



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung Bw., vom 23. Dezember 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, vertreten durch ADir. Christine Nemeth, vom 1. Dezember 2008 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Jänner 2007 bis 1. September 2008 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Im Zuge einer Überprüfung des Familienbeihilfenanspruches ersuchte das Finanzamt die Berufungswerberin um Beibringung von Unterlagen.

Mit Bescheid vom 1.12.2008 forderte das Finanzamt gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den 1982 geborenen Sohn für den Zeitraum Jänner 2007 bis September 2008 zurück:

„Da Sie trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht haben, muss angenommen werden, dass im oben genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat bzw. besteht.“

Mit Schreiben vom 12.12.2008 erhob die Bw. Berufung gegen diesen Rückforderungsbescheid und verwies darauf, dass sie die angeforderten Unterlagen mit der Post übermittelt habe.

Nach der Berufung im Finanzamtsakt eingereicht befinden sich folgende Unterlagen:

Studienblatt der Technischen Universität Wien für das Wintersemester 2008/09, wonach der Sohn der Bw. für das Bachelorstudium Medizinische Informatik (Beginn: 4.8.2005) und für das Bachelorstudium Software & Information Engineering (Beginn: 4.8.2005, Ende: 7.6.2006) inskribiert (gewesen) sei. Die allgemeine Universitätsreife sei nach Abschluss der Berufsreifeprüfung im Juni 2005 erlangt worden.

Bestätigung des Studienerfolges der Technischen Universität Wien für das Studium 533 Medizinische Informatik vom 5.12.2008, wonach der Sohn der Bw. 9 Prüfungen mit einer Gesamtanzahl von 38 ECTS-Punkten in der Zeit von 31.3.2006 bis 24.1.2007 absolviert hat.

Bestätigung des Studienerfolges der Technischen Universität Wien für das Studium 534 Software & Information Engineering vom 5.12.2008, wonach der Sohn der Bw. 6 Prüfungen mit einer Gesamtanzahl von 19,5 ECTS-Punkten in der Zeit von 23.1.2006 bis 7.7.2006 absolviert hat.

Studienblatt der Medizinischen Universität Wien für das Sommersemester 2008 vom 15.12.2008, aus welchem sich ergibt, dass die Ehegattin des Sohne des Bw. seit Oktober 2001 Medizin studiert.

Ablichtungen der Aufenthaltstitel für die Bw. und ihren Sohn, wonach die Bw. über den Aufenthaltstitel „Niederlassungsnachweis“ und ihr Sohn über den Titel „Daueraufenthalt für Familienangehörige“ verfüge.

Einem Aktenvermerk des Finanzamtes zufolge verfügen der Sohn der Bw. und seine Gattin über kein eigenes Einkommen.

Laut Versicherungsdatenauszügen waren der Sohn der Bw. und seine Gattin in den letzten Jahren fallweise als (zumeist geringfügig beschäftigte) Arbeiter bzw. Arbeiterin und als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger tätig.

Mit Vorhalt vom 29.12.2008 ersuchte das Finanzamt die Bw. um Vorlage der Prüfungsnachweise für das Kalenderjahr 2008 und um das Abschlusszeugnis des Sohnes.

Mit Schreiben vom 23.1.2008 (wohl: 2009), eingelangt am 23.1.2009, gab der Sohn der Bw. dem Finanzamt bekannt, dass diese Unterlagen derzeit noch nicht vorhanden seien, da „viele Prüfungen noch statt finden müssen. Ich befinde mich derzeit im Bakk.-Studium, daher gibt es kein Abschlusszeugnis...“

Beigefügt waren Bestätigungen des Studienerfolgs durch die Technische Universität Wien vom 23.1.2009, die inhaltlich jenen vom 5.12.2008 entsprechen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 27.1.2009 wurde vom Finanzamt über die Berufung laut deren Spruch wie folgt entschieden:

„Der Berufung wird teilweise stattgegeben. Der Bescheid wird aufgehoben.“

Aus der Begründung ergibt sich, dass der Rückforderungsbescheid nicht ersatzlos aufgehoben, sondern dahingehend abgeändert wurde, dass die Rückforderung eingeschränkt wurde:

„Gem. § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 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 weitergebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist.

Bei Kindern, die eine im § 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.

Der Besuch der Universität alleine ist nicht ausreichend, um das Vorliegen einer Berufsausbildung anzunehmen. Hierzu muss das ernstliche und zielstrebige, nach außen erkennbare Bemühen treten, Prüfungen abzulegen.

Da lt. Bestätigung des Studienerfolges vom 23.01.2009 die letzte Prüfung mit Datum: 24.1.2007 bestätigt wurde, kann der Berufung dahingehend stattgegeben werden, d. die Familienbeihilfe bis Februar 2007 Wintersemester 2006) zuerkannt werden kann. Ab dem Sommersemester 2007 bleibt die Rückforderung aufrecht.

Der nunmehrige Rückforderungsbetrag errechnet sich wie folgt: Familienbeihilfe = € 3.054,- zuzüglich Kinderabsetzbetrag = € 967,10 ergibt in Summe € 4.021,10.

Der Berufung konnte teilweise entsprochen werden.“

Somit wurde nunmehr Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den 1982 geborenen Sohn für den Zeitraum März 2007 bis September 2008 zurückgefordert.

Mit Schreiben vom 13.2.2009 beantragte die Bw. ersichtlich die Vorlage ihrer Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und begründete dies wie folgt:

„Mein Sohn ist Student der Informatik und hat 24.1.2007 alle Prüfungen pünktlich angetreten und positiv abgelegt. Es lag daher ein positiver Studienerfolg vor.

Infolge einer schweren Operation war er jedoch ab Mai 2007 nicht in der Lage, die Prüfungen für das Sommersemester 2007 abzulegen. Nach dieser Operation war er 6 Monate rekonvaleszent und musste sein Studium unterbrechen.

Ab Jänner 2008 stellten sich Komplikationen ein und er musste nochmals operiert werden. Im Zuge dessen war er wieder ein halbes Jahr rekonvaleszent und konnte sein Studium erst wieder ab Oktober 2008 ordnungsgemäß aufnehmen.

Die ersten Prüfungen über das letzte Semester hat mein Sohn im Jänner 2009 bereits abgelegt. Er war aufgrund der notwendigen Operationen infolge Krankheit und aufgrund der Rekonvaleszenzdauer an der Ausübung seines Studiums im Sinne § 2 Abs 1 lit b FLAG in der Dauer von Mai 2007 bis September 2008 behindert. Der § 2 Abs 1 lit b FLAG bildet einen Verlängerungstatbestand für den Familienbeihilfenanspruch. Diese Bestimmung legt fest, dass pro 3 Monate Studienbehinderung eine Verlängerung im Ausmaß eines Semesters anzurechnen ist.

Aus den Beilagen kann ersehen werden, dass in meinem Fall eine vollständige Studienbehinderung vorlag. Eine vollständige Studienbehinderung infolge eines unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses (zB bei Krankheit) oder ein nachgewiesenes Auslandsstudium während des im Inland betriebenen ordentlichen Studiums verlängern die vorgesehene Studienzeit.

Daher hat meiner Ansicht nach die Rückforderung auch für den Zeitraum ab 2007 bis September 2008 in der Höhe von 4.021,10 (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) keine rechtliche Grundlage. Da weder ich noch mein Sohn davon Kenntnis hatten, dass das FLAG eine Regelung über die Studienbehinderung wegen einer Erkrankung enthält, konnte ich diese Gründe auch erst jetzt anführen-

In der Beilage befinden sich die diesbezüglichen ärztlichen Bestätigungen und Unterlagen.

Ich stelle daher den Antrag auf Behebung des Bescheides wegen einer vollständigen Studienbehinderung und daher auf Abstandnahme von der Rückforderung."

Beigeschlossen waren Ablichtungen folgender Unterlagen:

Eine Blutgruppenbestimmung durch einen Facharzt für medizinische und chemische Labordiagnostik vom 12.4.2007.

Ein Patientenbrief der Krankenanstalt Rudolfstiftung der Stadt Wien, Chirurgische Abteilung, vom 10.5.2007, wonach der Sohn der Bw. in der Zeit von 6.5. bis 11.5.2007 in stationärer Behandlung war (Einsetzen eines Magenbandes am 7.5.2007).

Ein Entlassungsbericht der Krankenanstalt Rudolfstiftung der Stadt Wien vom 11.5.2007 mit der Pflegediagnose „Hautdefekt“ und empfohlener weiterer ambulanter Behandlung.

Ein unleserliches Schreiben eines Facharztes für Interne Medizin.

Ein an einen Facharzt für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde in Aspang gerichteter Befundbericht des Diagnosezentrums Meidling vom 15.4.2008 betreffend Thorax pa und seitlich mit folgendem Ergebnis: „Das Zwerchfell konstitutionell bedingt höherstehend, beidseits keine Pleurabegleitergüsse. Die Lungenfelder beidseits altersentsprechend. Der Herzschatten quergelagert, keine Dekompensationszeichen. NB: Veränderungen wie bei Z.n. Gastricbanding“.

Eine „Interne Operationsfreigabe“ durch einen Facharzt für Interne Medizin vom 17.4.2008 betreffend „st. p. Gastricbanding“, wonach keine Kontraindikationen für die geplante Operation in Narkose bestehen.

Ein Entlassungsbericht der Krankenanstalt Rudolfstiftung der Stadt Wien vom 25.4.2008 mit der Pflegediagnose „Gewebeschädigung (Integrität des Gewebes, verändert)“, aus welchem sich ergibt, dass sich der Sohn der Bw. einer Magenbypassoperation unterzogen hat und von 20.4.2008 bis 25.4.2008 stationär aufgenommen wurde.

Ein Schreiben der Krankenanstalt Rudolfstiftung der Stadt Wien vom 29.4.2008 an den Sohn der Bw., wonach „Pathologische Adipositas. Zustand nach Implantation eines Silastic Magen Bandes“ diagnostiziert und durch „Entfernung eines Silastic Magen Bandes, Laparoskopischer Magenbypass am: 21.4.2008“ therapiert wurde, wobei eine Nachsorgeuntersuchung am 22.7.2008 erfolgen solle.

Ein Kurzbrief der Krankenanstalt Rudolfstiftung der Stadt Wien aus welchem sich ergibt, dass die Klammern nach der Operation am 2.5.2008 entfernt werden sollen und die ambulante Kontrolle am 22.7.2008 „8h + Labor“ umfasse.

Mit Bericht vom 26.2.2008, beim UFS am 12.3.2008 eingelangt, legte das Finanzamt Wien 4/5/10 die Berufung der Bw. der Abgabenbehörde zweiter Instanz mit dem Bemerkten vor, Streitpunkt sei die Studienbehinderung des Sohnes der Bw. Eine Äußerung zum Vorbringen im Vorlageantrag erfolgt nicht-

Über die Berufung wurde erwogen:

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

„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.“

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe 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.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 3 Abs. 2 FLAG 1967 für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

§ 5 FLAG 1967 lautet:

„§ 5. (1) 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 9.000 € übersteigt, besteht kein Anspruch auf 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; hiebei bleibt das zu versteuernde Einkommen für Zeiträume nach § 2 Abs. 1 lit. d unberücksichtigt,

b) Entschädigungen aus einem anerkannten Lehrverhältnis,

c) Waisenpensionen und Waisenversorgungsgenüsse.

(2) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, denen Unterhalt von ihrem Ehegatten oder ihrem früheren Ehegatten zu leisten ist.

(3) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

(4) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen.“

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe 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.

§ 26 FLAG 1967 lautet:

„26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

Unstrittig ist, dass sich die Bw. und ihr Sohn rechtmäßig in Österreich aufhalten, die Bw. die Unterhaltskosten für ihren Sohn trägt, die Ehegattin des Bw. ebenfalls als Studentin nicht unterhaltspflichtig ist und der Sohn über kein den Familienbeihilfenbezug ausschließendes Einkommen verfügt hat.

Strittig ist im zweitinstanzlichen Abgabenverfahren, ob der Sohn der Bw. durch Krankheit im Zeitraum Feber 2007 bis September 2008 (Sommersemester 2007, Wintersemester 2007/2008, Sommersemester 2008) an der erfolgreichen Fortsetzung seines Studiums – Prüfungen wurden wiederum im Jänner 2009 abgelegt - gehindert war.

Nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 wird die Studienzeit durch eine Krankheit verlängert, wobei eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester bewirkt.

Eine Verlängerung der Studienzeit kann nur semesterweise erfolgen, wobei eine Verlängerung nur möglich ist, wenn die Krankheit mindestens drei Monate lang ununterbrochen gedauert hat. (UFS 1.2.2006, RV/0458-G/05 unter Hinweis auf die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967).

Bei der Adipositas handelt es sich um ein starkes Übergewicht, das durch eine über das normale Maß hinausgehende Vermehrung des Körperfettes mit krankhaften Auswirkungen gekennzeichnet ist.

Wurden konservative Methoden wie Ernährungsumstellung, Diäten, Rehabilitationen, Ernährungsberatung, Verhaltenstherapie usw. ausgeschöpft, kommt als Therapie auch ein chirurgischer Eingriff in Betracht, wobei etwa durch unterschiedliche Operationen die Kapazität des Magens beschränkt wird. Neben dem Magenband und der Gastroplastik gibt es auch verschiedene Bypasstechniken. Während Magenband und Magenplastik die Nahrungszufuhr begrenzen sollen, steht bei den verschiedenen Magen-Darm-Bypass-Techniken zusätzlich eine malabsorptive Wirkung, also eine Einschränkung der Verstoffwechselung der zugeführten Nahrung im Vordergrund (siehe de.wikipedia.org).

Nun liegt es auf der Hand, dass bei dieser Erkrankung die Beeinträchtigung nicht erst mit der ersten Operation im Mai 2007 beginnt, sondern die Operation vielmehr die Folge bereits lang andauernder Beschwerden und Therapieversuche ist. Eine chirurgische Therapie der Fettsucht ist bei schwersten Verlaufsformen oder bei weniger schweren Fällen, wenn lebensbedrohliche

Komplikationen drohen, indiziert (vgl. *Beers/Berkow* [Hsg.], Das MSD Manual der Diagnostik und Therapie, 6. deutsche Auflage, 72).

Nach dem vom Finanzamt unwidersprochenen Vorbringen der Bw. war ihr Sohn durch eine schwere Form der Fettleibigkeit an der Fortführung des Studiums im strittigen Zeitraum behindert. Hierbei handelt es sich nicht um eine vorübergehende und kurzfristige Erkrankung, sondern offenkundig um eine mehrjährige Erkrankung, sodass das Erfordernis einer wenigstens dreimonatigen Dauer der Krankheit erfüllt ist.

Zum Grad der Beeinträchtigung des Studiums des Sohnes der Bw. durch seine Erkrankung liegen keine direkten ärztlichen Bestätigungen vor. Solche wurden vom Finanzamt auch nicht abverlangt.

Allerdings ergibt sich aus dem Umstand der beiden Operationen als ultima ratio der Therapieversuche, dass es sich um eine schwere Erkrankung gehandelt hat und es nach der ersten Operation zu Komplikationen gekommen ist.

Während des Berufungszeitraumes wurden auch keine Prüfungen abgelegt, was ebenfalls ein Hinweis auf den Schweregrad der Erkrankung ist.

Die Bw. hat glaubhaft gemacht, dass Ihr Sohn im Zeitraum März 2007 bis September 2008 durch Krankheit an der Fortsetzung seines Studiums gehindert war.

Das Finanzamt hat dieses Vorbringen nicht bestritten. Der Berufung war daher Folge zu geben und der angefochtene Rückforderungsbescheid vom 1.12.2008

Wien, am 26. März 2009