



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Berufungsverberberin, gegen den Bescheid des Finanzamtes betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum September 2007 bis einschließlich März 2011 nach der am 24. September 2012 in 5026 Salzburg-Aigen, Aignerstraße 10, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 7. April 2011 sind von der Bw zu Unrecht für den am xyz geborenen Sohn A bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag in der Gesamthöhe von € 10.004,20 für den Zeitraum September 2007 bis März 2011 zurückgefördert worden. Begründend ist dazu im Wesentlichen ausgeführt worden, dass nach § 5 Abs. 1 FLAG für Kinder, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und die in einem Kalenderjahr ein zu versteuerndes Einkommen bezogen haben, das den Betrag von € 9.000,-- übersteige, kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

Die Bw hat gegen diesen Rückforderungsbescheid mit nachstehender Begründung Berufung eingebbracht:

Ihr Sohn habe nach abgeschlossener Lehre, einigen Jahren Berufserfahrung und der erzielten Zugangsvoraussetzung (Studienberechtigungsprüfung, positives Aufnahmeverfahren) im September 2007 an der Fachhochschule IMC Krems das Bachelorstudium im berufsbegleitenden Studiengang „Unternehmensführung und E-Business“ begonnen. Die Anfrage der Bw bei der Familienbeihilfenstelle des Finanzamtes, ob bei berufsbegleitenden Studien Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, sei positiv beantwortet worden. Geforderte Unterlagen seien Inskriptionsbestätigungen und in der Folge Studienerfolgsnachweise gewesen, die jeweils zu den fälligen Terminen übermittelt worden seien. Alle Dokumente würden deutlich auf ein berufsbegleitendes Studium hinweisen. Seitens des Finanzamtes sei die Bw weder bei der Erstanfrage noch zu einem späteren Zeitpunkt über Einschränkungen hinsichtlich der Einkommenshöhe des berufstätigen Studenten informiert worden.

Ebensowenig sei jemals definitiv ein Einkommensnachweis verlangt worden. Darin sehe die Bw ein Versäumnis des Finanzamtes zu ihren Lasten. Bis zum Erhalt des Rückforderungsbescheides sei der Bw nicht bekannt gewesen, dass das studentisch zu versteuernde Einkommen für die Anspruchsberechtigung der Familienbeihilfe mit € 9.000,-- pro Kalenderjahr begrenzt sei. Im Jahr 2010 sei sogar die Verlängerung des Anspruchs um ein Jahr wegen des abgeleisteten Zivildienstes genehmigt worden. Es sei von Anfang an klargestellt worden, dass es sich um ein berufsbegleitendes Studium handle, während des Studiums habe es keinerlei Änderung gegeben und es sei der Bw im Nachhinein unerklärlich, warum der Bw die Familienbeihilfe während des gesamten Bachelorstudiums und des ersten Semesters des Masterstudiums ihres Sohnes bis zum Erreichen der altersbedingten Obergrenze zuerkannt und ausbezahlt worden sei ohne ein einziges Mal die Anspruchsberechtigung nach § 5 Abs. 1 FLAG über die eigene Datenbank zu überprüfen bzw. die entsprechenden Nachweise explizit einzufordern. Der Terminus berufsbegleitend sei im Vergleich zu „Vollzeit“ selbst erklärend. Die Bw betrachte es nun als unzumutbar, dass sie – nachdem sie alle geforderten Unterlagen zu jeder Zeit ordnungsgemäß vorgelegt habe und die Berufstätigkeit ihres Sohnes zu keinem Zeitpunkt verheimlicht worden sei – die Gesamtsumme von € 10.004,20 innerhalb kürzester Zeit rückerstattet solle. Diese Rückforderung verletze den Grundsatz von Treu und Glauben, da sich die Bw auf die Richtigkeit der vom Finanzamt mehrfach erhaltenen Mitteilungen über die Gewährung des Bezugs von Familienbeihilfe verlassen habe und dessen Rechtmäßigkeit für sie immer außer Zweifel gestanden habe. Von Bedeutung sei dieser Grundsatz in ihrem Fall insbesondere deswegen, weil sie durch die Abgabenbehörde auf Grund der erteilten Auskunft und deren Verhaltens über dreieinhalb Jahre auf die Richtigkeit der Mitteilungen vertraut habe und zu einem bestimmten Verhalten veranlasst worden sei. Zudem bedeute eine Rückforderung in dieser Höhe für die Bw große wirtschaftliche Turbulenzen, da das Geld – nachdem die Anspruchsberechtigung für sie zu

keinem Zeitpunkt in Frage gestanden habe – für Studienbehelfe und Finanzierungszuschuss zum Studium in gutem Glauben verwendet worden sei.

Abschließend hat die Bw einen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Finanzsenat beantragt für den Fall, dass der Berufung nicht vom Finanzamt stattgegeben wird.

Diese Berufung ist mit Berufungsvorentscheidung abgewiesen worden:

Die Bw stütze die Rechtswidrigkeit des Bescheides allein auf eine unrichtige Auskunft des Finanzamtes. Nach § 26 Abs. 1 FLAG stehe es der Rückforderung nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden sei. Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe sei von subjektiven Momenten unabhängig und allein an die Voraussetzung des Fehlens der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug geknüpft. Die Rückzahlungspflicht bestehe daher auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf eine Fehlleistung der Abgabenbehörde beruhe. Dass die materiellen Voraussetzungen eines Familienbeihilfenanspruches im Zeitraum September 2007 bis März 2011 vorgelegen hätten, sei aber weder aktenkundig noch würden sich diesbezügliche Ausführungen in der Berufungsschrift finden.

Die Bw hat daraufhin die Vorlage der Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

In einem Vorhalt hat das Finanzamt nochmals ausgeführt, dass in Kalenderjahren, in denen ein volljähriges Kind ein zu versteuerndes Einkommen bezogen habe, das einen gewissen Betrag übersteige, gemäß § 5 Abs. 1 FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe. Dabei sei nicht maßgeblich, aus welchen Gründen Familienbeihilfe zunächst durch das Finanzamt ausbezahlt worden sei. In den Jahren 2008 bis 2010 habe der Sohn der Bw ein Einkommen erzielt, das die Grenzen überstiegen habe, sodass die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag in diesen Jahren definitiv zu Unrecht bezogen worden seien. In den Jahren 2007 und 2011 sei allerdings, da für den Sohn der Bw (bei Vorliegen aller übrigen gesetzlichen Voraussetzungen) nur für einen Teil dieser Jahre durch den Studienbeginn im September 2007 und die Vollendung des 27. Lebensjahres im März 2011 Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden haben könnte, auch nur der aliquote Teil seines Einkommens beachtlich. Zu beachten sei allerdings § 2 Abs. 2 FLAG. Anspruch auf Familienbeihilfe habe nämlich nur jene Person, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Eine Person, zu deren Haushalt

das Kind nicht gehöre, habe (ausnahmsweise) dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage, aber auch nur dann, wenn keine andere Person aufgrund einer Haushaltsgehörigkeit des Kindes anspruchsberechtigt sei. Da der Sohn der Bw seit abc nicht mehr an der B, gemeldet sei (der Hauptwohnsitz sei seit abc in C bzw. in D ab def) und in den Jahren 2007 und folgende über entsprechende eigene Einkünfte verfügt habe, sei im Rahmen des laufenden Berufungsverfahrens ergänzend zu klären, ob die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 FLAG überhaupt vorlägen. Die Bw werde daher gebeten, zur Frage der Haushaltsgehörigkeit bzw. der überwiegenden Tragung von Unterhaltskosten für den Sohn für den Berufungszeitraum September 2007 bis März 2011 Stellung zu nehmen und ihr Vorbringen durch geeignete Unterlagen zu belegen.

In Beantwortung dieses Vorhaltes hat die Bw mitgeteilt, dass ihr Sohn zwar seit abc seinen Hauptwohnsitz nicht mehr an der B, habe, aber die Bw die für ihn bezogene Familienbeihilfe regelmäßig auf sein Konto überwiesen habe und zwar für Studienbehelfe und als Finanzierungszuschuss zum Studium. Außerdem habe ihr Sohn – wie viele andere Studenten auch – einen Großteil seiner studien- und arbeitsfreien Zeit zu Hause verbracht. Als Nachweis der Unterhaltszahlungen lege die Bw zu ihrer Entlastung eine Auswahl der entsprechenden Zahlungsnachweise bei. Sollte es erforderlich sein, jede einzelne Überweisung zu belegen, werde sie selbstverständlich alle Buchungsbestätigungen vorlegen.

Nach Vorlage des Aktes an den Unabhängigen Finanzsenat als Abgabebehörde zweiter Instanz hat dieser einen weiteren Vorhalt mit folgendem Inhalt an die Bw gerichtet:

Im Rahmen des gegenständlichen Berufungsverfahrens sei für den Streitzeitraum September 2007 bis März 2011 konkret zu prüfen, ob

- 1.) der Sohn A entsprechend § 2 Abs. 2 iVm Abs. 5 FLAG dem Haushalt der Bw angehört oder
- 2.) die Bw überwiegend die Unterhaltskosten des Sohnes getragen und
- 3.) der Sohn keine eigenen Einkünfte im Sinne des § 5 Abs. 1 FLAG bezogen habe, welche den Grenzbetrag von € 8.725 (von September bis Dezember 2007), € 9.000,-- (von Jänner 2008 bis Dezember 2010) und € 10.000,-- (von Jänner bis März 2011) überstiegen hätten.

Nach Ausführungen des Unabhängigen Finanzsenates, wonach aus seiner Sicht der Sohn A während des Streitzeitraumes nicht dem Haushalt der Bw angehört habe (Pkt. 1) und Rechtsausführungen zur überwiegenden Kostentragung (Pkt. 2), ist zu Punkt 2.) noch Folgendes festgehalten worden:

Im Hinblick darauf, dass - wie unter Punkt 3.) dargestellt - für die Jahre 2008 bis 2010 jedenfalls ein Ausschließungsgrund nach § 5 Abs. 1 FLAG vorliege, bleibe für den Fall, dass in den Monaten September 2007 bis Dezember 2007 und Jänner 2011 bis März 2011 der Grenzbetrag nicht überschritten werden sollte, zu prüfen, ob in diesen Monaten eine überwiegende Kostentragung durch die Bw gegeben gewesen sei. Die Bw werde daher eingeladen, eine Aufstellung der gesamten Unterhaltskosten ihres Sohnes für die Monate September 2007 bis Dezember 2007 und Jänner 2011 bis März 2011 vorzulegen und ihre Angaben durch entsprechende Unterlagen zu untermauern. So wären beispielsweise die Höhe der Wohnkosten ihres Sohnes auch durch Vorlage der Mietverträge und allfällige Studiengebühren in geeigneter Form zu belegen.

Zu Punkt 3 ist im Wesentlichen ausgeführt worden, dass, auch wenn die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe erfüllt sein sollten (die Bw insbesondere die Unterhaltskosten für ihren Sohn durchgehend getragen haben sollte), die Bestimmungen des § 5 FLAG dem Familienbeihilfenanspruch entgegenstehen könnten. Zu prüfen sei daher auch, ob das im Streitzeitraum vom Sohn der Bw bezogene Einkommen einen Ausschließungsgrund nach § 5 Abs. 1 FLAG bilde.

Es könne als unbestritten angesehen werden, dass der Sohn der Bw während des gesamten Streitzeitraumes September 2007 bis März 2011 Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit bezogen habe und dass das sich daraus ergebende Einkommen nach § 33 Abs. 1 EStG 1988 laut den rechtskräftigen Einkommensteuerbescheiden 2008, 2009 und 2010 in den Jahren 2008 bis 2010 jeweils den Betrag von € 9.000,-- überstiegen hätten.

Zu klären bleibe, ob die Einkommensgrenze auch in den Monaten September 2007 bis Dezember 2007 und Jänner 2011 bis März 2011 überschritten worden seien. Dabei sei bei der Ermittlung der Einkommensgrenze von € 8.725,-- (für 2007) bzw. von € 10.000,-- (für 2011) lediglich das zu versteuernde Einkommen der Monate September 2007 bis Dezember 2007 und der Monate Jänner bis März 2011 heranzuziehen. Die Bw werde daher ersucht, für die Monate September 2007 bis Dezember 2007 und Jänner 2011 bis März 2011 die monatlichen Gehaltszettel ihres Sohnes vorzulegen.

Abschließend ist noch darauf eingegangen worden, dass sich aus § 26 Abs. 1 FLAG, der nach § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a letzter Satz bzw. § 33 Abs. 3 EStG 1988 auch auf Kinderabsetzbeträge anzuwenden ist, eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe ergebe.

In Beantwortung dieses Vorhaltes hat die Bw die Gehaltszettel ihres Sohnes für die Monate September bis Dezember 2007 und Jänner bis März 2011 sowie eine Aufstellung seiner monatlichen Lebenshaltungskosten vorgelegt.

Im Rahmen der durchgeführten mündlichen Verhandlung ist die Tatsache, dass die Einkunftsgrenze in den Jahren 2008 bis 2010 überschritten wurde und in den restlichen Monaten keine überwiegende Kostentragung bestand, außer Streit gestellt worden. Die Bw hat aber in ihrem Fall die Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben gesehen und hat sich ungerecht behandelt gefühlt, da sie vom Finanzamt ursprünglich eine falsche telefonische Auskunft erhalten habe und das Finanzamt jahrelang die Richtigkeit der Ausbezahlung der Familienbeihilfe nicht überprüft habe. Sie hat auch eine bessere Schulung der Mitarbeiter des Finanzamtes angeregt. Der Amtsbeauftragte des Finanzamtes hat sein Bedauern über die möglicherweise erfolgte Fehlinformation und die späte Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen ausgedrückt. Er hat aber gleichzeitig auf § 26 FLAG 1967 und die darin enthaltene objektive Rückforderungsverpflichtung verwiesen.

Anlässlich der mündlichen Verhandlung ist dem Finanzamt auch der Vorhalt des Unabhängigen Finanzsenates sowie die Vorhaltsbeantwortung der Bw zur Kenntnisnahme übergeben worden.

Dazu wird erwogen:

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

Nach **§ 33 Abs. 4 Z. 3 bzw. 33 Abs. 3 EStG 1988** (IdF BGBI I 2004/57 bzw. BGBI I 2009/26) steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 Euro bzw. ab 1.1.2009 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurde Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Im gegenständlichen Fall ist zu klären, ob die Bw für ihren Sohn A für die Monate September 2007 bis März 2011 zu Unrecht Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bezogen hat oder nicht.

Anspruch auf Familienbeihilfe haben nach **§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967** Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige

Kinder, die das 26. Lebensjahr (24. Lebensjahr ab 1. Juli 2011) noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl.Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten.

Anspruch auf Familienbeihilfe haben nach **§ 2 Abs. 1 lit. g FLAG 1967** Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 26. Lebensjahr (24. Lebensjahr ab 1. Juli 2011) vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 27. Lebensjahres (25. Lebensjahres ab 1. Juli 2011), sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat nach **Abs. 2 leg.cit.** die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind nach **§ 2 Abs. 5 FLAG 1967** dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt ua. nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausbildung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausbildung eine Zweitunterkunft bewohnt.

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, 9.000,-- Euro (ab 1.1.2008 laut BGBl I 2007/90) und 10.000,-- Euro (ab 1.1.2011 laut BGBl I 2010/111) übersteigt, besteht nach **§ 5**

Abs. 1 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wobei § 10 Abs. 2 nicht anzuwenden ist. Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens des Kindes 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,
- b) Entschädigungen aus einem anerkannten Lehrverhältnis,
- c) Waisenpensionen und Waisenversorgungsgenüsse.

Die Familienbeihilfe wird nach **§ 10 Abs. 2 FLAG** vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten ist. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruchs für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein. (Vgl. VwGH vom 24.6.2010, 2009/16/0127).

Eine Überprüfung des Vorliegens der Anspruchsvoraussetzungen sowie des Vorliegens von Ausschließungsgründen für die Monate September 2007 bis März 2011 ergibt nun folgendes Bild:

Der Sohn A wurde am xyz geboren und vollendete somit bereits am hij - also vor dem Streitzeitraum (beginnend mit September 2007) - das 18. Lebensjahr, am klm das 26. Lebensjahr und am nop das 27. Lebensjahr. Weiters steht außer Streit, dass der Sohn Zivildienst leistete und sich während des gesamten Streitzeitraumes in einer berufsbegleitenden Berufsausbildung befand. Aufgrund dieser Sachverhalte sind im gegenständlichen Fall grundsätzlich § 2 Abs. 1 lit. b und g FLAG 1967 heranzuziehen.

Zu prüfen bleiben dabei jedoch für den Streitzeitraum konkret die Fragen, ob

- 1.) der Sohn A entsprechend § 2 Abs. 2 iVm Abs. 5 FLAG 1967 dem Haushalt der Bw angehörte oder
- 2.) die Bw überwiegend die Unterhaltskosten des Sohnes trug (§ 2 Abs. 2 FLAG 1967) und

3.) der Sohn keine eigenen Einkünfte im Sinne des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 bezog, welche den Grenzbetrag von € 8.725 (von September bis Dezember 2007), € 9.000,-- (von Jänner 2008 bis Dezember 2010) und € 10.000,-- (von Jänner bis März 2011) überstiegen.

Ad 1.) Haushaltzugehörigkeit des Sohnes als Anspruchsvoraussetzung:

Die Bedingungen einer Haushaltzugehörigkeit sind in § 2 Abs. 5 FLAG 1967 näher umschrieben; demgemäß kommt es ausschließlich auf die einheitliche Wirtschaftsführung mit dem Kind im Rahmen einer Wohngemeinschaft (Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft) an.

Der Sohn der Bw hatte von seiner Geburt an bis zum pqb bei der Bw in BA im DC gelebt, danach war er laut Auszug aus dem Zentralen Melderegister (vom 9.3.2012) vom pqb bis rzt in CA, und von rzt bis uvw in cde, gemeldet. Seit uvw befindet sich der Hauptwohnsitz des Sohnes A in da. Der Hauptwohnsitz der Bw hat sich demgegenüber durchgehend in BA im DC befunden. Laut dem Routenplaner www.viamichelin.at betragen die Strecken zwischen den Wohnsitzen des Sohnes und der Mutter während des Streitzeitraumes über 300 km bei einer Fahrtzeit von knapp 4 Stunden.

Der Sohn A war nach Abschluss einer in seiner damaligen Heimatgemeinde absolvierten Lehre Ende des Jahres 2004 im Kalenderjahr 2005 weiterhin bei seinem Lehrherrn beschäftigt. In der Zeit von fgh bis ijk war er durchgehend in AC berufstätig und daran anschließend nahm er eine Arbeit in D an und ist seither ununterbrochen in D berufstätig. Seit mno bis jedenfalls opq war der Sohn der Bw beim selben Arbeitgeber angestellt.

Der Sohn der Bw war weiters während des gesamten Streitzeitraumes an der Fachhochschule Krems als ordentlicher Hörer des Fachhochschul-Bachelorstudienganges Unternehmensführung und E-Business Management berufsbegleitend inskribiert und hat mittlerweile dieses Studium erfolgreich abgeschlossen.

Um ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Familie aufhält, noch als haushaltzugehörig im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG ansehen zu können, darf der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein „vorübergehender“ sein. Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich beschränkte sein darf, und diese zeitliche Beschränkung, damit sie nicht zur Auflösung führt, nicht lange Zeit, sondern nur einen vorübergehenden Zeitraum dauern darf, wie dies bei einer Ausbildung oder Schulbesuch der Kinder der Fall ist. (Vgl. Nowotny in Cazar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2Rz 146). Als „vorübergehend“ wird ein Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung letztlich dann anzusehen sein, wenn aus den

Umständen des Falles darauf geschlossen werden kann, dass das Kind nach absehbarer Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird.

Bei Studierenden, die am Studienort einen weiteren Wohnsitz ausschließlich zum Zweck des Studiums haben und sich im Wesentlichen nur während der Studienzeit aus Gründen der Ausbildung an diesem Wohnort aufhalten und in der übrigen Zeit sich am Familienwohnsitz befinden, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie weiterhin ein Naheverhältnis zu ihrem bisherigen Familienverband haben. Wenn allerdings die am Studienort vorhandenen Beziehungen über die reine Ausbildung hinausgehen und auch entscheidende wirtschaftliche und gesellschaftliche Anknüpfungspunkte bestehen, ist die Annahme gerechtfertigt, dass die Haushaltsgehörigkeit aufgehoben ist. Auch wiederholte Familienbesuche in den Ferien bzw. während des Urlaubs können dann an dieser Beurteilung nichts ändern, weil diese von vornehmerein nur auf kurze bzw. Zeit angelegt sind und zeitlich in keinem Verhältnis zum auswertigen Aufenthalt stehen.

Für die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 5 lt. b FLAG wäre erforderlich, dass ein Kind am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung für Zwecke der Berufsausübung eine Zweitwohnung bewohnt. Voraussetzung ist also das Vorliegen einer Zweitwohnung; die Haushaltsgehörigkeit geht dann verloren, wenn die Wohngemeinschaft mit den Eltern bzw. einem Elternteil zur Gänze gelöst worden ist.

Wie der Sachverhaltsdarstellung zu entnehmen ist, ist der Sohn im Jahr 2006 kurz nach Vollendung des 22. Lebensjahres von zu Hause, nämlich von der B , ausgezogen, ist zunächst in ein anderes Bundesland, dann in die Bundeshauptstadt übersiedelt. Er hat mit pqr auch seinen Hauptwohnsitz von der B , abgemeldet. Insgesamt war er im März 2011 (Ende des Streitzeitraumes) bereits fünf Jahre von der Wohnung der Bw abwesend. Die Übersiedlung des Sohnes wurde ursprünglich nicht durch eine auswärtige Berufsausbildung, sondern durch eine auswärtige Berufsausübung ausgelöst und der Sohn war sodann durchgehend bis zum Ende des Streitzeitraumes im März 2011 berufstätig. Neben seiner Berufstätigkeit hat der Bw beginnend mit September 2007 ein Studium absolviert.

Aus der Sicht des Unabhängigen Finanzsenates ist nun aufgrund der bereits zu Beginn des berufsbegleitenden Studiums bestehenden Berufstätigkeit des damals bereits 23 jährigen Sohnes am Ort bzw. in der Nähe des Ortes der Berufsausbildung davon auszugehen, dass nicht nur eine soziale bzw. gesellschaftliche Bindung, sondern vor allem auch eine starke wirtschaftliche Bindung zu diesem Ort bereits zu Beginn der Ausbildung bestanden hat. Durch seine ganzjährige Berufstätigkeit war der Sohn der Bw bei einem gesetzlichen Urlaubsanspruch von lediglich 5 Wochen im Jahr auch in zeitlicher Hinsicht an seinen

Wohnsitz am Ausbildungsort bzw. in der Nähe des Ausbildungsortes gebunden, welcher vom Wohnsitz der Bw über 300 km entfernt war. Die Wohngemeinschaft mit der Bw war somit während des gesamten Streitzeitraumes aus der Sicht des Unabhängigen bereits zur Gänze gelöst. Dafür spricht letztlich auch, dass der Bw seit pqr nicht mehr in der elterlichen Wohnung gemeldet ist. Allfällige Besuche der Bw durch den Sohn während des diesem zustehenden Urlaubs und an Wochenenden oder Feiertagen waren von vorneherein nur auf begrenzte Zeit angelegt und standen zeitlich in keinem Verhältnis zur Abwesenheit des Sohnes vom Wohnsitz der Bw.

Die Haushaltzugehörigkeit war somit spätestens bei Beginn des Studiums aufgehoben. Es kann somit nicht von einer vorübergehenden Abwesenheit des Sohnes im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. a FLAG gesprochen werden. Ebensowenig kann vom Vorliegen eines Zweitwohnsitzes im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. b FLAG während des Streitzeitraumes September 2007 bis März 2011 ausgegangen werden. Spätestens mit Beginn des Studiums im September 2007 bestand der Wohnsitz des Sohnes nicht mehr nur zur Berufsausübung, sondern auch für die Berufsausbildung und es muss daher davon ausgegangen werden, dass spätestens mit September 2007, dem Beginn des Streitzeitraumes, aufgrund seiner vielfältigen Aktivitäten an seinem bzw in der Nähe seines Wohnortes und der großen Entfernung zum Wohnsitz der Bw – wie bereits ausgeführt - die Wohngemeinschaft mit der Bw zur Gänze aufgelöst war. Von einem Zweitwohnsitz des Sohnes der Bw nur für Zwecke der Berufsausübung kann während des Streitzeitraumes nicht die Rede sein.

Der Sohn der Bw hat somit in den Monaten September 2007 bis März 2011 **nicht dem Haushalt der Bw angehört**.

Ad 2.) überwiegende Kostentragung als Anspruchsvoraussetzung bei Fehlen der Haushaltzugehörigkeit:

Ob eine Person die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend getragen hat, hängt einerseits von der Höhe der gesamten Unterhaltskosten für ein den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelndes Kind in einem bestimmten Zeitraum und andererseits von der Höhe der im selben Zeitraum von dieser Person tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeträge ab. Ohne (zumindest schätzungsweise) Feststellungen der gesamten Unterhaltskosten lässt sich, wenn dies nicht auf Grund der geringen absoluten Höhe der geleisteten Unterhaltsbeiträge ausgeschlossen werden kann, somit nicht sagen, ob die Unterhaltsleistung in einem konkreten Fall eine überwiegende war. (Vgl. VwGH vom 22.12.2011, 2011/16/0068)

Zu den Unterhaltskosten gehören alle Kosten zur Deckung der Bedürfnisse des Kindes entsprechend § 140 ABGB, also insbesondere die Kosten der Nahrung, Bekleidung, Wohnung, ferner des Unterrichts und der Erziehung, aber auch der weiteren Bedürfnisse, zB in kultureller und sportlicher Hinsicht, der Freizeitgestaltung, des Urlaubs und der medizinischen Versorgung. (Vgl. Nowotny in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz 150).

Im Hinblick darauf, dass - wie unter Punkt 3.) noch dargestellt wird- für die Monate September 2007 bis Dezember 2007 und Jänner 2011 bis März 2011 ein Ausschließungsgrund nach § 5 Abs. 1 FLAG **nicht** vorliegt, ist also zu prüfen, ob die Bw in diesen Monaten mehr als die Hälfte der Unterhaltskosten des Sohnes durch ihre Unterhaltsbeiträge abgedeckt hat.

Die von der Bw vorgelegte Kostenaufstellung weist für den Zeitraum September bis Dezember 2007 monatliche Unterhaltskosten des Sohnes von € 655,-- und für den Zeitraum Jänner bis März 2011 monatliche Unterhaltskosten von € 730,- auf.

Aufgrund des Vorhaltes des Finanzamtes vom 12.3.2012, in welchem auf die Notwendigkeit der überwiegenden Kostentragung bei fehlender Haushaltsgeselligkeit hingewiesen worden ist, hat die Bw eine Auswahl von Zahlungsnachweise als Nachweise für ihre Unterhaltszahlungen vorgelegt. Daraus ist ersichtlich, dass die Bw beispielsweise für die Monate 10-11/07, 12/08-01/09, 02-03/09, 06-07/10 und 02-03/11 jeweils unter dem Verwendungszweck „Familienbeihilfe“ Beträge in Höhe von gesamt € 400,-- für jeweils zwei Monate an den Sohn A überwiesen hat. Es ergeben sich daraus monatliche Unterhaltsbeiträge der Bw von € 200,--.

Eine Gegenüberstellung der monatlichen Unterhaltskosten des Sohnes von € 655,-- für September bis Dezember 2007 und € 730,-- für Jänner bis März 2011 einerseits und der Unterhaltsbeiträge von € 200,-- monatlich andererseits zeigt, dass die Bw die **Unterhaltskosten nicht überwiegend getragen** hat.

Ad 3.) eigene Einkünfte des anspruchsvermittelnden Kindes als Ausschließungsgrund:

Zu prüfen ist auch, ob das im Streitzeitraum vom Sohn der Bw bezogene Einkommen einen Ausschließungsgrund nach § 5 Abs. 1 FLAG 1967 bildet.

Beim Grenzbetrag von € 8.725,-- (ab 1.1.2008: € 9.000,-- und € 10.000,- ab 1.1.2011) handelt es sich um einen Jahresbetrag. Wird dieser überschritten, besteht grundsätzlich für das ganze Jahr kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Wurden die Einkünfte im Veranlagungsweg ermittelt und sind die diesbezüglichen Einkommensteuerbescheide rechtskräftig, ist von den

im Veranlagungsweg ermittelten Einkünften auszugehen. Ein zu versteuerndes Einkommen, das in Zeiträumen erzielt wird, für die kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, ist nach § 5 Abs. 1 lit. a FLAG in die Berechnung des Grenzbetrages nicht mit einzubeziehen. (Vgl. UFS vom 28.1.2010, RV/0249-K/09).

Es kann als unbestritten angesehen werden, dass der Sohn der Bw während des gesamten Streitzeitraumes September 2007 bis März 2011 Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezogen hat und dass das sich daraus ergebende Einkommen nach § 33 Abs. 1 EStG 1988 laut den rechtskräftigen Einkommensteuerbescheiden 2008, 2009 und 2010 in den Jahren 2008 bis 2010 unbestrittenmaßen jeweils den Betrag von € 9.000,-- überstiegen hat. Eine Überprüfung der überwiegenden Kostentragung durch die Bw ist für diesen Zeitraum daher wegen Vorliegen dieses Ausschließungsgrundes nicht erforderlich.

Zu klären bleibt, ob die Einkommensgrenze auch in den Monaten September 2007 bis Dezember 2007 und Jänner 2011 bis März 2011 überschritten worden ist. Dabei ist bei der Ermittlung der Einkommensgrenze von € 8.725,-- (für 2007) bzw. von € 10.000,-- (für 2011) lediglich das zu versteuernde Einkommen der Monate September bis Dezember 2007 und der Monate Jänner bis März 2011 heranzuziehen.

Laut den vorgelegten Gehaltsabrechnungen für die Monate September 2007 bis Dezember 2007 hat der Sohn der Bw während dieses Zeitraumes einen gleichbleibenden monatlichen Bruttogehalt von € 1.700,-- sowie im November 2007 zusätzlich Weihnachtsgeld in Höhe von € 1.275, damit in Summe € 8.075,--bezogen, sodass in den Monaten September 2007 bis Dezember 2007 die Einkommensgrenze zweifellos nicht überschritten worden ist. Im Jänner 2011 hat der Sohn einen Bruttobezug von € 2.538,17, im Februar 2011 von € 2.591,51 und im März von € 2.538,17 erhalten. Dies ergibt in Summe € 7.667,85. Auch in den Monaten Jänner 2011 bis März 2011 ist somit die Einkommensgrenze zweifellos nicht überschritten worden, sodass die Frage der überwiegenden Kostentragung zu klären ist (vgl. Pkt. 2). Die Frage der Haushaltzugehörigkeit des Sohnes ist bereits unter Pkt. 1 verneint worden.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Sohn der Bw A während des gesamten Streitzeitraumes September 2007 bis März 2011 nicht mehr dem Haushalt der Bw angehört hat (Pkt. 1), dass der Sohn in den Monaten Jänner 2008 bis einschließlich Dezember 2010 Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit bezogen hat, welche die Einkommensgrenze des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 überstiegen haben (Pkt. 3) und dass die Bw jedenfalls während der Monate September 2007 bis Dezember 2007 und Jänner 2011 bis März 2011 nicht überwiegend die Unterhaltskosten des Sohnes A getragen hat (Pkt. 2). Da also die Anspruchsvoraussetzungen des § 2 Abs. 2 FLAG 1967 (Haushaltzugehörigkeit oder überwiegende Kostentragung) nicht

erfüllt sind bzw. ein Ausschließungsgrund nach § 5 Abs. 1 FLAG 1967 (Überschreitung der Einkommensgrenzen) vorliegt, steht der Bw im Streitzeitraum September 2007 bis März 2011 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag, dessen Anspruch an den Bezug der Familienbeihilfe geknüpft ist, **nicht zu. Die Rückforderung des Finanzamtes ist somit zu Recht erfolgt.**

Objektive Erstattungspflicht:

Abschließend ist festzuhalten, dass sich aus § 26 Abs. 1 FLAG, der nach § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a letzter Satz EStG 1988 auch auf Kinderabsetzbeträge anzuwenden ist, eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe ergibt. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfebezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. (Hebenstreit in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 26 Rz 3).

So hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 18.4.2007, 2006/13/0174, ausgesprochen, dass das Argument gutgläubigen Verbrauchs der bezogenen Leistungen nicht verfängt, weil die Verpflichtung zur Rückerstattung zu Unrecht bezogener Beihilfen von subjektiven Momenten unabhängig ist und allein an die Voraussetzung des Fehlens der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug geknüpft ist.

Nach dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshof vom 13.3.1991, 90/13/0241, normiert § 26 Abs. 1 FLAG eine objektive Erstattungspflicht, ohne Rücksicht darauf, ob die Beträge gutgläubig empfangen worden sind oder nicht und ob die Rückgabe eine Härte bedeutet.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes steht es der Rückforderung auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung des Finanzamtes verursacht worden ist. (Vgl. VwGH vom 28.10.2009, 2008/15/0329).

Die Anwendung des auch im Abgabenrecht zu beachtenden Grundsatzes von Treu und Glauben setzt einen Vollzugsspielraum voraus, welcher bei der bei Erfüllung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen (unter Ausschluss jeden Ermessens der Abgabenbehörde) zwingend auszusprechenden Rückforderung nicht besteht. Eine Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben ist daher bei der Geltendmachung der objektiven Erstattungspflicht nach § 26 FLAG nicht von Bedeutung. (Vgl. VwGH vom 8.7.2009, 2009/15/0089, und VwGH vom 13.3.1991, 90/13/0241).

Aufgrund all der vorstehenden Ausführungen zu § 26 Abs. 1 FLAG kommt den Einwendungen der Bw betreffend die Versäumnisse des Finanzamtes, den gutgläubigen Verbrauch der ausbezahlten Gelder und den mit der Rückzahlungsverpflichtung verbundenen wirtschaftlichen Turbulenzen und dem Hinweis auf Treu und Glauben im gegenständlichen Verfahren keine Bedeutung zu.

Da sich somit insgesamt der angefochtene Rückforderungsbescheid als rechtmäßig erweist, ist spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 23. Oktober 2012