



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch DDr. Wolfgang Doppelbauer, Rechtsanwalt, 4600 Wels, Eisenhowerstrasse 26, vom 28. Dezember 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, vertreten durch ADir Helga Grössing, vom 30. November 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Differenzzahlung für den Zeitraum Jänner 2010 bis Dezember 2010 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird, soweit er die Abweisung eines Antrages auf Differenzzahlung für die Monate Jänner bis November 2010 ausspricht, gemäß [§ 289 Abs. 2 BAO](#) ersatzlos aufgehoben. Die diesbezügliche Berufungsvorentscheidung wird durch diese Berufungsentscheidung aus dem Rechtsbestand verdrängt.

Ferner werden der angefochtene Bescheid sowie die diesbezügliche Berufungsvorentscheidung, soweit sie die Abweisung eines Antrages auf Differenzzahlung für den Monat Dezember 2010 aussprechen, gemäß [§ 289 Abs. 1 BAO](#) unter Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

#### I. Sachverhalt

Der in der Slowakei geborene Berufungswerber, Dipl.-Ing. A B, lebt und arbeitet seit April 1992 in Österreich und ist seit Oktober 1999 österreichischer Staatsbürger. Im Jahr 2010 war Herr B durchgehend Arbeitnehmer.

Am 16.10.2009 heiratete Herr B Frau C D, die infolge der Eheschließung seither den Familiennamen B führt. Frau B ist slowakische Staatsbürgerin und bezog im Jahr 2010 keine Einkünfte, abgesehen von der staatlichen Transferleistung des Kindesbetreuungsgeldes für den im Jahr 2010 geborenen gemeinsamen Sohn E F G.

Frau C und Herr Dipl.-Ing. A B wohnen seit ihrer Heirat gemeinsam an der Adresse von Herrn Dipl.-Ing. B in Wien. Beide Ehegatten haben ihren Lebensmittelpunkt in Österreich.

Frau C B war vor ihrer Eheschließung mit Herrn Dipl.-Ing. A B bereits einmal verheiratet, und zwar mit Herrn Ing. H Y. Diese Ehe wurde am 7.9.2005 geschieden, wobei die aus der Ehe entstammenden (damals) minderjährigen Kinder, die im Jahr 1990 geborene C und die im Jahr 1992 geborene I, in Obhut und Erziehung der Mutter gegeben und der Vater verpflichtet wurde, mit jeweils 2.500 Skk monatlich zum Unterhalt der Kinder zu Handen der Mutter beizutragen.

Die beiden Stieftöchter von Herrn Dipl.-Ing. A B, C und I D, leben in der Slowakei getrennt von ihrem leiblichen Vater, zu dem sie auch keinen persönlichen Kontakt mehr haben. Beide Töchter haben mittlerweile die Reifeprüfung abgelegt und studieren an Universitäten in der Slowakei.

Der leibliche Vater der beiden Stieftöchter, Herr Ing. H Y, trug im Jahr 2010 infolge des Scheidungsurteils mit einem Betrag von jeweils € 165,00 je Tochter zum Unterhalt seiner Kinder bei.

Herr Dipl.-Ing. A B trägt seit November 2009 regelmäßig zum Unterhalt seiner beiden Stieftöchter in der Slowakei bei. Herr Dipl.-Ing. A B überweist seinen beiden Stieftöchtern monatlich zusammen € 360,00 mittels Bankdauerauftrag. Frau C und Herr Dipl.-Ing. A B besuchen C und I D alle zwei bis drei Wochen in der Slowakei, wobei die (Stief-)Kinder in bar etwa weitere € 250,00 monatlich zur Bestreitung des Lebensunterhalts von Herrn Dipl.-Ing. A B erhalten.

Ende Oktober 2009 (Formular E 411, Bl. 32 des Finanzamtsaktes) oder Ende November 2009 (laut Vorlageantrag, Bl. 90 des Finanzamtsaktes) stellten die slowakischen Behörden die Familienbeihilfezahlungen für C und I D an Frau C B ein, da diese nunmehr in Österreich wohnhaft sei.

Herr Dipl.-Ing. A B beantragte hierauf am 19.1.2010 unter Beilage entsprechender Unterlagen die Gewährung von Familienbeihilfe bzw. einer Differenzzahlung an Familienbeihilfe für seine beiden Stieftöchter. Frau C B erklärte, gemäß [§ 2a Abs. 1 FLAG 1967](#) zugunsten von Herrn Dipl.-Ing. A B auf einen allfälligen Familienbeihilfenanspruch zu verzichten.

Das Finanzamt Wien 2/20/21/22 gewährte hierauf Herrn Dipl.-Ing. A B Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag und zwar – mangels slowakischer Familienleistungen – in voller Höhe.

Am 10.11.2010 übermittelte Herr Dipl.-Ing. A B dem Finanzamt Wien 2/20/21/22 diverse Unterlagen für die Verlängerung des Familienbeihilfen- und Kindergeldbezugs für seine beiden Stieftöchter.

Obwohl tatsächlich Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bis November 2010 für die beiden Stieftöchter ausbezahlt wurde, erließ das Finanzamt Wien 2/20/21/22 mit Datum 30.11.2010, dem Berufungswerber am 7.12.2010 zugestellt, einen „Abweisungsbescheid“, mit welchem „der Antrag vom 10.11.2010 auf Differenzzahlung“ für die beiden Stieftöchter jeweils für den Zeitraum Jänner 2010 bis Dezember 2010 abgewiesen wurde.

Begründend führte das Finanzamt aus, es bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung, da es sich um Stiefkinder handle, kein gemeinsamer Haushalt bestehe und die Unterhaltsleistungen von Herrn Dipl.-Ing. A B freiwillig erbracht worden seien.

Herrn Dipl.-Ing. A B erhob gegen diesen Bescheid vom „2.12.2010“ (gemeint: vom 30.11.2010) am 28.12.2010 Berufung und beantragte dessen ersatzlose Aufhebung und Weiterzahlung der Familienbeihilfe/Differenzzahlung für seine beiden Stieftöchter.

In rechtlicher Hinsicht führte Herr Dipl.-Ing. B zusammengefasst aus, er erfülle auf Grund der Bestreitung des überwiegenden Unterhalts für seine Stieftöchter nach österreichischem Recht alle Voraussetzungen für den Familienbeihilfenbezug mit Ausnahme des ständigen Aufenthalts der Kinder im Inland. Der ständige Aufenthalt der Kinder in der Slowakei stehe allerdings nach Unionsrecht der Gewährung der Familienbeihilfe nicht entgegen, nach dem Beschäftigungslandprinzip sei Österreich zur Zahlung der Familienleistungen zuständig.

Das Finanzamt Wien 2/20/21/22 wies mit Berufungsvorentscheidung vom 30.5.2011, zugestellt am 30.6.2011, die Berufung als unbegründet ab.

Nach der [VO \(EG\) Nr. 883/2001](#) sowie dem Urteil des EuGH 26.11.2009, [C-363/08](#), *Romana Slanina*, werde als Familienangehöriger jene Person bestimmt, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bezeichnet wird. Der Haushaltszugehörigkeit sei die überwiegende Unterhaltstragung „gleichbedeutend“, wobei es unmaßgeblich sei, ob die zum gesetzlichen Unterhalt verpflichtete Person diesen tatsächlich leiste. Der Kindesvater sei gerichtlich zu Unterhaltszahlungen für die Stieftöchter des Berufungswerbers verpflichtet.

Demnach seien die Kinder als Familienangehörige des geschiedenen Ehemannes der Gattin des Berufungswerbers im Sinne der Verordnung und der dazu ergangenen Rechtsprechung

anzusehen. „Hätte der EuGH für jenen Fall, bei dem eine Haushaltszugehörigkeit oder eine Verpflichtung zur Kostentragung gegeben ist, gewollt, dass neben den leiblichen Eltern auch andere Personen als Familienangehörige zu bezeichnen sind, hätte dies auch in seinem Urteil Niederschlag gefunden. Auf Grund der obigen Ausführungen begründen sie als Stiefvater der Kinder trotz Ihrer finanziellen Aufwendungen keinen Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. auf eine Ausgleichszahlung.“

Herr Dipl.-Ing. B beantragte hierauf am 14.7.2011 durch seinen nunmehrigen rechtsfreundlichen Vertreter die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz, wobei der Abweisungsbescheid „vom 2.12.2010“ zur Gänze angefochten werde.

Neben der Darstellung des Sachverhalts legt Herr Dipl.-Ing. B in rechtlicher Hinsicht dar, der dem Urteil EuGH 26.11.2009, [C-363/08](#), *Romana Slanina*, zugrunde liegende Sachverhalt unterscheide sich von dem hier zu beurteilenden dadurch, dass es in der Rechtssache *Romana Slanina* keinen Stiefvater, sondern nur die leiblichen Eltern gegeben habe, und daher für den gegenständlichen Fall nichts gewonnen sei. Artikel 1 Buchstabe i Nummer 1 Unterbuchstabe i der [VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) definiere als Familienangehörigen jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet werde.

Sollte das nationale Recht die Familienangehörigeneigenschaft vom Vorliegen des gemeinsamen Haushalts abhängig machen, sei nach Artikel 1 Buchstabe i Nummer 3 der VO dieses Kriterium auch bei überwiegender Unterhaltsbestreitung erfüllt. Nach österreichischem Recht seien unter Kindern im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 auch Stiefkinder zu verstehen, Herr Dipl.-Ing. B sei als Stiefvater somit auch als Familienangehöriger im Sinne der VO zu qualifizieren. Im gegenständlichen Fall seien Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, gemäß den Regelungen des Artikel 68 Absatz 2 der VO müsse Österreich als nachrangig zuständiger Staat einen sogenannten Unterschiedsbetrag zahlen. Da die Slowakei zwar vorrangig Familienbeihilfe leisten müsse, dies aber nicht tue, stehe Herrn Dipl.-Ing. B Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) in vollem Umfang für seine beiden Stieftöchter zu.

Mit Bericht vom 19.8.2011 legte das Finanzamt Wien 2/20/21/22 die Berufung vom 27.12.2010 dem Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

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

Fraglich ist in rechtlicher Hinsicht, ob Österreich zu einer Leistung eines Unterschiedsbetrags an Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) verpflichtet ist, wenn sich die Kinder in der Slowakei in Berufsausbildung befinden und getrennt von ihren Angehörigen in einem eigenen Haushalt leben, die leibliche Mutter in Österreich keiner unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit nachgeht und einerseits der in der Slowakei arbeitende leibliche Vater die Unterhaltskosten für die Kinder zum geringeren und andererseits der in Österreich arbeitende Stiefvater – der nach den österreichischen Rechtsvorschriften Familienangehöriger ist - zum größeren Teil trägt.

In tatsächlicher Hinsicht ist fraglich, wie hoch die Unterhaltskosten der Töchter in der Slowakei waren und ob der leibliche Vater oder ob der Stiefvater im Berufszeitraum diese Unterhaltskosten überwiegend getragen hat.

A. Zeitraum Jänner bis November 2010:

Gemäß [§ 11 FLAG 1967](#) wird die Familienbeihilfe durch das Wohnsitzfinanzamt ausbezahlt, eine bescheidmäßige Erledigung eines Antrages auf Familienbeihilfe ist nach [§ 13 FLAG 1967](#) nur vorgesehen, insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge nach [§ 26 FLAG 1967](#) zurückzuzahlen.

Wurde tatsächlich Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) ausgezahlt, kann – falls ein diesbezüglicher Bescheid nicht erlassen wurde - jederzeit die Auszahlung eingestellt und mittels Bescheids nach [§ 13 FLAG 1967](#) für die Zukunft (nach Beendigung der Auszahlung) ein Anspruch auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) verneint werden.

Erweist sich für die Vergangenheit eine Auszahlung an Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) als zu Unrecht erfolgt, hat das Finanzamt mit einem Rückforderungsbescheid nach [§ 26 FLAG 1967](#) vorzugehen, wobei gegebenenfalls die Oberbehörde gemäß [§ 26 Abs. 4 FLAG 1967](#) das Finanzamt zur Abstandnahme von einer Rückforderung anweisen kann.

Die Umdeutung eines Abweisungsbescheides nach [§ 13 FLAG 1967](#) in einen Rückforderungsbescheid nach [§ 26 FLAG 1967](#) kommt nicht in Betracht, zumal das Finanzamt – siehe die Übersicht am Beginn des Finanzamtsaktes – eine Rückforderung mit dem gegenständlichen Bescheid offenbar auch nicht anstrebt.

Das Finanzamt spricht in der Begründung der Berufungsvorentscheidung vom 30.5.2011 nur mehr von einem streitgegenständlichen Anspruch „ab 1.12.2010“, hat allerdings dadurch, dass es die Berufung abgewiesen hat, den angefochtenen Bescheid nicht entsprechend abgeändert.

Der angefochtene, am 7.12.2010 zugestellte Bescheid ist daher auf jeden Fall hinsichtlich der Monate Jänner bis November 2010, für die bereits Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) ausbezahlt wurde, zu Unrecht ergangen und ist insoweit gemäß [§ 289 Abs. 2 BAO](#) ersatzlos aufzuheben.

Diese Aufhebung steht – sofern die Voraussetzungen hierfür gegeben sein sollten – einer allfälligen Rückforderung nach [§ 26 FLAG 1967](#) nicht entgegen.

B. Zeitraum Dezember 2010:

## II. Nationale Rechtsvorschriften

Die maßgebenden Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 24. Oktober 1967 betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen (Familienlastenausgleichsgesetz 1967) BGBl. Nr. 376/1967 in der für Dezember 2010 geltenden Fassung lauten auszugsweise:

*„§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,*

*a) für minderjährige Kinder,*

*b) für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist...*

*...*

*(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat 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.*

*(3) 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 allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).*

*(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsbildung.*

*(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn*

*a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,*

*b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,*

*c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).*

*Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.*

...

*(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.*

...

*§ 2a. (1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.*

*(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.*

...

*§ 7. Für ein Kind wird Familienbeihilfe nur einer Person gewährt.*

...

*§ 53. (1) Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, 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.*

*(2) Die Gleichstellung im Sinne des Abs. 1 gilt auch im Bereich der Amtssitzabkommen sowie Privilegienabkommen, soweit diese für Angestellte internationaler Einrichtungen und haushaltszugehörige Familienmitglieder nicht österreichischer Staatsbürgerschaft einen Leistungsausschluss aus dem Familienlastenausgleich vorsehen.*

Lebten und arbeiteten bzw. studierten alle Beteiligten in Österreich, läge also ein rein nationaler Sachverhalt vor, stünde – das Sachverhaltsvorbringen des Stiefvaters zugrunde gelegt – dem Stiefvater Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu:

Die beiden im Dezember 2010 über 18 bzw. über 20 Jahre alten Kinder gingen zielstrebig einer Berufsausbildung nach, weswegen nach [§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967](#) ein Familienbeihilfenanspruch (der auch den Anspruch auf Kinderabsetzbetrag – [§ 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988](#) – nach sich zieht) gegeben wäre.

Nach nationalen Recht – [§ 2 Abs. 3 lit. c FLAG 1967](#) – zählen zu den anspruchsvermittelnden Kindern unter anderem auch Stiefkinder. Stiefkinder einer Person sind die nicht von ihr abstammenden leiblichen Kinder ihres Ehegatten, und zwar auch dann, wenn der andere leibliche Elternteil des Kindes noch lebt (vgl. [§ 123 Abs. 3 Allgemeines Sozialversicherungsgesetz](#)). Unter Stiefkinder versteht man somit die aus einer früheren Ehe stammenden Kinder des Ehegatten dieser Person und die unehelichen Kinder dieses Ehegatten (vgl. *Novotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz. 20, m.w.N.*).

Da die Kinder weder bei ihrem leiblichen Vater noch bei ihrer leiblichen Mutter und ihrem Stiefvater haushaltszugehörig sind, käme die Regelung des [§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967](#) zum Tragen, wonach Familienbeihilfe demjenigen gebührt, der überwiegend für die Unterhaltskosten der Kinder aufkommt.

Dies ist nach dem Vorbringen des Stiefvaters dieser selbst.



### III. Unionsrecht

Nach [Artikel 1 Buchstabe i der Verordnung \(EG\) Nr. 883/2004](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit ist „Familienangehöriger“

*1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;*

*ii) in Bezug auf Sachleistungen nach Titel III Kapitel 1 über Leistungen bei Krankheit sowie Leistungen bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft jede Person, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt wird oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;*

*2. unterscheiden die gemäß Nummer 1 anzuwendenden Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, so werden der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen;*

*3. wird nach den gemäß Nummern 1 und 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird."*

Artikel 2 Absatz 1 der VO (EG) Nr. 833/2004 gilt diese Verordnung – von dem hier nicht relevanten Fall des Absatz 2 abgesehen - „für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen."

[Artikel 67](#) und [67 der VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) lauten:

#### *Artikel 67*

##### *Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen*

*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. Ein Rentner hat*

*jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.*

#### *Artikel 68*

##### *Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen*

*(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. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt;*

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

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

*(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. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.*

*(3) Wird nach Artikel 67 beim zuständigen Träger eines Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften gelten, aber nach den Prioritätsregeln der Absätze 1 und 2 des vorliegenden Artikels nachrangig sind, ein Antrag auf Familienleistungen gestellt, so gilt Folgendes:*

*a) Dieser Träger leitet den Antrag unverzüglich an den zuständigen Träger des Mitgliedstaats weiter, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, teilt dies der betroffenen Person mit und zahlt unbeschadet der Bestimmungen der Durchführungsverordnung über die vorläufige Gewährung von Leistungen erforderlichenfalls den in Absatz 2 genannten Unterschiedsbetrag;*

*b) der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften vorrangig gelten, bearbeitet den Antrag, als ob er direkt bei ihm gestellt worden wäre; der Tag der Einreichung des Antrags beim ersten Träger gilt als der Tag der Einreichung bei dem Träger, der vorrangig zuständig ist.*

[Artikel 60 der Verordnung \(EG\) Nr. 987/2009](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der [Verordnung \(EG\) Nr. 883/2004](#) über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit lautet:

#### *„Artikel 60*

##### *Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung*

*(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.*

*(2) Der nach Absatz 1 in Anspruch genommene Träger prüft den Antrag anhand der detaillierten Angaben des Antragstellers und berücksichtigt dabei die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Umstände, die die familiäre Situation des Antragstellers ausmachen.*

*Kommt dieser Träger zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung prioritär anzuwenden sind, so zahlt er die Familienleistungen nach den von ihm angewandten Rechtsvorschriften.*

*Ist dieser Träger der Meinung, dass aufgrund der Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats ein Anspruch auf einen Unterschiedsbetrag nach Artikel 68 Absatz 2 der Grundverordnung bestehen könnte, so übermittelt er den Antrag unverzüglich dem zuständigen Träger des anderen Mitgliedstaats und informiert die betreffende Person; außerdem unterrichtet er den Träger des anderen Mitgliedstaats darüber, wie er über den Antrag entschieden hat und in welcher Höhe Familienleistungen gezahlt wurden.*

*(3) Kommt der Träger, bei dem der Antrag gestellt wurde, zu dem Schluss, dass seine Rechtsvorschriften zwar anwendbar, aber nach Artikel 68 Absätze 1 und 2 der Grundverordnung nicht prioritär anwendbar sind, so trifft er unverzüglich eine vorläufige Entscheidung über die anzuwendenden Prioritätsregeln, leitet den Antrag nach Artikel 68 Absatz 3 der Grundverordnung an den Träger des anderen Mitgliedstaats weiter und informiert auch den Antragsteller darüber. Dieser Träger nimmt innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu der vorläufigen Entscheidung Stellung.*

*Falls der Träger, an den der Antrag weitergeleitet wurde, nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang des Antrags Stellung nimmt, wird die oben genannte vorläufige Entscheidung anwendbar und zahlt dieser Träger die in seinen Rechtsvorschriften vorgesehenen Leistungen und informiert den Träger, an den der Antrag gerichtet war, über die Höhe der gezahlten Leistungen.*

*(4) Sind sich die betreffenden Träger nicht einig, welche Rechtsvorschriften prioritär anwendbar sind, so gilt Artikel 6 Absätze 2 bis 5 der Durchführungsverordnung. Zu diesem Zweck ist der in Artikel 6 Absatz 2 der Durchführungsverordnung genannte Träger des Wohnorts der Träger des Wohnorts des Kindes oder der Kinder.*

*(5) Der Träger, der eine vorläufige Leistungszahlung vorgenommen hat, die höher ist als der letztlich zu seinen Lasten gehende Betrag, kann den zu viel gezahlten Betrag nach dem Verfahren des Artikels 73 der Durchführungsverordnung vom vorrangig zuständigen Träger*

Bevor sich die Frage nach der Anwendbarkeit der Prioritätsregeln des [Artikel 68 der VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) stellt, ist zu prüfen, ob die [VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) im gegenständlichen Fall überhaupt anwendbar ist.

Die Verordnung ist nur anwendbar, wenn ein Sachverhalt vorliegt, der zwei oder mehr Mitgliedstaaten berührt. Dies ist der Fall, wenn ein Unionsbürger von seiner Freizügigkeit Gebrauch macht oder gemacht hat und in einem anderen als dem Wohnsitzstaat einer Erwerbstätigkeit nachgeht oder nachgegangen ist und dafür z.B. eine Rente oder eine Leistung bei Arbeitslosigkeit erhält (vgl. *Csaszar* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 53 Rz. 39).

Die Staatsangehörigkeit allein bewirkt keinen Anwendungsbereich (oder Nichtanwendungsbereich) der Verordnung (vgl. EuGH 5.6.1997, [C-64/96](#) und C-65/96, *Kari Uecker* und *Vera Jacquet*).

Herr Dipl.-Ing. A B ist seinem eigenen Vorbringen zufolge österreichischer Staatsbürger und lebt und arbeitet seit dem Jahr 1992 in Österreich. Die Ehegattin C B und – seit seiner Geburt im Jahr 2010 - der gemeinsame Sohn E F G wohnen mit Dipl.-Ing. A B im gemeinsamen Haushalt in Österreich.

Österreich ist somit sowohl Beschäftigungsland als auch Wohnsitzland von Dipl.-Ing. A B . Ein mitgliedstaatenübergreifender Sachverhalt im Sinne der Verordnung läge somit hinsichtlich Dipl.-Ing. A B als Antragsteller nicht vor.

Allerdings ist nach [Artikel 60 Absatz 1 VO \(EG\) Nr. 987/2009](#) die Familiensituation insgesamt berücksichtigen, sodass es nicht darauf ankommt, welches Familienmitglied die nach der Verordnung zustehenden Familienleistungen beantragt. Es ist daher insbesondere ohne Bedeutung, welcher Elternteil den entsprechenden Antrag stellt (vgl. EuGH 10.10.1996, [C-245/94](#) und C-312/94, *Hoever und Zachow*).

Als Antragsteller 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 (vgl. *Csaszar* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 53 Rz. 209). Es stehen daher Herrn Dipl.-Ing. A B auch jene Rechte zu, die sich für Frau C B aus den Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und (EG) Nr. 987/2009 ergeben. Frau C B hat im Verfahren (zwar in Bezug auf den hier nicht anzuwendenden –siehe *Csaszar* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 53 Rz. 100 - [§ 2a FLAG 1967](#), aber nur deswegen, da dies formularmäßig so vorgesehen ist) erklärt, zugunsten ihres Ehegatten auf ihre Ansprüche auf Familienleistungen verzichtet.

Da eine [Artikel 1 Buchstabe i Nummer 1 der VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) entsprechende nationale Regelung besteht, sind in Bezug auf Österreich auch Stiefkinder als Familienangehörige anzusehen, der subsidiären Definition des [Artikel 1 Buchstabe i Nummer 2 der VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) kommt zufolge der nationalen Definition in Österreich keine Bedeutung zu (vgl. *Csaszar* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 53 Rz. 91 ff.).

Sind mehrere Personen Familienangehörige eines Kindes im Sinn der [VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) (wie leibliche Mutter oder Stiefmutter oder Pflegemutter, leiblicher Vater oder Stiefvater oder Pflegevater), können die Familienleistungen immer nur einem dieser Familienangehörigen gewährt werden (vgl. *Csaszar* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 53 Rz. 231).

Der EuGH hat im Urteil vom 17.9.2002, C-413/99, *Baumbast und R*, die Ansprüche von Stiefkindern eines Arbeitnehmers der Gemeinschaft auf Grund der [VO \(EWG\) Nr. 1612/68](#) bejaht und in seinem Urteil vom 30.9.2004, C-275/02, *Engin Ayaz*, ein Stiefkind auch als Familienangehörigen im Sinne von Artikel 7 Satz 1 des Beschlusses Nr. 1/80 des durch das Assoziierungsabkommen zwischen der EWG und der Türkei eingerichteten Assoziationsrates vom 19.9.1980 angesehen.

Soweit ersichtlich hatte der Unabhängige Finanzsenat erst einmal über einen mitgliedstaatenübergreifenden Sachverhalt in Bezug auf Stiefkinder zu entscheiden gehabt und in diesem Fall - UFS 27.9.2006, RV/1243-W/06 - den Familienbeihilfenanspruch für in Tschechien lebende Stiefkinder deswegen verneint, da der Familienwohnsitz in Tschechien gelegen und der Anspruchswerber im dort strittigen Zeitraum in Österreich nach der damals anzuwendenden [VO \(EWG\) Nr. 1408/71](#) weder Arbeitnehmer noch Selbständiger noch Arbeitsloser gewesen sei. Wäre die Verordnung anwendbar, stünde, so der UFS, ein Anspruch zu.

Das Finanzamt vertritt die Ansicht, die [VO \(EG\) Nr. 883/2004](#), sei in Bezug auf die Prioritätsregelungen bei Familienleistungen einschränkend dahingehend auszulegen, dass (nur) auf die leiblichen Eltern des Kindes abzustellen sei. Bestehe ein Naheverhältnis zu einem leiblichen Elternteil, wie hier zufolge der Unterhaltszahlungen des leiblichen Vaters, schieden alle anderen Personen wie Stiefeltern bei der Beurteilung des Familienleistungsanspruchs aus, auch wenn diese mehr als der leibliche Elternteil zum Kinderunterhalt beitragen. Der Prioritätsprüfung nach [Artikel 67 der VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) seien daher (nur) die beiden leiblichen Eltern zu Grunde zu legen. Hierbei beruft sich das Finanzamt auf das Urteil EuGH 26.11.2009, [C-363/08](#), *Romana Slanina*.

Gegenstand des Verfahrens *Romana Slanina* war, dass Frau *Slanina* zunächst mit ihrem Mann und ihrem Kind in Österreich gelebt hat und in Österreich Familienbeihilfe bezog. Nach ihrer Scheidung verzog Frau *Slanina* mit ihrem Kind nach Griechenland. Sie war dort nicht erwerbstätig. Der geschiedene Vater arbeitete weiterhin in Österreich und war zur Unterhaltsleistung für das Kind verpflichtet.

Der Gerichtshof entschied in der Rechtssache *Romana Slanina*, „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. 1 Buchst. f Ziff. 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.“ „Übt eine Person, die sich in einer Situation wie derjenigen der Beschwerdeführerin des Ausgangsverfahrens befindet, im Mitgliedstaat ihres Wohnsitzes eine Berufstätigkeit aus, die tatsächlich einen Anspruch auf Familienleistungen begründet, so ruht gemäß Art. 76 der Verordnung Nr. 1408/71 in der durch die Verordnung Nr. 118/97 geänderten und aktualisierten Fassung der Anspruch auf die nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats, in dem ihr früherer Ehegatte berufstätig ist, geschuldeten Familienleistungen bis zur Höhe des in den Rechtsvorschriften ihres Wohnmitgliedstaats vorgesehenen Betrags.“

Eine wie immer geartete Aussage über das Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und einem Stiefelternteil lässt sich – worauf Herr Dipl.-Ing. A B verweist - dem Urteil *Romana Slanina* nicht entnehmen.

Der Gerichtshof hat in seinem Urteil unter anderem ausgeführt, der Zweck des [Artikel 73 VO \(EWG\) Nr. 1408/71](#) bestehe 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 (Rn. 22).

Das Urteil *Romana Slanina* stützt im Gegenteil die Auffassung des Berufungswerbers. Der Gerichtshof hat nämlich in seinem Urteil bekräftigt, dass [Artikel 1 Buchstabe f Ziffer i der VO \(EWG\) Nr. 1408/71](#) grundsätzlich auf die Familienangehörigendefinition des nationalen Rechts abstellt (Rn. 24 ff.). Es sei daher Sache des nationalen Gerichts festzustellen, ob ein Kind im Sinne des nationalen Rechts Familienangehöriger sei und daher die [VO \(EWG\) Nr. 1408/71](#) anwendbar ist (Rn. 27).

Im Regelfall hat ein Kind zwei Eltern, die leibliche Mutter und den leiblichen Vater. Ebenso wie ein Kind aber nur einen Elternteil haben kann, weil etwa der Vater unbekannt oder Mutter oder Vater verstorben sind, kann zufolge der Regelung des [§ 2 Abs. 3 FLAG 1967](#) ein Kind in Bezug auf Familienleistungen auch mehr als zwei Elternteile haben, nämlich im gegenständlichen Fall einer „Patchwork-Familie“ die leibliche Mutter, den leiblichen Vater und den Stiefvater. Innerhalb dieses Personenkreises – weitere Anspruchsberechtigte liegen im gegenständlichen Fall nicht vor – ist auszuwählen, welcher Person Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) zustehen.

Die beiden Stieftöchter C und I D gehören nach dem - auch nach Ansicht des EuGH diesbezüglich ausschlaggebenden - nationalen Recht zum Kreis der Personen, denen bei Haushaltszugehörigkeit bzw. überwiegender Unterhaltstragung



Familienangehörigeneigenschaft in Bezug auf Dipl.-Ing. A B zukommt und zwar gemäß [§ 2 Abs. 3 lit. c FLAG 1967](#).

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

Ist die Haushaltszugehörigkeit nicht gegeben (und erhebt kein Haushaltszugehöriger Anspruch), steht Familienbeihilfe nach [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) demjenigen zu, der die Unterhaltskosten überwiegend trägt. Das Unionsrecht enthält in [Artikel 1 Buchstabe i Nummer 3 VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) eine entsprechende Regelung, wonach die Haushaltszugehörigkeit durch die überwiegende Bestreitung des Unterhalts substituiert wird.

Ob der leibliche Vater der Kinder, Herr Ing. H Y, nach dem nationalen slowakischen Recht mangels Haushaltszugehörigkeit der Kinder als Familienangehöriger anzusehen ist, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. [Artikel 1 Buchstabe i Nummer 3 VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) ist – die Richtigkeit des Sachvorbringens von Herrn Dipl.-Ing. A B vorausgesetzt - jedenfalls mangels überwiegender Unterhaltsbestreitung durch Herrn Ing. Y nicht anwendbar.

Nach dem Vorbringen von Herrn Dipl.-Ing. A B trägt die Unterhaltskosten überwiegend Herr Dipl.-Ing. A B. C und I D sind daher Familienangehörige von Herrn Dipl.-Ing. A B.

Unter der sich aus dem Vorbringen der Parteien ergebenden Annahme, dass der leibliche Vater der Kinder, Herr Ing. H Y, in der Slowakei einer Erwerbstätigkeit nachgeht, wäre nach Artikel 68 Absatz 1 Buchstabe b Unterbuchstabe i [VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) auf Grund des Wohnortes der Kinder die Slowakei zuständig zur Erbringung der Familienleistungen, wenn das Recht der Slowakei einen derartigen Anspruch von Herrn Ing. H Y ungeachtet des Umstandes, dass die Kinder bei diesem nicht haushaltszugehörig sind und er auch nicht überwiegend für deren Unterhalt sorgt, vorsehen sollte, die Kinder also nach nationalem slowakischem Recht als Familienangehörige von Herrn Ing. H Y im Sinne von [Artikel 1 Buchstabe i VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) anzusehen wären.

Dies ist jedoch nicht der Fall. Wie sich aus dem von der Europäischen Kommission herausgegebenen Leitfaden „Ihre Rechte der sozialen Sicherheit in der Slowakischen Republik“

([http://ec.europa.eu/employment\\_social/empl\\_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20Rights%20in%20Slovakia\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20Rights%20in%20Slovakia_de.pdf)) ergibt, zahlt die Slowakei „*jeder Person Kindergeld (Prídavok na dieta), die für die Ausbildung und den Lebensunterhalt eines unterhaltsberechtigten Kindes aufkommt, wenn sie folgende Voraussetzungen erfüllt:*



- *[sie] kommt für den Unterhalt des Kindes auf,*
- *sie hat ihren ständigen oder vorübergehenden Wohnsitz in der Slowakischen Republik (diese Voraussetzung gilt nicht für Wanderarbeitnehmer aus der Europäischen Union, dem Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz),*
- *das unterhaltsberechtignte Kind hat seinen ständigen oder vorübergehenden Wohnsitz in der Slowakischen Republik (diese Voraussetzung gilt nicht für Wanderarbeitnehmer aus der Europäischen Union, dem Europäischen Wirtschaftsraum und der Schweiz)."*

Aus dem Urteil des Bezirksgerichts Martin vom 7.9.2005 ergibt sich, dass Herr Ing. H Y mit einem näher genannten Betrag zum Unterhalt von C und I D „beizutragen“ hat. Eine gerichtliche Verpflichtung zur vollen Tragung des Unterhalts für die beiden Kinder ist nicht ersichtlich.

Das Finanzamt übersieht in der Berufungsvorentscheidung, dass Herr Ing. H Y zwar zu Unterhaltszahlungen verpflichtet ist, nicht aber dazu, (allein oder überwiegend) für den Unterhalt von C und I D aufzukommen.

Tatsächlich hat Ing. H Y im Jahr 2010 monatlich € 165 an Unterhalt für jedes Kind geleistet.

In Österreich galt für das Jahr 2010 ein Regelbedarf für Kinder zwischen 15 und 19 Jahren von € 392 sowie für Kinder zwischen 19 und 28 Jahren von € 492 (vgl. *Wanke* in *Wiesner/Grabner/Wanke*, MSA EStG 12. EL § 33 Anm. 100).

Ein „österreichischer“ Euro hatte im Jahr 2010 eine Kaufkraft von € 1,48 in der Slowakei (vgl. [http://www.statistik.at/web\\_de/dynamic/presse/048914](http://www.statistik.at/web_de/dynamic/presse/048914)).

Selbst unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Kaufkraft liegt ein kaufkraftbereinigter Betrag von € 244,20 deutlich unter dem statistischen Regelbedarf von € 392 bzw. € 492. Dass tatsächlich zwei allein lebende, studierende Kinder mit einem Gesamtbetrag von kaufkraftbereinigt € 488,40 auch in der Slowakei bei weitem nicht das Auslangen finden können, liegt auf der Hand.

Der Studie *Orr, D.; Gwosc, C. & Netz, N. (2011): Social and Economic Conditions of Student Life in Europe. Synopsis of indicators. Final report. Eurostudent IV 2008–2011. Bielefeld: W. Bertelsmann Verlag*

([http://www.eurostudent.eu/download\\_files/documents/EIV\\_Synopsis\\_of\\_Indicators.pdf](http://www.eurostudent.eu/download_files/documents/EIV_Synopsis_of_Indicators.pdf))

zufolge betrugen die verfügbaren monatlichen Einnahmen (dh im Wesentlichen Lebenshaltungskosten) von nicht bei ihren Eltern lebenden Studenten einschließlich Transfers

in der Slowakei € 389, also weit mehr als das Doppelte des vom leiblichen Vaters geleisteten Betrags von € 165 je Student.

Es ist durchaus wahrscheinlich, dass die Mutter und der Stiefvater der Kinder – und nicht der leibliche Vater der Kinder – mit ihren Zahlungen überwiegend zum Unterhalt der beiden Studentinnen im Jahr 2010 beigetragen haben.

Allerdings ist zu prüfen, ob die Unterhaltskosten je Kind weniger als knapp € 415 (kaufkraftbereinigt: € 614), also die Zahlungen des leiblichen Vaters und des Stiefvaters zusammengerechnet, betragen haben. Wäre dies der Fall, ist zur Beurteilung, wer die Unterhaltskosten überwiegend getragen hat, auf die tatsächlichen Unterhaltskosten abzustellen und könnten darüber hinausgehende Leistungen des Stiefvaters nicht den Unterhaltskosten zugerechnet werden, sondern lägen insoweit andere freiwillige Zuwendungen, etwa für einen Vermögensaufbau der Kinder, vor.

Feststellungen über die Höhe der tatsächlichen Unterhaltskosten wurden vom Finanzamt nicht getroffen. Derartige Feststellungen sind jedoch notwendig (vgl. VwGH 2.2.2010, [2009/15/0209](#) u.a.).

Ist die Berufung weder zurückzuweisen ([§ 273 BAO](#)) noch als zurückgenommen ([§ 85 Abs. 2 BAO](#), [§ 86a Abs. 1 BAO](#)) oder als gegenstandslos ([§ 256 Abs. 3 BAO](#), [§ 274 BAO](#)) zu erklären, so kann gemäß [§ 289 Abs. 1 BAO](#) die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen ([§ 115 Abs. 1 BAO](#)) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Im weiteren Verfahren sind die Behörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im Aufhebungsbescheid dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat. Soweit die Verjährung der Festsetzung einer Abgabe in einer Berufungsentscheidung ([§ 289 Abs. 2 BAO](#)) nicht entgegenstehen würde, steht sie auch nicht der Abgabenfestsetzung im den aufgehobenen Bescheid ersetzenden Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz entgegen; [§ 209a BAO](#) gilt sinngemäß.

Im Hinblick auf den Umfang der vorzunehmenden Ermittlungen, die voraussichtlich auch im Amtshilfeweg durch die zuständige slowakische Behörde zu führen sein werden, erweist sich die Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt zweckmäßiger als die Führung dieser Ermittlungen und die Wahrung des Parteigehörs an Bw. und Finanzamt durch die Berufungsbehörde selbst.

Steht nach den Ergebnissen des ergänzenden Ermittlungsverfahrens fest, dass Herr Ing. H Y nicht (überwiegend) für den Unterhalt der Kinder aufgekommen ist, bestand für Herr Ing. H Y in der Slowakei kein Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld).

Mangels Familienangehörigeneigenschaft der Kinder in Bezug auf Herrn Ing. H Y wäre diesfalls die Slowakei auch nicht zu einer Kindergeldzahlung in Entsprechung des Urteils *Romana Slanina* verpflichtet.

Da somit nicht für denselben Zeitraum und dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren sind, stellt sich die Frage nach einer Anspruchspriorität im Sinne von [Artikel 68 der VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) nicht.

Für Dezember 2010 ist bei überwiegender Unterhaltskostentragung durch Frau oder Herrn B ausschließlich Österreich zur Erbringung von Familienleistungen für C und I D zuständig.

Unter Zugrundelegung von [Artikel 60 Abs 1 VO \(EG\) Nr. 987/2009](#) erfüllt Herr Dipl.-Ing. A B im Dezember 2010 bei überwiegender Unterhaltskostentragung die Voraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag).

Für C und I D besteht diesfalls nach [§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967](#) ein Familienbeihilfenanspruch und nach [§ 33 Abs. 3 EStG 1988](#) ein Anspruch auf Kinderabsetzbetrag, wobei nach [§ 2 Abs. 3 lit. c FLAG 1967](#) zu den anspruchsvermittelnden Kindern auch Stiefkinder zählen. Stiefkinder einer Person sind die nicht von ihr abstammenden leiblichen Kinder. Nach [§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG 1967](#) gebührt mangels Haushaltszugehörigkeit bei einem der potentiellen Anspruchsberechtigten Familienbeihilfe demjenigen, der überwiegend für die Unterhaltskosten der Kinder aufkommt. [§ 5 Abs. 3 FLAG 1967](#), wobei kein Anspruch für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, besteht, kommt zufolge [§ 53 FLAG 1967](#) und [Artikel 67 VO \(EG\) Nr. 883/2004](#) nicht zum Tragen.

Darauf, ob Dipl.-Ing. A B die Zahlungen in Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung oder „freiwillig“ geleistet hat, kommt es für die Frage der tatsächlichen Bestreitung der überwiegenden Unterhaltskosten weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht an.

Soweit in der Entscheidungspraxis des UFS auf freiwillige Leistungen Bezug genommen wird (vgl. UFS 7.9.2009, RV/2416-W/09), ging es um die Abgrenzung zur gesetzlichen Unterhaltspflicht, wobei „freiwillige Leistungen“ zivilrechtlich bei einem Geldunterhaltspflichtigen den Geldunterhalt i.d.R. nicht zu ersetzen vermögen (vgl. *Wanke* in *Wiesner/Grabner/Wanke*, MSA EStG 12. EL § 33 Anm. 105).

[§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) spricht von den „Unterhaltskosten“ und nicht – wie etwa [§ 33 Abs. 4 Z 3 EStG 1988](#) – vom „gesetzlichen Unterhalt“. Da Stiefeltern ihren Stiefkindern (und

umgekehrt) gesetzlich keinen Unterhalt schuldig sind, ginge [§ 2 Abs. 3 lit. c FLAG 1967](#) ins Leere, verstünde man die Regelung in [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) nur als Leistung des gesetzlichen Unterhalts – ein Stiefelternteil könnte diesfalls nie Anspruch auf Familienbeihilfe haben. Daher kommt es nach [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) nur auf die tatsächlichen Kosten des Unterhalts des Kindes und wer diese tatsächlich überwiegend bestreitet an.

Im Übrigen wäre mangels Haushaltszugehörigkeit der Kinder auch nach slowakischem Recht Frau C B geldunterhaltspflichtig geworden. Wenn im Einverständnis mit Frau C B der Stiefvater Dipl.-Ing. A B aus seinem Einkommen die Zahlungen leistet, sind diese Leistungen im Sinne von [Artikel 60 Absatz 1 VO \(EG\) Nr. 987/2009](#) demjenigen (Stief)Elternteil zuzurechnen, der die Familienleistungen beansprucht.

Da noch nicht feststeht, wer im Dezember 2010 überwiegend für den Unterhalt von C und I D aufgekommen ist, war der angefochtene Bescheid daher auch hinsichtlich des Monats Dezember 2010, allerdings gemäß [§ 289 Abs. 1 BAO](#) unter Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt, aufzuheben.

Wien, am 2. Jänner 2012