



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Frau C.H. in X.Y., vom 5. August 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Deutschlandsberg Leibnitz Voitsberg vom 14. Juli 2004 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Februar 2004 bis 30. Juni 2004 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Rückforderung für den Monat Februar bleibt aufrecht, hinsichtlich des Zeitraumes März bis Juni 2004 wird sie aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 18. Mai 2004 wurden vom Bw. zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum vom 1. Februar 2004 bis 29. Februar 2004 gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a bzw. lit. c Einkommensteuergesetz 1988 mit folgender Begründung rückgefordert:

*Ihre volljährige Tochter D. ist beim AMS Leibnitz als "arbeitssuchend" vorgemerkt. Gleichzeitig ist sie seit 3.11.2003 geringfügig beschäftigt.*

*Nach den Bestimmungen des FLAG 1967 besteht für Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und als arbeitssuchend vorgemerkt sind, Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann, wenn sie keiner Beschäftigung nachgehen und aus dieser Einkünfte erzielen.*

Gegen diesen Bescheid wurde von der Bw. rechtzeitig mit Schriftsatz vom 5. August 2004 das Rechtsmittel der Berufung erhoben und Folgendes ausgeführt:

*In der Bescheidbegründung wird ausgeführt, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann bestehen würde, wenn meine Tochter "keiner Beschäftigung" nachgehen würde. Meine Tochter erzielte aus einer geringfügigen Beschäftigung und auch nur fallweise ein geringes Entgelt.*

*Im § 2 Abs. 1 lit. f Pkt. bb) FLAG 1967 wird ausgeführt, dass für volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, der Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sie bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice als Arbeitssuchende vorgemerkt sind und weder einen Anspruch auf eine Leistung nach dem ALVG haben, noch eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice erhalten. Dieser Umstand wurde dem Finanzamt durch eine Bestätigung nachgewiesen.*

*In der zitierten Gesetzesstelle wird nicht erwähnt, dass eine geringfügige Beschäftigung, die jedenfalls nicht dazu geeignet ist, den Lebensunterhalt zu bestreiten, einen Ausschlussgrund zum Bezug der Familienbeihilfe bildet.*

*Der Bescheid ist somit rechtswidrig, zumal die Bescheidbegründung keinen Bezug zur derzeit geltenden Gesetzeslage hat.*

*Weiters ist auszuführen, dass im gesamten Bescheid keine rechtliche Begründung für die Nichtgewährung der Familienbeihilfe angeführt wird und lediglich die gesetzliche Bestimmung über die Rückforderung zitiert wird. Die Begründung, auf welcher rechtlichen Grundlage eine Rückforderung der Familienbeihilfe begehrt wird, ist dem Bescheid nicht zu entnehmen.*

*Es wird daher beantragt, aufgrund der vorangeführten Gründe meiner Berufung stattzugeben und den Bescheid wegen inhaltlicher Gesetzeswidrigkeit zu beheben.*

*Weiters wird beantragt, die Einbringung des in Streit stehenden Betrages bis zur Erledigung der Berufung gem. § 212 a BAO auszusetzen.*

Das Finanzamt erließ mit 14. September 2004 eine abweisende Berufungsvorentscheidung und führte dazu aus:

*Gemäß § 2 Abs. 1 lit. f sublit. bb Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht für Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice als Arbeitssuchende vorgemerkt sind und weder einen Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 noch eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice erhalten. Nach der Intention des Gesetzgebers zielt die o.a. Gesetzesstelle darauf ab, Familienbeihilfe nur in jenen Fällen zu gewähren, wenn ein Kind keinen Arbeitsplatz findet und auch sonst keinerlei Einkünfte hat.*

*Mit Bestätigung des Arbeitsmarktservice Leibnitz vom 7.7.2004 wurde bescheinigt, dass Ihre*

*Tochter D., geb. am xxx, seit 15.3.2004 als arbeitsuchend vorgemerkt ist. Laut den aktuellen vorliegenden Versicherungsauszugsdaten war D. im Zeitraum 3.11.2003-10.7.2004 durchgehend geringfügig beschäftigt und erzielte aus dieser Beschäftigung ein (wenn nur geringfügiges) Einkommen.*

*Nach der oben zitierten Absicht des Gesetzgebers ist diesfalls ein Anspruch auf Familienbeihilfe für den Zeitraum der Vormerkung nicht gegeben, weil eben Einkünfte aus einer (geringfügigen) Beschäftigung erzielt wurden.*

*Ihrer Berufung konnte daher nicht stattgegeben werden.*

Mit Schreiben vom 5. Oktober 2004 wurde der Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz gestellt. Begründet wurde der Antrag wie folgt:

*In der Bescheidbegründung wird ausgeführt, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach den Bestimmungen des FLAG 1967 für Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und als "arbeitsuchend" vorgemerkt sind, nur dann besteht, wenn sie keiner Beschäftigung nachgehen und aus dieser Einkünfte erzielen. Meine Tochter erzielte allerdings lediglich aus einer geringfügigen Beschäftigung, und auch nur fallweise, ein geringes Entgelt.*

*Gem. § 2 Abs.1 lit. f. bb FLAG 1967 besteht für volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr nicht vollendet haben, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice als Arbeitsuchende vorgemerkt sind und weder einen Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz haben, noch eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice erhalten. Dieser Umstand wurde dem Finanzamt durch eine Bestätigung nachgewiesen.*

*Im FLAG 1967 ist allerdings nicht geregelt, dass der Bezug eines Entgelts aus einer geringfügigen Beschäftigung, der keinesfalls dazu geeignet ist, den Lebensunterhalt zu bestreiten, einen Ausschließungsgrund zum Bezug der Familienbeihilfe darstellt.*

*Darüber hinaus ist in § 5 FLAG festgelegt, dass für Kinder nur dann kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sie für ein Kalenderjahr, das nach dem Kalenderjahr liegt, in dem sie das 18. Lebensjahr vollendet und ein zu versteuerndes Einkommen bezogen haben, das den Betrag von 8.725,00,- übersteigt. Da diese Einkommensgrenze nie überschritten wurde, besteht Anspruch auf Familienbeihilfe.*

*Auch in § 2 Abs. 6 FLAG ist festgelegt, dass bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, Einkünfte, die durch Gesetz als einkommenssteuerfrei erklärt sind, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhaltes auszugehen*

*ist. In diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhaltes dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind entspricht.*

*Aus den Regelungen der einzelnen Gesetzesstellen des FLAG ist eindeutig ersichtlich, dass ein geringes Einkommen der Kinder keinesfalls den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließt.*

*Der Bescheid ist somit rechtswidrig, zumal die Bescheidsbegründung keinen Bezug zur derzeit geltenden Gesetzeslage hat.*

*Weiters ist auszuführen, dass im gesamten Bescheid keine rechtliche Begründung für die Nichtgewährung der Familienbeihilfe angeführt wird und lediglich die gesetzliche Bestimmung über die Rückforderung zitiert wird. Die Begründung, auf welcher rechtlichen Grundlage eine Rückforderung der Familienbeihilfe begehrt wird, ist dem Bescheid nicht zu entnehmen.*

*Es wird daher beantragt, auf Grund der vorangeführten Gründe, meiner Berufung statt zu geben und den Bescheid wegen inhaltlicher Gesetzeswidrigkeit aufzuheben.*

Das Finanzamt hat die Berufung mit Bericht 25. Oktober 2004 an den unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vorgelegt.

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

Anspruch auf Familienbeihilfe haben gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachhochschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung des Berufes nicht möglich ist (§ 2 Abs. 1 lit. b des FLAG 1967).

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wenn sie weder den Präsenz- oder Ausbildungsdienst noch den Zivildienst leisten und bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservices als Arbeit Suchende vorgemerkt sind und weder einen Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, BGBl. Nr. 609 haben, noch eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice erhalten; das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist durch eine Bestätigung des Arbeitsmarktservices nachzuweisen.

Im vorliegenden Fall war die Tochter der Bw. seit 15. März 2004 beim AMS als Arbeit suchend gemeldet. Sie war aber auch seit 3. November 2003 bei der Firma E. geringfügig beschäftigt. Aus einer mittels Fax vorgelegten Bestätigung von der Firma E. geht hervor, dass D. im Monat

Februar 136,00 €, März 116,00 €, April 96,00 €, Mai 130,00 € und im Monat Juni 52,00 € brutto erhalten hat.

Gemäß § 5 Abs. 1 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn das zu versteuernde Einkommen (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) für ein Kalenderjahr den Betrag von 8.725,00 € übersteigt, wobei § 10 Abs. 2 FLAG 1967 nicht anzuwenden ist.

Der § 10 Abs. 2 FLAG 1967 normiert, dass die Familienbeihilfe vom Beginn jenes Monats zu gewähren ist, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden.

Die Tochter der Bw. ist seit 15. März als Arbeit suchend gemeldet. Somit ist nach obiger Norm die Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe ab dem Monat März erfüllt.

Im § 10 Abs. 2, zweiter Satz FLAG 1967 wird weiters ausgeführt, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf jenes Monats erlischt, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschlussgrund hinzu kommt.

Das Finanzamt hat in seiner Begründung angeführt, dass die Familienbeihilfe deshalb weggefallen ist, weil die Tochter des Bw., während sie als Arbeit suchend gemeldet war, eigene Einkünfte bezogen hat.

Diese Ansicht des Finanzamtes findet ihre Begründung im Erlass des Bundesministeriums für soziale Sicherheit und Generationen, FB 100 vom 6. April 2001, GZ 51 0104/6-V/1/01, worin ausgeführt wird, dass Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 1 lit f FLAG 1967 ausschließlich dann zu gewähren ist, wenn ein Kind keinen Arbeitsplatz findet und keinerlei Beschäftigung ausübt. Es wird auch darauf verwiesen, dass mit der Änderung der Einkommensgrenze des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 dies insofern problematisch ist, als Arbeit suchend gemeldete Jugendliche, die Anspruch auf das Arbeitslosengeld haben, keinen Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

Im Gegensatz dazu könnten nun jene Arbeit suchend gemeldeten Jugendliche, die keinen Anspruch auf das Arbeitslosengeld haben, die Familienbeihilfe in Anwendung des § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 beziehen und durch die Neuregelung des § 5 Abs. 1 FLAG 1967 zusätzlich bis 8.725 € im Jahr dazuverdienen. Dies würde zu einer extremen Schlechterstellung/Ungleichbehandlung dieser Gruppe führen.

Der § 2 Abs. 1 lit. f schließt eine Familienbeihilfengewährung nur dann aus, wenn ein Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 besteht und wenn eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das AMS gewährt wird.

Gemäß § 5 Abs. 2 ASVG gilt eine Beschäftigung als geringfügig, wenn die Höhe des Entgelts einen bestimmten Grenzbetrag nicht übersteigt.

Diese Entgeltsgrenze betrug im Kalenderjahr 2004 monatlich 316,19 €. Wird die Beschäftigung für eine kürzere Zeit als einen Kalendermonat vereinbart, beträgt die Geringfügigkeitsgrenze 24,28 € pro Arbeitstag.

Wird diese Einkommensgrenze überstiegen, liegt eine Vollversicherung im Sinne des § 4 ASVG vor und damit besteht auch Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 (AIVG).

Gemäß § 7 Abs. 1 AIVG hat Anspruch auf Arbeitslosengeld, wer,

1. der Arbeitsvermittlung zur Verfügung steht,
2. die Anwartschaft erfüllt und
3. die Bezugsdauer noch nicht erschöpft hat.

Als besondere Voraussetzungen gelten:

Arbeitsfähigkeit (§ 8 AIVG)

Arbeitswilligkeit (§ 9 AIVG)

Arbeitslosigkeit (§ 12 AIVG)

Laut telefonischer Auskunft beim Arbeitsmarktservice Graz beträgt der niedrigste Tagessatz des Arbeitslosengeldes 6,25 € (monatlich 187,50 €) im Jahr 2004 bei einer Bemessungsgrundlage von monatlich 317,00 €.

In Analogie zur Rechtsmeinung des Bundesministeriums für soziale Sicherheit und Generationen kann daraus auch abgeleitet werden, dass bei einem monatlichen Bezug von weniger als 187,50 € die Familienbeihilfe zusteht und es dadurch zu keiner Schlechterstellung/Ungleichbehandlung der Gruppe der arbeitslosen Jugendlichen führen wird.

Weiters ist anzumerken, dass nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH Erlasse und Richtlinien, denen nicht der Charakter von Rechtsverordnungen zukommt, keine verbindlichen Rechtsquellen darstellen (VwGH v. 18.9.2002, 2001/07/0172; 22.4.2004, 2004/07/0042 und 8.11.2004, 2001/12/0080).

Die Nachforderung hinsichtlich des Monats Februar bleibt aufrecht, weil die Anspruchsvoraussetzungen im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967 (eine Meldung beim Arbeitsmarktservice als Arbeit suchend) nicht vorgelegen sind.

Der Berufung war daher, wie im Spruch angeführt, teilweise stattzugeben.

Graz, am 10. Juni 2005