



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Bw.,
gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 12. September 2000 betreffend Rückforderung
von erhöhter Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Zeiträume Jänner bis Februar
1999 sowie Juli bis September 1999 und

gegen den Bescheid des Finanzamtes X. vom 29. Oktober 2001 betreffend Rückforderung von
erhöhter Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbeträgen für die Zeiträume Juni 1997 bis
Dezember 1997, Jänner 1998 bis Dezember 1998, März bis Juni 1999, Oktober bis Dezember
1999 und Jänner bis Juni 2000 entschieden:

Der Berufung gegen den Bescheid vom 12. September 2000 wird teilweise Folge
gegeben: hinsichtlich des Kinderabsetzbetrages für den Zeitraum Juli bis September
1999 wird der Berufung stattgegeben und der Rückforderungsbetrag herabgesetzt, im
übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid wird wie folgt abgeändert.

Rückforderung		bisher		neu	
01.01.99 – 28.02.99	FB	7.500 ATS	(545,05 €)	545,05 €	(7.500 ATS)
	KAB	950 ATS	(69,04 €)	69,04 €	(950 ATS)
01.07.99 – 30.09.99	FB	11.250 ATS	(817,57 €)	817,57 €	(11.250 ATS)
	KAB	5.325 ATS	(386,98 €)	103,56 €	(1.425 ATS)
FB = Familienbeihilfe KAB = Kinderabsetzbetrag	Summe	25.025 ATS	(1.818,64)	1.535,22 €	(21.125 ATS)

Der Berufung gegen den Bescheid vom 29. Oktober 2001 wird teilweise Folge gegeben.

Für den Zeitraum Juni 1997 bis Dezember 1998 wird der Berufung stattgegeben. Für die Zeiträume März 1999 bis Juni 1999 sowie Oktober 1999 bis Juni 2000 wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid wird wie folgt abgeändert.

Rückforderung für Zeitraum		bisher		neu	
01.06.97 – 31.12.97	erh. FB	11.550 ATS	939,37 €	0,00 €	(0 ATS)
01.01.98 – 31.12.98	FB	19.800 ATS	1.438,92 €	0,00 €	(0 ATS)
	erh. FB	22.200 ATS	1.598,80 €	0,00 €	(0 ATS)
	KAB	4.200 ATS	305,23 €	0,00 €	(0 ATS)
01.03.99 – 30.06.99	FB	7.900 ATS	574,11 €	574,11 €	(7.900 ATS)
	erh. FB	7.100 ATS	515,98 €	515,98 €	(7.100 ATS)
	KAB	1.900 ATS	138,08 €	138,08 €	(1.900 ATS)
01.10.99 – 31.12.99	FB	5.925 ATS	430,59 €	430,59 €	(5.925 ATS)
	erh. FB	5.325 ATS	386,98 €	386,98 €	(5.325 ATS)
	KAB	1.425 ATS	103,56 €	103,56 €	(1.425 ATS)
01.01.00 – 30.06.00	FB	12.000 ATS	872,07 €	872,07 €	(12.000 ATS)
	erh. FB	10.800 ATS	784,87 €	784,87 €	(10.800 ATS)
	KAB	4.200 ATS	305,23 €	305,23 €	(4.200 ATS)
FB = Familienbeihilfe KAB = Kinderabsetzbetrag	Summe	114.325 ATS	8.308,33 €	4.111,47€	(56.575 ATS)

Entscheidungsgründe

1. Verfahren vor dem Finanzamt betreffend die Berufung gegen den Bescheid vom 12. September 2000:

1.1. Die Berufungswerberin (Bw.) beantragte im Jänner 2000 mit dem Formular Beih 3 für ihren volljährigen Sohn S., geborenen am Datum1, die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe rückwirkend ab 1. Jänner 1995. Mit ärztlicher Bescheinigung vom 25. Jänner 2000 attestierte der Amtsarzt Dr. K. dem Sohn der Bw. ein seit 1995 bestehendes Leiden an Asthma bronchiale, wodurch seit 1995 der Grad der Behinderung des Sohnes 50 v.H. betrage.

Laut Aktenlage hatte der frühere Ehegatte der Bw. bis inkl. September 1996 die Familienbeihilfe für den Sohn bezogen. Vom Oktober 1996 bis einschließlich Mai 1997 leistete der Sohn der Bw. seine Präsenzdienst. Das Finanzamt gewährte der Bw., die für ihren in Berufsausbildung befindlichen Sohn die Familienbeihilfe (Grundbetrag) ab Juni 1997 laufend

bezogen hatte, rückwirkend ab diesem Zeitraum den Erhöhungsbetrag wegen erheblicher Behinderung. Die Anweisung zur Auszahlung des Erhöhungsbetrages in Höhe von ATS 59.850,- (€ 4.349,47) für den Zeitraum Juni 1997 bis April 2000 erfolgte am 16. März 2000.

1.2. Mit Schriftsatz vom 4. April 2000 beantragte die Bw. unter Verweis auf die beim Finanzamt eingereichte ärztliche Bescheinigung neuerlich die Nachzahlung „nur“ der erhöhten Familienbeihilfe (Erhöhungsbetrag) für ihren „ständig kranken“ Sohn für den Zeitraum ab Jänner 1995 bis einschließlich Oktober 1996. Zur Begründung verwies sie darauf, dass der Sohn seit seiner Geburt in ihrem Haushalt lebe und ihr Ex-Mann schon einige Jahre vor der im August 1998 erfolgten Ehescheidung aus dem gemeinsamen Haushalt ausgezogen sei. Mit Bescheid vom 16. Mai 2000 wies das Finanzamt den Antrag der Bw. für den Zeitraum Jänner 1995 bis Oktober 1996 mit der Begründung ab, dass nur derjenigen Person die erhöhte Familienbeihilfe (Erhöhungsbetrag nach § 8 Abs. 4 FLAG 1967) ausbezahlt werden könne, die die Familienbeihilfe (Grundbetrag) beziehe. Da der vormalige Ehegatte der Bw., mit der Bw. im gemeinsamen Haushalt gelebt habe, für den Zeitraum Jänner 1995 bis Oktober 1996 die Familienbeihilfe für den Sohn bezogen habe, könne der Bw. die erhöhte Familienbeihilfe für den beantragten Zeitraum nicht ausbezahlt werden. Der Abweisungsbescheid wurde laut Aktenlage von der Bw. nicht angefochten bzw. wurde eine allfällig dagegen erhobene Berufung vom Finanzamt der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung nicht vorgelegt.

1.3. Auf einem von der Bw. am 27. Juni 2000 dem Finanzamt persönlich überreichten Formular zur Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe gab die Bw. bekannt, dass der Sohn ab Oktober 2000 an der Wirtschaftsuniversität (WU) Betriebswirtschaft studieren werde. Laut nachgereichter Diplom-Urkunde hat der Sohn der Bw. den im Wintersemester 1997/98 begonnenen Fachhochschul-Studiengang „xy“, akad. Grad: Dipl.-Ing. (FH), am 10. Juli 2000 abgeschlossen und im Wintersemester 2000/01 das Studium an der WU aufgenommen.

1.4. Laut einem vom Finanzamt erstellten Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung vom 12. Juli 2000 hatte der Sohn der Bw. ab dem Jahr 1997 folgende Beschäftigungsverhältnisse:

01.02.98 – 30.11.98	geringfügig beschäftigt Angestellter	F.
01.06.98 – 31.07.98	Selbstversicherung § 19a ASVG	
01.08.98 – 31.10.98	mehrfach geringfügig besch.	WGKK Sammelkonto
03.08.98 – 02.10.98	Arbeiter	A. GmbH
03.10.98 – 08.10.98	Urlaubsabfindung, Urlaubsentschädigung	A. GmbH
01.11.98 – 30.11.98	Selbstversicherung, § 19a ASVG	
01.12.98 – laufend	Angestellter	Fa.B

Über Aufforderung des Finanzamtes übersandte die Bw. mit Schreiben vom 28. August 2000 folgende Bestätigung des Dienstgebers Fa.B vom 28.8.2000:

"Wir bestätigen, dass Herr S. seit Dezember 1998 bei uns beschäftigt ist und tieferstehend monatliche Bezüge ausbezahlt erhielt:

Dezember 1998	ATS 12.050,86
Jänner 1999	ATS 10.245,50
Feber 1999	ATS 10.245,50
März 1999	ATS 3.865,30
April 1999	ATS 3.865,30
Mai 1999	ATS 3.865,30
Juni 1999	ATS 8.944,40
Juli 1999	ATS 17.265,00
August 1999	ATS 17.465,00
September 1999	ATS 17.465,00
Oktober 1999	ATS 3.815,30
November 1999	ATS 16.232,67
Dezember 1999	ATS 3.865,30

Jänner 2000	ATS 3.970,00
Feber 2000	ATS 18.123,00
März 2000	ATS 3.970,00
April 2000	ATS 3.820,00
Mai 2000	ATS 3.970,00
Juni 2000	ATS 7.985,00

Weiters übersandte die Bw. „Beispielhafte Aufstellungslisten von Ausgaben“ des Sohnes für die Monate Jänner 1999 und Juni 1999.

1.5. Mit Bescheid vom 12.September 2000 forderte das Finanzamt von der Bw. für den Zeitraum Jänner und Februar 1999 sowie Juli bis September 1999 folgende Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen als zu Unrecht bezogen zurück:

01.01.99 – 28.02.99	Familienbeihilfe	7.500 S	(€ 545,05)
	Kinderabsetzbetrag	950 S	(€ 69,04)
01.07.99 – 30.09.99	Familienbeihilfe	11.250 S	(€ 817,75)
	Kinderabsetzbetrag	5.325 S	(€ 386,98)
	Summe	25.025 S	(entspricht € 1.818,64)

Begründend führte das Finanzamt sinngemäß aus, dass der volljährige Sohn der Bw. in der Zeit vom 1. Dezember 1998 bis 28. Feber 1999 und vom 1. Juni 1999 bis 30. September 1999 aus einer Beschäftigung Einkünfte über dem gesetzlichen Grenzbetrag bezogen habe.

1.6. Gegen den Rückforderungsbescheid erhob die Bw. mit Schriftsatz vom 9. Oktober 2000 Berufung und führte aus, es sei richtig, dass sie für den Zeitraum 1. Jänner 1999 bis 28. Februar 1999 und 1. Juli 1999 bis 30. September 1999 erhöhte Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für ihr erheblich behindertes Kind bezogen habe. Unrichtig sei jedoch die im Bescheid angeführte Höhe, und zwar dergestalt, dass sie für die Monate 1. Juli 1999 bis 30. September 1999 einen Kinderabsetzbetrag von S 5.325 erhalten hätte. Richtig sei, dass

sie einen monatlichen Kinderabsetzbetrag in der Höhe von S 475, sohin zusammen S 1.425 erhalten habe, und nicht wie im Bescheid ausgeworfen S 5.325.

Weiters sei auch richtig, dass ihr erheblich behinderter Sohn in diesem oben genannten Zeitraum eine umfangreichere Tätigkeit als in den anderen Monaten ausübte. Diese so genannte "Mehrtätigkeit" ergebe sich daraus, dass die angeführten Monate Ferienmonate seien, daher in diesen schulfreien Tagen sehr wohl von ihrem erheblich behinderten Sohn nach Maßgabe seines Gesundheitszustandes auch mehr gearbeitet werde. Wegen physischer und psychischer Mehrbelastung in den Schulmonaten seien jedoch die Einkünfte aus der zusätzlich ausgeübten Beschäftigung weit unter der erlaubten Grenze, und dies sei auch sehr deutlich in der schriftlichen Bestätigung des Dienstgebers vom 28. August 2000 ersichtlich. In § 5 Abs.1 lit. d FLAG 1967 sei ausdrücklich verankert, dass "Bezüge, die ein in Schulausbildung befindliches Kind aus der ausschließlich während der Schulferien ausgeübten Beschäftigung beziehe" bei der Ermittlung der Einkünfte des Kindes außer Betracht blieben. Es gehe aus den übersandten beispielhaften Aufstellungslisten auch hervor, dass ständig höhere monatliche Ausgaben stattfänden und es werde daher der gesetzliche Grenzbetrag nicht überschritten. Die Bw. beantragte "von der Rückforderung Abstand zu nehmen".

1.7. Das Finanzamt erließ am 13. November 2000 eine teilweise stattgebende Berufungsvor-entscheidung, in der es den Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 1. Juli bis 30. September 1999 in Höhe von ATS 1.425 (wie in der Berufung dargestellt) festsetzte und begründete weiters, dass der Sohn der Bw. für die Zeit vom Dezember 1998 bis Februar 1999 und Juni 1999 laut den vorgelegten Monatsabrechnungen Einkünfte gemäß § 2 Abs. 3 Einkommen-steuergesetz 1988, die den monatlichen Grenzbetrag nach § 5 Abs. 2 lit c des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes überstiegen, bezogen habe. Im Jahr 1998 habe der Grenzbetrag für ein erheblich behindertes Kind S 7.992 und im Jahr 1999 S 8.112 betragen. Da der Sohn diese Einkünfte aus einer Beschäftigung, die über die Ferienzeit hinausgegangen sei, erzielt habe, sei der Tatbestand der "Ferienzeitbegünstigung" im Falle der Bw. nicht erfüllt worden, da diese nur dann zum Tragen komme, wenn das in Berufsausbildung befindliche Kind Bezüge aus einer ausschließlich während der Hochschulferienzeit ausgeübten Beschäftigung erziele. Als gesetzliche Hochschulferien gelten die Monate Juli, August und September sowie Februar und weiters die Weihnachts- und Osterferien. Somit sei die Rückforderung der für die Monate Jänner bis Feber 1999 und Juli bis September 1999 bezogenen Familienbeihilfe zu Recht erfolgt. Weiters sei im Zuge des Berufungsverfahrens die Höhe des Rückforderungsbetrages (Kinderabsetzbeträge) neu berechnet worden.

1.8. Innerhalb mehrfach verlängerter Frist stellte die Bw. mit Schriftsatz vom 28. September 2001 den Vorlageantrag und führte in der Begründung hinsichtlich der Familienbeihilfe für

Jänner 1999 aus, dass durch die gesetzlichen und daher schulfreien Weihnachtsferien bis 6. Jänner 1999 es ihrem Sohn möglich gewesen sei, zwischen Weihnachten und dem 6. Jänner 1999 einer verstärkten Arbeitsleistung nachzugehen. Dies habe dazu geführt, dass er in diesem Monat ein bisschen mehr verdient habe. Nicht übersehen dürfe jedoch werden, dass dadurch auch in diesem Monat erhöhte Auslagen in Form von Fachliteratur, Lehrmittel, CD-ROM, Druckerpatrone, Postgebühren, Kilometergeld und On-Line-Diensten angefallen seien und sich nicht zuletzt der Medikamentenverbrauch erhöht habe. Zur Familienbeihilfe für die Monate Februar 1999 sowie Juli bis September 1999 gab die Bw. an, dass diese Monate als gesetzliche Hochschulferienmonate gelten, was auch durch die Berufungsvorentscheidung vom 13. November 2000 bestätigt worden sei. Die Bw. habe in Treu und Glauben gehandelt und die erhöhte Familienbeihilfe für ihren erheblich behinderten Sohn verwendet. Sie beantrage bei der Abgabenbehörde zweiter Instanz ihren Antrag zu prüfen und der Berufung stattzugeben.

Das Finanzamt legte die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

2. Verfahren vor dem Finanzamt betreffend die Berufung gegen den Bescheid vom 29. Oktober 2001:

2.1. Anlässlich einer Überprüfung der erheblichen Behinderung des Sohnes der Bw. bescheinigte der im Auftrag des Bundessozialamtes für Wien, Niederösterreich und Burgenland tätige Allgemeinmediziner Dr. D. in seinem Gutachten vom 11. Juni 2001, dass der Sohn der Bw. an Asthma bronchiale in Remission (Richtsatzposition III/a/285) leide und der Grad der Behinderung seit 1995 null (0) v.H. betrage. Der untere Rahmensatz ergebe sich aus der Tatsache, dass kein Hinweis auf eine subjektive Beeinträchtigung auf Dauer vorliege, das Leiden in Remission sei und kein pathologischer Lungenbefund vorliege. Ergänzend werde bemerkt, dass seit Jahren nur äußerst selten eine asthmaspezifische Therapie erforderlich sei und die Partei ohne Befunde gekommen sei.

Aufgrund der vorliegenden Lohnzettel wurde durch das Finanzamt weiters festgestellt, dass der Sohn der Bw. als geringfügig Beschäftigter vom Dienstgeber F. im Zeitraum vom 1. Februar bis 30. November 1998 Nettoeinkünfte in Höhe von ATS 14.825,- und als Angestellter der Fa. A. GmbH vom 3. August bis 2. Oktober 1998 ATS 25.377,- bezogen hatte.

2.2. Mit Bescheid vom 29. Oktober 2001 forderte das Finanzamt die für den Sohn ausbezahlten Kinderabsetzbeträge sowie die Familienbeihilfe und den Erhöhungsbetrag wegen erheblicher Behinderung wie folgt als zu Unrecht bezogen zurück.

01.06.97 – 31.12.97	erhöhte Familienbeihilfe*	S 11.550
01.01.98 – 31.12.98	Familienbeihilfe	S 19.800
	erhöhte Familienbeihilfe*	S 22.200
	Kinderabsetzbetrag	S 4.200
01.03.99 – 30.06.99	Familienbeihilfe	S 7.900
	erhöhte Familienbeihilfe*	S 7.100
	Kinderabsetzbetrag	S 1.900
01.10.99 – 31.12.99	Familienbeihilfe	S 5.925
	erhöhte Familienbeihilfe*	S 5.325
	Kinderabsetzbetrag	S 1.425
01.01.00 – 30.06.00	Familienbeihilfe	S 12.000
	erhöhte Familienbeihilfe*	S 10.800
	Kinderabsetzbetrag	S 4.200
*erhöhte Familienbeihilfe = Erhöhungsbetrag § 8 Abs.4	Rückforderungsbetrag	S 114.325 (entspricht € 8.308,32)

Zur Rückzahlungsverpflichtung dieser Beträge führte das Finanzamt begründend aus, dass im Zuge einer Überprüfung des Anspruches auf erhöhte Familienbeihilfe das dem Bescheid beiliegende Gutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen vom 11. September 2001 eingeholt worden sei, in dem festgestellt worden sei, dass kein Leiden des Sohnes vorliege. Somit sei die erhöhte Familienbeihilfe (Anm.: der Erhöhungsbetrag wegen erheblicher Behinderung) für den Zeitraum ab Juni 1997 zu Unrecht bezogen worden. Da das monatliche Durchschnittseinkommen des volljährigen Sohnes ab dem Monat Jänner 1998 den Betrag nach § 5 Abs. 2 lit. c des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes übersteige, bestehe für diesen Zeitraum auch kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

2.3. In der gegen den Rückforderungsbescheid vom 29. Oktober 2001 eingebrachten Berufung führte die Bw. aus:

„Unter Bezugnahme auf Ihren Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 29.10.2001 samt beigelegtem Sachverständigengutachten, bei mir eingelangt am 05.11.2001, erhebe ich binnen offener Frist Berufung und begründe diese wie folgt:

Es ist richtig, dass ich die im Bescheid angeführten Beträge zum Wohle meines erheblich behinderten Kindes erhielt.

Zum Sachverständigengutachten möchte ich folgendes ausführen:

Am Dienstag, den 05.06.2001, erhielt ich nur einen tel. Anruf von einem Herrn C. und den Auftrag, mit meinem Sohn am Donnerstag um 10.15 Uhr zur Untersuchung zu erscheinen. Auf meine Mitteilung, dass dies nicht am übernächsten Tag möglich sei, vor allem da wir erst am gleichen Tag von einem Erholungsurlaub zurück kamen, wurde ich vor die vollendete Tatsache gestellt, dass dann der darauf folgende Montag 8,00 Uhr, gelte.

Wir waren pünktlich dort und wurde mein Sohn von Herrn Dr. D. - einem Arzt für Allgemeinmedizin - untersucht. Diese Untersuchung samt gleichzeitiger Ausfüllung der für uns nicht erkennbaren Papierunterlagen spielte sich in einem Zeitraum von 10 bis 15 Minuten ab, inkl. der Aus- und Ankleidezeit meines Sohnes. Bei dieser Schnelluntersuchung hatte ich nicht das Gefühl, dass der Arzt bei einer Wahrheitsfindung des körperlichen Wohles bzw. Unwohles des Patienten zu finden bereit war, sondern schnell einen Befund erstellen wollte, vor allem da im Wartezimmer noch sehr viele Leute anwesend waren und der Arzt deshalb auch unter starkem Zeitdruck stand. Dies ist auch damit zu erklären, dass wir keine schriftliche Vorladung und Vorankündigung erhielten, sondern nur den oben bereits geschilderten kurzen Telefonanruf, der mich verwunderte, zumal ich um eine Fristverlängerung bezüglich Familienbeihilfe und erhöhte Familienbeihilfe beim Finanzamt bis 18. September 2001 ansuchte und mir diese Fristverlängerung von der Amtsseite her auch zugestanden wurde.

Es ist sicherlich richtig, dass zum gegebenen Zeitpunkt der Untersuchung sich mein Sohn in einem besseren Zustand als sonst befand; dies erstens durch die Luftveränderung von unserem Erholungsurlaub, und zweitens sind die Sommermonate immer vom besseren Gesundheitsgrad. Sowohl im Herbst als auch im Winter ist der Erkältungs- und Anfälligkeitsgrad meines Sohnes ... bezüglich seines Asthma bronchiale sehr stark gegeben und muss über diesen langen Zeitraum auch ständig medikamentös, und auch inhaliermäßig nachgeholfen werden. Als wir dies und auch anderes zur Sache Gehörendes mitteilen wollten, hörten wir die Aussage, dass nur der jetzige Gesundheitszustand von Bedeutung und Gegenstand der Untersuchung sei und nicht auf Jahre rückwirkend. Man kann sicher verstehen, dass diese kurze und doch sehr deutliche Aussage des Herrn Doktors uns sehr einschüchterte, und so blieb vieles von uns ungesagt. Das Untersuchungsergebnis wurde uns nicht mitgeteilt.

Eine wesentliche Besserung seines Gesundheitszustandes immer im Sommer (durch meine ständigen intensiven Betreuungen und Motivationshilfen für mein Kindes) kann nicht dazu führen, dass der Polizeiamtsarzt nicht vom Finanzamt anerkannt und dadurch die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe rückgefordert wird.

Nicht unerwähnt möchte ich lassen, dass bei der kurzen tel. Terminvorgabe (eine schriftliche Vorladung habe ich nicht erhalten) uns nicht mitgeteilt wurde, Unterlagen mitzunehmen. Es wurde und wird nicht nur gelegentlich aeromuc, sondern sehr wohl häufig aeromuc, aerocef, Mucosolvan, Hexoral, Tonsillo, deflamat, Dolo-Menthoneurin, Aspirin, Gewadal, Parkemed, Thomapyrin, Ventide, Wick usw. von unserem Hausarzt verschrieben, bzw. in der Apotheke privat dazu gekauft. Weiters wurden auch Homöopathische Medikamente von mir eingekauft.

Es konnte daher auch nicht mitgeteilt werden, dass sehr oft schon bei „kleinen“ Anzeichen einer beginnenden Krankheit in der Früh und Abends über Wasserdampf, bzw. Inhaliergerät mit Kräuterextrakten den Medikamenten nachgeholfen wurde, um auf diese Weise dem Schlimmsten abzuhelpen.

Wegen Laryngitis und der damit im Zusammenhang stehender Erstickungskrämpfe waren auch Spitalsaufenthalte notwendig. Seit diesem Zeitpunkt sind auch die Angstzustände wegen Luftknappheit und Injektionen, sowie die Anfälligkeit der Organe geblieben.

Weiters konnte auch nicht mitgeteilt werden, dass mein Sohn die 9. Klasse wegen seelischer Depressionen und daher ständiges Kranksein (Husten, Atemnot und Angstgefühlen, Migräneanfälle und Schmerzen der gesamten Wirbelsäule) wiederholen musste. (In dieser Zeit waren persönliche Differenzen zwischen meinem Exmann und mir, die zum Auszug meines Exmannes aus der ehelichen Gemeinschaft und zu guter Letzt auch zur Scheidung führten.)

Bei der kleinen monatlichen Unterhaltsleistung meines Exmannes und meiner Geringfügigkeitsbeschäftigung ist es seit Juli 2000 sowieso schwer zum Wohle meines erheblich behinderten Kindes allen seinen Bedürfnissen gerecht zu werden.

Aus dem Obangeführten bitte ich von der Rückforderung Abstand zu nehmen und die erhaltene Familienbeihilfe samt erhöhter Familienbeihilfe - die ich in Treu und Glauben bereits zum Wohlbefinden und besserem Gesundheitszustand meines Sohnes ... ausgegeben habe - zu genehmigen."

2.4. Das Finanzamt legte die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz ohne Erlassen einer Berufungsvorentscheidung zur Entscheidung vor.

3. Verfahren vor der Abgabenbehörde Zweiter Instanz:

3.1. Über Aufforderung der Abgabenbehörde zweiter Instanz wurde, da in der von der Bw. vorgelegten Bestätigung des Dienstgebers Fa.B vom 28. August 2000 nur die monatlichen Auszahlungsbeträge angeführt waren, eine vom Dienstgeber um die Bruttobezüge, Sozialversicherungs- und Lohnsteuerabzüge ergänzte Gehaltsaufstellung vom 2. Oktober 2002 für den Zeitraum Dezember 1998 bis Dezember 2000 nachgereicht mit dem Vermerk, dass

etwaige Differenzen zu der Aufstellung vom 28. August 2000 bei den Nettobeträgen nur durch Rundungen oder Abzug der Krankenscheingebühren bedingt seien.

3.2. Weiters wurde im Auftrag der Abgabenbehörde zweiter Instanz im Rechtsmittelverfahren ein weiteres Gutachten des zuständigen Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen über den Behinderungsgrad des Sohnes der Bw. eingeholt.

Über die Berufung wurde erwogen:

4. Rechtslage

4.1. Gemäß § 5 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 in der im strittigen Zeitraum anzuwendenden Fassung BGBl. Nr. 201/1996 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und selbst Einkünfte gemäß § 2 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes (EStG) 1988, BGBl. Nr. 400, beziehen, die den Betrag nach § 5 Abs. 2 lit. c des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG) BGBl. Nr. 189/1955, monatlich übersteigen (für 1997: ATS 3.740 (€ 271,80), für 1998: ATS 3.830 (€ 278,34); für 1999 ATS 3.899 (€ 283,35); für 2000: ATS 3.977 (€ 289,02)).

Bei einem erheblich behinderten Kind (§ 8 Abs. 5 und 6 FLAG 1967) erhöht sich diese Einkunftsgrenze auf die Höhe des Richtsatzes nach § 293 Abs. 1 lit. a, bb im Zusammenhang mit Abs. 2 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes (ASVG), BGBl. Nr. 189/1955. Dieser Richtsatz betrug für das Jahr 1997 ATS 7.887 (€ 573,17), für das Jahr 1998 ATS 7.992,- (€ 580,80), für das Jahr 1999 ATS 8.112 (€ 589,52), für das Jahr 2000 ATS 8.312 (€ 604,12).

Bei der Ermittlung der Einkünfte des Kindes bleiben gemäß § 5 Abs. 1 lit. d FLAG 1967 Bezüge, die ein in Schulausbildung befindliches Kind aus einer ausschließlich während der Schulferien ausgeübten Beschäftigung bezieht, außer Betracht.

4.2. Nach § 8 Abs. 4 FLAG 1967 erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind.

Gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967 gilt als erheblich behindert ein Kind, 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. Juni 1965, BGBl. Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung, anzuwenden.

Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist nach § 8 Abs. 6 FLAG in der bis 31. Dezember 2002 anzuwendenden Fassung durch eine Bescheinigung eines inländischen Arztes, einer inländischen Universitätsklinik, einer Fachabteilung einer inländischen Krankenanstalt oder eines Mobilen Beratungsdienstes der Bundesämter für Soziales und Behindertenwesen nachzuweisen. Kann auf Grund dieser Bescheinigung die erhöhte Familienbeihilfe nicht gewährt werden, hat das Finanzamt einen Bescheid zu erlassen. Zur Entscheidung über eine Berufung gegen diesen Bescheid hat die Finanzlandesdirektion ein Gutachten des nach dem Wohnsitz des Berufungswerbers zuständigen Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen einzuholen.

Nach der ab 2003 geltenden Fassung des § 8 Abs. 6 FLAG (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.

* Da der Grundsatz der "Zeitbezogenheit der Abgabengesetze" auch im Regelungsbereich des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 gilt (vgl. VwGH 18.04.2007, 2006/13/0126), ist im gegenständlichen Verfahren § 8 Abs.6 FLAG idF BGBl. I Nr. 105/2002 anzuwenden.

4.3. Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, 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 Ausschließungsgrund hinzukommt.

Gemäß § 25 FLAG 1967 sind Personen, denen Familienbeihilfe gewährt wird, verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, beim zuständigen Wohnsitzfinanzamt zu erfolgen.

Gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Gemäß § 33 Abs 4 Z 3 lit. a Einkommensteuergesetz (EStG) 1988 (idF BGBl. I Nr. 128/1997) steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 350 S für das erste Kind, 525 S für das zweite Kind und 700 S für jedes weitere Kind zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Mit BGBl I Nr. 79/1998 wurden die Beträge des § 33 Abs. 4 Z. 3 lit a EStG 1988 für das Jahr 1999 (lit c) auf monatlich 475 S für das erste Kind, 650 S für das zweite Kind und 825 S für jedes weitere Kind valorisiert. Ab dem Jahr 2000 steht ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 700 S für jedes Kind zu.

5. Sachverhalt

5.1. Der volljährige Sohn der Bw. befand sich in den Jahren 1997 bis 2000 in Berufsausbildung und hatte laut den vorgelegten Unterlagen – und von der Bw. weder in den Berufungsschriftsätzen noch im Vorlageantrag widersprochen – ab Februar 1998 eigene Einkünfte aus mehreren Dienstverhältnissen. Im Zeitraum vom 1. Februar bis 30. Oktober 1998 bezog er laut den Ermittlungen des Finanzamtes aus einer geringfügiger Beschäftigung insgesamt Nettoeinkünfte in Höhe von ATS 14.825,- (€ 1.077,37), sowie zusätzlich als Angestellter der Fa. A. GmbH vom 3. August bis 2. Oktober 1998 ATS 25.377 (€ 1.488,22) netto. Im Monat November 1998 lagen laut Aktenlage keine Einkünfte vor.

5.2. Ab Dezember 1998 laufend stand der Sohn der Bw. unbestritten in einem durchgehend bestehenden Beschäftigungsverhältnis bei Fa.B und bezog laut der von der Bw. vorgelegten Bestätigung vom 28. August 2000 bzw. laut einer vom Dienstgeber hinsichtlich der Abzüge ergänzten Gehaltsaufstellung vom 2. Oktober 2002 nichtselbstständige Einkünfte in folgender Höhe:

Bezüge laut ergänzte Gehaltsaufstellung vom 2.10.2002 (ATS)					laut Bestätigung v. 28.8.2000
Datum	Brutto	Abzug Soz.Vers.	Abzug Lohnst.	Netto	netto
Dez.98	15.166,00	2.690,44	424,70	12.050,86	12.050,86
Jän.99	13.000,00	2.329,80	424,70	10.245,50	10.245,50
Feb.99	13.000,00	2.329,80	424,70	10.245,50	10.245,50
Mär.99	4.712,50	847,20	0,00	3.865,30	3.865,30
Apr.99	4.712,50	847,20	0,00	3.865,30	3.865,30
Mai.99	4.712,50	847,20	0,00	3.865,30	3.865,30
Jun.99	10.806,25	1.861,85	0,00	8.944,40	8.944,40
.Jul.99	26.000,00	4.553,70	3.981,30	17.465,00	17.265,00
Aug.99	26.000,00	4.553,70	3.981,30	17.465,00	17.465,00
Sep.99	26.000,00	4.553,70	3.981,30	17.465,00	17.465,00
Okt.99	4.712,50	847,20	0,00	3.865,30	3.815,30
Nov.99	4.712,50	847,20	0,00	3.865,30	16.232,67
Nov.99 SZ	15.523,00	2.584,58	571,05	12.367,37	
Dez.99	4.712,50	847,20	0,00	3.865,30	3.865,30

Jän.00	4.817,00	847,20	0,00	3.969,80	3.970,00
4 b. 00	26.576,00	4.659,60	3.793,80	18.122,60	18.123,00
Mär.00	4.817,00	847,20	0,00	3.969,80	3.970,00
Apr.00	4.817,00	847,20	0,00	3.969,80	3.820,00
Mai.00	4.817,00	847,20	0,00	3.969,80	3.970,00
Jun.00	4.817,00	847,20	0,00	3.969,80	7.985,00
Jun.00 SZ	4.817,00	802,03	0,00	4.014,97	
Jul.00	26.576,00	4.659,60	3.793,80	18.122,60	
Aug.00	26.576,00	4.659,60	3.793,80	18.122,60	
Sep.00	42.076,00	7.413,00	8.957,10	25.705,90	
Sep.00 SZ	17.717,00	2.949,88	616,93	14.150,19	
Okt.00	4.817,00	847,20	0,00	3.969,80	
Nov.00	4.817,00	847,20	0,00	3.969,80	
Nov.00 SZ	1.606,00	267,40	80,32	1.258,28	
Dez.00	4.817,00	847,20	0,00	3.969,80	

Weiters legte die Bw. „Beispielhafte Aufstellungslisten von Ausgaben“ für die Monate Jänner 1999 und Juni 1999 vor, wonach der Sohn folgende Aufwendungen hatte:

„Beispielhafte Aufstellungslisten von Ausgaben“	für Jänner 1999	für Juni 1999
Druckerpatrone	ATS 540	ATS 540
Fachliteratur, Lehrmittel und CD-ROM	ATS 638	ATS 198
Postgebühren	ATS 56	-
Kilometergeld	ATS 2.156	ATS 1.372
Online Dienste	ATS 180	ATS 120
Summe	ATS 3.570	ATS 2.230

6. Zur Berufung gegen den Bescheid vom 12.September 2000:

6.1. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 12.September 2000 wurden die Familienbeihilfe inkl. Erhöhungsbetrag und die Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Jänner und Feber 1999 sowie von Juli bis September 1999 als zu Unrecht bezogen rückgefordert, weil nach Ansicht des Finanzamtes die Einkünfte des Sohnes der Bw. über der gemäß § 5 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 für erheblich Behinderte geltenden Grenze lagen.

6.2. Die Höhe der vom Sohn insgesamt erzielten Einkünfte wird von der Bw. nicht in Abrede gestellt. Die Bw. führt in der Berufung selbst aus, dass der Sohn im Rückforderungszeitraum eine umfangreichere Tätigkeit als in den anderen Monaten ausgeübt habe, diese "Mehrtätigkeit" ergebe sich jedoch daraus, dass die angeführten Monate Ferienmonate seien.

Die Bw. bringt im Wesentlichen vor, die monatlichen Einkünfte seien derart zu ermitteln, dass die in den Ferienmonaten erzielten Einkünfte nicht herangezogen werden dürften und zudem in den Monaten „verstärkter Arbeitsleistung“ des Sohnes auch die höheren Ausgaben laut vorgelegter „beispielhafter Aufstellungsliste“ zu berücksichtigen seien. Strittig ist somit die Art der Ermittlung der monatlichen Einkünfte.

6.3. Zweck des § 5 Abs. 1 lit. d FLAG 1967 id im Berufungsfall anzuwendenden Fassung ist erkennbar die Befreiung der Ferialarbeitseinkünfte in Schulausbildung stehender Kinder von Auswirkungen auf den Beihilfenbezug des Anspruchsberechtigten. (VwGH 22.10.1997,

96/13/0060). Durch die Verknüpfung des Wortes "ausschließlich" in § 5 Abs. 1 lit. d FLAG mit der "während der Schulferien ausgeübten Beschäftigung" ist eindeutig festgelegt, dass nur ein aus einer solchen Beschäftigung erzielter Einkommen nicht zur Ermittlung der Einkünfte des Kindes heranzuziehen ist. Nur dann, wenn die Einkünfte ausschließlich in den Ferien erzielt werden und somit ein echtes "Ferialeinkommen" bilden, haben sie bei Berechnung des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 außer Betracht zu bleiben. Von einem solchen Ferialeinkommen kann aber dann keine Rede mehr sein, wenn das ganze Jahr über aus einer im § 2 Abs. 3 EStG 1988 genannten Tätigkeit Einkünfte erzielt werden. (VwGH 26.05.2004, 2000/14/0090; 15.02.2006, 2002/13/0210).

§ 5 Abs. 1 lit. d FLAG 1967 stellt somit darauf ab, dass die einkunftserzielende Tätigkeit ausschließlich während der Schulferien ausgeübt wird. Die Ausnahmebestimmung des § 5 Abs. 1 lit. d FLAG 1967 kommt nicht zur Anwendung, wenn die Beschäftigung sowohl innerhalb als auch außerhalb der Schulferien ausgeübt wird. (VwGH 12.01.1983, 82/13/0149).

Im vorliegenden Fall übte der Sohn der Bw. seine Beschäftigung unbestritten nicht ausschließlich während der Ferienmonate aus, vielmehr bezog er ab Dezember 1998 laufend nur mehr von einem Dienstgeber auch während des Studienjahres eigene Einkünfte. Somit ist § 5 Abs. 1 lit. d FLAG 1967 nicht anwendbar und die in den Ferienmonaten erzielten Einkünfte können im Berufungsfall bei der Ermittlung der Einkünfte nicht außer Betracht bleiben.

6.4. Bei der Ermittlung der eigenen Einkünfte eines Kindes ist, wie sich aus der wörtlichen Auslegung des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 (in der für Zeiträume bis Dezember 2000 anzuwendenden Fassung) ergibt, zwar grundsätzlich jeder Monat für sich zu betrachten, eine derart wörtliche Auslegung ist aber nur in jenen Fällen möglich, in welchen das Kind Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit in monatlich annähernd gleicher Höhe bezieht. Durch die Bestimmungen des § 10 Abs. 2 FLAG 1967, wonach der Anspruch auf Familienbeihilfe erst mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzukommt, erlischt, würde bei schwankenden Einkünften, die abwechselnd einmal über und dann unter der maßgeblichen Grenze liegen, der Anspruch nie wegfallen. Wenn ein Kind über einen längeren Zeitraum hinweg in den einzelnen Monaten eines Ermittlungszeitraumes der Höhe nach stark abweichende Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit bezog, sind die monatlichen Einkünfte (im Hinblick auf § 10 Abs. 2 leg. cit.) daher derart zu ermitteln, dass die innerhalb eines bestimmten Ermittlungszeitraumes erzielten Einkünfte auf die Anzahl der Monate, in denen die Einkünfte erzielt wurden, gleichmäßig aufgeteilt werden. Diese Durchschnittsbetrachtung ist auch keinesfalls unsachlich, vielmehr würde eine abweichende Ermittlung zu einem nicht sachgerechten Ergebnis führen. Nur die Fiktion von Einkünften in monatlich gleicher Höhe schließt jede willkürliche Lenkung

von anspruchsbegründenden und anspruchvernichtenden Voraussetzungen aus. (VwGH 27.03.2003, 99/15/0082; 24.01.1990, 88/13/0239; 4.02.1987, 85/13/0180, 12.01.1983, 82/13/0149)

Sind die monatliche Einkünfte - wie im gegenständlichen Fall - in stark unterschiedlicher Höhe zur Ermittlung der Einkünfte gemäß § 5 Abs. 1 FLAG heranzuziehen, sind daher die Einkünfte auf die Anzahl der Monate, in denen sie erzielt wurden, gleichmäßig aufzuteilen.

Aus dem gesetzlichen Verweis auf den § 2 Abs. 3 des EStG 1988 im ersten Satz des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 ist zu entnehmen, dass die Ermittlung der Höhe der monatlichen Einkünfte grundsätzlich nach den einkommensteuerrechtlichen Bestimmungen zu erfolgen hat, wobei jedoch die Periodenvorschrift des § 2 Abs.1 EStG 1988 (Kalenderjahr) ebenso wenig zum Tragen kommt wie Bestimmungen betreffend Steuerfreibeträge bzw. -Freigrenzen für die Berechnung der Einkommen- bzw. Lohnsteuer.

Laut beiliegendem Berechnungsblatt bezog der Sohn der Bw. auf Grund seines Dienstverhältnisses laut vorliegender Dienstgeberbestätigung von Dezember 1998 bis Dezember 2000 Einkünfte (Bruttobezüge abzüglich Sozialversicherungsbeiträge) in Höhe von Betrag von ATS 295.520,77 (€ 21.476,33). Der aus den erzielten Einkünften sich ergebende fiktive Monatsbetrag von ATS 11.820,83 ($295.520,77 / 25 \text{ Monate}$) liegt deutlich über der maßgeblichen Einkommensgrenze von ATS 8.112 für das Jahr 1999 (bzw. ATS 8.312,- für das Jahr 2000).

Doch auch unter Berücksichtigung des Vorbringens der Bw., dass in Monaten Jänner und Juni 1999 zusätzliche Ausgaben angefallen seien, ergibt sich, – ohne weitere Prüfung der tatsächlichen Aufwendungen – dass die Einkünfte des Sohnes durchschnittlich über dem jeweils geltenden Richtsatz lagen: Bei Jahresbetrachtung (Kalenderjahr) ergeben sich selbst nach Abzug der sonstigen Bezüge (Sonderzahlungen, Besteuerung mit festem Steuersatz § 67 EStG 1988 soweit Freibetrag von ATS 8.500 übersteigend) sowie abzüglich der nicht durch den Arbeitgeber berücksichtigten Werbungskosten laut Antrag (für 1999 insgesamt ATS 5.800) bzw. des Werbungskostenpauschbetrages für das Jahr 2000 laut beiliegendem Berechnungsblatt fiktive, über dem jeweiligen Grenzbetrag nach § 5 Abs.1 FLAG 1967 liegende Monatseinkünfte (für das Jahr 1999 in Höhe von 9.334,63 ATS, für das Jahr 2000 in Höhe von 10.855,88 ATS).

6.5. Im Hinblick auf § 10 Abs.2 FLAG 1967 ist im vorliegenden Fall auch von Bedeutung, dass der Sohn der Bw. bereits im Dezember 1998 Einkünfte jenseits der maßgeblichen Grenze bezogen hat, obwohl vom Spruch des angefochtenen Bescheides erst der Zeitraum ab Jänner 1999 umfasst wird.

Da die monatlichen Einkünfte des Sohnes ab Dezember 1998 durchschnittlich über der maßgeblichen Einkommensgrenze lagen, ist der Ausschließungsgrund des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 für den strittigen Zeitraum Jänner und Februar 1999 sowie Juli bis September 1999 vorgelegen.

6.6. Hinsichtlich des Kinderabsetzbetrages für den Zeitraum Juli bis September 1999 teilt die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Rechtsansicht des Finanzamtes, dass der Kinderabsetzbetrag – wie in der Berufungsvorentscheidung auch dargestellt – nicht ATS 5.325, sondern ATS 1.425 (= 3 x ATS 475) beträgt, so dass diesbezüglich der Berufung teilweise Folge gegeben wird.

Im übrigen kann der Berufung nach den vorstehenden Ausführungen nicht Folge gegeben werden und es ergeben sich aus der Berufungsentscheidung die Rückforderungsbeträge (vgl. § 8 Abs. 2 und 4 FLAG in der Fassung BGBl. I Nr. 79/1998) wie im Spruch dargestellt.

7. Zur Berufung gegen den Bescheid vom 29. Oktober 2001

7.1. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 29. Oktober 2001 wurden der Erhöhungsbetrag nach § 8 Abs.4 FLAG 1967 für den Zeitraum Juni 1997 bis Dezember 1997 sowie die erhöhte Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge für die Zeiträume Jänner bis Dezember 1998, März bis Juni 1999 sowie Oktober 1999 bis Juni 2000 als zu Unrecht bezogen rückgefordert. Die Rückforderung des Erhöhungsbetrages nach § 8 Abs.4 FLAG 1967 ab Juni 1997 erfolgte, weil beim Sohn der Bw. laut fachärztlichem Gutachten vom 11. Juni 2001 keine erhebliche Behinderung vorlag. Damit verbunden war der für nicht erheblich behinderte Kinder geltende niedrigere Grenzbetrag nach § 5 Abs. 1 FLAG 1967 (Geringfügigkeitsgrenze) anzuwenden, und nachdem die Einkünfte des Sohnes der Bw. ab Februar 1998 im Durchschnitt über der maßgeblichen Grenze lagen, wurden auch die ausbezahlten Familienbeihilfenbeträge (Grundbetrag) und die Kinderabsetzbeträge rückgefordert, soweit die Zeiträume nicht schon mit Bescheid vom 12. September 2000 rückgefordert worden waren.

Ergänzend ist zu bemerken, dass der Sohn vor dem August 2000 (erstmaliger Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe) nur Einkünfte in Höhe bis zur Geringfügigkeitsgrenze erzielen hätte dürfen. Die Bw. hatte dem Finanzamt nicht gemeldet, dass der Sohn bereits 1998 seine Beschäftigung(en) aufgenommen hatte.

7.2 Als erheblich behindert gilt gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967 ein Kind, bei dem der Grad der Behinderung mindestens 50 v.H. beträgt, wobei der Behinderungsgrad durch das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens zu bescheinigen ist.

Im gegenständlichen Fall wurde von der Abgabenbehörde zweiter Instanz eine Stellungnahme des zuständigen Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen zu den von der Bw. in der Berufung vorgebrachten Einwänden betreffend die Erstellung des Gutachtens vom 11. Juni 2001 eingeholt bzw. um Erstellung eines neuen Gutachtens über den Behinderungsgrad des Sohnes der Bw. unter Berücksichtigung der Vorbringen der Bw. ersucht. Im neu erstellten Gutachten wurde vom Ärztlichen Dienst des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen Wien, Niederösterreich und Burgenland unter Einbeziehung eines lungenfachärztlichen Sachverständigengutachtens und eines von der Bw. ebenfalls angeregten nervenfachärztlichen Sachverständigengutachtens (beide vom 2. Oktober 2002) festgestellt, dass der Sohn der Bw. einerseits an Asthma bronchiale (Richtsatzposition III/a/286; Grad der Behinderung: 30%) und andererseits an einer neurotischen Depression (Richtsatzposition g.z. V/e/585; Grad der Behinderung 30%) leide. Der untere Rahmensatz beim Asthma ergebe sich wegen lediglich mäßiggradiger Einschränkung der respiratorischen Leistungsreserven infolge langzeitigen Asthmas bronchiale. Die Richtsatzposition bei der Depression bestehe drei Stufen über dem unteren Rahmensatz, da eine starke Somatisierungstendenz vorliege und zur Zeit der Befundung antidepressive Medikation erforderlich sei. Die psychische Symptomatik dürfte dem Verlauf nach bereits 1995 bzw. 1996 bestanden haben. Es bestehe ein depressives Syndrom und sei mit dem gleichen Grad der Behinderung zu bewerten. Gesamt ergebe sich ein Behinderungsgrad von 50%, weil das führende Leiden (Asthma bronchiale) durch das zweite Leiden (neurotischen Depression) um zwei Stufen erhöht werde. Das erstellte Kalkül gelte ab dem Zeitraum 1995/96.

Auf Grund der ärztlichen Sachverständigengutachten vom 2. Oktober 2002 wurde somit durch das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen - entgegen dem Gutachten vom 11. Juni 2001 – der Grad der Behinderung mit 50 v.H. festgestellt.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat ein ärztliches Gutachten, soll damit eine Behinderung im Sinne des FLAG dargetan werden, Feststellungen über Art und Ausmaß des Leidens in schlüssiger und damit nachvollziehbarer Weise zu enthalten (VwGH 29.03.2006, 2003/14/0006). Die Würdigung einander widersprechender amtsärztlicher Bekundungen ist ein Akt behördlicher Beweiswürdigung nach § 167 Abs. 2 BAO (z.B. VwGH 15.03.1995, 94/13/0258).

Da das Gutachten vom 2. Oktober 2002 (Gesamt-Behinderungsgrad 50 v.H.) im Vergleich zum anders lautenden Gutachten vom 11. Juni 2001 (Grad der Behinderung null v.H.) Art und Ausmaß des Leidens ausführlich darstellt und auch schlüssig die Feststellung des Behinderungsgrades wiedergibt, ist das Gutachten vom 2. Oktober 2002 nach Auffassung der

Berufungsbehörde als Beweismittel auch geeignet, die erhebliche Behinderung des Sohnes der Bw. nachzuweisen.

7.3. Damit ist der Sohn der Bw., wie ausgeführt, im Rückforderungszeitraum als erheblich behindert iSd § 8 Abs. 5 FLAG 1967 einzustufen und ist für die Beurteilung, ob hinsichtlich der eigenen Einkünfte des Sohnes der Ausschließungsgrundes nach § 5 Abs. 1 FLAG 1967 vorliegt, nicht die Geringfügigkeitsgrenze, sondern der für ein erheblich behindertes Kind maßgebliche (höhere) Richtsatz nach § 293 Abs. 1 lit. a, bb im Zusammenhang mit Abs. 2 ASVG heranzuziehen.

7.4. Wie bereits in der Sachverhaltsdarstellung ausgeführt, übte der Sohn der Bw. im Zeitraum von Juni 1997 bis Jänner 1998 sowie im November 1998 keine Beschäftigung aus, bezog von Februar bis Oktober 1998 Einkünfte aus einer geringfügigen Beschäftigung und neben den Einkünften aus der geringfügigen Beschäftigung für zwei Monate (von 3. August 1998 bis 2. Oktober 1998) zusätzliche Einkünfte. Da bei Gesamtbetrachtung der Bezüge für den Zeitraum Februar bis Oktober 1998 diese durchschnittlich unter dem für das Jahr 1998 maßgeblichen Richtsatz-Werte von ATS 7.992,- (€ 580,80) lagen, ergibt sich als rechtliche Konsequenz, dass der Erhöhungsbetrag nach § 8 Abs. 4 FLAG 1967 für den Zeitraum Juni 1997 bis Dezember 1997 sowie die Familienbeihilfe inkl. Erhöhungsbetrag und die Kinderabsetzbeträge unter Beachtung des § 10 Abs.2 FLAG 1967 für den Zeitraum Jänner bis Dezember 1998 von der Bw. zu Recht bezogen wurden.

7.5. Ab dem 1. Dezember 1998 stand der Sohn der Bw. durchgehend in einem Beschäftigungsverhältnis und bezog monatlich stark unterschiedlich hohe Einkünfte. Bei der Ermittlung der Einkünfte gemäß § 5 Abs. 1 FLAG 1967 sind Einkünfte auf die Anzahl der Monate, in denen sie erzielt wurden, gleichmäßig aufzuteilen, wenn Einkünften aus nicht-selbstständiger Arbeit nicht in monatlich annähernd gleicher Höhe bezogen werden. Da die Beschäftigung nicht ausschließlich in den Ferien ausgeübt wurde, kommt auch die Ausnahmebestimmung des § 5 Abs.1 lit.d FLAG 1967 nicht zur Anwendung. Zur Vermeidung von Wiederholungen darf hier auf die obigen Ausführungen in Pkt. 6.3. und Pkt. 6.4 zur Berufung gegen den Bescheid vom 12.September 2000 sowie auf das der Ausfertigung dieser Entscheidung beiliegende Berechnungsblatt verwiesen werden.

Da die monatlichen Einkünfte des Sohnes der Bw. bei der erforderlichen Durchschnittsbetrachtung nach den obigen Ausführungen im Rückforderungszeitraum ab Dezember 1998 über den maßgeblichen Einkommensgrenzen lagen, ist der Ausschließungsgrund nach § 5 Abs. 1 FLAG 1967 vorgelegen. Damit wurden für die Zeiträume März bis Juni 1999 sowie Oktober 1999 bis Juni 2000 die Familienbeihilfe (damit verbunden der Erhöhungsbetrag

wegen erheblicher Behinderung) und die Kinderabsetzbeträge von der Bw. zu Unrecht bezogen.

7.6. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Ausführungen, dass der Berufung gegen den Bescheid vom 29. Oktober 2001 für den Zeitraum Juni 1997 bis Dezember 1998 Folge gegeben werden kann, die Rückforderung der für die Zeiträume März bis Juni 1999 sowie Oktober 1999 bis Juni 2000 zu Unrecht bezogenen Beträge gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs.4 lit.a bzw. lit.c EStG 1988 jedoch zu Recht erfolgte.

8.1. Die Vorbringen der Bw., sie habe in Treu und Glauben gehandelt und die Beträge im Sinne ihres Sohnes verwendet bzw. sie habe nach der Trennung vom Ehemann auch als allein erziehende Mutter für Gesundheit und Wohnergehen des Sohnes sorgen müssen, sind rechtlich ohne Bedeutung, weil der Rückforderungsanspruch nach § 26 Abs. 1 FLAG (nach § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a letzter Satz EStG 1988 auch auf Kinderabsetzbeträge anzuwenden) nur auf die objektive Unrechtmäßigkeit des Bezuges der Familienbeihilfe abstellt (u.a. VwGH 10.12.1997, 97/13/0185).

8.2. Soweit sich die Bw. mit ihrem Begehren "von der Rückforderung Abstand zu nehmen" auf § 26 Abs.4 FLAG 1967 beruft, ist zu ergänzen, dass auf eine in § 26 Abs. 4 FLAG 1967 ermöglichte aufsichtsbehördliche Maßnahme der Oberbehörde kein Rechtsanspruch besteht (VwGH 22.04.1998, 98/13/0067). Eine allfällige Maßnahme nach § 236 BAO (Nachsicht) war nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Ergänzend sei auch darauf verwiesen, dass die Bw. der Meldepflicht nach § 25 FLAG 1967 nicht nachgekommen ist.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Beilage: 1 Berechnungsblatt

Wien, am 4. Dezember 2007