



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung vom 25. Juni 2002 der Bw., vertreten durch Dr. Martin Neid, Rechtsanwalt in A., gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 11. Juni 2002 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für das Kind T., geb. am Datum1 für den Zeitraum vom 1. März 2002 bis 30. April 2002 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben. Der angefochtene Bescheid wird abgeändert: Die Familienbeihilfe (FB) und der Kinderabsetzbetrag (KAB) werden für den Zeitraum März 2002 wie folgt als zu Unrecht bezogen rückgefordert.

FB	03/2002	170,90 €	bisher: 03 - 04/2002	341,80 €
KAB	03/2002	50,90 €	bisher: 03 - 04/2002	101,80 €
	gesamt	221,80 €	bisher gesamt	443,60 €

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) teilte mit Schreiben vom 18. April 2002 dem Finanzamt mit, dass die Tochter das Studium an der Universität Wien im Sommersemester 2002 nicht mehr fortsetze und voraussichtlich ab Herbst die Ausbildung an der Pädagogischen Akademie fortsetzen werde; die Tochter sei arbeitsuchend vorgemerkt und die Vormerkbestätigung des Arbeitsmarktservice (AMS) Z. vom 16. März 2002 werde zum Nachweis vorgelegt.

Laut der dem Schreiben beigelegten „Vormerkbestätigung“ des AMS vom 16. April 2002 war die Tochter der Bw. seit 16. April 2002 „arbeitsuchend vorgemerkt“ ohne eine Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 zu haben oder eine Beihilfe zur

Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice zu erhalten. Unterhalb des Stempels und der Unterschrift ist auf dem Formblatt des AMS noch der Hinweis angebracht, dass trotz einer Vormerkung als arbeitsuchend kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben sei, wenn eine Beschäftigung vorliege.

Laut einem vom Finanzamt angeforderten Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung vom 25. April 2002 war die Tochter der Bw. " vom 4. Dezember 2001 – laufend" als § 4 Abs. 4 ASVG-Angestellte (Pflichtversicherung - Freier Dienstvertrag) bei einem Dienstgeber gemeldet.

Mit Bescheid vom 11. Juni 2002 forderte das Finanzamt von der Berufungswerberin die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum vom 1. März 2002 bis 30. April 2002 als zu Unrecht bezogen mit der Begründung zurück, dass gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 der Anspruch auf Familienbeihilfe (und auf den Kinderabsetzbetrag) nur bis zum Ende der Berufsausbildung bestehe; die Tochter habe das Studium mit Ende des Wintersemesters 2001/2002 abgebrochen, daher sei der Anspruch mit 28. Februar 2002 erloschen.

In der gegen den Rückforderungsbescheid eingebrachten Berufung führt die Bw. aus, die Rückforderung sei aus folgenden Gründen nicht gerechtfertigt: Die Tochter habe zwar das Studium mit Ende des Wintersemesters 2001/2002 abgebrochen, sei seitdem aber beim AMS als arbeitsuchend vorgemerkt. Alle Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 seien vorgelegen, sodass auf Basis dieser Bestimmung der Anspruch auf Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag, insbesondere für den von der Rückforderung umfassten Zeitraum, weiterhin bestehe. Die Tochter sei noch nicht 21 Jahre alt, beziehe weder eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz noch andere Beihilfen und die Bestätigung des AMS sei, wie in der zitierten Bestimmung gefordert, unverzüglich vorgelegt worden. Ergänzend führt die Bw. aus, dass die Tochter die Berufsausbildung im September 2002 fortsetzen werde. Die Bw. beantragte der Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass die im Bescheid geforderte Rückzahlung nicht zu erfolgen habe.

Das Finanzamt wies die Berufung als unbegründet ab und führte in der Bescheidbegründung unter anderem aus:

*„... Der Anspruch besteht aber nur dann, wenn das Kind keinerlei Beschäftigung ausübt. Seitens des AMS wurde ein Zusatz in die Vormerkbestätigung aufgenommen, um den Antragsteller vorab darüber in Kenntnis zu setzen, dass Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann besteht, wenn keiner Beschäftigung nachgegangen wird (siehe beiliegende Kopie\*).*

*Da Ihre Tochter erst ab 16.04.2002 beim AMS Z. als arbeitsuchend vorgemerkt war und von 4.12.2002 bis 60.6.2002 (Tippfehler: gemeint 30.6.2002) ein Dienstverhältnis in Form eines*

*freien Dienstvertrages bei der Y. GesmbH hatte, konnte Ihrem Berufsbegehren nicht stattgegeben werden.“*

\*Anmerkung: Kopie der von der Bw. vorgelegten „Vormerkbestätigung“ vom 16. April 2002

Im Antrag auf Vorlage der Berufung zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz brachte die Bw. vor, dass die Tochter im entscheidungswesentlichen Zeitraum zwar Einkünfte - jedoch durchwegs unter der Geringfügigkeitsgrenze - gehabt hätte und somit der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht berührt werde.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet werden oder in einem erlernten in einer Fachhochschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung des Berufes nicht möglich ist.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 besteht jedoch Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die sich nicht in Berufsausbildung befinden und die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wenn sie weder den Präsenz- oder Ausbildungsdienst noch den Zivildienst leisten und bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice als Arbeitsuchende vorgemerkt sind und weder einen Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz haben, noch eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice erhalten; das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist durch eine Bestätigung des AMS nachzuweisen.

Gemäß § 5 Abs. 1 FLAG 1967 (idF BGBl. I Nr. 68/2001) besteht für ein Kalenderjahr, das nach dem Kalenderjahr liegt, in dem das Kind das 18. Lebensjahr vollendet hat und in dem es ein zu versteuerndes Einkommen (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) bezogen hat, das den Betrag von 8.725 Euro übersteigt, kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wobei § 10 Abs. 2 nicht anzuwenden ist. Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens des Kindes bleibt nach lit. a leg.cit. das zu versteuernde Einkommen, das vor oder nach Zeiträumen erzielt wird, für die Anspruch auf Familienbeihilfe besteht; außer Betracht.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 ist die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats zu gewähren, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a Einkommensteuergesetz (EStG) 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Die volljährige Tochter der Bw. hat das im Herbst 2001 begonnene Studium nach dem Ende des Wintersemesters 2001/02 nicht mehr fortgesetzt und damit unstrittig die Berufsausbildung mit Ende Februar 2002 abgebrochen. Eine weitere Berufsausbildung im Sinne der Bestimmungen des FLAG 1967 hat sie erst wieder im Herbst 2002 begonnen. Damit besteht Anspruch auf Familienbeihilfe (bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres) nur für die Zeit, in der sie beim Arbeitsmarktservice nach den Bestimmungen des § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 als arbeitsuchend vorgemerkt ist. Das Vorliegen der in § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 genannten Voraussetzungen und somit auch der Nachweis durch eine Bestätigung des Arbeitsmarktservice sind unabdingbare zu erfüllende Merkmale.

Wesentlich ist daher sowohl, dass kein Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz besteht bzw. keine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice geleistet wird (im Berufungsfall zutreffend), als auch, dass für den Zeitraum, für den die Familienbeihilfe begehrt wird, eine Meldung beim Arbeitsmarktservice als arbeitsuchend erfolgte und dass das Vorliegen dieser Voraussetzungen durch eine entsprechende Bestätigung des AMS nachgewiesen ist.

Laut der von der Bw. vorgelegten Bestätigung des AMS ist die Tochter „seit 16. April 2002“ beim Arbeitsmarktservice als arbeitsuchend vorgemerkt. Dieser Umstand wurde in der Berufungsvorentscheidung ausgeführt und zusätzlich wurde eine Kopie der vorgelegten „Vormerkbestätigung“ auch der Berufungsvorentscheidung beigelegt. Trotz entsprechendem Vorhalt in der Berufungsvorentscheidung blieb der Vormerktermin „16. April 2002“ von der Bw. im Vorlageantrag unwidersprochen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellen entsprechende Sachverhaltsfeststellungen in einer Berufungsvorentscheidung einen Vorhalt dar, der der Partei Gelegenheit zu einem Gegenvorbringen bietet. Tritt die Partei den (erstmalig) in einer Berufungsvorentscheidung enthaltenen Fakten nicht entgegen, so können diese als richtig angenommen werden. (99/13/0251, 2004/16/0034).

Im Berufungsfall wurde daher die Familienbeihilfe für den Monat März 2002 zu Unrecht bezogen, weil die Anspruchsvoraussetzungen im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 (die Meldung beim Arbeitsmarktservice als „arbeitsuchend vorgemerkt“ und der Nachweis durch eine entsprechende Bestätigung) – auch von der Bw. trotz entsprechendem Vorhalt unwider-

sprochen - für diesen Monat nicht vorgelegen sind. Die Rückforderung der Familienbeihilfe für den Monat März 2002 erfolgt daher zu Recht und damit gemäß § 26 Abs.1 FLAG 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 auch für den Kinderabsetzbetrag.

Für die Zeit ab dem 16. April 2002 liegt, wie bereits ausgeführt, eine Bestätigung über die Vormerkung der Tochter der Bw. als „arbeitsuchend“ vor, sodass unter Berücksichtigung des § 10 Abs. 2 FLAG 1967 für den ebenfalls strittigen Monat April 2002 die Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 vorliegen.

Vom Finanzamt wurde in der Berufungsvorentscheidung - mit Verweis auf den Zusatz in der Vormerkbestätigung des AMS - angeführt, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 nur bestehe, wenn das Kind keinerlei Beschäftigung ausübe und als Begründung für die Abweisung wurde das im strittigen Zeitraum (in Form eines freien Dienstvertrages) bestehende Dienstverhältnis der Tochter des Bw. angegeben.

Die Tochter der Bw. hat das 18. Lebensjahr im Kalenderjahr 2000 vollendet. Das Dienstverhältnis bestand laut Datenauszug der Sozialversicherung vom 11. Juli 2002 vom 04. Dezember 2001 bis 30. Juni 2002. Laut Abfragesystem der Finanzverwaltung (Auskunft vom 26. Mai 2003) bezog die Tochter der Bw. für das Jahr 2002 insgesamt € 1.431,- an Entgelten und hat jedenfalls nicht die in § 5 Abs. 1 FLAG 1967 festgelegt Einkommensgrenze überschritten.

Zur Argumentation des Finanzamtes, durch die Beschäftigung sei ein Ausschlussgrund gegeben, ist auszuführen: Dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 ist nicht zu entnehmen, dass - bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 und sofern die Einkommensgrenzen des § 5 Abs. 1. FLAG 1967 nicht überschritten werden – eine Beschäftigung des Kindes vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließt. Ein nur auf einem Formblatt zum Nachweis von Voraussetzungen (hier „Vormerkbestätigung“ des AMS) angebrachter Hinweis kann eine entsprechende gesetzliche Bestimmung nicht ersetzen.

Da nach den vorstehenden Ausführungen im Berufungsfall für den Monat April 2002 die Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 vorliegen und das zu versteuernde Einkommen der Tochter der Bw. die Einkommensgrenze des § 5 Abs. 1. FLAG 1967 nicht überschritten hat, ist für April 2002 der Anspruch auf Familienbeihilfe und gemäß § 33 Abs. Z 3 lit. a EStG 1988 damit auch auf den Kinderabsetzbetrag gegeben.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 28. August 2006