

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht erkennt durch die Richterin\*\*\*Ri\*\*\* in der Beschwerdesache \*\*\*Bf1\*\*\*, \*\*\*Bf1-Adr\*\*\*, vertreten durch Stöger & Partner Wirtschaftstreuhand- und SteuerberatungsgmbH, Riedenburgerstraße 3, 3580 Horn, über die Beschwerde vom 24. Mai 2023 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 19. April 2023 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum September 2019 bis Dezember 2022, Sozialversicherungsnummer \*\*\*SV\*\*\*, zu Recht:

I. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

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

Die Beschwerdeführerin (Bf.) bezog für ihren Sohn \*\*\*F\*\*\*, geb. \*\*\*2004\*\*\*, bis zur Vollendung seines 18. Lebensjahres im Dezember 2022 die Familienbeihilfe.

Mit Anspruchsüberprüfungsschreiben anlässlich der Volljährigkeit des Sohnes, eingelangt beim Finanzamt Österreich am 29.03.2023, legte die Bf. eine Schulbestätigung vor, dass \*\*\*F\*\*\* seit September 2019 ein Internatsschüler des \*\*\*Schule\*\*\*\* im Vereinigten Königreich sei und die Schule voraussichtlich im Juli 2023 beenden werde.

Daraufhin wurden mit Bescheid vom 19.04.2023 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum September 2019 bis Dezember 2022 zurückgefordert, da sich \*\*\*F\*\*\* aufgrund des Schulbesuchs in England seit September 2019 ständig in einem Drittstaat aufhalte und daher gem. § 5 Abs. 3 FLAG keine Familienbeihilfe zustehe.

Dagegen brachte die Bf. am 24.05.2023 fristgerecht Beschwerde ein und führte begründend aus, dass der Sohn seinen ständigen Aufenthalt iSd § 5 Abs. 3 FLAG im gesamten Rückforderungszeitraum in Österreich gehabt habe. Abgesehen davon sei der

Rückforderungszeitraum, wenn man den ständigen Aufenthalt \*\*\*F\*\*\* in Großbritannien annehme, auf zwei Teile aufzuteilen - einerseits auf den Zeitraum, in dem Großbritannien noch Mitglied der Europäischen Union gewesen sei und andererseits auf jene Zeit, in dem es als Drittstaat zu behandeln sei. Im Zeitraum 01.09.2019 bis 31.12.2020 sei die später vom EuGH als rechtswidrig eingestufte Indexierung der Familienleistungen in Geltung gewesen und somit nachträglich eine Indexanpassung vorzunehmen, da die Lebenshaltungskosten in Großbritannien höher seien als in Österreich. Im Zeitraum 01.01.2021 bis 31.12.2022 sei \*\*\*F\*\*\* nicht nur in den Ferien, sondern auch immer wieder während des Semesters in Österreich gewesen und habe online am Unterricht teilgenommen. Anhand der beigelegten Aufstellung der Flüge von Manchester nach Wien und retour ergebe sich in den Jahren 2021 und 2022 hinsichtlich der Anwesenheit in Österreich bzw. Großbritannien ein Verhältnis von 40:60 Prozent. Der längste durchgehende Aufenthalt in Großbritannien habe nur 83 Tage betragen. Daher könne keinesfalls von einer Verlegung des ständigen Aufenthaltes nach Großbritannien ausgegangen werden.

Der Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 10.11.2023 (zugestellt am 15.11.2023) teilweise, und zwar für den Zeitraum September 2019 bis März 2021, stattgegeben, da Großbritannien aufgrund des Austrittes aus der EU erst ab 01.01.2021 als Drittstaat gelte und darüber hinaus aufgrund § 15 FLAG ein Anspruch auf Familienbeihilfe bis März 2021 bestehe. Der Zeitraum April 2021 bis Dezember 2022 wurde erneut unter Verweis auf § 5 Abs. 3 FLAG als unbegründet abgewiesen.

Am 12.12.2023, 19.01.2024 und 23.02.2024 wurden Anträge auf Verlängerung der Frist zur Einbringung des Vorlageantrages betreffend die Beschwerdevorentscheidung vom 10.11.2023 jeweils fristgerecht eingebracht und diesen mit Bescheiden vom 20.12.2023, 02.02.2024 und 07.03.2024 stattgegeben.

Am 02.04.2024 wurde fristgerecht ein Vorlageantrag eingebracht und im Wesentlichen wie in der Beschwerde ausgeführt.

## **II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **1. Sachverhalt**

Die Bf. und ihr am \*\*\*2004\*\*\* geborener Sohn, \*\*\*F\*\*\*, sind österreichische Staatsangehörige und sohin Unionsbürger. Der Sohn der Bf. war im beschwerdegegenständlichen Zeitraum (September 2019 bis Dezember 2022) Schüler des \*\*\*Schule\*\*\* im Vereinigten Königreich. Am \*\*\*1\*\*\*12.2022 vollendete \*\*\*F\*\*\* sein 18. Lebensjahr.

Während der Schulzeiten wohnte \*\*\*F\*\*\* im schuleigenen Internat. Die Ferienzeiten sowie Besuche während der Trimester verbrachte \*\*\*F\*\*\* in Österreich in der Wohnung der Mutter in \*\*\*Adr\*\*\*. Die Unterhaltsleistungen wurden von der Bf. getragen.

Zu folgenden Zeiten hielt sich \*\*\*F\*\*\* in Österreich bzw. im Vereinigten Königreich auf:

[...]

Die in Österreich erwerbstätige Bf. bezog im Zeitraum September 2019 bis Dezember 2022 folgende Familienleistungen (Familienbeihilfe – FB; Kinderabsetzbetrag – KG), die mit Bescheid vom 19.04.2023 zurückgefordert wurden:

| ***K2***, geb. ***Gebdat.K2*** |         |             |                  |              |               |
|--------------------------------|---------|-------------|------------------|--------------|---------------|
| von                            | bis     | Abgabencode | Anspruchsart     | Betrag       | Summe         |
| 09/2019                        | 08/2021 | FB          | Familienbeihilfe | 9,10         | 218,40        |
| 09/2021                        | 08/2022 | FB          | Familienbeihilfe | 10,30        | 123,60        |
| 09/2022                        | 12/2022 | FB          | Familienbeihilfe | 9,10         | 36,40         |
|                                |         |             |                  | <b>Summe</b> | <b>378,40</b> |

| ***K3***, geb. ***Gebdat.K3 |         |             |                  |              |               |
|-----------------------------|---------|-------------|------------------|--------------|---------------|
| von                         | bis     | Abgabencode | Anspruchsart     | Betrag       | Summe         |
| 09/2019                     | 08/2021 | FB          | Familienbeihilfe | 9,10         | 218,40        |
| 09/2021                     | 08/2022 | FB          | Familienbeihilfe | 10,30        | 123,60        |
| 09/2022                     | 12/2022 | FB          | Familienbeihilfe | 9,10         | 36,40         |
|                             |         |             |                  | <b>Summe</b> | <b>378,40</b> |

| ***K1*** ***F***, geb. ***2004*** |         |             |                    |        |          |
|-----------------------------------|---------|-------------|--------------------|--------|----------|
| von                               | bis     | Abgabencode | Anspruchsart       | Betrag | Summe    |
| 09/2019                           | 09/2019 | FB          | Familienbeihilfe   | 268,00 | 268,00   |
| 09/2019                           | 12/2022 | KG          | Kinderabsetzbetrag | 58,40  | 2.336,00 |

|         |         |    |                  |              |                 |
|---------|---------|----|------------------|--------------|-----------------|
| 10/2019 | 08/2020 | FB | Familienbeihilfe | 168,00       | 1.848,00        |
| 09/2020 | 09/2020 | FB | Familienbeihilfe | 528,00       | 528,00          |
| 10/2020 | 08/2021 | FB | Familienbeihilfe | 168,00       | 1.848,00        |
| 09/2021 | 07/2022 | FB | Familienbeihilfe | 158,90       | 1.747,90        |
| 08/2022 | 08/2022 | FB | Familienbeihilfe | 338,90       | 338,90          |
| 09/2022 | 12/2022 | FB | Familienbeihilfe | 168,00       | 672,00          |
|         |         |    |                  | <b>Summe</b> | <b>9.586,80</b> |

| ***K4***, geb. ***Gebdat.K4*** |         |             |                  |              |               |
|--------------------------------|---------|-------------|------------------|--------------|---------------|
| von                            | bis     | Abgabencode | Anspruchsart     | Betrag       | Summe         |
| 09/2019                        | 08/2021 | FB          | Familienbeihilfe | 9,10         | 218,40        |
| 09/2022                        | 12/2022 | FB          | Familienbeihilfe | 9,10         | 36,40         |
|                                |         |             |                  | <b>Summe</b> | <b>254,80</b> |

|                        |                  |
|------------------------|------------------|
| <b>Summe insgesamt</b> | <b>10.598,40</b> |
|------------------------|------------------|

## 2. Beweiswürdigung

Der dargestellte Sachverhalt ergibt sich aus den von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakten, aus den Angaben und Vorbringen der beschwerdeführenden Partei sowie aus der Einsichtnahme in die Beihilfendatenbank FABIAN der Finanzverwaltung. Die Flugübersicht ist eine seitens der beschwerdeführenden Partei vorgelegte Aufstellung, deren Glaubwürdigkeit nicht in Zweifel gezogen wird und auch von der belangten Behörde nicht bestritten wird. Es liegen in sachverhaltsmäßiger Hinsicht keine begründeten Zweifel vor, die durch weitere Ermittlungen zu verfolgen wären, zumal auch die Verfahrensparteien keine solchen begründeten Zweifel darlegten, dass weitere Erhebungen erforderlich und zweckmäßig erscheinen. Die Höhe der bezogenen Familienleistungen ergibt sich aus den Eintragungen in der Beihilfendatenbank FABIAN der Finanzverwaltung.

### 3. Rechtslage

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder.

Gemäß § 5 Abs. 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

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 (§ 53 Abs. 1 FLAG 1967).

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166; im Folgenden: Verordnung (EG) Nr. 883/2004) lauten auszugsweise:

#### „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. [...]

#### 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.

[...]

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. [...]"

Die maßgeblichen Bestimmungen des Austrittsabkommens [Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. 2020, L 29, S. 7), genehmigt durch den Rat der Europäischen Union mit Beschluss (EU) 2020/135 vom 30. Januar 2020 (ABl. 2020, L 29, S. 1), zuletzt geändert durch den Beschluss Nr. 2/2024 des mit dem Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft eingesetzten Gemeinsamen Ausschusses vom 16. Mai 2024 zur Aufnahme eines neu erlassenen Rechtsakts der Union in Anhang 2 des Windsor-Rahmens (ABl. L, 2024/2134)] lauten auszugsweise:

### TITEL III

## **KOORDINIERUNG DER SYSTEME DER SOZIALEN SICHERHEIT**

### Artikel 30

#### **Erfasste Personen**

Dieser Titel gilt für die folgenden Personen:

- a) Unionsbürger, die am Ende des Übergangszeitraums den Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs unterliegen, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen;
- b) britische Staatsangehörige, die am Ende des Übergangszeitraums den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegen, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen;
- c) Unionsbürger, die am Ende des Übergangszeitraums im Vereinigten Königreich wohnen und den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegen, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen;
- d) britische Staatsangehörige, die am Ende des Übergangszeitraums in einem Mitgliedstaat wohnen und den Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs unterliegen, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen;
- e) Personen, die nicht unter die Buchstaben a bis d fallen, bei denen es sich aber handelt um:
  - i) Unionsbürger, die am Ende des Übergangszeitraums im Vereinigten Königreich eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben und die auf der Grundlage des Titels II der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegen, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen oder

ii) britische Staatsangehörige, die am Ende des Übergangszeitraums in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben und die auf der Grundlage des Titels II der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates den Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs unterliegen, sowie ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen;

[...]

(2) Die in Absatz 1 genannten Personen sind erfasst, solange sie sich ohne Unterbrechung in einer der in dem genannten Absatz aufgeführten Situationen befinden, die gleichzeitig einen Mitgliedstaat und das Vereinigte Königreich betreffen.

[...]

(5) Wird in diesem Artikel auf Familienangehörige und Hinterbliebene Bezug genommen, so fallen diese Personen nur soweit unter diesen Titel, als sie aus dieser Eigenschaft Rechte und Pflichten nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ableiten.

## Artikel 31

### **Vorschriften für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit**

(1) Auf die unter diesen Titel fallenden Personen finden die Vorschriften und Ziele des Artikels 48 AEUV, der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates Anwendung.

Die Union und das Vereinigte Königreich berücksichtigen in gebührender Weise die Beschlüsse und Empfehlungen der nach der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 bei der Europäischen Kommission eingesetzten Verwaltungskommission für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit („Verwaltungskommission“), die in Teil I des Anhangs I dieses Abkommens aufgeführt sind.

(2) Abweichend von Artikel 9 dieses Abkommens finden für die Zwecke dieses Titels die Begriffsbestimmungen des Artikels 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 Anwendung.

[...]

## Artikel 32

### **Erfasste Sonderfälle**

(1) Die folgenden Vorschriften gelten für die folgenden Fälle in dem in diesem Artikel festgelegten Umfang, soweit sie Personen betreffen, die nicht oder nicht mehr unter Artikel 30 fallen:

[...]

d) Die Vorschriften der Artikel 67, 68 und 69 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 finden, solange die Voraussetzungen erfüllt sind, auf die Gewährung von Familienleistungen, auf die am Ende des Übergangszeitraums Anspruch besteht, für die folgenden Personen weiter Anwendung:

i) Unionsbürger, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat sowie Drittstaatsangehörige, die am Ende des Übergangszeitraums die Voraussetzungen der Verordnung (EG) Nr. 859/2003 erfüllen und in einem Mitgliedstaat wohnen, den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegen und Familienangehörige mit Wohnort im Vereinigten Königreich haben;

ii) britische Staatsangehörige sowie Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort im Vereinigten Königreich und Drittstaatsangehörige, die am Ende des Übergangszeitraums die Voraussetzungen der Verordnung (EG) Nr. 859/2003 erfüllen und im Vereinigten Königreich wohnen, den Rechtsvorschriften des Vereinigten Königreichs unterliegen und Familienangehörige mit Wohnort in einem Mitgliedstaat haben;

[...]

## TEIL VIER

### ÜBERGANG

#### Artikel 126

#### Übergangszeitraum

Es gibt einen Übergangs- oder Durchführungszeitraum, der am Tag des Inkrafttretens dieses Abkommens beginnt und am 31. Dezember 2020 endet.

#### **4. Rechtliche Beurteilung**

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist der ständige Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 unter den Gesichtspunkten des

Vorliegens eines gewöhnlichen Aufenthaltes nach § 26 Abs. 2 BAO zu beurteilen (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. (Lenneis/Wanke (Hrsg.), FLAG<sup>2</sup> § 5 Rn 9)

Die Bf. bringt diverse Umstände vor, die ihrer Meinung nach gegen einen ständigen Aufenthalt des Sohnes in Großbritannien sprechen. Grundsätzlich ist jedoch Folgendes festzuhalten:

Für die Frage, ob ein Aufenthalt ein vorübergehender oder ein ständiger ist, ist von einer Ex-ante-Betrachtung auszugehen (vgl. VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195; VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008). Lassen objektive Gesichtspunkte erkennen, dass ein Aufenthalt außerhalb des elterlichen Haushalts nicht nur vorübergehend währen wird, dann liegt schon ab dem Vorliegen dieser Umstände, also wenn der Aufenthalt von Anfang an auf längere Zeit angelegt war, ab Beginn dieses auswärtigen Aufenthaltes, ein ständiger Aufenthalt außerhalb des elterlichen Haushalts vor (vgl. VwGH 26.1.2012, 2012/16/0008).

Dabei ist keineswegs eine ununterbrochene Anwesenheit erforderlich, um einen gewöhnlichen Aufenthalt aufrecht zu erhalten. Abwesenheiten, die nach den Umständen des Falles nur als vorübergehend gewollt anzusehen sind, unterbrechen den Zustand des Verweilens nicht und daher auch nicht den gewöhnlichen Aufenthalt. Durch einen bloßen, allenfalls auch mehr als einen Monat dauernden Aufenthalt im Bundesgebiet allein (zB Urlaubsreise, Besuch der Eltern, Durchführung von Arztbesuchen oder Amtswegen) wird der gewöhnliche Aufenthalt im Ausland nicht unterbrochen (vgl dazu das Erkenntnis vom 31.3.1992 unter Hinweis auf VwGH 5.7.1983, 82/14/0178).

Der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Drittland bedeutet nicht, dass das Kind dort seinen Lebensmittelpunkt haben muss.

Dem vorgelegten Akt ist zu entnehmen, dass der Schulbesuch des Sohnes auf den Zeitraum September 2019 bis Juli 2023 angelegt war, also nicht nur vorübergehend, und durch diverse Heimataufenthalte unterbrochen wird.

In Anbetracht der dafür maßgeblichen Kriterien (vgl. Lenneis/Wanke (Hrsg.), FLAG<sup>2</sup> § 5 Rn 9 mit Hinweisen auf die Judikatur) ist davon auszugehen, dass der Sohn der Bf. im beschwerdegegenständlichen Rückforderungszeitraum seinen ständigen Aufenthalt im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG bzw. § 26 Abs. 2 BAO im Vereinigten Königreich hatte.

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 der Europäischen Union findet auf grenzüberschreitende Sachverhalte Anwendung. Ein solcher liegt im gegenständlichen Fall vor. Die Eltern sind in Österreich wohnhaft und erwerbstätig. Das Kind ist im Vereinigten Königreich aufhältig und geht dort zur Schule. Vor dem Zeitpunkt des Austritts des Vereinigten Königreich findet die

VO 883/2004 uneingeschränkt Anwendung. Aufgrund der Beschäftigung der Eltern in Österreich ist Österreich vorrangig für die Zahlung von Familienleistungen zuständig. Die Gewährung erfolgt nach den nationalen Vorschriften des FLAG 1967.

Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 FLAG 1967 kommt § 5 Abs. 3 FLAG 1967 für ständig im Europäischen Wirtschaftsraum aufhältige Kinder nicht zum Tragen. Auch gemäß Art 67 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 hat eine Person für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaates, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Bis zum Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union steht der Bf. daher unstrittig die Familienbeihilfe zu.

Das Vereinigte Königreich gilt seit seinem Austritt aus der Europäischen Union am 31.01.2020 als Drittstaat.

Im Beschwerdefall wird von den Parteien übersehen, dass im Verhältnis zum Vereinigten Königreich Art 32 Abs. 1 lit. d des Austrittsabkommens zu beachten ist.

Nach Art. 32 Abs. 1 lit. d sublit. i des Austrittsabkommens finden die Vorschriften der Artikel 67, 68 und 69 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, solange die Voraussetzungen erfüllt sind, auf die Gewährung von Familienleistungen, auf die am Ende des Übergangszeitraums Anspruch besteht, für Unionsbürger, die den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegen und Familienangehörige mit Wohnort im Vereinigten Königreich haben, weiter Anwendung.

*Zu Artikel 32 Absatz 1 Buchstabe d: Export von Familienleistungen* ist im Leitfaden der Europäischen Kommission zum Abkommen über den Austritt in Teil Zwei – Rechte der Bürger, 2020/C 173/01, Folgendes angeführt (auszugsweise):

*„Diese Bestimmung füllt eine in Artikel 30 des Abkommens verbliebene Regelungslücke und betrifft Fälle, in denen sich nur die Familienangehörigen in einer grenzüberschreitenden Situation befinden, nicht jedoch die Person, aus der sie ihre Ansprüche ableiten.*

*[...]*

*In den in Artikel 32 Absatz 1 Buchstabe d Ziffern i und ii des Abkommens beschriebenen Situationen ist der Begriff „Anspruch auf Familienleistungen“ zu verstehen als*

- Anspruch auf Auszahlung der gesamten Leistung durch den vorrangig zuständigen Staat;*
- Anspruch auf Auszahlung des Unterschiedsbetrags durch den nachrangig zuständigen Staat und*
- ruhender Anspruch auf Leistungen, wenn die Leistung im nachrangig zuständigen Staat niedriger ist als diejenige im vorrangig zuständigen Staat.*

*Diese Bestimmung ist auch dann weiter anwendbar, wenn sich bei der vorrangigen und nachrangigen Zuständigkeit etwas ändert.“*

Der Übergangszeitraum endete gemäß Art. 126 Austrittsabkommen am 31. Dezember 2020.

Der hier vorliegende Fall, in dem sich die Bf. aufgrund des ständigen Aufenthaltes ihres Sohnes in Großbritannien am Ende des Übergangszeitraumes auf § 53 Abs 1 Satz 2 FLAG 1967 bzw. Art 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 berufen kann, ist sohin von Art. 32 Abs. 1 lit. d des Austrittsabkommens umfasst. Die genannte Bestimmung des Austrittsabkommens verhindert den Eintritt der in § 5 Abs. 3 FLAG 1967 vorgesehenen Rechtsfolge, wenn am Ende des in Art. 126 des Austrittsabkommens vorgesehenen Übergangszeitraumes ein ständiger Aufenthalt im Vereinigten Königreich vorgelegen ist (z.B. für Zwecke eines bereits vor dem 31. Dezember 2020 aufgenommenen Studiums oder Schulbesuchs im Vereinigten Königreich). In solchen Situationen wird EU-Bürgern sowie ihren Familienangehörigen ermöglicht, ihre aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte weiterhin auszuüben.

In den FAQs der Europäischen Kommission vom 24. Jänner 2020 zum Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union am 31. Januar 2020 wird dazu u.a. auszugsweise erläutert: „[...] Was die soziale Sicherheit betrifft, so schützt das Austrittsabkommen alle Unionsbürger, die sich am Ende des Übergangszeitraums in einer Situation befinden, die sowohl das Vereinigte Königreich als auch einen Mitgliedstaat betrifft. Auch ihre Familienangehörigen und ihre Hinterbliebenen sind geschützt. [...] Das Austrittsabkommen ermöglicht es sowohl den EU-Bürgerinnen und -Bürgern als auch den Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs sowie ihren jeweiligen Familienangehörigen, ihre aus dem Unionsrecht abgeleiteten Rechte für den Rest ihres Lebens weiterhin auszuüben, sofern diese Rechte auf einer vor dem Ende des Übergangszeitraums getroffenen Lebensentscheidung beruhen. So können EU-Bürgerinnen und -Bürger, Staatsangehörige des Vereinigten Königreichs sowie ihre jeweiligen Familienangehörigen weiterhin unter den gleichen materiellrechtlichen Bedingungen in dem Aufnahmestaat leben, arbeiten oder studieren, wie sie es gegenwärtig nach dem Unionsrecht tun. Dabei gilt das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Recht auf Gleichbehandlung gegenüber den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates in vollem Umfang. Es gelten lediglich die sich aus dem Unionsrecht ergebenden bzw. im Abkommen vorgesehenen Beschränkungen. Das Austrittsabkommen hindert das Vereinigte Königreich oder die Mitgliedstaaten nicht daran, weitergehende Rechte zu gewähren. [...]“

Österreich ist abkommensrechtlich verpflichtet, ab Ende des Übergangszeitraumes (= gemäß Art 126 Brexit-Abkommen der 31.12.2020) die Vorschriften der Artikel 67, 68 und 69 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 (im Verhältnis zum Vereinigten Königreich) "weiter" anzuwenden bzw § 5 Abs 3 FLAG 1967 unangewendet zu lassen, dies jedoch nur "solange die Voraussetzungen erfüllt sind". Im Hinblick auf den ständigen Auslandsaufenthalt des Sohnes der Bf. ist seit dem Ende des Übergangszeitraums des Austrittsabkommens bis zum Ende des

hier streitgegenständlichen Zeitraumes im Dezember 2022 keine Veränderung eingetreten und hat sich der Sohn der Bf. demnach ohne Unterbrechung als Familienangehöriger der Bf. in einer grenzüberschreitenden Situation mit Bezug zum Vereinigten Königreich befunden. Diesbezüglich ist auf die Rechtsprechung des VwGH zu verweisen, wonach das (teilweise) Verbringen der Ferien in Österreich jeweils als vorübergehende Abwesenheit zu beurteilen ist, wodurch der ständige Aufenthalt des Kindes im Ausland nicht unterbrochen wird (VwGH 27.4.2005, 2002/14/0050; VwGH 20.6.2000, 98/15/0016; VwGH 8.6.1982, 82/14/0047; VwGH 28.11.2002, 2002/13/0079; VwGH 2.6.2004, 2001/13/0160).

Aus den angeführten Gründen erweist sich daher die gesamte Rückforderung für die Zeiträume September 2019 bis Dezember 2022 als zu Unrecht erfolgt und war daher der Bescheid aufzuheben.

Hinsichtlich des von der Bf. ins Treffen geführten Antrags auf Indexierung der Familienbeihilfe, da die Lebenshaltungskosten im Vereinigten Königreich höher als in Österreich seien, ist wie folgt auszuführen:

Der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts besagt, dass das Unionsrecht dem Recht der Mitgliedstaaten vorgeht. Dieser Grundsatz verpflichtet daher alle mitgliedstaatlichen Stellen, den verschiedenen Bestimmungen des Unionsrechts volle Wirksamkeit zu verschaffen, wobei das Recht der Mitgliedstaaten die diesen Bestimmungen zuerkannte Wirkung im Hoheitsgebiet dieser Staaten nicht beeinträchtigen darf. Nach diesem Grundsatz ist ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat und nationale Rechtsvorschriften nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrechts auslegen kann, verpflichtet, für die volle Wirksamkeit dieser Bestimmungen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede - auch spätere - entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (vgl. EuGH 15. 7. 1964, 6/64, Costa, 6/64, EU:C:1964:66, S. 1270 und 1271; EuGH 19. 11. 2019, C-585/18, C-624/18 und C-625/18, A. K. u. a., EU:C:2019:982, Rn. 157, 158 und 160; EuGH 6. 10. 2020, C-511/18, C-512/18 und C-520/18, La Quadrature du Net u. a., EU:C:2020:791, Rn. 214 und 215; EuGH 5. 4. 2022, C-140/20, G. D., EU:C:2022:258, Rn. 118).

Der Gerichtshof der Europäischen Union wurde mit der Sache der Unionsrechtswidrigkeit der Indexierung von Familienleistungen vom Bundesfinanzgericht mittels des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Beschluss vom 16.04.2020, RE/7100001/2020 (Zahl C-163/20) und danach von der Kommission der Europäischen Union mittels Klage im Vertragsverletzungsverfahren INFR(2018)2372, beim EuGH eingelangt am 22.07.2020, befasst (Zahl C-328/20).

Der EuGH hat über die Klage der Europäischen Kommission gegen die Republik Österreich mit Urteil EuGH 16. 6. 2022, C-328/20 entschieden und eindeutig ausgesprochen, dass die ab 01.01.2019 geltende Indexierung der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufgehalten haben oder aufhalten, nicht dem EU-Recht entspricht. Art. 67 VO 883/2004 ist dahin auszulegen, dass die Familienleistungen, die ein Mitgliedstaat (Vertragsstaat) Erwerbstätigen gewährt, deren Familienangehörige in diesem Mitgliedstaat (Vertragsstaat) wohnen, exakt jenen entsprechen müssen, die er Erwerbstätigen gewährt, deren Familienangehörige in einem anderen Mitgliedstaat (Vertragsstaat) wohnen (Rn. 47). Kaufkraftunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten (Vertragsstaaten) rechtfertigen im Hinblick auf diese Bestimmung nicht, dass ein Mitgliedstaat (Vertragsstaat) dieser zweiten Personengruppe Leistungen in anderer Höhe gewährt als der ersten Personengruppe (Rn. 47).

Ein EuGH-Urteil in einem Vertragsverletzungsverfahren ist grundsätzlich deklaratorisch (feststellend) und hat unmittelbare Wirkung. Das bedeutet, das Gericht stellt fest, dass eine nationale Vorschrift gegen Unionsrecht verstößt. Wenn der EuGH die zeitlichen Wirkungen eines Urteils nicht ausdrücklich beschränkt (was er nur in Ausnahmefällen aus Gründen der Rechtssicherheit tut), gilt die vom Gericht vorgenommene Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit rückwirkend ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der betreffenden Gesetzesvorschrift. Im Fall der indexierten Familienbeihilfe hat der EuGH eine solche Beschränkung nicht vorgenommen.

Gemäß dem Urteil EuGH 16. 6. 2022, C-328/20 waren § 8a FLAG 1967 und § 33 Abs 3 Z 2 EStG 1988 infolge Verdrängung durch das Unionsrecht nicht mehr anzuwenden.

Der Österreichische Gesetzgeber reagierte in der Folge und schaffte mit dem BGBl. I Nr. 135/2022, verlautbart am 28.07.2022, die entsprechenden Indexierungsregelungen im FLAG 1967 und im EStG 1988 rückwirkend zum 01.01.2019 ab.

Gemäß § 55 Abs. 56 FLAG 1967 entfällt § 8a rückwirkend ab 1. Jänner 2019 mit folgenden Maßgaben:

*1. Die Nachzahlungen an Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in Bulgarien, Deutschland, Estland, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn oder Zypern aufgehalten haben oder aufhalten, erfolgen automationsunterstützt, soweit auf Grund der im Familienbeihilfenverfahren vorhandenen Daten eine Auszahlung durchführbar ist. Ist mangels Vorliegen von Daten keine Auszahlung durchführbar, ist ein Antrag zu stellen, wobei § 10 Abs. 3 keine Anwendung findet.*

*2. Familienbeihilfenbeträge für Kinder, die sich ständig in Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Irland, Island, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Schweden, Schweiz oder dem Vereinigten Königreich aufgehalten haben oder aufhalten, gelten bis zum 30. Juni 2022 in Bezug auf die Höhe als rechtmäßig zuerkannt.*

In Bezug auf die unter 2. bestimmte Zuerkennung der „zu viel“ ausbezahlten Familienleistungen als rechtmäßig führt der Ausschussbericht (1633 der Beilagen XXVII. GP - Ausschussbericht NR, S. 4-5) wie folgt aus:

*„Beträge, die „nach oben“ indexiert wurden, gelten im Hinblick auf den in ständiger Rechtsprechung des VfGH entwickelten Grundsatzes des Vertrauensschutzes, der bis inklusive Juni 2022 wirkt, als in dieser Höhe rechtmäßig zuerkannt und die Differenz auf die niedrigere Familienbeihilfe ist nicht zurückzuzahlen.“*

Aus dem Wortlaut der Bestimmung des § 55 Abs. 56 FLAG 1967 in Zusammenschau mit der Begründung im Ausschussbericht ergibt sich eindeutig, dass damit nur auf bereits ausbezahlte Beträge Bezug genommen wird. Eine erstmalige Auszahlung – wie von der Bf. beantragt – kann weder aus § 55 Abs. 56 FLAG 1967 noch aus einer unionsrechtswidrigen und nicht mehr in Geltung stehenden Gesetzesregelung abgeleitet werden.

Das Begehren der Bf. geht diesbezüglich ins Leere.

## **5. Zulässigkeit einer Revision**

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

Die Entscheidung steht im Einklang mit dem Wortlaut der Regelung in Art. 32 des Austrittsabkommens sowie mit der zum Vorliegen eines ständigen Auslandsaufenthaltes im Sinne des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die rückwirkende Beseitigung des unionsrechtswidrigen § 8a FLAG 1967 ergibt sich aus § 55 Abs. 56 FLAG 1967 sowie dem EuGH-Urteil C-328/20. Zudem waren die in freier Beweiswürdigung getroffenen Feststellungen des maßgeblichen Sachverhaltes entscheidungswesentlich. Eine ordentliche Revision ist daher nicht zulässig.

Wien, am 7. Jänner 2026