



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des H.K., geb. 16. Oktober 1960, XY, vom 11. November 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Judenburg vom 30. Oktober 2003 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Mai 2003 bis 30. September 2003 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

## Entscheidungsgründe

Auf Grund einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe kam das Finanzamt zur Ansicht, dass dem Bw. ab Mai 2003 die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für seinen Sohn nicht mehr zustehen und diese daher zu Unrecht bezogen wurden. Mit Bescheid vom 10. Oktober 2003 wurden die entsprechenden Beträge zurückgefordert. Begründend wurde dazu Folgendes ausgeführt:

Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen 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 bzw. für volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wenn sie bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservices als Arbeit Suchende vorgemerkt sind und weder einen Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz haben noch eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice erhalten (gem. § 2 (1) b und § 2 (1) f FLAG 1967).

Ihr Sohn M. hat den Grundwehrdienst mit 30. April 2003 beendet und stand lt. ha. Erhebungen vom 5.5.2003 bis 3.6.2003 in einem Dienstverhältnis bei der A. In der Zeit vom 1.7.2003 bis 31.8.2003 war er ohne Erwerb in Ihrem Haushalt und beim Arbeitsmarktservice nicht als Arbeit Suchender ohne Leistungsbezug erfasst. Seit 1.9.2003 steht er wieder in einem Dienstverhältnis bei der A. Die bereits ausbezahlte Familienbeihilfe für die Monate Mai 2003 bis September 2003 war daher rückzufordern.

Mit Schriftsatz vom 5. November 2003 brachte der Bw. das Rechtsmittel der Berufung ein und führte dazu aus:

*Mit o.a. Bescheid wurde mir die Rückzahlung angeblich zu Unrecht bezogener Beträge aus dem Titel "Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag" vorgeschrieben. Begründet wurde der Bescheid damit, dass mein Sohn M. seinen Grundwehrdienst mit 30. April 2003 beendet habe und vom 5. Mai 2003 bis 3. Juni 2003 in einem Dienstverhältnis zur A gestanden sei. In der Zeit vom 1. Juli bis 31. August 2003 habe M. ohne Erwerb in meinem Haushalt gelebt und sei beim Arbeitsmarktservice nicht als Arbeit Suchender ohne Leistungsbezug erfasst gewesen. Ab 1.9.2003 stehe M. wieder in einem Dienstverhältnis zur Stadtgemeinde Zeltweg.*

*Unbestritten ist, dass mein Sohn M. seinen Grundwehrdienst mit 30. April 2003 beendet hat. Daraufhin hat meine Frau sich beim dortigen Finanzamt mündlich bezüglich der Weitergewährung der Familienbeihilfe erkundigt. Dabei hat sie auch mitgeteilt, dass M. beabsichtigt, im Herbst dieses Jahres mit einer Ausbildung an einer Fachhochschule oder Universität zu beginnen. Der Nachweis dieser ernstesten Absicht ist durch mehrere Bewerbungsversuche ausreichend dokumentiert. Leider waren diese Bewerbungsversuche aber erfolglos, wie aus den beiliegenden Kopien der Absageschreiben ersehen werden kann. Seitens des Finanzamtes wurde nach dem mündlichen Gespräch ein Antrag um Weitergewährung der Familienbeihilfe übermittelt, welcher von mir ausgefüllt retourniert*

wurde. Datiert mit 3.Juni 2003 habe ich sodann die Mitteilung über den Weiterbezug der Familienbeihilfe für meinen Sohn M. bis Oktober 2003 erhalten. Seitens des Finanzamtes hat es weder mündlich noch schriftlich einen Hinweis gegeben, dass der Nichtantritt des Studiums eine Rückforderung der gewährten Familienbeihilfe nach sich ziehen würde, wenn mein Sohn nicht gleichzeitig auch als Arbeit suchend ohne Leistungsbezug gemeldet sei.

Vom 5. Mai 2003 bis 3.Juni 2003 war M. als Ferialarbeiter am Bauhof der A beschäftigt. Wie bereits ausgeführt, hat er vom 1.April bis 8.Juli diverse Aufnahmeprüfungen absolviert. Erst mit der letzten Absage, die M. Ende Juli erhalten hat, wird er wirklich zum "Arbeit Suchenden". Es war ein unvorhergesehener und glücklicher Zufall, dass die A, befristet für die Dauer eines Kindergartenjahres vom 1.September an, die Stelle eines Kindergartenpädagogen zu besetzen hatte und meinem Sohn diese befristete Stelle angeboten hat. Dadurch ist es ihm möglich, ein Jahr Berufserfahrung zu sammeln und im nächsten Jahr vielleicht doch seine Ausbildung fortzusetzen.

Aus meiner Sicht ist eindeutig dokumentiert, dass mein Sohn nicht die Absicht hatte, schon in diesem Jahr ins Berufsleben einzusteigen, sondern vielmehr durch die Umstände letztlich dazu gezwungen wurde. Da aber nicht abzusehen war, dass er keine der von ihm angestrebten Ausbildungsmöglichkeiten auch tatsächlich in Angriff nehmen kann, bestand für ihn auch keine Veranlassung sich als Arbeit suchend vormerken zu lassen. Wenn mir aber nun die Rückzahlung angeblich zu Unrecht bezogener Beträge aus dem Titel "Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag" eben genau mit dieser Begründung aufgetragen wird, so widerspricht dies dem in der Verfassung festgelegten und unserer Rechtsordnung immanenten Sachlichkeitsgebot und Gleichheitsgrundsatz, an die sich selbstverständlich auch alle Verwaltungsbehörden zu halten haben. Es steht nämlich augenscheinlich mit diesem Sachlichkeitsgebot, welches auch für die Auslegung eines Gesetzes gilt, im Widerspruch, wenn eine Rückforderung für den Fall nicht erfolgt wäre, wenn M. zwar keine Absicht zum Beginn eines Studiums gehabt hätte, in der maßgeblichen Zeit aber als Arbeit suchend ohne Leistungsbezug vorgemerkt gewesen wäre, während im gegenständlichen Fall eine Rückforderung erfolgt, obwohl die Absicht zur Fortsetzung der Ausbildung bestand, er deshalb nicht als Arbeit suchend gemeldet war, er diese Ausbildung aber nun auf Grund fehlender Ausbildungsplätze nicht aufnehmen kann.

Die Bestimmung des § 2 (1) f FLAG 1967 zielt darauf ab, für volljährige - noch nicht 21-jährige- Kinder Familienbeihilfe zu gewähren, wenn sie arbeitslos aber arbeitswillig sind, was durch eine Vormerkung als Arbeit suchend und eine Bestätigung des Arbeitsmarktservices nachzuweisen ist.

§ 2 (1) b FLAG 1967 wiederum sieht die Gewährung der Familienbeihilfe für volljährige noch nicht 26-jährige Kinder vor, wenn sie sich in einer Berufsausbildung, wie z.B. einem Studium, befinden.

*Beiden Bestimmungen liegt die Überlegung zugrunde, dass die Kinder auf Grund eines fehlenden eigenen Einkommens nicht selbsterhaltungsfähig sind.*

*Der Gleichheitsgrundsatz der österreichischen Verfassung gebietet es, gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln und keine unsachlichen Differenzierungen vorzunehmen.*

*Im konkreten Fall kann die wirkliche Absicht meines Sohnes, ein Studium aufzunehmen, auf Grund der vorgelegten Unterlagen wohl nicht ernsthaft in Frage gestellt werden. Gleichzeitig hat mein Sohn, außer aus einer bekannt gegebenen Ferialarbeit, auch keine eigenen Einkünfte erzielt. Auch seine Arbeitswilligkeit, wie in § 2 (1) f FLAG gefordert, ist ausreichend dokumentiert, da er nach Vorliegen der letzten Absage für eine weiterführende Ausbildung die erste Möglichkeit, als Kindergartenassistent zu arbeiten, angenommen hat.*

*Der Gleichheitsgrundsatz der österreichischen Verfassung gebietet es gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln und keine unsachlichen Differenzierungen vorzunehmen.*

*Die jetzige Rückforderung widerspricht diesem Gleichheitsgrundsatz und ist unsachlich, dies umso mehr, als bei der mündlichen Nachfrage meiner Frau wegen einer Verlängerung des Familienbeihilfenanspruches auch mit keinem Wort auf die Möglichkeit dieser Rechtsfolge und bzw. Vermeidung derselben durch eine Meldung als Arbeit suchend hingewiesen wurde.*

*Ich stelle daher den*

### *A n t r a g*

*den o.a. Bescheid wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes zur Gänze aufzuheben bzw. allenfalls dahin gehend abzuändern, dass von einer Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für die Zeit vom 1.5.2003 bis 31.8.2003 (Datum des Arbeitsbeginns bei der A ) Abstand genommen wird.*

Mit Bericht vom 28. November 2003 legte das Finanzamt Judenburg die Berufung an den unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

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

Nach übereinstimmenden Ausführungen des Berufungswerbers und des Finanzamtes steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt unbestritten fest:

Der Sohn des Berufungswerbers wurde am 27. Dezember 1982 geboren, hat den Grundwehrdienst mit 30. April 2003 beendet und stand von 5. Mai 2003 bis 3. Juni 2003 in einem Dienstverhältnis bei der A .

Er war in der Zeit vom 1. Juli 2003 bis 31. August 2003 ohne Erwerb und steht seit 1. September 2003 in einem Dienstverhältnis bei der A

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

Weiter bestimmt § 2 Abs. 1 lit. f FLAG 1967, dass ein Familienbeihilfenanspruch auch für volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, besteht, 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.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch für ein in Abs. 1 genanntes Kind 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.

Im gegenständlichen Fall ist offensichtlich, dass der Sohn des Bw. nach den oben genannten Bestimmungen des § 2 Abs. 1 lit. b und f FLAG 1967 einen Anspruch auf Familienbeihilfe vermitteln kann.

§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 sieht als wesentlichste Voraussetzung für die Vermittlung des Anspruches auf Familienbeihilfe, dass sich das volljährige Kind in Berufsausbildung befindet. Ist dies der Fall und sind auch die übrigen Voraussetzungen erfüllt, besteht Familienbeihilfenanspruch bis zur Vollendung des 26. bzw. 27. Lebensjahres.

Im vorliegenden Fall ist aus den vorgelegten Unterlagen klar erkennbar, dass für den strittigen Zeitraum keine Berufsausbildung vorliegt und auch vom Bw. nicht behauptet wurde. Ein Familienbeihilfenanspruch gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 ist somit ex lege nicht gegeben.

Eine Meldung als Arbeit suchend ist unstrittigerweise ebenfalls nicht erfolgt, daher kann auch ein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe daraus nicht abgeleitet werden.

Wenn nun der Bw. vermeint, dass beiden Bestimmungen des FLAG 1967 die Überlegung zugrunde liegt, dass Kinder auf Grund fehlenden eigenen Einkommens nicht selbsterhaltungsfähig sind und daher die Familienbeihilfe zusteht, so irrt er sich.

Gemäß § 140 Abs. 1 ABGB haben Eltern zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen. Nach Absatz 3 des § 140 ABGB mindert sich der Anspruch auf Unterhalt insoweit, als das Kind eigene Einkünfte hat oder unter Berücksichtigung seiner Lebensverhältnisse selbsterhaltungsfähig ist.

Ein Familienbeihilfenanspruch könnte noch gemäß § 2 Abs. 1 e FLAG 1967 abgeleitet werden worin es heißt:

*..... für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des "Präsenz- oder Zivildienstes" begonnen oder fortgesetzt wird.*

Da eine Berufsausbildung nach dem Präsenzdienst nicht erfolgte, war auch nach dieser Gesetzesbestimmung kein Anspruch auf Familienbeihilfe abzuleiten.

Im Hinblick auf die behauptete Verfassungswidrigkeit der zitierten Gesetzesbestimmungen ist zu sagen, dass die Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungskonformität nicht den Verwaltungsbehörden und somit auch nicht dem unabhängigen Finanzsenat (§ 1 Abs. 1 UFSG), sondern unter Bedachtnahme auf Art. 144 Abs.1 B-VG dem Verfassungsgerichtshof obliegt. Der unabhängige Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz hat die geltenden gesetzlichen Bestimmungen unabhängig von deren Verfassungskonformität zur Anwendung zu bringen.

Somit besteht ab 1. Mai 2003 kein Familienbeihilfenanspruch und sind die seit diesem Zeitpunkt ausbezahlten Beträge an Familienbeihilfe nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 zurückzufordern. Auch die für diesen Zeitraum gewährten Kinderabsetzbeträge, welche nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 nur zustehen, wenn Familienbeihilfe bezogen wird, teilen das Schicksal der Familienbeihilfe.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Graz, am 6. August 2004