

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Siegfried Fenz in der Beschwerdesache
Bf1, ***Bf1-Adr***, über die Beschwerde vom 30. Jänner 2024 gegen den Bescheid des
Finanzamtes Österreich vom 22. Jänner 2024 betreffend Familienbeihilfe 09.2023-01.2024
SVNR: ***N.*** zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Am 22. Jänner 2024 erließ das Finanzamt folgenden *beschwerdegegenständlichen Bescheid* an
die Beschwerdeführerin (Bf.):

Rückforderungsbescheid Einzahlung- Familienbeihilfe (FB)- Kinderabsetzbetrag (KG)
für die Kinder

Name des Kindes	VNR/Geb.dat	Art d. Beihilfe	Zeitraum
(Nachname wie Bf.) ***Kind1***	...	FB / KG	Sep.2023 - Jan. 2024
(Nachname wie Bf.) ***Kind2***	...	FB / KG	Sep.2023 - Jan. 2024
(Nachname wie Bf.) ***Kind3***	...	FB / KG	Sep.2023 - Jan. 2024

Der Rückforderungsbetrag beträgt

Art der Beihilfe	Summe in €
FB	€ 2.464,90
KG	€ 945,00
Rückforderungsbetrag gesamt:	€ 3.409,90

Sie sind verpflichtet, diesen Betrag nach § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in
Verbindung mit § 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 zurückzuzahlen.

Begründung:

Der Mittelpunkt Ihrer Lebensinteressen liegt nicht in Österreich. Daher haben Sie keinen Anspruch auf Familienbeihilfe (§ 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967).

Was ist der Mittelpunkt der Lebensinteressen?

Eine Person hält sich ständig in Österreich auf und es bestehen auch die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen zu Österreich. Eine Wohnsitzmeldung oder die österreichische Staatsbürgerschaft alleine reichen nicht aus, um den Lebensmittelpunkt in Österreich anzunehmen.

Die Bf. erhob *Beschwerde* wie folgt:

Laut Auskunft vom Finanzamt ***A.*** besteht durch eine geringfügige Anstellung (Beschäftigungsprinzip) der Anspruch auf Familienbeihilfe.

Dadurch das meine Kinder und ich hier geboren sind, bestehen natürlich auch persönliche Beziehungen zu Österreich.

Ich ersuche daher um Einstellung der Rückforderung und beantrage weiterhin die Auszahlung der Familienbeihilfe (Dienstgeber: W..., ***Ort.in.NÖ***).

Das Finanzamt erließ eine abweisende *Beschwerdevorentscheidung*, die mit folgender Begründung:

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 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 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der ab 1. Mai 2010 gültigen Fassung regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist.

Da somit kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, war Ihre Beschwerde abzuweisen.

Der *Vorlageantrag* wurde begründet wie folgt:

Meine Kinder und ich sind seit September 2023 in Österreich mit Nebenwohnsitz gemeldet. Seit Dezember 2023 habe ich ein Arbeitsverhältnis mit Dienstleistungsschecks (DLS).

Laut Auskunft vom Finanzamt rechtfertigt dies den Bezug der FBH - > Beschäftigungsprinzip Ein Arbeitsverhältnis mit DLS ist einer geringfügigen Beschäftigung gleichgestellt.

Somit ergeben sich lediglich 3 Monate in der ich die FBH ungerechtfertigt bezogen habe.

Ich ersuche sie zu beachten, dass ich am 28. März bereits einen neuen Antrag auf die FBH gestellt habe (rückwirkend bis Dez. 23).

Anmerkung zum beigelegten Versicherungsdatenauszug: Der vorgelegte

Versicherungsdatenauszug ist in den unten folgenden Erwägungsteil eingearbeitet.

Die *Beschwerdevorlage* erfolgte mit nachstehendem Sachverhalt und Anträgen:

Sachverhalt:

Am 06.12.2023 langte ein Schreiben der Bezirkshauptmannschaft ***A.*** ein, in dem das Finanzamt darüber informiert wurde, dass die Beschwerdeführerin samt Familie den Hauptwohnsitz und Lebensmittelpunkt mit 31.08.2023 nach Ungarn verlegte und die Beschwerdeführerin keiner versicherungspflichtigen Tätigkeit in Österreich nachgeht. Aufgrund der Mitteilung an das Finanzamt wurde am 22.01.2024 die Familienbeihilfe für alle Kinder für den Zeitraum September 2023 bis Jänner 2024 rückgefordert. In der Beschwerde vom 30.01.2024 argumentiert die Beschwerdeführerin, dass sich ein Anspruch auf Familienbeihilfe durch Ihre geringfügige Anstellung ergebe. Im Schreiben vom 12.02.2024 übermittelte die Beschwerdeführerin einen Versicherungsdatenauszug vom 04.01.2024, in dem ersichtlich ist, dass tageweise eine geringfügige Beschäftigung wegen Dienstleistungsschecks (DLS) bestand.

(Zwischenzeitlich wurde am 28.03.2024 ein Antrag auf Ausgleichszahlung ab September 2023 gestellt)

Mit Vorhalt vom 06.06.2024 wurden Meldebestätigungen über den Wohnsitz in Ungarn sowie Schulbesuchsbestätigungen aller Kinder abverlangt. Die abverlangten Unterlagen langten am 19.06.2024 ein - Es wurden Nachweise über den gemeldeten Hauptwohnsitz in Ungarn sowie Meldezettel über den gemeldeten Nebenwohnsitz in Österreich vorgelegt. Außerdem wurde durch die Vorhaltsbeantwortung festgestellt, dass alle Kinder die "****X.*** Academy" in den USA besuchen. (Seit wann die Schule im Ausland besucht wird, ist unklar - jedenfalls aber seit August 2023).

Da somit kein Anspruch auf Familienbeihilfe in Österreich besteht (und ein ständiger Auslandsaufenthalt der Kinder vorliegt), wurde die Beschwerde am 02.07.2024 abgewiesen. Am 24.07.2024 langte der Vorlageantrag ein, ein Nachtrag folgte am 30.07.2024.

Beweismittel:

Schreiben der BH ***A.*** vom 06.12.2023, Rückforderungsbescheid vom 22.01.2024, RSb Rückschein vom 29.01.2024, Beschwerde vom 30.01.2024, Beilage Beschwerde vom 12.02.2024, Vorhalt vom 06.06.2024, RSb Rückschein vom 17.06.2024, Vorhaltsbeantwortung vom 19.06.2024, BVE Abweisung vom 02.07.2024, RSb Rückschein vom 08.07.2024, Vorlageantrag vom 24.07.2024, Nachtrag vom 30.07.2024

Stellungnahme:

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 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 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der ab 1. Mai 2010 gültigen Fassung regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen

vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist.

Aus den angegebenen Bestimmungen ist keine vorrangige Zuständigkeit Österreichs erkennbar. Die Kindesmutter geht keiner versicherungspflichtigen Tätigkeit im Inland nach. Eine tageweise geringfügige Beschäftigung mit DLS stellt keine gleichwertige Beschäftigung im Sinne der EU-VO dar.

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

Die Kinder halten sich (zumindest im Rückforderungszeitraum) ständig im Ausland auf, weshalb auch aus diesem Grund kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Das Finanzamt beantragt daher die Abweisung der Beschwerde.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Am 30. November 2022 hatte die geringfügige Beschäftigung der Bf. bei ihrem damaligen Arbeitgeber geendet, am 15. Dezember 2023, somit etwas mehr als ein Jahr danach, begann sie eine Tätigkeit, die mittels Dienstleistungsscheck abgerechnet wurde (vorgelegter Sozialversicherungsdatenauszug).

Die Sozialversicherungs- Beitragsgrundlagen belaufen sich
vom 01.12.2023 bis 31.12.2023 auf € 182,50
vom 01.01.2024 bis 31.01.2024 auf € 109,50 (Auskunftsverfahren der Sozialversicherungsdaten).

Die ***X.*** Academy bestätigte:

Confirmation of Enrollment

Date: August 1, 2023

This confirms the enrollment of the following student in ***X.*** Academy.

Student: (das 2010 geborene Kind der Bf.)

Grade: 7

Enrollment Period: August 1, 2023 - July 31, 2024

Die (abgesehen von den persönlichen Daten) gleichen Bestätigungen betreffend die 2012 bzw. 2015 geborenen Kinder weisen aus:

Grade: 6

Grade: 2

Am 31. August 2023 meldete die Bf. einen inländischen Wohnsitz, ein Nebenwohnsitz in ***Ort.i.NÖ**, an und wurde am selben Tag betreffend die 2010, 2012 bzw. 2015 geborenen

Kinder der Bf. ein inländischer Wohnsitz, ein Nebenwohnsitz an derselben Anschrift angemeldet (Bestätigungen der Meldung aus dem Zentralen Melderegister).

Die Bezirkshauptmannschaft ***A.*** teilte dem Finanzamt betreffend die Bf. und deren drei Kinder mit (Mitteilung vom 29. November 2023):

Die Kinder- und Jugendhilfe der Bezirkshauptmannschaft ***A.*** hat mit der Familie zu tun, weil alle drei Kinder zum häuslichen Unterricht angemeldet sind und die beiden älteren Kinder keine „Externistenprüfung“ ablegen.

Die Mutter der Kinder, Frau (die Bf.), hat uns mitgeteilt, dass die Familie ihren Hauptwohnsitz und somit der Lebensmittelpunkt mit 31.08.2023 nach Ungarn verlegt hat, eine genaue Anschrift gibt sie uns jedoch nicht bekannt.

Wie aus den Beilagen ersichtlich ist die Familie seit 01.09.2023 nur mehr mit Nebenwohnsitz in ***Ort.i.NÖ** gemeldet.

(Die Bf.) bezieht für alle drei Kinder laufend Familienbeihilfe.

Die Mutter geht in Österreich keiner versicherungspflichtigen Tätigkeit nach.

Dem Schreiben legte die Bezirkshauptmannschaft die Behördenabfragen aus dem Zentralen Melderegister bei.

2. Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen beruhen auf den jeweils angeführten Grundlagen, sind unstrittig und bedarf es dementsprechend keiner weiteren Ausführungen zur Beweiswürdigung.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Zu Spruchpunkt I.

Gemäß § 53 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (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 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in der ab 1. Mai 2010 gültigen Fassung regelt, welcher Mitgliedstaat für ein und denselben Zeitraum für ein und denselben Familienangehörigen vorrangig zur Gewährung der im jeweiligen Hoheitsgebiet vorgesehenen Familienleistungen verpflichtet ist.

Art. 68 VO 883/2004 lautet:

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.

Zum (drei Monate umfassenden) Zeitraum September bis November 2023:

Die Bf. übte in diesem Zeitraum im Inland weder eine Beschäftigung noch eine selbstständige Erwerbstätigkeit aus, es war im Inland kein Bezug einer Rente gegeben und war der inländische Wohnort lediglich ein Nebenwohnsitz.

Unter Bedachtnahme auf diese Umstände führte die Bf. zutreffend an, dass sie für die „3 Monate (zu ergänzen von September bis November 2023) ... ungerechtfertigt (FBH) bezogen habe“. Dass ein wesentlicher weiterer Umstand, der der Zuerkennung von Familienbeihilfe ebenfalls entgegensteht, hinzukommt, wird nachfolgend erörtert.

Zum (zwei Monate umfassenden) Zeitraum Dezember 2023 und Jänner 2024:

Art. 11 VO 883/2004 lautet auszugsweise:

Artikel 11

Allgemeine Regelung

(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. Dies gilt nicht für Invaliditäts-, Alters- oder Hinterbliebenenrenten oder für Renten bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten oder für Geldleistungen bei Krankheit, die eine Behandlung von unbegrenzter Dauer abdecken.

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

...

§ 4 ASVG idF BGBl. I Nr. 17/2012 bestimmt:

(1) In der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sind auf Grund dieses Bundesgesetzes versichert (vollversichert), wenn die betreffende Beschäftigung weder gemäß den §§ 5 und 6 von der Vollversicherung ausgenommen ist, noch nach § 7 nur eine Teilversicherung begründet:

...

(2) Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird; hiezu gehören auch Personen, bei deren Beschäftigung die Merkmale persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegenüber den Merkmalen selbständiger Ausübung der Erwerbstätigkeit überwiegen. Als Dienstnehmer

gelten jedenfalls Personen, die mit Dienstleistungsscheck nach dem Dienstleistungsscheckgesetz (DLSG), BGBl. I Nr. 45/2005, entlohnt werden. Als Dienstnehmer gilt jedenfalls auch, wer nach § 47 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 EStG 1988 Lohnsteuerpflichtig ist, es sei denn, es handelt sich um

1. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. a oder b EStG 1988 oder
2. Bezieher von Einkünften nach § 25 Abs. 1 Z 4 lit. c EStG 1988, die in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen oder
3. Bezieher/innen von Geld- oder Sachleistungen nach dem Freiwilligengesetz.

§ 19a ASVG lautet:

Selbstversicherung bei geringfügiger Beschäftigung

§ 19a. (1) Personen, die von der Vollversicherung gemäß § 5 Abs. 1 Z 2 oder Teilversicherung nach § 7 Z 4 ausgenommen und auch sonst weder in der Krankenversicherung noch in der Pensionsversicherung nach diesem oder einem anderen Bundesgesetz pflichtversichert sind, können sich, solange sie ihren Wohnsitz im Inland haben, auf Antrag in der Kranken- und Pensionsversicherung selbstversichern. Die Pensionsversicherung nach § 8 Abs. 1 Z 2 lit. g dieses Bundesgesetzes, nach § 3 Abs. 3 Z 4 GSVG und nach § 4a Z 4 BSVG gilt nicht als Pflichtversicherung im Sinne des ersten Satzes. Ausgeschlossen von dieser Selbstversicherung sind jedoch die im § 123 Abs. 9 und 10 genannten Personen sowie Personen, die einen bescheidmäßig zuerkannten Anspruch auf eine laufende Leistung aus einer eigenen gesetzlichen Pensionsversicherung haben. Die Selbstversicherung für Personen, die von der Teilversicherung nach § 7 Z 4 ausgenommen sind, erfolgt in der Pensionsversicherung nach diesem Bundesgesetz und in der Krankenversicherung nach dem B-KUVG (§ 7a B-KUVG).

(2) Die Selbstversicherung beginnt

1. a) bei der erstmaligen Inanspruchnahme mit dem Tag des Beginnes der geringfügigen Beschäftigung, wenn der Antrag binnen sechs Wochen nach diesem Zeitpunkt gestellt wird, und
b) bei Personen, die mit Dienstleistungsscheck entlohnt werden, mit dem Tag des Beginnes der ersten Beschäftigung, wenn der Antrag spätestens bis zum Ablauf des nächsten Kalendermonates gestellt wird,
2. sonst mit dem der Antragstellung folgenden Tag, im Falle der Beendigung der Selbstversicherung nach Abs. 3 Z 2 oder 3 jedoch frühestens nach Ablauf von drei Kalendermonaten nach dieser Beendigung,
3. bei Personen, die mit Dienstleistungsscheck entlohnt werden und nach § 471f in der Kranken- und Pensionsversicherung pflichtversichert waren, am Tag nach dem Ende dieser Pflichtversicherung.

Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes:

EuGH 3.6.1986, 139/85 Kempf:

11 Was zunächst das Kriterium der tatsächlichen und echten Erwerbstätigkeit im Gegensatz zu

den nicht unter die betreffenden Gemeinschaftsvorschriften fallenden untergeordneten und unwesentlichen Tätigkeiten betrifft, hat die niederländische Regierung in der mündlichen Verhandlung bezweifelt, daß eine Lehrtätigkeit von zwölf Stunden wöchentlich für sich genommen als eine solche tatsächliche und echte Erwerbstätigkeit im Sinne des Urteils in der Rechtssache Levin angesehen werden kann.

12 Zu der Prüfung dieser Frage besteht jedoch kein Anlaß, da der Raad van State in den Gründen seiner Vorlageentscheidung ausdrücklich festgestellt hat, daß die betreffende Arbeitnehmertätigkeit keinen so geringen Umfang hat, daß sie sich als untergeordnet und unwesentlich darstellt. Im Rahmen der Zusammenarbeit des nationalen Gerichts und des Gerichtshofes im Vorabentscheidungsverfahren obliegt ersterem die Feststellung und Beurteilung des Sachverhalts des Rechtsstreits. Die Vorabentscheidungsfrage ist daher auf der Grundlage der vom nationalen Gericht vorgenommenen Beurteilung zu prüfen.

13 Nach der gesicherten Rechtsprechung des Gerichtshofes gehört die Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu den Grundlagen der Gemeinschaft. Die Vorschriften, in denen diese Grundfreiheit verankert ist, und vor allem die Begriffe "Arbeitnehmer" und "Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis", durch die der Geltungsbereich dieser Vorschriften festgelegt wird, sind daher weit, die Ausnahmen und Abweichungen vom Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer dagegen eng auszulegen.

14 Infolgedessen sind die diesbezüglichen Bestimmungen dahin zu verstehen, daß jemand, der eine tatsächliche und echte Teilzeitbeschäftigung ausübt, vom Geltungsbereich dieser Bestimmungen nicht allein deswegen ausgeschlossen werden kann, weil er die unter dem Existenzminimum liegenden Einkünfte aus dieser Tätigkeit durch andere zulässige Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts zu ergänzen sucht. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die ergänzenden Mittel zur Bestreitung des Lebensunterhalts aus dem Vermögen oder der Arbeit eines Familienmitglieds des Betroffenen herrühren wie bei dem dem Urteil Levin zugrundeliegenden Sachverhalt oder ob sie - wie im vorliegenden Fall - auf einer aus öffentlichen Mitteln des Wohnortmitgliedstaats gezahlten finanziellen Unterstützung beruhen, sofern feststeht, daß es sich um eine echte und tatsächliche Arbeitnehmertätigkeit handelt.

EuGH 3.7.1986, 66/85, Lawrie-Blum:

5 ... Während dieses zweiten Abschnitts kann der Studienreferendar beauftragt werden, in verschiedenen Klassen des Gymnasiums zunächst unter unmittelbarer Anleitung eines Fachlehrers und sodann während der letzten sechs Monate selbständig bis zu insgesamt elf Wochenstunden zu unterrichten.

...

21 Auch der Umstand, daß der Studienreferendar nur eine geringe Anzahl von Wochenstunden Unterricht erteilt und nur eine Vergütung erhält, die unter den Mindestbezügen eines vollbeamteten Lehrers am Anfang seiner Laufbahn liegt, kann seiner Qualifizierung als Arbeitnehmer nicht entgegenstehen. Wie der Gerichtshof in dem angeführten Urteil Levin

festgestellt hat, sind die Begriffe des Arbeitnehmers und der Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis so zu verstehen, daß sie auch Personen umfassen, die, weil sie keiner Vollzeitbeschäftigung nachgehen, nur ein Einkommen beziehen, das unter dem für eine Vollzeitbeschäftigung liegt, sofern es sich um die Ausübung tatsächlicher und echter Tätigkeiten handelt. Diese letztgenannte Voraussetzung wird im vorliegenden Fall nicht in Zweifel gezogen.

EuGH 6.11.2003, C-413/01 - Ninni-Orasche:

26 Als Arbeitnehmer kann jedoch nur angesehen werden, wer eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen (vgl. u. a. die Urteile Levin, Randnr. 17, und Meeusen, Randnr. 13).

27 Bei der Prüfung dieser Voraussetzung muss sich das vorlegende Gericht auf objektive Kriterien stützen und in einer Gesamtbetrachtung alle Umstände der Rechtssache würdigen, die die Art der in Rede stehenden Tätigkeiten und die des fraglichen Arbeitsverhältnisses betreffen.

EuGH 11.9.2008, C-228/07, Petersen:

5 Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Begriff "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 39 EG nach ständiger Rechtsprechung ein Begriff des Gemeinschaftsrechts ist, der nicht eng auszulegen ist. Als "Arbeitnehmer" ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. u. a. Urteile vom 3. Juli 1986, Lawrie-Blum, 66/85, Slg. 1986, 2121, Randnrn. 16 und 17, vom 7. September 2004, Trojani, C-456/02, Slg. 2004, I-7573, Randnr. 15, und vom 17. März 2005, Kranemann, C-109/04, Slg. 2005, I-2421, Randnr. 12).

46 Im vorliegenden Fall geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass Herr Petersen vor den Ereignissen, die zu dem Ausgangsverfahren geführt haben, in einem Mitgliedstaat eine entgeltliche Beschäftigung ausgeübt hatte und demzufolge zu dieser Zeit "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 39 EG war. Bei einem Angehörigen eines Mitgliedstaats, der, wie Herr Petersen, seinen Herkunftsstaat verlassen hat, um eine entgeltliche Beschäftigung in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben, ist davon auszugehen, dass er von dem in diesem Artikel vorgesehenen Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht hat.

EuGH 4.6.2009, C-22/18, Vatsouras:

26 Insoweit ist daran zu erinnern, dass der Begriff "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 39 EG nach ständiger Rechtsprechung ein Begriff des Gemeinschaftsrechts ist, der nicht eng auszulegen ist. Als "Arbeitnehmer" ist jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte

Tätigkeit ausübt, wobei Tätigkeiten außer Betracht bleiben, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht nach dieser Rechtsprechung darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. u. a. Urteile vom 3. Juli 1986, Lawrie-Blum, 66/85, Slg. 1986, 2121, Randnrn. 16 und 17, sowie vom 11. September 2008, Petersen, C-228/07, Slg. 2008, I-0000, Randnr. 45).

27 Weder die begrenzte Höhe der Vergütung noch die Herkunft der Mittel für diese Vergütung kann irgendeine Auswirkung auf die Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des Gemeinschaftsrechts haben (vgl. Urteile vom 31. Mai 1989, Bettray, 344/87, Slg. 1989, 1621, Randnr. 15, sowie vom 30. März 2006, Mattern und Cikotic, C-10/05, Slg. 2006, I-3145, Randnr. 22).

EuGH 21.2.2013, C-46/12 L.N.:

Die Art. 7 Abs. 1 Buchst. c und 24 Abs. 2 der Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG sind dahin auszulegen, dass einem Unionsbürger, der in einem Aufnahmemitgliedstaat eine Ausbildung absolviert und dort daneben einer tatsächlichen und echten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis nachgeht, die geeignet ist, ihm die Eigenschaft eines "Arbeitnehmers" im Sinne von Art. 45 AEUV zu verleihen, eine Ausbildungsförderung, die den Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats gewährt wird, nicht versagt werden darf. Es obliegt dem vorlegenden Gericht, die tatsächlichen Prüfungen vorzunehmen, deren es zur Beurteilung der Frage bedarf, ob die Tätigkeiten des Klägers des Ausgangsverfahrens im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausreichen, um ihm diese Eigenschaft zu verleihen. Der Umstand, dass der Betroffene in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats hauptsächlich zu dem Zweck eingereist ist, dort seine Ausbildung zu absolvieren, ist für die Bestimmung, ob er "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 45 AEUV ist und damit gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft Anspruch auf diese Förderung unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Staatsangehöriger des Aufnahmemitgliedstaats hat, unerheblich.

EuGH 21.2.2013, C-46/12, L.N.:

38 Aus den Akten geht auch hervor, dass ihm die Ausbildungsförderung mit der Begründung versagt wurde, dass er in das Hoheitsgebiet Dänemarks hauptsächlich zu dem Zweck eingereist sei, dort eine Ausbildung zu absolvieren, so dass der Zweck seines Aufenthalts in Dänemark nach Ansicht der zuständigen nationalen Behörden dazu geführt hat, ihm den Status eines "Arbeitnehmers" im Sinne von Art. 45 AEUV zu nehmen.

39 Nach ständiger Rechtsprechung ist jedoch der Begriff "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 45 AEUV ein autonomer Begriff des Unionsrechts, der nicht eng ausgelegt werden darf (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteile vom 3. Juli 1986, Lawrie-Blum, 66/85, Slg. 1986, 2121, Randnr. 16; vom 21. Juni 1988, Brown, 197/86, Slg. 1988, 3205, Randnr. 21; vom 26. Februar 1992, Bernini, C-3/90, Slg. 1992, I-1071, Randnr. 14, und vom 6. November 2003, Ninni-Orasche, C-413/01, Slg. 2003, I-13187, Randnr. 23).

40 Außerdem ist dieser Begriff anhand objektiver Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis im Hinblick auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen kennzeichnen. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass eine Person während einer bestimmten Zeit für eine andere nach deren Weisung Leistungen erbringt, für die sie als Gegenleistung eine Vergütung erhält (vgl. Urteile Lawrie-Blum, Randnr. 17; Ninni-Orasche, Randnr. 24, sowie Vatsouras und Koupatantze, Randnr. 26).

41 Die beschränkte Höhe dieser Vergütung, der Ursprung der Mittel für diese, die stärker oder schwächere Produktivität des Betroffenen oder der Umstand, dass er nur eine geringe Anzahl von Wochenstunden Arbeit leistet, schließen es nicht aus, dass eine Person als "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 45 AEUV anerkannt wird (vgl. in diesem Sinne Urteile Lawrie-Blum, Randnr. 21; vom 31. Mai 1989, Bettray, 344/87, Slg. 1989, 1621, Randnr. 15, und Bernini, Randnr. 16).

42 Allerdings ist für die Qualifizierung als "Arbeitnehmer" erforderlich, dass eine Person eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt, die keinen so geringen Umfang hat, dass sie sich als vollständig untergeordnet und unwesentlich darstellt. (vgl. u. a. Urteile vom 23. März 1982, Levin, 53/81, Slg. 1982, 1035, Randnr. 17, sowie Vatsouras und Koupatantze, Randnr. 26 und die dort angeführte Rechtsprechung).

43 Bei der Prüfung, ob im konkreten Fall eine tatsächliche und echte Tätigkeit vorliegt, muss das vorlegende Gericht objektive Kriterien heranziehen und alle Umstände des Falles, die sich auf die Art sowohl der fraglichen Tätigkeiten als auch des fraglichen Arbeitsverhältnisses beziehen, in ihrer Gesamtheit beurteilen (Urteil Ninni-Orasche, Randnr. 27).

44 Die Untersuchung sämtlicher Merkmale, die ein Arbeitsverhältnis auszeichnen, um beurteilen zu können, ob die von N. vor und nach Beginn seiner Ausbildung ausgeübte Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis tatsächlich und echt war, und somit, ob er die Eigenschaft eines Arbeitnehmers besaß, fällt daher in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts. Dieses allein hat nämlich unmittelbar Kenntnis vom Sachverhalt des Ausgangsverfahrens und den Merkmalen, die das Arbeitsverhältnis des Klägers des Ausgangsverfahrens kennzeichnen, und ist daher am besten in der Lage, die notwendigen Prüfungen durchzuführen.

45 Da die Vorlageentscheidung keinen Hinweis enthält, der Zweifel daran wecken könnte, dass die Arbeitsverhältnisse zwischen N. und seinen Arbeitgebern die in Randnr. 40 des vorliegenden Urteils aufgeführten Merkmale aufweisen, wird das vorlegende Gericht insbesondere zu prüfen haben, ob die Arbeitnehmertätigkeiten des Klägers des Ausgangsverfahrens nicht so geringfügig waren, dass sie sich als vollkommen untergeordnet und unwesentlich darstellen.

46 Zum Vorbringen der dänischen und der norwegischen Regierung, wonach die Absicht des

Klägers des Ausgangsverfahrens bei seiner Einreise in das dänische Hoheitsgebiet, dort seine Ausbildung zu absolvieren, ihm die Eigenschaft eines "Arbeitnehmers" im Sinne von Art. 45 AEUV nehme, genügt der Hinweis, dass für die Beurteilung, ob durch eine Beschäftigung der Arbeitnehmerstatus im Sinne dieser Bestimmung verliehen werden kann, Umstände, die sich auf das Verhalten des Betreffenden vor und nach der Beschäftigungszeit beziehen, für die Begründung der Arbeitnehmereigenschaft im Sinne der genannten Bestimmung ohne Bedeutung sind. Solche Umstände stehen nämlich in keiner Beziehung zu den objektiven Kriterien, die von der in Randnr. 40 dieses Urteils angeführten Rechtsprechung aufgestellt wurden (Urteil Ninni-Orasche, Randnr. 28).

47 Die Definition des Begriffs "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 45 AEUV drückt die dem Grundsatz der Freizügigkeit der Arbeitnehmer selbst innewohnende Einschränkung aus, dass die Vorteile, die das Unionsrecht mit dieser Freiheit gewährt, nur von Personen in Anspruch genommen werden können, die eine Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis wirklich ausüben oder ernsthaft ausüben wollen. Sie bedeutet jedoch nicht, dass die Inanspruchnahme dieser Freiheit davon abhängig gemacht werden kann, welche Ziele ein Angehöriger eines Mitgliedstaats mit seinem Wunsch, in das Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats einzureisen oder sich dort aufzuhalten, verfolgt, wenn er dort nur eine echte Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis tatsächlich ausübt oder ausüben will. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so sind die Absichten, die den Arbeitnehmer möglicherweise dazu veranlasst haben, in dem betreffenden Mitgliedstaat Arbeit zu suchen, belanglos und dürfen nicht berücksichtigt werden (vgl. in diesem Sinne Urteile Levin, Randnrn. 21 und 22, sowie vom 23. September 2003, Akrich, C-109/01, Slg. 2003, I-9607, Randnr. 55).

48 Falls das vorlegende Gericht entscheiden sollte, dass N. als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 45 AEUV zu betrachten ist, ist festzustellen, dass die Weigerung, diesem Unionsbürger Ausbildungsförderung zu gewähren, den Anspruch auf Gleichbehandlung verletzt, den dieser Bürger in seiner Eigenschaft als Arbeitnehmer genießt.

49 Ein Unionsbürger, der von der durch Art. 45 AEUV gewährleisteten Freizügigkeit der Arbeitnehmer Gebrauch gemacht hat, genießt nämlich im Aufnahmemitgliedstaat gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1612/68 die gleichen sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.

50 Wie der Gerichtshof bereits entschieden hat, stellt eine nationale Ausbildungsförderung eine soziale Vergünstigung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1612/68 dar (vgl. Urteile vom 21. Juni 1988, Lair, 39/86, 3161, Randnrn. 23 und 24, sowie Bernini, Randnr. 23).

51 Nach alledem ist auf die vorgelegte Frage zu antworten, dass Art. 7 Abs. 1 Buchst. c und Art. 24 Abs. 2 der Richtlinien 2004/38 dahin auszulegen sind, dass einem Unionsbürger, der in einem Aufnahmemitgliedstaat eine Ausbildung absolviert und dort daneben einer tatsächlichen und echten Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis nachgeht, die geeignet ist, ihm die Eigenschaft eines "Arbeitnehmers" im Sinne von Art. 45 AEUV zu verleihen, eine Ausbildungsförderung, die den Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats

gewährt wird, nicht versagt werden darf. Es obliegt dem vorlegenden Gericht, die tatsächlichen Prüfungen vorzunehmen, deren es zur Beurteilung der Frage bedarf, ob die Tätigkeiten des Klägers des Ausgangsverfahrens im Lohn- oder Gehaltsverhältnis ausreichen, um ihm diese Eigenschaft zu verleihen. Der Umstand, dass der Betroffene in das Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats hauptsächlich zu dem Zweck eingereist ist, dort seine Ausbildung zu absolvieren, ist für die Bestimmung, ob er "Arbeitnehmer" im Sinne von Art. 45 AEUV ist und damit gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1612/68 Anspruch auf diese Förderung unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Staatsangehöriger des Aufnahmemitgliedstaats hat, unerheblich.

Den einzigen konkretisierten Anhaltspunkt zur Abgrenzung, was das Kriterium der tatsächlichen und echten Erwerbstätigkeit im Gegensatz zu den nicht unter die betreffenden Gemeinschaftsvorschriften fallenden untergeordneten und unwesentlichen Tätigkeiten betrifft, beinhaltet, soweit ersichtlich, die oben angeführte Entscheidung des EuGH vom 3.6.1986, 139/85 Kempf Rz 11: Die niederländische Regierung hat in der mündlichen Verhandlung bezweifelt, daß eine Lehrtätigkeit von zwölf Stunden wöchentlich für sich genommen als eine solche tatsächliche und echte Erwerbstätigkeit im Sinne des Urteils in der Rechtssache Levin angesehen werden kann.

Da "der Raad van State in den Gründen seiner Vorlageentscheidung ausdrücklich festgestellt (hat), daß die betreffende Arbeitnehmertätigkeit keinen so geringen Umfang hat, daß sie sich als untergeordnet und unwesentlich darstellt", bestand im Gerichtshofverfahren zu "der Prüfung dieser Frage ... jedoch kein Anlaß".

Hatte eine Lehrtätigkeit von **zwölf Stunden wöchentlich** Zweifel der betroffenen Regierung ausgelöst, die jedoch vom Raad van State nicht geteilt wurden und es auf Grund der ausdrücklichen Feststellung des Raad van State zu keiner Prüfung dieser Frage kam, kann mit Recht rückgeschlossen werden, dass eine Tätigkeit, die sich nicht als untergeordnet und unwesentlich darstellt, **nicht bei weitem geringer als zwölf Stunden wöchentlich** anzusiedeln ist.

Mit Erkenntnis des BFG vom 16.04.2024, RV/7101318/2024, wurde eine Tätigkeit, deren Umfang unter Außerachtlassung von Nichtleistungszeiten, durchschnittlich rd. 5 Stunden pro Woche betrug, als Ausübung einer Tätigkeit, die einen so geringen Umfang hat, dass sie sich als vollständig untergeordnet und unwesentlich darstellt, eingestuft.

Die den oben für die Monate Dezember 2023 und Jänner 2024 angeführten Sozialversicherungs- Beitragsgrundlagen zu Grunde liegende Tätigkeit stellt ohne jeden Zweifel eine solche dar, die einen so geringen Umfang hat, dass sie sich als untergeordnet und unwesentlich darstellt; der Umfang der Tätigkeit belief sich im Dezember 2023 auf etwa 3 ½ Stunden pro Woche (Entgelt pro Stunde: € 15,00 x 3,5 Stunden x 4 Wochen = € 210,00), im Jänner 2024 auf entsprechend weniger Stunden.

Die Beschwerde ist somit als unbegründet abzuweisen.

Der Beschwerde ist aus einem weiteren Grund kein Erfolg beschieden (welcher den gesamten Beschwerdezeitraum betrifft):

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

Bei der Frage des ständigen Aufenthaltes iSd § 5 Abs 3 geht es um objektive Kriterien, die nach den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO (siehe § 2 Rz 10) zu beurteilen sind (vgl etwa VwGH 22.4.2009, 2008/15/0323; 28.11.2007, 2007/15/0055; 15.11.2005, 2002/14/0103). Diese Beurteilung hat nicht auf den subjektiven Gesichtspunkt des Mittelpunktes der Lebensinteressen abzustellen, sondern auf das objektive Kriterium der grundsätzlichen körperlichen Anwesenheit. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs 3 unter den Gesichtspunkten des Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs 2 BAO zu beurteilen. Danach hat jemand den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der Abgabenvorschriften dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, dass er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt. Ein Aufenthalt in dem genannten Sinne verlangt grundsätzlich körperliche Anwesenheit. Daraus folgt auch, dass eine Person nur einen gewöhnlichen Aufenthalt haben kann. Um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrechtzuerhalten, ist aber keine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen nicht den Zustand des Verweilens und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl VwGH 15.11.2005, 2002/14/0103). Ein nicht nur vorübergehendes Verweilen liegt jedenfalls vor, wenn sich der Aufenthalt über einen längeren Zeitraum erstreckt (vgl Stoll, BAO- Kommentar, 337, und VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; 20.10.1993, 91/13/0175). (Reinalter in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG, 2. Aufl. (2020), § ko-flag-2019_flag_p5_III, III. Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten (§ 5 Abs 3) [Rz 9]).

Der Verfassungsgerichtshof erwog im Erkenntnis vom 15.6.2002, G 112/99:

2.5.1. Der Verfassungsgerichtshof hat in ständiger Judikatur zum Ausdruck gebracht, daß der Gesetzgeber bei Verfolgung familienpolitischer Ziele frei ist. Der dem Gesetzgeber grundsätzlich zustehende Gestaltungsspielraum wird durch das Gleichheitsgebot nur insofern beschränkt, als es ihm verwehrt ist, Regelungen zu treffen, für die eine sachliche Rechtfertigung nicht besteht (VfSlg. 8073/1977).

Unter Hinweis auf diese ständige Judikatur erkannte der Verfassungsgerichtshof, daß eine Regelung, die einen Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, ausschließt, nicht gleichheitswidrig ist. ...

In seinem Erkenntnis vom 4. Dezember 2001, B2366/00, sprach der Verfassungsgerichtshof aus, daß eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende

Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hiebei auf dessen Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken erweckt. Solches zu normieren, fällt in die rechtspolitische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.

Im Erkenntnis vom 26.01.2012, 2012/16/0008, erwog der Verwaltungsgerichtshof (der Bf. begehrte Familienbeihilfe „für seine Tochter ab August 2010, weil seine Tochter im Rahmen eines Austauschprogrammes ihr siebtes AHS-Jahr in den USA verbringen werde“):

Im erwähnten Erkenntnis vom 24. Juni 2010 hat der Verwaltungsgerichtshof bei den in jenem Beschwerdefall gegebenen Rahmenbedingungen eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als vorübergehenden Aufenthalt angesehen. Bei einem Aufenthalt zum Zwecke des Schulbesuches vom Herbst 1991 bis zum Jänner 1993 ging der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 20. Juni 2000, Zl. 98/15/0016, von einem ständigen Aufenthalt im Ausland aus. Ein einjähriger Auslandsaufenthalt etwa zum Zwecke eines einjährigen Schulbesuches im Ausland ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes als ständiger Aufenthalt im Ausland anzusehen (vgl. auch Kuprian, Kein Familienbeihilfenanspruch bei Ausbildung eines Kindes in einem "Drittland", in UFS Journal 2011/10, 371).

Im Erkenntnis vom 19.10.1993, 93/14/0118, erwog der Verwaltungsgerichtshof (iZm einem 7-monatigen Rückforderungszeitraum wegen eines unterbrochenen ständigen Aufenthaltes im Inland):

Zum Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes hat der Gerichtshof die Ansicht vertreten, daß ein solcher auch bei einer kürzeren Aufenthaltsdauer als von 6 Monaten vorliegen kann, sofern nur der Aufenthalt unter Umständen genommen wird, die erkennen lassen, daß es sich nicht nur um ein bloß vorübergehendes Verweilen handelt (vgl. neuerlich das hg. Erkenntnis vom 31. März 1992, 87/14/0096). Andererseits kann aber auch bei einem 7 - 8monatigen Aufenthalt nicht schon allein aufgrund der Dauer von einem ständigen Aufenthalt gesprochen werden.

Im Erkenntnis vom 24.06.2010, 2009/16/0133, erwog der Verwaltungsgerichtshof:

Die äußeren Umstände ... lassen es zu, eine Aufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten im Ausland gerade noch als einen vorübergehenden Aufenthalt anzusehen.

Im Erkenntnis vom 20.06.2000, 98/15/0016, erwog der Verwaltungsgerichtshof:

Im Beschwerdefall ist strittig, ob der Anspruch auf Familienbeihilfe für den minderjährigen Sohn wegen der Ausschlussbestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG deshalb nicht bestand, weil sich dieser nach Ansicht der belangten Behörde im strittigen Rückforderungszeitraum ständig im Ausland aufhielt. ...

Unbestritten ist, dass sich der Sohn der Beschwerdeführerin in der Zeit von September 1991 bis Jänner 1993 ... in den USA aufhielt und dort eine Schule ... besuchte. Die belangte Behörde stellte das Vorbringen der Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren nicht in Abrede, dass

der Sohn zwar während des Schuljahres in den USA gewohnt, die Ferien aber in Österreich bei der Beschwerdeführerin verbracht habe. ...

Zu Recht hat die belangte Behörde auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Oktober 1993, 91/13/0175, hingewiesen, in dem ein sich über volle zwei Jahre erstreckender Auslandsaufenthalt der Kinder des (damaligen) Beschwerdeführers in den USA (zusammen mit ihrer Mutter) als ständig im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG beurteilt wurde. ...

Wie erwähnt unterbrechen vorübergehende Abwesenheiten das für die Annahme eines gewöhnlichen Aufenthaltes notwendige Verweilen nicht. Hielt sich der Sohn während der Schuljahre im Streitzeitraum in den USA auf, ist das Verbringen der Ferien in Österreich bei der Beschwerdeführerin jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen, wodurch der ständige Aufenthalt des Sohnes in den USA nicht unterbrochen wurde (vgl. dazu auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 8. Juni 1982, 82/14/0047). Ob die Sommerferien dabei - worauf in der Beschwerde hingewiesen wird - einen Zeitraum von mehr als zwei Monaten umfassten, ist unter Berücksichtigung des Gesamtbildes - jeweils Rückkehr in die USA - nicht entscheidungswesentlich. Da die Ferienaufenthalte in Österreich den gewöhnlichen Aufenthalt des Beschwerdeführers in den Vereinigten Staaten nicht unterbrachen, war der Anspruch auf Familienbeihilfe entgegen der in der Beschwerde vertretenen Meinung auch nicht für jene (Ferien)Zeiten gegeben, die der Sohn bei der Beschwerdeführerin verbrachte. Ob im § 2 Abs. 5 lit b FLAG Fiktionen für die Haushaltszugehörigkeit bei auswärtiger Berufsausübung aufgestellt werden, hat für die gegenständliche Prüfung eines ständigen Auslandsaufenthaltes im Sinne des § 5 Abs. 4 FLAG des außerdem nur in Schulausbildung gestandenen Sohnes der Beschwerdeführerin keine Bedeutung.

Im Erkenntnis vom 10.12.1997, 97/13/0185, erwog der Verwaltungsgerichtshof:

... eine durchgehend rund zwei Jahre dauernde Unterbringung in einem Kinderheim im Zuge einer Maßnahme der Jugendwohlfahrt (volle Erziehung gemäß § 29 des Burgenländischen Jugendwohlfahrtsgesetzes bei Übertragung der Obsorge an die Bezirkshauptmannschaft) kann nicht mehr als nur vorübergehender Aufenthalt außerhalb der gemeinsamen Wohnung im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG angesehen werden (vgl. dazu sinngemäß auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18. Dezember 1985, 84/13/0121, sowie das Erkenntnis vom 19. Mai 1969, Slg. Nr. 3.912/F).

Das Bundesfinanzgericht erwog im Erkenntnis vom 16.07.2019, RV/7105128/2016:

Unstrittig ist, dass D, nachdem sich im Februar 2012 herausgestellt hatte, dass eine Integration in das österreichische Bildungswesen zu diesem Zeitpunkt schwierig und eine Fortsetzung der Ausbildung in Indien im Kindeswohl gelegen ist, sich von Mitte März 2012 bis Mitte Dezember 2012 durchgehend in Indien von Beginn an mit der Absicht aufgehalten hat, das gesamte Ausbildungs(dreiviertel)jahr an der ISPS zuzubringen.

Dieser zweite Auslandsaufenthalt dauerte rund neun Monate. Damit geht er deutlich über die vom VwGH als "gerade noch" vorübergehend angesehene Auslandsaufenthaltsdauer von fünfeinhalb Monaten hinaus (vgl. BFG 20.6.2015, RV/7104568/2014 zu siebenmonatigem

Auslandsaufenthalt) hinaus. Hier kann nicht mehr von einem bloß vorübergehenden Auslandsaufenthalt gesprochen werden, und zwar unabhängig davon, ob D im Jahr 2013 ihre Ausbildung zunächst in Indien fortgesetzt hat oder nicht.

Die Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 13.02.2006, RV/0202-S/05, betraf einen Schüler, der sich unbestrittenermaßen von August 2000 bis 10. Juli 2001, somit rd. 11 Monate, im Rahmen eines Austauschprogrammes für Schüler in einem Drittstaat befunden und dort regulär eine allgemeinbildende höhere Schule besucht hatte.

Hierüber wurde erwogen:

Der Unabhängige Finanzsenat sieht es somit als erwiesen an, dass sich der Sohn nur vorübergehend zu Schulzwecken im Ausland aufhielt und seine Zugehörigkeit zum Haushalt des Vaters dadurch nicht unterbrochen wurde.

Die Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 23.11.2010, RV/0747-S/09, betraf einen ca. 10-monatigen Auslandsaufenthalt und wurde dieser als ständiger Aufenthalt beurteilt:

Im gegenständlichen Verfahren ist, vorrangig zu prüfen, ob der Aufenthalt der im Zeitpunkt der Antragstellung noch minderjährigen Tochter K in Japan ein ständiger war und damit ein Ausschlussgrund für den Anspruch auf Familienbeihilfe vorliegt oder nicht.

Es ist unbestritten, dass sich die Tochter K von September 2009 bis Juni 2010 und damit ca. zehn Monate in einen nicht der Europäischen Union angehörenden Staat - Japan - aufhielt, bei einer japanischen Familie wohnte und dort eine Schule besuchte. ... hat sich K - nach Ansicht des Referenten des Unabhängigen Finanzsenates - ständig in Japan aufgehalten und unter Umständen dort aufgehalten, die erkennen lassen, dass sie in diesem Lande nicht nur vorübergehend verweilte.

Der Rechtssatz 2 zum Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes vom 20.06.2015, RV/7104568/2014, lautet:

Ein von Anfang an geplanter knapp siebenmonatiger Aufenthalt in Australien steht gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 als ständiger Auslandsaufenthalt der Gewährung von Familienbeihilfe entgegen.

Im jüngst ergangenen Erkenntnis vom 25.06.2024, RV/4100002/2024, erwog das Bundefinanzgericht:

Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, allenfalls ab Beginn des Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt vor (vgl. VwGH 26.01.2012, 2012/16/0008).

Dem Schreiben der UWC EAST AFRICA Schule vom 23. Mai 2021 ist zu entnehmen, dass die Ausbildung auf zwei Jahre - bis Mai 2023 - ausgerichtet ist ("...The two-year program will have an anticipates completion on Mai 20,2023..."). Somit ergibt sich bereits objektiv, dass der Auslandsaufenthalt nicht nur vorübergehend angelegt war. Aus diesem Grunde ist die

Argumentation der Bf., wonach Tochter ***1*** nur vorübergehend im Zuge eines Auslandssemesters vom Gymnasium in Klagenfurt abgemeldet wurde, für die Beschwerde nicht maßgebend.

Auf Grundlage dieser Rechtsausführungen ergibt sich bei Zugrundelegung der obigen - auf Basis des bestehenden Aktenstandes getroffenen - Feststellungen Folgendes:

Besuchten die drei Kinder der Bf. in den USA zumindest im Zeitraum „August 1, 2023 - July 31, 2024“ die ***X.*** Academy, wurde vom Finanzamt in der Beschwerdevorlage zutreffend darauf verwiesen, dass sich die Kinder der Bf. ständig im Ausland aufhalten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

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

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden auf der Sachverhaltsebene zu lösenden Fall nicht gegeben.

Wien, am 28. Oktober 2024