



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vom 14. Juni 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt, vom 11. Mai 2010, SVNr., betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für Juni 2006 bis September 2008 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Bw bezog bis Mai 2006 für ihren Sohn, Familienbeihilfe.

Ein Eigenantrag des Sohnes auf Gewährung der Familienbeihilfe wurde von seinem Wohnsitzfinanzamt im Sinne des § 6 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) abgewiesen, da der Sohn Anspruch auf Unterhalt gegenüber seinen Eltern hatte und vom Vater auch tatsächlich Unterhalt bezahlt worden ist.

Die Auszahlung der Familienbeihilfe an die Bw wurde aufgrund des Eigenantrages des Sohnes, aus dem sich ergab, dass keine Haushaltszugehörigkeit zur Bw mehr bestand, bzw. seiner Mitteilung, dass er seitens der Mutter keinen Unterhalt erhalte, mangels Anspruches nach dem Mai 2006 eingestellt.

Mit Antrag an das BG vom 14.8.2006 begehrte der Sohn, die Bw zu verpflichten für ihn Unterhalt zu leisten. Mit Beschluss des Bezirksgerichtes vom 29.1.2009, GZ., wurde die Bw

verpflichtet, für bestimmte Zeiträume ab 1.10.2003 Unterhalt in unterschiedlicher Höhe und ab 1.10.2004 einen monatlichen Unterhaltsbetrag in Höhe Euro 440,00 zu bezahlen. Dem Rekurs der Bw wurde mit Beschluss des LG vom 11.3.2009 keine Folge gegeben.

Mit 24.6.2009 wurde durch das BG., die Gehaltsexekution wegen Euro 34.558,17 bewilligt.

Mit Antrag vom 11.3.2010 beantragte die Bw die Gewährung der Familienbeihilfe für ihren Sohn, ab Juni 2006 bis zum Erreichen des 27. Lebensjahres.

Mit Schreiben vom 2.4.2010 führt der Sohn, aus, dass er seitens der Bw keinen Unterhalt erhalte und die Bw auch den Rückstand an Unterhaltsnachzahlungen nicht beglichen habe.

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

#### **A.) Sachverhalt:**

Aufgrund der von der Bw vorgelegten Gerichtsbeschlüsse ergibt sich, dass der Sohn, spätestens nach dem Mai 2006 nicht mehr dem Haushalt der Bw angehörte.

Weiters ergibt sich aus diesen Unterlagen, dass die Bw in dem Zeitraum, für den sie die Familienbeihilfe beantragt hat, tatsächlich keinen Unterhalt für den Sohn geleistet hat.

Sie wurde zwar zur Nachzahlung des Unterhaltes verpflichtet, hat aber jedenfalls bis zur Stellung des Exekutionsantrages im Jahre 2009 keinen Unterhalt und auch die Nachzahlung noch nicht bezahlt.

#### **B.) Rechtslage:**

§ 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) lautet auszugsweise:

(1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, ...,

b) für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr 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. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein

unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstausmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß, ...

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat 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.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, ... .

Gem. § 7 FLAG wird die Familienbeihilfe für ein Kind nur einer Person gewährt.

Ergänzend bestimmt § 10 FLAG auszugsweise:

(1) Die Familienbeihilfe wird nur auf Antrag gewährt;

(2) Die Familienbeihilfe wird 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 Ausschlussgrund hinzukommt.

3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

§ 295a BAO lautet:

Ein Bescheid kann auf Antrag der Partei (§ 78) oder von Amts wegen insoweit abgeändert werden, als ein Ereignis eintritt, das abgabenrechtliche Wirkung für die Vergangenheit auf den Bestand oder Umfang eines Abgabenanspruches hat.

### **C.) Rechtliche Würdigung:**

Aus § 2 Abs. 2 FLAG leitet sich ab, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe in zwei Stufen zu prüfen ist (vgl. VwGH 16.2.1988, 85/14/0130 in ÖStZB 1988, 392):

Primär hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe, zu deren Haushalt ihr Kind gehört.

Nur dann, wenn das Kind zu keinem Haushalt einer anspruchsberechtigten Person gehört, ist die Frage der Kostentragung relevant. Nur in diesem Fall steht nämlich die Familienbeihilfe der Person zu, die die Kosten des Unterhalts überwiegend trägt.

Ein Kind, das sich außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Familie aufhält, gilt solange als zum Haushalt einer Person gehörig, solange der anderweitige Aufenthalt des Kindes nur ein "vorübergehender" ist. Die Ausdrucksweise des Gesetzes lässt erkennen, dass die Abwesenheit von der entstandenen Wohnungsgemeinschaft nur eine zeitlich beschränkte sein darf und diese zeitliche Beschränkung nicht lange Zeit dauern darf. Es geht dabei nicht um die genaue Dauer des Aufenthaltes außerhalb der gemeinsamen Wohnung sondern darum, ob aus den objektiv nachvollziehbaren Umständen geschlossen werden kann, dass der Aufenthalt nur vorübergehend geplant war. Von einer nur vorübergehenden Abwesenheit kann etwa dann gesprochen werden, wenn sich das Kind für Zwecke einer Ausbildung oder für Zwecke des Schulbesuches woanders aufhält (siehe VwGH 19.5.1969, 1562/68). Bei einer Zweitunterkunft für Zwecke eines Schulbesuches wird im allgemeinen angenommen werden müssen, dass die

Zweitunterkunft nur vorübergehend benutzt wird (Wittmann-Papacek, Kommentar zum Familienlastenausgleich, C, § 2, 11).

Die Abgabenbehörden haben von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind. Diese amtswegige Ermittlungspflicht tritt allerdings dann in den Hintergrund, wenn die Behörde nur auf Antrag tätig wird (Ritz, BAO3, § 115 Tz 11). Kommt dazu, dass die Bw. einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für einen Zeitraum gestellt hat, der zum Teil über drei Jahre zurücklag, trifft sie zusätzlich eine erhöhte Behauptungs- und Mitwirkungspflicht, weswegen es ihre Aufgabe ist, das Vorliegen jener Umstände, auf die die Zuerkennung gestützt werden kann, einwandfrei und unter Ausschluss jeden Zweifels darzulegen (siehe VwGH 31.3.2004, 2000/13/0073).

Die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103 mwN), wobei der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe der Monat ist (§ 10 Abs. 2 und 4 FLAG). Das Bestehen des Familienbeihilfensanspruches für ein Kind ist damit ständig neu zu beurteilen und kann je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu Monat variieren (VwGH 29.9.2004, 2000/13/0103). Da die Familienbeihilfe für ein Monat nicht geteilt werden kann und nur einmal pro Monat (§ 10 Abs. 4 FLAG) an eine einzige Person (§ 7 FLAG) gewährt werden kann, ist zu beurteilen, wer diese Person ist. Der Anspruch auf Familienbeihilfe setzt nämlich voraus, dass nicht jemand anderer zu deren Bezug berechtigt ist.

Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes, der sich im Wesentlichen aus den von der Bw vorgelegten Gerichtsbeschlüssen ergibt, bestand spätestens ab Juni 2006 keine Haushaltszugehörigkeit zur Bw mehr.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Bw ab Juni 2006 die Unterhaltskosten für den Sohn, überwiegend getragen hat.

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 Unterhaltsbeiträge ab (VwGH 21.03.1996, 93/15/0208).

Die Bw hat aber in dem beantragten Zeitraum tatsächlich keinen Unterhalt geleistet. Daran ändert sich auch durch den Umstand nichts, dass für diesen Zeitraum eine Unterhaltspflichtung der Bw gegeben war. Tatsächlich ist sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen,

sodass eine überwiegende Kostentragung zu keinem Zeitpunkt des relevanten Zeitraumes bis zur Volljährigkeit des Sohnes gegeben war.

Eine Nachzahlung des Unterhalts kann zu keiner anderen Beurteilung führen, denn der Anspruch auf Familienbeihilfe ist nach den tatsächlichen Umständen Monat für Monat zu beurteilen.

Für die Beurteilung, ob eine Person die Unterhaltskosten für ein Kind überwiegend trägt, sind einerseits die Höhe der gesamten Unterhaltskosten für das Kind und andererseits die Höhe der von dieser Person tatsächlich geleisteten Unterhaltsbeiträge maßgebend; die bloße Verpflichtung zur Erbringung bestimmter Unterhaltsleistungen ist hiebei unerheblich.

Die Verpflichtung ist zwar nachträglich festgestellt worden, es erfolgte im fraglichen Zeitraum aber keine tatsächliche Zahlung.

Kann eine nachträgliche Begleichung der Unterhaltsforderung zu einer Änderung des Abgabenanspruches führen ?

§ 295a BAO ist eine rein verfahrensrechtliche Bestimmung. Sie nimmt in keiner Weise Einfluss auf den Tatbestand materieller Abgabengesetze. Es ist vielmehr den materiellen Abgabengesetzen zu entnehmen, ob einem nachträglich eingetretenen Ereignis abgabenrechtliche Wirkung für die Vergangenheit zukommt. Es ist sohin an Hand der materiellen Abgabengesetze zu prüfen, ob ein Anwendungsfall des § 295a BAO vorliegen kann (vgl. Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 295a Tz 3 f, VwGH 02.09.2009, 2008/15/0065).

Sehen Abgabenvorschriften eine Rückwirkung vor, ist nach § 295a BAO insoweit eine Änderung von Bescheiden möglich, als das nachträglich eingetretene Ereignis rückwirkend Auswirkungen auf Bestand und Umfang eines Abgabenanspruches zeitigt (vgl. Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 295a Tz 3 f, VwGH 02.09.2009, 2008/15/0065).

§ 295a BAO erfasst abgabenrelevante Sachverhalte, die nach Entstehung der Steuerschuld eintreten, jedoch Bestand und Umfang der Abgabenschuld an der Wurzel ihrer Entstehung berühren. Der abgabenrelevante Sachverhalt muss sich in die Vergangenheit in der Weise auswirken, dass anstelle des zuvor verwirklichten Sachverhaltes nunmehr ein veränderter Sachverhalt der Besteuerung zu Grunde zu legen ist (vgl. Beiser in Tanzer, Die BAO im 21. Jahrhundert, 151, mit einem Hinweis auf die Rechtsprechung des BFH zur vergleichbaren Bestimmung des § 175 Abs. 1 Z. 2 AO). Dabei müssen materielle Abgabenvorschriften normieren, dass einem Ereignis rückwirkend Bedeutung zukommt (vgl. z.B. das hg Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, 2006/15/0219; VwGH 25.06.2008, 2006/15/0085).

Eine derartige Bestimmung, die Unterhaltsnachzahlungen eine Relevanz für jenen Zeitraum beimisst, für den sie geleistet worden sind, ist im Familienlastenausgleichsgesetz nicht enthalten.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe ist somit nicht gegeben und der angefochtene Bescheid ist zurecht erlassen worden.

Salzburg, am 23. Juli 2010