

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch

den Richter

Ri.

in der Beschwerdesache Bf. gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 26.06.2012, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Jänner bis November 2011

zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als der Rückforderungsbescheid auf den Zeitraum Juni bis November 2011 eingeschränkt wird.

### **Rückforderungsbetrag:**

Familienbeihilfe 993 € [(152,70 € + 12,80 €) x 6] zuzüglich Kinderabsetzbeträge 350,40 € (58,40 € x 6), **gesamt daher 1.343,40 €.**

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.) bezog für ihren Sohn S., geboren 1989, bis 30. November 2011 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

S. absolvierte ab Oktober 2010 einen Diplomkurs (Audio Engineer Diploma Standard) am B. Institut Wien. Daneben war er berufstätig und bezog laut Einkommensteuerbescheid 2011 im gesamten Kalenderjahr 2011 ein Einkommen in Höhe von € 10.041,45.

Das Finanzamt forderte von der Bf. nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit Bescheid vom 26. Juni 2012 die für die Monate Jänner bis November 2011 bezogenen

Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge unter Verweis auf die Bestimmungen des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 mit der Begründung zurück, dass S. im Kalenderjahr 2011 die Einkommensgrenze überschritten habe.

In der gegen den Rückforderungsbescheid eingebrochenen Berufung führt die Bf. aus, dass nur für Jänner bis November 2011 eine Anspruchsberechtigung auf Familienbeihilfe bestanden habe, weshalb laut Auskunft des Finanzamtes und laut § 5 Abs. 1 lit. a FLAG nicht das gesamte Jahreseinkommen, sondern nur das Einkommen von Jänner bis November 2011 für die Beurteilung herangezogen werden dürfe. Von Jänner bis November 2011 habe das Einkommen des Sohnes der Bf. € 9.111,28 (€ 8.154,49 Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit und € 956,79 Einkünfte aus Gewerbebetrieb), somit unter der Zuverdienstgrenze von € 10.000,-, betragen.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufsvorentscheidung vom 10. September 2012 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 mit der Begründung ab, dass S. laut Bestätigung des B.-Institutes vom 12.12.2011 den Kurs vom 6.9.2010 bis 31.12.2011 besucht habe. Dies sei auch aufgrund einer telefonischen Rückfrage beim B.-Institut bestätigt worden. Das zu versteuernde Einkommen habe laut Einkommensteuerbescheid 2011 € 10.041,45 betragen. Da der Anspruch auf Familienbeihilfe für das ganze Jahr gegeben gewesen sei und die Einkommensgrenze überschritten worden sei, sei die Berufung abzuweisen.

Die steuerliche Vertretung der Bf. erhob gegen die Berufsvorentscheidung eine als Vorlageantrag zu wertende "Berufung".

Im Wesentlichen wird darin vorgebracht, dass der Sohn der Bf. glaublich bereits im Oktober 2011 den Vertrag mit B. Institut schriftlich gekündigt habe. Die von B. akzeptierte Kündigung sei dem Finanzamt bereits am 7. August 2012 übermittelt worden. Laut Statuten B. gebe es allerdings eine Kündigungsfrist. Dies dürfte auch der Grund gewesen sein, dass S. bei der dem Finanzamt bereits vorliegenden Schulbesuchsbestätigung von B. noch am 12. Dezember 2011 als Student eingeschrieben war. Da S. das Institut im Dezember 2011 schon längst nicht mehr besucht habe, handle es sich bei dieser Bestätigung um die Bestätigung eines abstrakten Schulbesuches/Studiums, den es de facto nicht mehr gegeben habe. Die Finanzbehörde habe zwar im Kalendermonat Dezember 2011 keine Familienbeihilfe für S. ausbezahlt, da er im Dezember kein Student mehr war, sei aber bei einer Bewertung des Jahreseinkommens völlig konträr davon ausgegangen, dass S. im Dezember 2011 noch Student war. Nach Ansicht der Bf. könne nur Letzteres bei der Entscheidungsfindung herangezogen werden.

Die Bf. übermittelte an das Finanzamt ein mit 7. August 2012 datiertes Schreiben, in dem sie mitteilte, dass Sohn S. das Studium mit Wirksamkeit 31. Oktober 2011 eingestellt habe.

Der unabhängige Finanzsenat richtete am 19. September 2013 folgendes Schreiben an das B. Institut Wien:

"In einem anhängigen Berufungsverfahren kann es entscheidungswesentlich sein, bis zu welchem genauen Zeitpunkt Hr. R. Ihr Institut besucht hat. Hierbei handelt es sich offensichtlich um den Kurs „Audio Engineering Diploma – AEDS 910“.

Diesbezüglich liegen einander teilweise widersprechende Angaben vor; in einer Schulbesuchsbestätigung vom 12.12.2011 geben Sie an, dass Kursbeginn am 6.9.2011 war und Kursende am 31.12.2011 sein wird. In einem am gleichen Tag ausgefertigten Schreiben bestätigen Sie den Erhalt der Kündigung von S. R.. Aus einem Aktenvermerk des Finanzamtes über eine

telefonische Rücksprache mit Ihrem Institut ist ersichtlich, dass er den Kurs bis 12/2011 besucht habe, genaue Daten aber nicht mehr eruieren werden könnten.

In einem Schreiben vom 30.4.2013 bestätigen Sie, dass Herr S. R. den Kurs nur bis 18.5.2011 besucht haben soll, wegen der Kündigungsfristen die Kursgebühr aber bis zum 1.1.2011 entrichten habe müssen.

Es wird daher um Bekanntgabe gebeten, an welchem Tag Hr. R. tatsächlich zuletzt den Unterricht besucht hat. Liegen Unterlagen über abgelegte Prüfungen vor? Weiters werden Sie um Übermittlung des Kündigungsschreibens gebeten..."

Dieses Schreiben wurde wie folgt beantwortet:

"Laut unseren Unterlagen hat sich Herr R. am 9.8.2010 für den am 6.9.2010 startenden Kurs AEDS 910 angemeldet. Hätte er den Kurs regulär bis zum Ende besucht, wäre sein Kursende der 27.8.2012 gewesen.

Am 14.11.2011 haben wir seine Kündigung in unser Adminsystem eingetragen. Aufgrund der Kündigungsfristen war er noch bis zum 31.12.2011 als Student ordentlich bei uns eingeschrieben und zur Zahlung von anfallenden Kursgebühren verpflichtet.

Herr R. war leider kein besonders engagierter Student. Laut unseren Unterlagen hat er bis zum 18.5.2011 mehr oder weniger regelmässig seine Unterrichte besucht. Von September 2010 bis Jänner 2011 sehr regelmässig, ab Februar 2011 bis 18.5.2011 hat er dann öfters gefehlt. Danach war er unseres Erachtens nicht mehr im Haus (er taucht bis 31.12.2011 in den Anwesenheitslisten noch 5x auf, das waren aber vermutlich nur Flüchtigkeitsfehler externer Vortragenden).

In, bei manchen unserer StudentInnen vorkommender, Vogel-Strauss-Manier, hat er es erst im November 2011 geschafft ein (unvollständiges) Kündigungsschreiben abzugeben. Wie sie auf dem Scan im Anhang sehen können, fehlen Datum und Kurs ID.

Da Herr R. zum Zeitpunkt der Kündigung schon beinahe 6 Monate nicht mehr im Kurs anwesend war, stand zu befürchten, dass er wieder Monate brauchen würde um uns eine vernünftige Kündigung abzugeben. Hätten wir die Kündigung also in dieser Form nicht angenommen, wären so vermutlich weitere Kosten für ihn (bzw seine Eltern) angefallen. Deshalb haben wir die Kündigung fristgerecht per 14.11.2011 in unser System eingetragen und sein Kursvertrag war damit per 31.12.2011 beendet.

Laut unseren Unterlagen hat Herr R. bis zum 18.5.2011 eine anfallende theoretische Prüfung, wenn auch negativ, abgelegt (unsere Studierenden müssen eine Mindestnote von 80% = Schulnote 3 erreichen um positiv zu sein). Seine letzte Prüfung war eben dieser Theorietest am 5. Mai 2011, bei der er genau 50% der Fragen korrekt beantwortet hat. Zu den von Kursbeginn bis Mai angefallenen 3 praktischen Prüfungen ist er nicht angetreten. Ich habe Ihnen auch noch einen Screenshot von unserem Studentenadmin System mit dem Notenbaum angehängt.

Zusammenfassend:

Herr R. war von 6.9.2010 bis 15.8.2011 (Anm.: richtig: 18.5.) aktiver Student in dem Kurs für den er bis zum 31.12.2011 ordentlich angemeldet war. In seiner aktiven Zeit nahm er, mehr oder weniger regelmässig, an seinen Unterrichten teil und hat zumindest eine der anfallenden Prüfungen (allerdings negativ) abgelegt, und zwar am 5.5.2011. Mehr lässt sich aus unseren Aufzeichnungen nicht mehr herausfinden."

Das Bundesfinanzgericht richtete an die Bf. folgendes Schreiben:

... um festzustellen, wie lange sich Ihr Sohn S. im Jahr 2011 tatsächlich in Berufsausbildung befunden hat, wurde ein Auskunftsersuchen an das B. Institut gerichtet. Die Beantwortung ist diesem Schreiben angeschlossen. Hieraus ergibt sich, dass bereits ab Juni 2011 nicht mehr von einer ernsthaften und zielstrebigen Berufsausbildung gesprochen werden kann, weshalb auch ab diesem Zeitpunkt kein Familienbeihilfenanspruch mehr besteht.

In rechtlicher Hinsicht folgt daraus, dass die Einkommensgrenzen des § 5 FLAG im Jahr 2011 nicht überschritten worden sind; wie Sie in Ihrem Vorlageantrag richtig ausführen, bleibt für die Grenzbetragsberechnung das zu versteuernde Einkommen außer Ansatz, das vor und nach Zeiträumen erzielt wird, für das kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

Somit ist beabsichtigt, Ihrer Beschwerde teilweise Folge zu geben und die Rückforderung auf den Zeitraum Juni bis November 2011 einzuschränken."

Die Bf. hat dieses Schreiben wie folgt beantwortet:

"Die von der Schulleiterin getroffenen Ausführungen können unseres Erachtens nicht für eine objektive Bewertung des Sachverhaltes herangezogen werden.

Insbesondere auf Grund des Eingangsstatements von Fr. P, wonach in der B. wichtige Antwortschreiben untergehen, Kursbesuche von Stunden nicht schlüssig nachvollziehbar sind, und Anwesenheiten wie im Falle meines Sohnes S. 5x, als Flüchtigkeitsfehler von externen Vortragenden bezeichnet werden?!

Gerade bei einem Institut, welches Studienrichtungen im Bereich der Technik anbietet, sollte meiner Meinung nach mit einem einzigen Knopfdruck dokumentiert werden können, wann ein Student einen Kurs/Vortrag besucht hat und wann nicht. Meinen Informationen zur Folge arbeitet die B. mit Zutrittscodes für Räumlichkeiten, Computer Logins u.v.m. Also die Aussage, dass die „Informationssammlung“ eine detektivische Herausforderung war, ist schon sehr bemerkenswert.

### **Zu den Fakten:**

#### **Kommentare von Fr. P.:**

- *...ab Februar 2011 bis 18.05.2011 hat er dann öfters gefehlt.*
- *Danach war er unseres Erachtens nicht mehr im Haus*
- ***er taucht bis 31.12.2011 in den Anwesenheitslisten noch 5 x auf, das waren aber vermutlich nur Flüchtigkeitsfehler externer Vortragender.***
- *da Hr. R. zum Zeitpunkt der Kündigung schon beinahe 6 Monate nicht mehr im Kurs anwesend war.....*

#### **Anmerkung dazu:**

Diese Kommentare sind für uns ein eindeutiges Indiz dafür, dass die B. scheinbar nicht in der Lage ist, zu dokumentieren, wann und wie oft Studenten, in unserem Fall S. die B. bis zu seiner Kündigung besucht hat.

Was bedeutet er war unseres Erachtens nicht mehr im Haus? Und warum steht dann im Klammer er taucht bis 31.12.2011 in den Anwesenheitslisten noch 5 x auf.

Gleichzeitig wird dies als Flüchtigkeitsfehler von Vortragenden bezeichnet? Dann findet sich noch das Statement „da Hr. R. zum Zeitpunkt der Kündigung schon beinahe 6 Monate nicht mehr im Kurs anwesend war.....“

An Widersprüchen nicht mehr zu überbieten.

### **Zu den Flüchtigkeitsfehlern:**

Wenn externe Vortragende Flüchtigkeitsfehler begehen, war S. vielleicht sogar öfters als 5x bis zu seiner eingetragenen Kündigung am 14.11. anwesend?

Ich könnte mir bei allergrößter Phantasie vorstellen, dass vielleicht einmal vergessen wird einen Studenten in der Anwesenheitsliste einzutragen, der tatsächlich anwesend ist.

Aber umgekehrt ist es für uns schwer vorstellbar. Warum sollte ein Vortragender einen Studenten als anwesend führen, der physisch nicht anwesend ist? Umkehrschluss, S. könnte wohl öfters als 5x Vorträge besucht haben. Vielleicht wurden ja in die andere Richtung Flüchtigkeitsfehler gemacht? Leider weiß auch mein Sohn heute nicht mehr exakt, wie oft und bis zu welchem Monat er das Institut besucht hat.

Jedenfalls ist aus unserer Sicht die Bewertung und Abwertung von Fr. P ebenfalls mehr als subjektiv, dass S. kein besonders motivierter Student war, was wahrscheinlich auch ausschlaggebend für Ihre Feststellung war, **dass ab Juni 2011 nicht mehr von einer ernsthaften und zielstrebigen Berufsausbildung gesprochen werden kann**. Dies wäre vielleicht nicht so ausgefallen, hätte Fr. P- die 5xige Anwesenheit meines Sohnes nicht als Flüchtigkeitsfehler von Vortragenden bezeichnet, sondern einfach objektiv und emotionslos dargestellt. Die Frage die sich für uns stellt, welche Motivlage hier für eine derart negative Bewertung seitens der Schulleiterin vorhanden ist.

Zu der negativen Bewertung des Engagements meines Sohnes, erlaube ich mir noch anzuführen, dass S. neben seinem Studium an der B. auch einer Halbtagsbeschäftigung nachging, und ab 1. September 2011 zusätzlich den Schritt in die Selbständigkeit wagte.

... aus den oben angeführten Gründen, insbesondere der widersprüchlichen und nicht objektivierbaren Aussagen, ersuche ich, den Status der Familienbeihilfe bis November 2011 zu belassen, und von einer Rückforderung Abstand zu nehmen."

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

#### **Gesetzliche Bestimmungen:**

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe u.a. für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die in einem Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden.

Gemäß § 5 Abs. 1 FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung besteht für ein Kalenderjahr, das nach dem Kalenderjahr liegt, in dem das Kind das 18. Lebensjahr vollendet hat und in dem es ein zu versteuerndes Einkommen (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) bezogen hat, das den Betrag von € 10.000,-- übersteigt, kein Anspruch auf die 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;
- b) Entschädigungen aus einem anerkannten Lehrverhältnis,
- c) Waisenpensionen und Waisenversorgungsgenüsse.

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 in der im Streitzeitraum geltenden Fassung steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des FLAG 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 € für jedes Kind zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG 1967 anzuwenden.

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

Das Bundesfinanzgericht 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 iVm § 2a 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.

### **Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:**

Die Bf. bezog für ihren Sohn bis November 2011 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Laut Schreiben der Bf. vom 7. August 2012 hat der Sohn das von ihm am B. Wien betriebene Studium ("Audio Engineering Diploma – AEDS 910") mit Wirksamkeit 31. Oktober 2011 eingestellt.

Er ist am 5.5.2011 zu einer Prüfung angetreten, hat sie aber nicht bestanden. Zu weiteren Prüfungen ist er ab diesem Zeitpunkt nicht angetreten.

Laut Schreiben der Schulleitung des B. Institutes vom 30. April 2013 besuchte der Sohn der Bf. den Kurs bis zum 18. Mai 2011, musste aber auf Grund verabsäumter Kündigungsfristen die Kursgebühr bis Ende November 2011 entrichten.

S. bezog laut Einkommensteuerbescheid 2011 ein Einkommen in Höhe von € 10.041,45.

### **Rechtliche Würdigung:**

Was unter Berufsausbildung zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht näher definiert. Der VwGH hat hierzu in seiner ständigen Rechtsprechung verschiedene Kriterien entwickelt (sh für viele zB VwGH 18.11.2008, 2007/15/0050; VwGH 8.7.2009, 2009/15/0089; VwGH 18.11.2009, 2008/13/0015; sh auch Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 2 Rz 35).

So muss das ernstliche und zielstrebige, nach außen erkennbare Bemühen um den Ausbildungserfolg gegeben sein. Das Ablegen von Prüfungen, die in einer Ausbildungsvorschrift vorgesehen sind, ist essenzieller Bestandteil der Berufsausbildung. Berufsausbildung liegt daher nur dann vor, wenn die Absicht zur erfolgreichen Ablegung der vorgeschriebenen Prüfungen gegeben ist. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob tatsächlich die erfolgreiche Ablegung der Prüfungen gelingt. Die bloße Anmeldung zu Prüfungen reicht für die Annahme einer zielstrebigen Berufsausbildung aber nicht aus.

Die Vorbereitung auf die Ablegung der Prüfung muss die volle Zeit des Kindes in Anspruch nehmen und das Kind muss zu den festgesetzten Terminen zu den Prüfungen antreten (VwGH 8.7.2009, 2009/15/0089, zur Vorbereitung auf die Externistenreifeprüfung).

Misst man den vorliegenden Beschwerdefall an diesen Kriterien, kann zumindest ab Juni 2011 von einer Berufsausbildung iSd FLAG nicht gesprochen werden. Nach dem 5.5.2011 ist der

Sohn der Bf. zu keinen Prüfungen mehr angetreten. Dahingestellt bleiben kann, ob er ab diesem Zeitpunkt nicht mehr oder nur mehr sporadisch den Unterricht besucht hat, da auch ein fünfmaliger Besuch des Unterrichts innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nicht einmal annähernd das ernstliche und zielstrebige, nach außen erkennbare Bemühen um den Ausbildungserfolg erkennen lässt.

Auch der Umstand, dass der Sohn der Bf. einer Halbtagsbeschäftigung nachging und ab 1. September 2011 zusätzlich den Schritt in die Selbständigkeit wagte, wie dies im Schreiben der Bf. vom 30.3.2014 angeführt wird, spricht nicht für, sondern gegen den Standpunkt der Bf., da es unter diesen Voraussetzungen umso schwieriger gewesen sein muss, den erforderlichen zeitlichen Umfang der Berufsausbildung zu erfüllen.

Somit kann in freier Beweiswürdigung als erwiesen angenommen werden, dass sich der Sohn der Bf. ab Juni 2011 nicht mehr in Berufsausbildung befunden hat.

War dies aber nicht der Fall, bleibt bei Ermittlung der Einkommensgrenze des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 das zu versteuernde Einkommen außer Betracht, das im Zeitraum Juni bis Dezember 2011 erzielt wurde. Damit wurde aber die Einkommensgrenze im Jahr 2011 nicht überschritten, weshalb für die Monate Jänner bis Mai 2011, in denen noch eine Berufsausbildung vorgelegen ist, Familienbeihilfe zusteht. Der angefochtene Bescheid war daher insoweit abzuändern, als der Rückforderungszeitraum auf die Monate Juni bis November 2011 eingeschränkt wird.

### **Zulässigkeit einer Revision**

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

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da keine Rechtsfrage strittig ist, sondern der vorliegende Sachverhalt, dass nämlich ab Juni 2011 keine Berufsausbildung iSd FLAG gegeben war, in freier Beweiswürdigung beurteilt wurde.