

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A.M., Anschr., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/6/7/11/15 Schwechat Gerasdorf vom 27. Mai 2015, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum Dezember 2013 bis April 2015, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird dahingehend abgeändert, dass der Rückforderungszeitraum auf die Monate Juli 2014 bis April 2015 und der Rückforderungsbetrag auf € 2.537,-- (€ 1.953,-- Familienbeihilfe und € 584,-- Kinderabsetzbetrag) eingeschränkt wird.

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

## **Entscheidungsgründe**

Unter Verwendung des amtlichen Vordrucks Beih 1 gab die Beschwerdeführerin am 09.04.2015 den Wegfall des Anspruches auf Familienbeihilfe für ihren Sohn E.M., geb. am xx1992, bekannt und führte in diesem Zusammenhang aus, er sei mit 02.03.2015 zur Ableistung des Grundwehrdienstes einberufen worden. Dieser Mitteilung schloss die Beschwerdeführerin diverse Unterlagen (Verständigung des Militärkommandos Wien über die Zustellung des Einberufungsbefehles, Antrag an das Heerespersonalamt auf Zuerkennung der nach dem Heeresgebührengesetz 2001 zustehenden Geldleistungen, Informationsblatt zum Einberufungsbefehl und der Ansprüche der Angehörigen nach dem ASVG) bei.

Mit Schreiben vom 16.04.2015 ersuchte die Abgabenbehörde die Beschwerdeführerin die Schulnachricht bzw. das Jahreszeugnis des Sohnes für die Schuljahre 2013/2014 und 2014/2015 oder eine Bestätigung, wie lange die Schule besucht worden sei, vorzulegen.

In Beantwortung dieses Schreibens sprach die Beschwerdeführerin am 08.05.2015 bei der Abgabenbehörde vor und übermittelte eine mit 22.11.2013 datierte Bestätigung der Schule.X. Darin bestätigt die Direktion, dass E.M. im Schuljahr 2013/2014 ordentlicher Schüler des 4. Jahrganges der Schule.X – Ausbildungsschwerpunkt S. ist. Den voraussichtlichen Abschluss der Schule gibt die Direktion mit 27.06.2014 bekannt.

Was das Schuljahr 2014/2015 anlangt, teilte die Beschwerdeführerin mit, sie erhalte keine Schulbesuchsbestätigung, da der Sohn volljährig sei.

In der Folge forderte die Abgabenbehörde von der Beschwerdeführerin mit Bescheid vom 27.05.2015 die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge, die diese für den Sohn für den Zeitraum Dezember 2013 bis April 2015 bezogen hatte, zurück.

Diese Entscheidung begründete sie damit, da die Beschwerdeführerin trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht beigebracht habe und dadurch ihrer Mitwirkungspflicht nach § 115 BAO nicht nachgekommen sei, müsse angenommen werden, dass im genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw. bestehe.

Während der Ableistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes könne keine Berufsausbildung angenommen werden, da die Erfüllung der Wehrpflicht eine Haupttätigkeit darstelle.

Gegen den angeführten Bescheid erhob die Beschwerdeführerin am 05.06.2015 Bescheidbeschwerde.

Darin wendet sie ein, die Schulbesuchsbestätigung für den Sohn für das Schuljahr 2013/2014 sei bereits abgegeben worden. Ab März 2015 befinde sich der Sohn beim Bundesheer.

Am 06.08.2015 ersuchte die Abgabenbehörde die Beschwerdeführerin neuerlich, die Schulnachricht bzw. das Jahreszeugnis des Sohnes für die Schuljahre 2013/2014 und 2014/2015 oder eine Bestätigung, wie lange die Schule besucht worden sei, vorzulegen.

Nach mehreren Fristerstreckungen wurde die Beschwerdeführerin am 09.10.2015 bei der Abgabenbehörde vorstellig und legte hinsichtlich des Schuljahres 2013/2014 die Schulnachricht des Sohnes für das 1. Halbjahr sowie das Jahreszeugnis der Schule.X vor.

Gleichzeitig teilte sie mit, die Schulbesuchsbestätigung für das Schuljahr 2014/2015 werde nachgereicht.

In der Folge trat die Abgabenbehörde mit Schreiben und nachfolgender Erinnerung am 13.11.2015 erneut an die Beschwerdeführerin heran und urgierte die Vorlage der Schulnachricht bzw. des Jahreszeugnisses für das Schuljahr 2014/2015 bzw. Übermittlung einer Bestätigung, wie lange die Schule besucht worden sei.

Daraufhin legte die Beschwerdeführerin am 03.12.2015 eine Schulbesuchsbestätigung der Schule.Y, vom 25.11.2015 vor. Darin bestätigt die Schule, dass der Sohn im Wintersemester 2014/2015 die Klasse xx sporadisch besucht hat.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 28.12.2015 (zugestellt am 19.01.2016) gab die Abgabenbehörde der Beschwerde teilweise Folge, indem sie den Rückforderungszeitraum auf die Monate Juli 2014 bis April 2015 einschränkte.

Begründend führte sie Folgendes aus:

Die Beschwerdeführerin habe für ihren Sohn E., geb. xx1992, laufend Familienbeihilfe bezogen. Für das Schuljahr 2013/2014 sei ein negatives Jahreszeugnis der Schule.X und für das WS 2014/2015 eine Bestätigung der Schule.Y über den sporadischen Besuch nachgereicht worden.

Für volljährige Kinder stehe Familienbeihilfe nur unter bestimmten, in § 2 Abs. 1 lit. b bis e FLAG 1967 genannten Voraussetzungen zu.

Als anspruchsbegründend werde Folgendes bestimmt:

- Zeiten einer Berufsausbildung bzw. -fortbildung
- Zeiten zwischen dem Abschluss einer Schulausbildung und dem frühestmöglichen Beginn bzw. der frühestmöglichen Fortsetzung der Berufsausbildung
- Zeiten zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn bzw. der frühestmöglichen Fortsetzung der Berufsausbildung
- das dauernde Unvermögen, sich selbst wegen einer Behinderung Unterhalt zu verschaffen.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 sei ein Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann gegeben, wenn sich das Kind in Berufsausbildung befinde. Die wesentlichen Merkmale einer Berufsausbildung im Sinne des Gesetzes seien praktischer und theoretischer Unterricht, bei dem fachspezifisches, nicht auf Allgemeinbildung ausgerichtetes Wissen vermittelt werde, eine angemessene Unterrichtsdauer sowie die Verpflichtung zur Ablegung einer Abschlussprüfung.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe nur dann, wenn die Ausbildung ernsthaft und zielstrebig betrieben werde. Dies werde dann anzunehmen sein, wenn die Vorbereitung auf die Ablegung der Prüfungen die volle Zeit des Kindes in Anspruch nehme und das Kind zu den Prüfungsterminen innerhalb eines angemessenen Zeitraumes antrete.

Während der Ableistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes könne keine Berufsausbildung angenommen werden, da die Erfüllung der Wehrpflicht eine Haupttätigkeit darstelle.

Laut den vorgelegten Unterlagen habe E. seine Berufsausbildung mit Juni 2014 abgeschlossen. Der sporadische Besuch einer Schule.Y stelle laut oben genannter gesetzlicher Bestimmung keine ernsthafte und zielstrebige Ausbildung dar.

Ab März 2015 leiste der Sohn seinen Präsenzdienst ab.

Am 12.02.2016 brachte die Beschwerdeführerin ein als Vorlageantrag zu wertendes Schreiben ein. In diesem Schreiben wendet sie sich gegen die Nichtanerkennung der Schulbesuchsbestätigung für das Schuljahr 2014/2015. Es sei – so die Beschwerdeführerin – nicht richtig, wenn von einem sporadischen Schulbesuch die Rede sei. Sie habe mit der Schule gesprochen und werde eine neue Schulbesuchsbestätigung nachreichen.

Mit Schreiben vom 30.09.2016 ersuchte die Abgabenbehörde die Beschwerdeführerin eine Schulbesuchsbestätigung der Schule.Y für das Schuljahr 2014/2015 unter Angabe der genauen Anwesenheitstage des Sohnes und einen Nachweis über die abgelegten Prüfungen bzw. das Schulabschlusszeugnis für das Schuljahr 2014/2015 vorzulegen.

Auf dieses Schreiben folgte seitens der Beschwerdeführerin keine Reaktion.

Über Anfrage des Bundesfinanzgerichtes (siehe dazu das betreffende Schreiben) teilte die Schule.Y am 16.11.2016 Folgendes mit:

Das Wintersemester 2014/2015 habe von 01.09.2014 bis 06.02.2015 gedauert (letzter Schultag sei der 30.01.2015 gewesen).

Die Anzahl der Unterrichtstage der Klasse xx habe sich im Wintersemester 2014/2015 auf insgesamt 75 belaufen.

E.M. sei an insgesamt 20 Unterrichtstagen anwesend gewesen.

Er habe im Wintersemester 2014/2015 an zwei Schularbeiten im Unterrichtsfach XY teilgenommen. Dieses Fach sei im Semesterzeugnis mit "Nicht genügend" beurteilt worden. Zu weiteren Prüfungen sei E.M. nicht angetreten.

Nach Ableistung des Präsenzdienstes habe er den Schulbesuch an der Schule.Y nicht mehr fortgesetzt.

Dem Antwortschreiben schloss die Schule.Y als Beilage eine Auflistung der An-/Abwesenheiten des Schülers E.M. im Wintersemester 2014/2015 sowie das Zeugnis für das Wintersemester 2014/2015 bei.

Mit Schreiben vom 21.11.2016 übermittelte das Bundesfinanzgericht der Beschwerdeführerin die Anfrage an die Schule.Y vom 16.11.2016 und das dazu ergangene Antwortschreiben der Schule samt Beilagen vom selben Tag und räumte ihr die Möglichkeit ein, dazu Stellung zu nehmen.

Eine Äußerung der Beschwerdeführerin erfolgte nicht.

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

#### **Sachverhalt:**

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zugrunde gelegt:

Der Sohn der Beschwerdeführerin, E.M., geb. am xx1992, besuchte im Schuljahr 2013/2014 den vierten Jahrgang der Schule.X.

Die Schulunricht des Sohnes für das 1. Halbjahr des Schuljahres 2013/2014 weist von insgesamt 13 zu beurteilenden Fächern in 9 Fächer eine positive und in 4 Fächer eine negative Beurteilung auf. Im Jahreszeugnis des Schuljahres 2013/2014 wurde die Leistung des Sohnes bei insgesamt 13 zu beurteilenden Fächern in 10 Fächer positiv und in 3 Fächer negativ bewertet.

Mit Beginn des Schuljahres 2014/2015 wechselte der Sohn in die Schule.Y und besuchte dort die Klasse xx.

Der Besuch der Schule.Y im Wintersemester 2014/2015 (dieses dauerte von 01.09.2014 bis 30.01.2015) erfolgte seitens des Sohnes sporadisch. So war er von den im Wintersemester 2014/2015 auf die Klasse xx insgesamt entfallenden 75 Unterrichtstagen an 20 Unterrichtstagen anwesend.

Der Sohn nahm im Wintersemester 2014/2015 an 2 Schularbeiten teil (dies im Unterrichtsfach XY). Zu weiteren Prüfungen trat er im genannten Zeitraum nicht an.

Das Zeugnis des Sohnes für das Wintersemester 2014/2015 weist von insgesamt 6 zu beurteilenden Modulfächern im Fach XY das Kalkül "Nicht genügend", auf, in allen anderen 5 Fächern erfolgte eine "Nichtbeurteilung".

Ab 02.03.2015 leistete der Sohn den Grundwehrdienst ab.

Nach Ableistung des Grundwehrdienstes setzte der Sohn den Besuch an der Schule.Y nicht mehr fort.

Dieser Sachverhalt gründet sich auf die Angaben der Beschwerdeführerin und die von ihr vorgelegten Unterlagen sowie die von der Schule.Y erteilten Auskünfte.

### **Rechtslage und rechtliche Beurteilung:**

Gemäß § 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 24. 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.

Zufolge des § 33 Abs. 3 EStG 1988 steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu.

Die Familienbeihilfe wird gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 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.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Dies gilt nach § 33 Abs. 3 EStG 1988 auch für zu Unrecht bezogene Kinderabsetzbeträge.

Der Begriff "Berufsausbildung" ist im Gesetz nicht näher umschrieben. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fallen unter diesen Begriff alle Arten schulischer oder kursmäßiger Ausbildungen, in deren Rahmen noch nicht berufstätigen Personen ohne Bezugnahme auf die spezifischen Tätigkeiten an einem konkreten Arbeitsplatz für das künftige Berufsleben erforderliches Wissen vermittelt wird (vgl. VwGH 18.11.2008, 2007/15/0050, VwGH 27.08.2008, 2006/15/0080, VwGH 20.02.2008, 2006/15/0076 u.a.).

Der laufende Besuch einer der Berufsausbildung dienenden schulischen Einrichtung reicht für sich allein noch nicht, um das Vorliegen einer Berufsausbildung im hier maßgeblichen Sinn anzunehmen (vgl. VwGH 20.06.2000, 98/15/0001, VwGH 20.11.1996, 94/15/0130).

Um von einer Berufsausbildung sprechen zu können, ist außerhalb des im § 2 Abs. 1 lit b FLAG besonders geregelten Besuchs einer Einrichtung im Sinn des § 3 des Studienförderungsgesetzes nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes das ernstliche, zielstrebige und nach außen erkennbare Bemühen um einen Ausbildungserfolg erforderlich. Ziel einer Berufsausbildung in diesem Sinn ist es, die fachliche Qualifikation für die Ausübung des angestrebten Berufes zu erlangen. 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 die erfolgreiche Absicht tatsächlich gelingt (vgl. VwGH 26.05.2011, 2011/16/0077, VwGH 22.12.2011, 2009/16/0315).

Ob ein Kind eine Berufsausbildung absolviert, ist eine Tatfrage, welche die Behörde in freier Beweiswürdigung zu beantworten hat (vgl. VwGH 18.11.2008, 2007/15/0050, VwGH 21.01.2004, 2003/13/0157).

Für die Zeit der Ableistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe (vgl. VwGH 29.04.2013, 2011/16/0173, VwGH 28.05.2008, 2007/15/0068, VwGH 21.09.2006, 2004/15/0103).

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die geltend gemachte Rückforderung an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Dezember 2013 bis April 2015 zu Recht besteht.

Der Sohn der Beschwerdeführerin hat im Schuljahr 2013/2014 den vierten Jahrgang der Schule.X, besucht.

Die Schulunricht für das 1. Halbjahr weist in 9 Fächer eine positive und in 4 Fächer eine negative Beurteilung auf, im Jahreszeugnis scheinen 10 Fächer mit einer positiven und 3 Fächer mit einer negativen Beurteilung auf. Angesichts der erfolgten Beurteilungen wird man ein nach außen hin zutage tretendes, ernsthaftes und zielstrebiges Bemühen des Sohnes um einen Ausbildungserfolg nicht in Abrede stellen können. Der Sohn hat sich den vorgesehenen Prüfungen unterzogen, wenngleich das Ergebnis im 1. Halbjahr in 4 Fächer und am Ende des Schuljahres in 3 Fächer nicht positiv war. Die Rückforderung von

Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Dezember 2013 bis Juni 2014 ist daher nicht berechtigt.

Berechtigt ist hingegen die Rückforderung für die Monate Juli 2014 bis April 2015.

Im Wintersemester des Schuljahres 2014/2015 war der Sohn Schüler der Klasse xx der Schule.Y. Diese Bildungseinrichtung besuchte der Sohn allerdings nur sporadisch. So war er von den insgesamt stattgefundenen 75 Unterrichtstagen nur an 20 Unterrichtstagen anwesend. Dies entspricht einer Anwesenheit am Unterricht von nicht einmal 30 %. Der Sohn nahm im Wintersemester 2014/2015 nur an 2 Schularbeiten teil (dies erfolgte im Unterrichtsfach XY). Weitere Prüfungen legte er nicht ab. Im Zeugnis für das Wintersemester 2014/2015 wurde die Leistung des Sohnes von den insgesamt 6 zu beurteilenden Modulfächern im Fach XY mit "Nicht genügend" beurteilt, in allen anderen Fächern scheint das Kalkül "Nicht beurteilt" auf.

Das Kalkül "Nicht beurteilt" ist streng vom Bewertungskalkül "Nicht genügend" zu unterscheiden. Das Kalkül "Nicht genügend" wird dann vergeben, wenn sich ein Schüler einer Überprüfung seiner Leistung unterzieht, die Leistung aber für eine positive Beurteilung nicht ausreicht, das Kalkül "Nicht beurteilt" hingegen dann, wenn die Leistung des Schülers mangels Ablegung von Prüfungen erst gar nicht bewertet werden kann (weder positiv noch negativ).

Im Hinblick auf den Umstand, dass das Zeugnis des Sohnes im Wintersemester 2014/2015 von insgesamt 6 Fächern in 5 Fächer eine "Nichtbeurteilung" aufweist, 1 Fach wurde negativ bewertet, kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Sohn der Beschwerdeführerin ernsthaft und zielstrebig bemüht gewesen wäre, einen positiven Ausbildungserfolg zu erzielen. Der Sohn hat vielmehr nur in einem geringen Ausmaß am Unterricht teilgenommen und abgesehen vom Unterrichtsfach XY keine Prüfungen abgelegt. Dies führte dazu, dass den Lehrern eine Beurteilung seiner Leistung in sämtlichen Fächern, ausgenommen XY, nicht möglich war.

Angesichts dieser Situation kann unter Bedachtnahme auf die angeführte Rechtsprechung von einer Berufsausbildung im Zeitraum Juli 2014 bis zum Antritt des Grundwehrdienstes am 02.03.2015 keine Rede sein.

Was den Grundwehrdienst anlangt, gesteht die Beschwerdeführerin selbst ausdrücklich zu, dass für die Zeit ab Ablegung dieses Dienstes kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht. So hat die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf diesen Umstand die Abgabenbehörde am 09.04.2015 vom Wegfall der Familienbeihilfe für den Sohn verständigt. Diesbezüglich bedarf es daher keiner weiteren Ausführungen.

### **Zulässigkeit einer Revision:**

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes 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.

Im vorliegenden Fall ist die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängig, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Soweit Rechtsfragen zu beurteilen waren, folgt das Gericht einer existierenden, einheitlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, Tatfragen sind einer Revision nicht zugänglich.

Salzburg-Aigen, am 24. Februar 2017