



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch RA, vom 20. Juli 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr vom 21. Juni 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Zeit von November 2006 bis April 2007 in Höhe von insgesamt € 2.051,40 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 21.6.2007 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum November 2006 bis April 2007 in Höhe von insgesamt € 2.051,40 unter Hinweis auf § 6 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 zurückgefordert. Es sei die Selbsterhaltungsfähigkeit zu prüfen. Diese liege vor, wenn das Kind die zur Deckung seines Unterhaltes notwendigen Mittel selbst erwirbt oder zu erwerben im Stande ist. Dies sei dann der Fall, wenn der Richtsatz gemäß § 293 Abs.1 lit. a, bb ASVG überschritten werde (Richtsatz 2006: € 690,00, 2007: € 726,00). Dies sei jener Betrag, mit dem es einem Mindestpensionisten möglich sei, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Bei der Ermittlung dieser Einkünfte spiele es keine Rolle, ob es sich um steuerpflichtige oder steuerfreie Einkünfte handle. Da der Berufungswerber diesen Richtsatz ab November 2006 überschreite, bestehe ab oben angeführten Zeitraum kein Anspruch mehr auf Familienbeihilfe.

Die dagegen eingebrachte Berufung vom 20.7.2007 wird wie folgt begründet:

„Gemäß § 6 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz ist für Kinder, deren Eltern nicht den ihnen entsprechenden Unterhalt leisten, eine Unterstützung zu gewähren.

Im gegenständlichen Fall hat aus der Sicht des Berufungswerbers das Erstgericht das Gesetz unrichtig angewendet.

Der Berufungswerber, D.S., ist behindert, wobei er eine angeborene Taubheit beidseits hat. Es liegt eine exorbitant hohe Beeinträchtigung des Gehörs vor. Diesbezüglich wurde mit Beschluss des Bezirksgerichtes Linz das Sachwalterschaftsverfahren eingeleitet. Der Sachverständige hat im gegenständlichen Verfahren festgestellt, dass es sich dabei um einen Dauerzustand handelt. Er ist mit 70 % behindert. Gemäß SV-Gutachten Dr. S. vom 17. März 2006 hat der Berufungswerber eine Persönlichkeitsentwicklungsstörung (dissoziale Gefährdung, erhöhte Impulsität, vor allem aber noch ausgeprägtere soziale Unreife). Die Störung erreicht Krankheitswert durch die konkrete Problematik, die sich in diesem Zusammenhang etabliert und die weitere Entwicklung negativ prägen könnte.

Bereits aus diesem Grund ist der Betroffene nicht selbsterhaltungsfähig.

Der Betroffene und Berufungswerber hat die Lehre abgebrochen. Er war über einen sehr langen Zeitraum arbeitslos.

Es ist nunmehr über die Betreuung des Institutes für yyyxx, gelungen, einen Ausbildungsplatz im yy zu erhalten. Der Betroffene wurde erstmals an einen normalen Arbeitsablauf gewöhnt und auch entsprechend integriert.

Es ist gelungen, ihn bei der Arbeitsloseninitiative yy unterzubringen. Aus der Sicht des Berufungswerbers handelt es sich dabei jedoch um einen Ausbildungsplatz. Die vorübergehende Ausbildung beim yy hat nunmehr dazu geführt, dass er nunmehr bei verschiedenen Betrieben schnuppern konnte.

Er wird mit 3. September 2007 bei der Firma T. eine Tischlerlehre beginnen, wobei dabei sein Gehalt dann erheblich sinken wird.

Nachdem der Berufungswerber noch nicht 26 Jahre und ungelernt ist und aufgrund seiner Behinderung, die auch zur Einleitung des Sachwalterschaftsverfahrens geführt hat, am Arbeitsmarkt nicht bzw. nur sehr schwer vermittelbar ist, ist er prinzipiell nicht als selbsterhaltungsfähig anzusehen.

Er ist nunmehr bei der Firma yy in Ausbildung, sodass aus der Sicht des Berufungswerbers gemäß § 2 b FLAG die Familienbeihilfe erhält.

Gemäß § 2 lit. c des FLAG besteht auch für volljährige Kinder, die wegen einer Vorvollendung des 21. oder während einer späteren Berufsausbildung jedoch vor Vollendung des 27. Lebensjahres eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außer Stande sind, sich den Selbstunterhalt zu beschaffen, Anspruch auf Familienbeihilfe.

Weiters besteht gemäß § 2 Abs. 1 lit. h Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind und das 27. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder einen erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden.

Genau dieser Fall liegt aber durch die derzeitige Schnupperlehre beim yy, die in Kürze enden wird, vor. Durch die Schnupperlehre im yy ist es nunmehr gelungen, Herrn xxx soweit zu integrieren, dass er bei der Firma T. – diesbezüglich liegt nur eine mündliche Zusage vor – eine Tischlerlehre beginnen kann.

Nachdem eine Tischlerlehre eine Ausbildung ist, ist daher der Betroffene noch nicht selbsterhaltungsfähig.

Dazu kommt noch, dass vom Gehalt, das der Betroffene bezieht, auch die Kosten des Verfahrens abzuziehen sind.

Gemäß § 266 ABGB hat nämlich der Sachwalter einen Entlohnungsanspruch, der vom Gericht bestimmt wird.

Diese Kosten sind ebenfalls als Ausgaben in Abzug zu bringen und reduzieren dabei erheblich die Bemessungsgrundlage, sodass er auch aus diesem Grunde als nicht selbsterhaltungsfähig anzusehen ist.

Zusammenfassend liegt daher aus der Sicht des Berufungswerbers nachstehende unrichtige rechtliche Beurteilung vor:

- 1) Der Betroffene hat im Sommer 2005 eine Lehre abgebrochen. Er war lange Zeit arbeitslos und beim Arbeitsmarktservice gemeldet und bezog eine Arbeitslosenunterstützung. Es ist über Initiative des Institutes für xxxx, das eine Behindertenbetreuungseinrichtung ist und eng mit dem Arbeitsmarktservice kooperiert, sowie über Vermittlung des Arbeitsmarktservices gelungen, den Betroffenen, yyy, bei der Arbeitsloseninitiative yy unterzubringen. Insbesondere lernte er auch das konsequente Erscheinen in der Arbeit.
- 2) Er wurde aufgrund der langen Arbeitslosigkeit wieder an die normale Arbeit gewöhnt. Dies umfasst insbesondere das regelmäßige und vor allem pünktliche Erscheinen, etc. Diese Aspekte waren Grund dafür, dass die Lehre abgebrochen wurde.

Diesbezüglich gab es auch eine Belehrung vor dem Bezirksgericht q durch den damals zuständigen Pflegschaftsrichter im Oktober 2006.

Nachdem er in einer "Grundausbildung" beim yy war, ist es nunmehr gelungen, die mündliche Zusage zu erhalten, dass er ab 3. September 2007 bei der Firma T. eine Tischlerlehre beginnen kann. Er ist sohin wieder in Ausbildung.

Nachdem der Berufungswerber noch in Ausbildung und dauernd behindert (beidseitige Beeinträchtigung des Gehörs, sowie eine Intelligenzminderfunktion) ist, ist der Betroffene daher nicht imstande, selbst für seinen Unterhalt zu sorgen. Aufgrund dessen wurde das Sachwalterschaftsverfahren eingeleitet, wobei der Sachwalter von Gesetzwegen einen Anspruch auf Entlohnung gemäß § 266 ABGB hat. Aus diesem Grunde besteht daher ein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe bis zur Beendigung der Lehre bzw. bis zur Beendigung des 27. Lebensjahres aufgrund der Bestimmungen des Familienlastenausgleichsgesetzes, wobei insbesondere auf die oben näher beschriebenen Tatbestände (§ 2 Abs. 1 lit. b, § 2 Abs. 1 lit. c, § 2 Abs. 1 lit. f) verwiesen wird.

Zum Beweis dafür, dass eine andauernde Behinderung besteht und ein Sachwalterschaftsverfahren eingeleitet wurde, werden die Herbeischaffung und die Verlesung des Aktes qq des Bezirksgerichtes q beantragt.

Weiters wird die Einvernahme der Zeugen Z., Angestellte, p.A. Institut für SN., beantragt. Weiters wird die Einvernahme der Zeugin Dr.; Mag.; sowie die Einvernahme des Sachwalters beantragt.

Dass es sich bei der Beschäftigung bei der F.initiative yy um ein Ausbildungsverhältnis handelt, ergibt sich auch bereits aus dem Arbeitsvertrag, wobei das Ziel die Vermittlung an einen Arbeitsplatz am Regelarbeitsmarkt ist und dass der Berufungswerber ein Arbeitstraining mit Praxis im Bereich der Werkstatt durchführt. Von einer Selbsterhaltungsfähigkeit kann daher nicht gesprochen werden.

Darüber hinaus wird auch der angefochtene Beschluss der Höhe nach bekämpft. An den Sachwalter wurde im November, im Jänner und im März je ein Betrag von 683,80 €, sohin gesamt 1.952,40 € zur Überweisung gebracht. Die Rückforderung beträgt aber 2.051,40 €, sodass auch die Höhe bekämpft wird."

Mit Vorhalt vom 19.3.2009 hat der Unabhängige Finanzsenat dem Berufungswerber Nachstehendes mitgeteilt:

„Gemäß § 6 Abs. 1 FLAG haben Anspruch auf Familienbeihilfe minderjährige Vollwaisen, wenn  
a) sie im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

b) ihnen nicht Unterhalt von ihrem Ehegatten oder ihrem früheren Ehegatten zu leisten ist und

c) für sie keiner anderen Person Familienbeihilfe zu gewähren ist.

Volljährige Vollwaisen haben nach § 6 Abs. 2 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn auf sie die Voraussetzungen des Abs. 1 lit. a bis c zutreffen und die Voraussetzungen des Abs. 2 lit. a bis h erfüllt sind.

Gemäß § 6 Abs. 2 lit. d FLAG haben volljährige Vollwaisen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 27. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, und sich in keiner Anstaltspflege befinden.

Gemäß § 6 Abs. 5 FLAG haben Kinder, deren Eltern ihnen nicht überwiegend Unterhalt leisten und die sich nicht auf Kosten der Jugendwohlfahrtspflege oder der Sozialhilfe in Heimerziehung befinden, unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe, unter denen eine Vollwaise Anspruch auf Familienbeihilfe hat (Abs. 1 bis 3).

Gemäß § 8 Abs. 4 FLAG erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind. Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß § 8 Abs. 5 FLAG, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren.

Der Grad der Behinderung muss mindestens 50 v.H. betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957, BGBl.Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9.6.1965, BGBl.Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung, anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG in der Fassung BGBl I Nr. 105/2002 ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.

Für ein Kalenderjahr, das nach dem Kalenderjahr liegt, in dem die Vollwaise das 18. Lebensjahr vollendet hat und in dem sie ein zu versteuerndes Einkommen (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) bezogen hat, das den Betrag von "9.000 € " (Anm.: ab 1.1.2008) bezogen hat, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wobei § 10 Abs. 2 nicht anzuwenden ist. Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens bleiben außer Betracht:

a) das zu versteuernde Einkommen, das vor oder nach Zeiträumen erzielt wird, für die Anspruch auf Familienbeihilfe besteht; hiebei bleibt das zu versteuernde Einkommen für Zeiträume nach § 2 Abs. 1 lit. d unberücksichtigt;..... (vgl. § 6 Abs. 3 iV § 5 Abs. 1 FLAG).

Die Abgabenbehörde hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Laut dem fachärztlichen Sachverständigengutachten vom 8.5.2007 besteht beim Berufungswerber eine 70 %-ige Behinderung wegen einer angeborenen Taubheit beidseits. Eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit wurde vom zuständigen Bundessozialamt bescheinigt.

Der Berufungswerber war laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung in der Zeit von 24.10.2006 bis 26.8.2007 als Arbeiter beschäftigt.

§ 6 FLAG 1967 regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Person für sich selbst Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

Im Berufungsfall hat der Berufungswerber selbst den Antrag auf Zuerkennung der (erhöhten) Familienbeihilfe gestellt. Es ist zunächst zu prüfen, ob der Berufungswerber einen Eigenanspruch auf Familienbeihilfe im Berufszeitraum hat. Die Grundlage für den Eigenanspruch bildet § 6 Abs. 1 - 5 FLAG 1967.

Maßgeblich für einen Eigenanspruch eines Kindes auf Familienbeihilfe ist das Bestehen einer Unterhaltspflicht der Eltern (Elternteiles). Ein Eigenanspruch des Kindes ist dagegen nur dann ausgeschlossen, wenn die Eltern für ihr Kind überhaupt keinen Unterhalt zu leisten brauchen, da dieses selbsterhaltungsfähig ist, also die seinen Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse aus eigenen Einkünften zur Gänze selbst abdecken kann. Davon abgesehen ist ein Eigenanspruch des Kindes auf jeden Fall dann ausgeschlossen, wenn dieses ein beihilfenschädliches Einkommen iS von § 6 Abs. 3 FLAG 1967 hat (Anm.: im Berufszeitraum

€ 8.725,00 pro Kalenderjahr), vgl. Wittmann-Papacek, Kommentar zum Familienlastenausgleich, Band I, S 4 ff).

§ 6 Abs. 5 FLAG 1967 geht vom aufrechten Bestehen einer Unterhaltspflicht der Eltern der anspruchswerbenden Person aus. Dafür spricht schon die Wortinterpretation zufolge Verwendung der Worte "Unterhalt leisten" im geltenden Gesetzestext, weil dieser der Terminologie des Zivilrechtes (§ 140, 141, 142 ABGB, § 1 UnterhaltsschutzG) entnommene Begriff in seiner dem Zivilrecht entsprechenden Verwendung Bestehen einer gesetzlichen Pflicht zur Unterhaltsleistung denotwendig voraussetzt (VwGH 20.9.1995, 95/13/0007). Mit der Regelung des § 6 Abs. 5 FLAG 1967 sollen solche Kinder den Waisen (§ 6 Abs. 1 bis 4 FLAG 1967) gleichgestellt werden, deren Eltern aus anderen Gründen als den in § 6 Abs. 4 FLAG 1967 genannten nicht auftreten. Laut. o.a. Erkenntnis des VwGH ist nicht zu erkennen, dass ein Eigenanspruch einer Person auf Familienbeihilfe ohne das Element des "Ausfallens" der die Last der Versorgung von Kindern sonst tragenden Eltern statuiert werden sollte, wodurch auch Personen den Waisen gleichgestellt worden wären, denen gegenüber Unterhaltspflichten ihrer Eltern nicht mehr bestehen.

§ 6 Abs. 5 FLAG 1967 gilt auch für behinderte Kinder, die nach § 8 Abs. 5 FLAG 1967 dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Für das Vorliegen des Eigenanspruchs auf (erhöhte) Familienbeihilfe ist zu prüfen, ob der Berufungswerber einen aufrechten Unterhaltsanspruch gegenüber seinen Elternteilen hatte oder ob auf Grund seiner Einkünfte von einer Selbsterhaltungsfähigkeit des Berufungswerbers auszugehen war. (vgl. VwGH 24.03.2005, 2001/14/0165).

Nach § 140 Abs. 3 ABGB mindert sich der Anspruch auf Unterhalt "insoweit, als das Kind eigene Einkünfte hat oder unter Berücksichtigung seiner Lebensverhältnisse selbsterhaltungsfähig ist".

Vorauszuschicken ist, dass der ASVG-Richtsatz für die Ausgleichszulage nach der Judikatur der Zivilgerichte eine Orientierungshilfe zur Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit bildet (vgl. Dr. Lenneis, Dr. Pavlik, "Erhöhte Familienbeihilfe: Ist die rückwirkende Feststellung der "voraussichtlich" dauernden Erwerbsunfähigkeit zumutbar, wenn der zu beurteilende Zeitraum sehr lange zurückliegt?", UFS-Journal Nr. 1/2009, S. 4 ff). Die Ausgleichszulage ergänzt die Pension um die Differenz zwischen Gesamteinkommen und Richtsatz. Sie soll jedem Pensionsbezieher ein Mindesteinkommen sichern. Liegt das Gesamteinkommen unter einem gesetzlichen Mindestbetrag (Richtsatz), so erhält der Pensionsbezieher eine Ausgleichszulage zur Aufstockung seines Gesamteinkommens.

Der Richtsatz nach § 293 Abs. 1 lit. a sublit. bb ASVG (für Alleinstehende) betrug 2006 € 690,00 und 2007 € 726,00. Im Berufungsfall ist somit zu prüfen, ob für den Berufungswerber ein (fiktiver) Unterhaltsanspruch gegenüber seinen Eltern(-teil) bestand.

Dieser Richtsatz, der als Orientierungshilfe zur Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit herangezogen wird, ist unter Berücksichtigung der zweimaligen Sonderzahlungen um den Krankenversicherungsbeitrag zu verringern (EFSlg 110.600). Dieser Betrag steht effektiv monatlich zur Verfügung.

Im Hinblick auf das Erkenntnis des VwGH vom 22.2.2000, 94/14/0164, haben allerdings steuerfreie Bezüge bei Prüfung des durch § 6 Abs. 5 FLAG 1967 vorausgesetzten Unterhaltsanspruches des Kindes, somit das durch diese Bezüge allenfalls bewirkte Entfallen des Unterhaltsanspruches, außer Betracht zu bleiben.

Die Höhe der monatlichen Einkünfte berechnet sich im gegebenen Fall daher wie folgt:

Die Ermittlung erfolgt auf Grund der vorliegenden monatlichen Gehaltsnachweise:

Oktober 2006: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 271,27 - € 49,37 (SV) = € 221,90

November 2006: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.232,03 - € 222,08 (SV) = € 1009,95

Dezember 2006: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.186,82 - € 214,30 (SV) = € 972,52

Jänner 2007: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.040,91 - € 189,45 (SV) = € 851,46

Februar 2007: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.040,91 - € 189,45 (SV) = € 851,46

März 2007: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.040,91 - € 189,45 (SV) = € 851,46

April 2007: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.040,91 - € 189,45 (SV) = € 851,46

Die monatlichen Einkünfte des Berufungswerbers lagen somit im Berufszeitraum über den ASVG-Richtsätzen. Der Berufungswerber hat daher gemäß § 6 Abs. 5 wegen Vorliegens der Selbsterhaltungsfähigkeit im Berufszeitraum keinen Anspruch auf die (erhöhte) Familienbeihilfe.

Zu bemerken ist noch, dass auch der Verfassungsgerichtshof im Beschluss vom 10.12.2007, B 700/07 betont hat, dass die Frage, ob ein (zeitweiliger) Einkommensbezug zum (zeitweiligen) Entfall der Familienbeihilfe führe, von der von den Bundessozialämtern zu beantwortenden Frage nach dem Grad der Behinderung bzw. der voraussichtlichen dauernden Unfähigkeit sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (§ 8 Abs. 6 FLAG), zu unterscheiden sei. Erstere ist nach den allgemeinen Regeln des Familienlastenausgleichsgesetzes zu lösen.

Nach § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich „50,90 Euro“ für jedes Kind zu. Für Kinder die sich ständig im Ausland



aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Mangels Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe wurden auch die Kinderabsetzbeträge im Berufszeitraum zu Unrecht gewährt.

In der Berufung wird weiters angeführt, an den Sachwalter seien im November, im Jänner und im März je ein Betrag von € 683,80, sohin insgesamt € 1.952,40, zur Überweisung gebracht worden. Die Rückforderung betrage aber € 2.051,40.

Dazu wird bemerkt, dass die Berechnung der Rückforderung vom Finanzamt richtig erfolgte. Der Rückforderungsbetrag beträgt tatsächlich € 2.051,40 ( $€ 683,80 \times 3$ ). Dieser Betrag wurde auch zur Auszahlung gebracht.

Sie werden ersucht, zu diesem Vorhalt innerhalb von drei Wochen schriftlich Stellung zu nehmen, ansonsten laut Aktenlage wie angeführt zu entscheiden sein wird.“

Der Berufungswerber gab dazu am 6.4.2009 folgende Stellungnahme ab:

„Mit Note vom 13. März 2009, zugestellt am 23. März 2009, wurde der Berufungswerber aufgefordert, binnen 3 Wochen eine Stellungnahme abzugeben, welche ausgeführt wird wie folgt:

Der betroffene yyy ist mehr als zu 80 % behindert. Er leidet an einem massiven Hördefizit. Dazu kommt noch ein entsprechender Entwicklungsrückstand. Der Betroffene ist daher begünstigter Behinderter im Sinne des Behinderteneinstellungsgesetzes. Gleichzeitig wurde auch ein Sachwalterschaftsverfahren beim Bezirksgericht q eingeleitet und ein entsprechendes Gutachten erstellt.

Der ausgewiesene Vertreter wurde im Mai 2005 Sachwalter des Herrn yyy . Zu diesem Zeitpunkt absolvierte er eine Lehre, die er jedoch abbrach. Der Betroffene war dann ca. 18 Monate ohne Beschäftigung und war es sehr schwierig, ihn am Arbeitsmarkt unterzubringen. Der Betroffene war dann anschließend bei der Firma yy beschäftigt und hat die auf Seite 4 festgestellten lohnsteuerpflichtigen Bezüge erhalten.

Es war sehr schwierig, den Betroffenen wieder in den Arbeitsmarkt zu integrieren. Bei der yy war der Betroffene im Prinzip in einer Ausbildung. Er hat nunmehr über ein Jahr eine Lehre absolviert, wobei zwischenzeitig diese abgebrochen und eine Teilqualifizierung vorgenommen wird. Diesbezüglich wurde auch bereits dem Finanzamt Urfahr dies mitgeteilt und erneut die Familienbeihilfe gewährt.

Aus der Sicht des Sachwalters – und diesbezüglich wird auch auf das Berufungsvorbringen verwiesen, welches zur Gänze aufrecht bleibt – war der Betroffene in jenem Zeitraum, in

welchem zu Unrecht die Familienbeihilfe bezogen wurde, in der Firma yy in einer Ausbildung. In der Ausbildung wurde er trainiert, dass er (relativ) pünktlich zur Arbeit erscheint, dass er bei Abwesenheit, sich entsprechend entschuldigt, dass er den Anweisungen seines Vorgesetzten, Folge leisten muss. Diese Tätigkeiten, wurden ihm im yy, wieder beigebracht. Auch wenn er mehr verdient hat, so war er doch in einer Ausbildung, damit er überhaupt in seinem weiteren Leben auch die Chance hat, am Arbeitsmarkt nachhaltig Fuß zu fassen. Dies war auch der Grund dafür, dass irrtümlich und rechtsirrig nicht sofort eine Meldung durchgeführt wurde.

Der Betroffene war nämlich vorher arbeitslos und hat in diesem Zeitraum ebenfalls die Familienbeihilfe bezogen. Das Arbeitslosenentgelt lag jedoch unter dem ASVG-Ausgleichsrichtsatz.

Der Betroffene lebt in tristen sozialen Verhältnissen, seinen Vater hat er seit Jahren nicht mehr gesehen. Die Mutter – Jahrgang 1965 – ist entweder geringfügig beschäftigt oder Sozialhilfebezieherin und hat jedenfalls auch zum Sachwalter keinen Kontakt. Die Mutter ist dominikanischer Provenienz und spricht extrem schlecht deutsch. Einzig die Schwester könnte helfen. Diese ist um 2 Jahre jünger aber bereits Mutter eines Kindes. Der Betroffene wurde durch das Institut für Si. (Abteilung des KH.) intensiv betreut, wobei es dann doch gelungen ist, einen Ausbildungsplatz bei der Firma yy zu erreichen. Der Sachwalter hat das Gericht eingeschaltet und um Belehrung des Betroffenen durch das Gericht ersucht.

Aus der Sicht des Sachwalters war der Berufungswerber daher in diesem Zeitpunkt noch nicht selbsterhaltungsfähig, da er noch in einer Ausbildung stand. Es hat somit einen (fiktiven) Unterhaltsanspruch gegenüber beiden Eltern gegeben, wenngleich auszuführen ist, dass der (Adoptiv-)Vater sich seit sehr langer Zeit nicht mehr um den Berufungswerber gekümmert hat und die Mutter Sozialhilfe erhält. Der leibliche Vater lebt in der Dominikanischen Republik.

Zusammenfassend war aus der Sicht des Berufungswerbers – diesbezüglich wird auch auf das Vorbringen in der Berufung verwiesen – dieser noch nicht selbsterhaltungsfähig und stand in einer Ausbildung.

Darüber hinaus wird höflichst auf § 26 Abs. 4 FLAG verwiesen, in welchen Oberbehörden in Ausübung des Aufsichtsrechtes ermächtigt sind, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre. Im Hinblick auf seine tristen finanziellen Verhältnisse und auch auf die triste Situation, wäre von einer Rückforderung Abstand zu nehmen. Aus der Sicht des Sachwalters, hat sich der Berufungswerber jedoch in den letzten zwei Jahren wesentlich weiterentwickelt und geht nunmehr einer regelmäßigen Arbeit nach.

Der Betroffene ist derzeit bei der Firma T. beschäftigt und erhält monatlich netto 712,04 €. Er hat ein Girokonto, ein Spargbuch und einen Bausparer. Eine Rückzahlung wäre unbillig und würde ihn entsprechend hart treffen.“

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

Gemäß § 6 Abs. 1 FLAG haben Anspruch auf Familienbeihilfe minderjährige Vollwaisen, wenn

- a) sie im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,
- b) ihnen nicht Unterhalt von ihrem Ehegatten oder ihrem früheren Ehegatten zu leisten ist und
- c) für sie keiner anderen Person Familienbeihilfe zu gewähren ist.

Volljährige Vollwaisen haben nach § 6 Abs. 2 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn auf sie die Voraussetzungen des Abs. 1 lit. a bis c zutreffen und die Voraussetzungen des Abs. 2 lit. a bis h erfüllt sind.

Gemäß § 6 Abs. 2 lit. d FLAG haben volljährige Vollwaisen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 27. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, und sich in keiner Anstaltspflege befinden.

Gemäß § 6 Abs. 5 FLAG haben Kinder, deren Eltern ihnen nicht überwiegend Unterhalt leisten und die sich nicht auf Kosten der Jugendwohlfahrtspflege oder der Sozialhilfe in Heimerziehung befinden, unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe, unter denen eine Vollwaise Anspruch auf Familienbeihilfe hat (Abs. 1 bis 3).

Gemäß § 8 Abs. 4 FLAG erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind. Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß § 8 Abs. 5 FLAG, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren.

Der Grad der Behinderung muss mindestens 50 v.H. betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsoferversorgungsgesetzes 1957, BGBl.Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9.6.1965, BGBl.Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung, anzuwenden. Die

erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG in der Fassung BGBl I Nr. 105/2002 ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.

Für ein Kalenderjahr, das nach dem Kalenderjahr liegt, in dem die Vollwaise das 18. Lebensjahr vollendet hat und in dem sie ein zu versteuerndes Einkommen (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) bezogen hat, das den Betrag von "9.000 € " (Anm.: ab 1.1.2008) bezogen hat, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wobei § 10 Abs. 2 nicht anzuwenden ist. Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens bleiben außer Betracht:

a) das zu versteuernde Einkommen, das vor oder nach Zeiträumen erzielt wird, für die Anspruch auf Familienbeihilfe besteht; hiebei bleibt das zu versteuernde Einkommen für Zeiträume nach § 2 Abs. 1 lit. d unberücksichtigt;..... (vgl. § 6 Abs. 3 iV § 5 Abs. 1 FLAG).

Die Abgabenbehörde hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Laut dem fachärztlichen Sachverständigengutachten vom 8.5.2007 besteht beim Berufungswerber eine 70 %-ige Behinderung wegen einer angeborenen Taubheit beidseits. Eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit wurde vom zuständigen Bundessozialamt bescheinigt.

Der Berufungswerber war laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung in der Zeit von 24.10.2006 bis 26.8.2007 als Arbeiter beschäftigt.

§ 6 FLAG 1967 regelt die Voraussetzungen, unter denen eine Person für sich selbst Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

Im Berufungsfall hat der Berufungswerber selbst den Antrag auf Zuerkennung der (erhöhten) Familienbeihilfe gestellt. Es ist zunächst zu prüfen, ob der Berufungswerber einen Eigenanspruch auf Familienbeihilfe im Berufszeitraum hat. Die Grundlage für den Eigenanspruch bildet § 6 Abs. 1 - 5 FLAG 1967.

Maßgeblich für einen Eigenanspruch eines Kindes auf Familienbeihilfe ist das Bestehen einer Unterhaltspflicht der Eltern (Elternteiles). Ein Eigenanspruch des Kindes ist dagegen nur dann ausgeschlossen, wenn die Eltern für ihr Kind überhaupt keinen Unterhalt zu leisten brauchen, da dieses selbsterhaltungsfähig ist, also die seinen Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse aus eigenen Einkünften zur Gänze selbst abdecken kann. Davon abgesehen ist ein Eigenanspruch des Kindes auf jeden Fall dann ausgeschlossen, wenn dieses ein beihilfenschädliches Einkommen iS von § 6 Abs. 3 FLAG 1967 hat (Anm.: im Berufszeitraum € 8.725,00 pro Kalenderjahr), vgl. Wittmann-Papacek, Kommentar zum Familienlastenausgleich, Band I, S 4 ff).

§ 6 Abs. 5 FLAG 1967 geht vom aufrechten Bestehen einer Unterhaltspflicht der Eltern der anspruchswerbenden Person aus. Dafür spricht schon die Wortinterpretation zufolge Verwendung der Worte "Unterhalt leisten" im geltenden Gesetzestext, weil dieser der Terminologie des Zivilrechtes (§ 140, 141, 142 ABGB, § 1 UnterhaltsschutzG) entnommene Begriff in seiner dem Zivilrecht entsprechenden Verwendung Bestehen einer gesetzlichen Pflicht zur Unterhaltsleistung denotwendig voraussetzt (VwGH 20.9.1995, 95/13/0007). Mit der Regelung des § 6 Abs. 5 FLAG 1967 sollen solche Kinder den Waisen (§ 6 Abs. 1 bis 4 FLAG 1967) gleichgestellt werden, deren Eltern aus anderen Gründen als den in § 6 Abs. 4 FLAG 1967 genannten nicht auftreten. Laut. o.a. Erkenntnis des VwGH ist nicht zu erkennen, dass ein Eigenanspruch einer Person auf Familienbeihilfe ohne das Element des "Ausfallens" der die Last der Versorgung von Kindern sonst tragenden Eltern statuiert werden sollte, wodurch auch Personen den Waisen gleichgestellt worden wären, denen gegenüber Unterhaltspflichten ihrer Eltern nicht mehr bestehen.

§ 6 Abs. 5 FLAG 1967 gilt auch für behinderte Kinder, die nach § 8 Abs. 5 FLAG 1967 dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Für das Vorliegen des Eigenanspruchs auf (erhöhte) Familienbeihilfe ist zu prüfen, ob der Berufungswerber einen aufrechten Unterhaltsanspruch gegenüber seinen Elternteilen hatte oder ob auf Grund seiner Einkünfte von einer Selbsterhaltungsfähigkeit des Berufungswerbers auszugehen war. (vgl. VwGH 24.03.2005, 2001/14/0165).

Nach § 140 Abs. 3 ABGB mindert sich der Anspruch auf Unterhalt "insoweit, als das Kind eigene Einkünfte hat oder unter Berücksichtigung seiner Lebensverhältnisse selbsterhaltungsfähig ist".

Vorauszuschicken ist, dass der ASVG-Richtsatz für die Ausgleichszulage nach der Judikatur der Zivilgerichte eine Orientierungshilfe zur Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit bildet (vgl. Dr. Lenneis, Dr. Pavlik, "Erhöhte Familienbeihilfe: Ist die rückwirkende Feststellung der

"voraussichtlich" dauernden Erwerbsunfähigkeit zumutbar, wenn der zu beurteilende Zeitraum sehr lange zurückliegt?", UFS-Journal Nr. 1/2009, S. 4 ff). Die Ausgleichszulage ergänzt die Pension um die Differenz zwischen Gesamteinkommen und Richtsatz. Sie soll jedem Pensionsbezieher ein Mindesteinkommen sichern. Liegt das Gesamteinkommen unter einem gesetzlichen Mindestbetrag (Richtsatz), so erhält der Pensionsbezieher eine Ausgleichszulage zur Aufstockung seines Gesamteinkommens.

Der Richtsatz nach § 293 Abs. 1 lit. a sublit. bb ASVG (für Alleinstehende) betrug 2006 € 690,00 und 2007 € 726,00. Im Berufungsfall ist somit zu prüfen, ob für den Berufungswerber ein (fiktiver) Unterhaltsanspruch gegenüber seinen Eltern(-teil) bestand.

Dieser Richtsatz, der als Orientierungshilfe zur Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit herangezogen wird, ist unter Berücksichtigung der zweimaligen Sonderzahlungen um den Krankenversicherungsbeitrag zu verringern (EFSlg 110.600). Dieser Betrag steht effektiv monatlich zur Verfügung.

Im Hinblick auf das Erkenntnis des VwGH vom 22.2.2000, 94/14/0164, haben allerdings steuerfreie Bezüge bei Prüfung des durch § 6 Abs. 5 FLAG 1967 vorausgesetzten Unterhaltsanspruches des Kindes, somit das durch diese Bezüge allenfalls bewirkte Entfallen des Unterhaltsanspruches, außer Betracht zu bleiben.

Die Höhe der monatlichen Einkünfte berechnet sich im gegebenen Fall daher wie folgt:

Die Ermittlung erfolgt auf Grund der vorliegenden monatlichen Gehaltsnachweise:

Oktober 2006: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 271,27 - € 49,37 (SV) = € 221,90

November 2006: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.232,03 - € 222,08 (SV) = € 1009,95

Dezember 2006: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.186,82 - € 214,30 (SV) = € 972,52

Jänner 2007: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.040,91 - € 189,45 (SV) = € 851,46

Februar 2007: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.040,91 - € 189,45 (SV) = € 851,46

März 2007: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.040,91 - € 189,45 (SV) = € 851,46

April 2007: lohnsteuerpflichtiger Bezug: € 1.040,91 - € 189,45 (SV) = € 851,46

Die monatlichen Einkünfte des Berufungswerbers lagen somit im Berufszeitraum über den ASVG-Richtsätzen. Der Berufungswerber hat daher gemäß § 6 Abs. 5 wegen Vorliegens der Selbsterhaltungsfähigkeit im Berufszeitraum keinen Anspruch auf die (erhöhte) Familienbeihilfe.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates stellte das Arbeitstraining mit dem Ziel der Vermittlung auf einen Arbeitsplatz am Regelarbeitsmarkt keine Berufsausbildung iSd FLAG dar (zum Begriff Berufsausbildung sh. zB VwGH 26.6.2001, 2000/14/0192).

Es liegen hiebei auch eindeutig keine Bezüge aus einem anerkannten Lehrverhältnis vor, die bei der Beurteilung, ob Familienbeihilfe zusteht, außer Ansatz zu lassen wären.

Zu bemerken ist noch, dass auch der Verfassungsgerichtshof im Beschluss vom 10.12.2007, B 700/07 betont hat, dass die Frage, ob ein (zeitweiliger) Einkommensbezug zum (zeitweiligen) Entfall der Familienbeihilfe führe, von der von den Bundessozialämtern zu beantwortenden Frage nach dem Grad der Behinderung bzw. der voraussichtlichen dauernden Unfähigkeit sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (§ 8 Abs. 6 FLAG), zu unterscheiden sei. Erstere ist nach den allgemeinen Regeln des Familienlastenausgleichsgesetzes zu lösen.

Nach § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich „50,90 Euro“ für jedes Kind zu. Für Kinder die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.

Mangels Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe wurden auch die Kinderabsetzbeträge im Berufungszeitraum zu Unrecht gewährt.

In der Berufung wird weiters angeführt, an den Sachwalter seien im November, im Jänner und im März je ein Betrag von € 683,80, sohin insgesamt € 1.952,40, zur Überweisung gebracht worden. Die Rückforderung betrage aber € 2.051,40.

Dazu wird bemerkt, dass die Berechnung der Rückforderung vom Finanzamt richtig erfolgte. Der Rückforderungsbetrag beträgt tatsächlich € 2.051,40 (€ 683,80 x 3). Dieser Betrag wurde auch zur Auszahlung gebracht.

Was schließlich die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfen anlangt, so ist die Bestimmung des § 26 Abs. 1 sehr weitgehend, zumal sie ausschließlich auf objektiven Sachverhalten beruht und auf subjektive Momente, wie Verschulden und Gutgläubigkeit, keine Rücksicht nimmt. Die Rückzahlungspflicht besteht daher auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruht (sh. zB VwGH 25.1.2001, 2000/15/0183).

Hingewiesen wird zuletzt darauf, dass die vom Berufungswerber in der Stellungnahme vom 6.4.2009 angesprochene Bestimmung des § 26 Abs. 4 FLAG im Berufungsfall schon deshalb nicht anwendbar ist, weil der Unabhängige Finanzsenat nicht Oberbehörde des Finanzamtes ist; überdies wäre ein Absehen von der Rückforderung nur vor Erlassung des Rückforderungsbescheides möglich.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 17. April 2009