nach Italien, wo die beiden Minderjährigen fortan die Schule besuchten. Der Vater der beiden Kinder, der zum damaligen Zeitpunkt (noch) in aufrechter Ehe mit der Bw. verheiratet war, ist österreichischer Staatsbürger und verblieb in Österreich. Er wohnte daher durchgehend in Österreich und ist dort auch berufstätig. Mit Gerichtsbeschluss vom 14.7.2009 wurde der Bw. die alleinige Obsorge für ihre Kinder übertragen. Der Kindesvater ist zum Unterhalt verpflichtet und leistete diesen auch. Der Unterhalt der Kinder wird überwiegend von ihm bestritten. Die Scheidung der Kindeseltern ist seit 5.8.2011 rechtskräftig.

Während ihres Aufenthaltes in Italien sorgte die Bw. für ihren krebskranken Vater. Einer Beschäftigung ging die Bw. während der gesamten Zeit in Italien nicht nach.

Aus der Aktenlage geht weiters hervor, dass sich die Kinder seit 5. Mai 2011 bei ihrem Vater im Inland aufhalten.

### **3. Rechtlich folgt daraus:**

Der Verwaltungsgerichtshof hat zu einem vergleichbaren Fall, der sich von der hier vorliegenden Sachlage nur dadurch unterscheidet, dass der Mitbeteiligte der den überwiegenden Unterhalt leistende in Österreich wohnhafte Kindesvater war, im Erkenntnis VwGH 16.12.2009, [2009/15/0207](#), Folgendes ausgeführt:

„In der im Beschwerdefall gegebenen Konstellation steht nach nationalem Recht dem Beihilfensanspruch der Mutter der Kinder des Mitbeteiligten, zu deren in Frankreich gelegenen Haushalt die Kinder gehören, die Bestimmung des § 2 Abs. 8 FLAG 1967 entgegen, wonach Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn ihr Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet gelegen ist.

Im Beschwerdefall ist entscheidend, dass der Mitbeteiligte den Geldunterhalt für seine Kinder tatsächlich bezahlt. Solcherart liegt aber aus der Sicht des nationalen Rechts ein Anwendungsfall des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 vor. Nach dieser Bestimmung hat eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach § 2 Abs. 2 Satz 1 FLAG 1967 anspruchsberechtigt ist.

Wenn das beschwerdeführende Finanzamt unter Hinweis auf § 140 Abs. 2 ABGB meint, die Betreuungsleistung der Mutter stehe der Erfüllung der Unterhaltspflicht durch Geldleistung gleich und sei ebenfalls als vermögenswerte Leistung anzusehen, weshalb der bloß den Geldunterhalt Leistende nicht iSd § 2 Abs. 2 FLAG 1967 überwiegend die Unterhaltskosten trage, ist dem Folgendes entgegen zu halten: Das Gesetz spricht im Abs. 2 (wie auch in Abs. 4) des § 2 FLAG 1967 von "Kosten", nämlich Unterhaltskosten, und bringt damit zum Ausdruck, dass es im gegebenen Zusammenhang um die finanziellen Belange des Kindes geht. Das Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten in § 2 Abs. 2 FLAG 1967 stellt sohin auf die materiellen Leistungen ab, also in der Regel auf den Geldunterhalt (vgl. in diesem Zusammenhang sinngemäß auch das hg. Erkenntnis vom 19. April 2007, 2004/15/0049).

Im gegenständlichen Fall deckt der Mitbeteiligte die seinen Kindern angefallenen Kosten nach der beördlichen Sachverhaltsfeststellung beinahe zur Gänze. Dass damit das Tatbestandsmerkmal "die Unterhaltskosten des Kindes überwiegend trägt" des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 erfüllt ist, kann keinem Zweifel unterliegen.

Verbleibt zu prüfen, ob die vom nationalen Gesetzgeber vorgegebene Gestaltung durch die Verordnung Nr. 1408/71 dahingehend eine Änderung erfährt, dass der Kindesmutter bei der gegebenen Konstellation ein unbedingter Anspruch eingeräumt wird. Dies ist nicht der Fall.

Der Mitbeteiligte unterliegt nach Art. 13 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 1408/71 den Rechtsvorschriften der Republik Österreich, also jenes Mitgliedstaats, in dem er seine Erwerbstätigkeit ausübt.

Nach Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, 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.

Die Verordnung verlangt, dass die Beihilfe jedenfalls auch dann gewährt wird, wenn die Kinder in einem anderen Mitgliedstaat wohnen. Die Verordnung untersagt es nicht, dass die Beihilfe dem Mitbeteiligten, also dem Geldunterhalt leistenden Vater gewährt wird (vgl. das hg. Erkenntnis vom 19. April 2007, 2004/15/0049). Der Zweck dieses Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 besteht darin, zugunsten der Familienangehörigen des den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegenden Erwerbstätigen, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, sicherzustellen, dass ihnen die in den anwendbaren Rechtsvorschriften des ersten Staates vorgesehenen Familienleistungen gewährt werden, wobei aus der Sicht der Verordnung nur sicherzustellen ist, dass die Beihilfe entweder der den Unterhalt leistenden

Person (hier: Mitbeteiligter) oder der haushaltsführenden Person (hier: Kindesmutter) geleistet wird (vgl. Urteil des EuGH vom 26. November 2009, [C-363/08](#), Romana Slanina, Rz 22, 23).

Pro Monat und Kind gebührt die Familienbeihilfe nur einmal (§ 10 Abs. 4 FLAG 1967). Daran ändern die Regelungen der Verordnung Nr. 1408/71 nichts. Bei einer Konstellation, wie sie dem gegenständlichen Fall zu Grunde liegt, steht der Anspruch auf Familienbeihilfe - oder gegebenenfalls bloß Ausgleichszahlung nach § 4 Abs. 2 FLAG 1967 - (allein) dem in Österreich verbliebenen Elternteil zu, wenn er iSd § 2 Abs. 2 FLAG 1967 überwiegend den Unterhalt zahlt. Die Rz 32 des Urteils des EuGH Romana Slanina steht dem nicht entgegen, betraf diese Urteil doch den Fall der Rückforderung von Familienbeihilfe, die an die haushaltsführende Mutter für Kinder gewährt worden ist, deren unterhaltpflichtiger Vater seiner Unterhaltpflicht nicht nachgekommen ist.“

Hieraus ergibt sich, dass entgegen der Rechtsansicht der Bw. nicht sie selbst, sondern der Kindesvater einen vorrangigen Anspruch auf Gewährung von Familienbeihilfe hat; unstrittig ist nämlich, dass der Kindesvater den Kindern überwiegend Unterhalt leistet, wohingegen im Urteil des EuGH „Slanina“ der unterhaltpflichtiger Vater seiner Unterhaltpflicht nicht nachgekommen ist (sh. hierzu auch *Csaszar* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 53 Rz 99).

Da die Kinder seit 5. Mai 2011 zu ihrem Vater haushaltsgleichhörig sind, steht dem Kindesvater ab Mai 2011 Familienbeihilfe aus diesem Titel zu.

Somit hat das Finanzamt Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge zu Recht rückgefordert.

Wien, am 24. Oktober 2012