

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerde des Bf., NOE, vom 05.09.2017, gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 10.08.2017, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Oktober 2016 bis Mai 2017, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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

## **Entscheidungsgründe**

Im vorliegenden Fall forderte das Finanzamt (FA) vom Beschwerdeführer (Bf) die für seine volljährige Tochter T., geb. 1993, im Zeitraum Oktober 2016 bis Mai 2017 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge mit Bescheid vom 10.08.2017 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 26 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) in Verbindung mit § 33 Abs 3 Einkommensteuergesetz (EStG 1988) mit der Begründung zurück, dass gemäß § 5 Abs 2 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder bestehe, denen Unterhalt von ihrer Ehegattin bzw. ihrem Ehegatten oder ihrer früheren Ehegattin bzw. ihrem früheren Ehegatten zu leisten sei. Der Ehegatte der Tochter beziehe seit September 2016 ein Einkommen und könne seine Frau erhalten.

Der Bf erhob gegen den Rückforderungsbescheid mit der Begründung Beschwerde, dass die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe bei ihm weiterhin gegeben seien, da sich der Ehegatte seiner Tochter im Jahr 2015 selbständig gemacht habe und im Jahr 2016 nur Einkünfte in Höhe von EUR 9.408,47 bezogen habe. Er könne somit seine Tochter nicht erhalten. Seine Tochter absolviere zum aktuellen Zeitpunkt in Mindeststudienzeit ihr Masterstudium an einer Privatuniversität und leiste, wie im Studienplan vorgesehen, ein unentgeltliches Pflichtpraktikum ab, das sie daran hindere, eigene Einkünfte zu beziehen.

Das FA wies die Beschwerde mit Beschwerdevereentscheidung vom 22.02.2018 ab. Die Begründung ist im Wesentlichen ident mit jener im Rückforderungsbescheid. Darüber hinaus führte das FA noch aus, dass der monatliche Richtsatz für ein Ehepaar im Kalenderjahr 2016 EUR 1.328,58 und im Kalenderjahr 2017 EUR 1.334,17 betragen habe.

In seinem als Vorlageantrag gewerteten Schriftsatz vom 27.02.2018 brachte der Bf vor, dass der Ehegatte seiner Tochter keine Einkünfte aus einem Angestelltenverhältnis beziehe. Die betriebliche Veranlagung für das Jahr 2017 sei noch nicht vorgenommen worden bzw. noch in Bearbeitung und werde nach Erhalt unverzüglich übersendet. Im Anhang übersende er, wie telefonisch mit dem FA besprochen, eine Aufstellung der Lebenshaltungskosten seiner Tochter und ihres Gatten. Die Beträge seien so exakt wie möglich für den Zeitraum eines Monats angegeben worden.

Mietzins:	560,00
Studiengebühren seit September-2017*:	500,00
Fahrtkosten Tochter:	12,50 (150,-jährlich)
Fahrtkosten Ehegatte:	90,00
Internet:	30,00
Strom:	38,00
Gas:	38,50
Netzkosten:	36,00
Telefon:	60,00
Lebensmittel:	230,00
Haushalt:	40,00
Kirchenbeitrag:	250,00
Sozialversicherung vom Bruttoeinkommen:	528,60
Steuerberatung:	103,20
Versicherungen:	50,00
Geschätzte monatliche Belastungen:	<b>2.566,20</b>

*\*Dieser Betrag wird seit September 2017 auf 28 Ratenzahlungen an die Universität verrichtet, da der monatliche Betrag andernfalls höher wäre. Diese Lebenskostenaufstellung würde allerdings keine Beträge zu Reparaturen, Bekleidung, Fachliteratur für universitäre Zwecke, medizinische Ausgaben (die nicht von der Krankenversicherung übernommen werden), etc. beinhalten.*

Die Einkommensteuererklärung für das Jahr 2016 habe ergeben, dass der Ehegatte seiner Tochter einen Gewinn von EUR 9.468,47 ausmache. Aus diesem geringen Einkommen habe der Gatte für nur geringfügig der oben aufgelisteten monatlichen

Fixkosten abweichend aufkommen müssen, wobei 2016 keine Studiengebühren zu bezahlen gewesen seien, da diese seit Studienbeginn seiner Tochter im Jahr 2011 bis zur Beendigung ihres Bachelorstudiums im Jahr 2015 zu Ratenzahlungen von EUR 745,00 monatlich zu entrichten gewesen seien. Das Bruttoeinkommen für das Jahr 2017, von dem der oben genannte Sozialversicherungsbeitrag abgezogen sei, enthalte noch keinen Abzug der Einkommensteuer, welche gerade in Berechnung sei.

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

#### **Sachverhalt:**

Die Tochter des Bf, T., geb. 1993, ist seit August 2012 mit EM verheiratet und lebt mit ihm im gemeinsamen Haushalt.

Sie absolvierte im Streitzeitraum das Masterstudium der Psychologie an der Sigmund Freud Privatuniversität Wien.

T. war im Jahr 2016 vom 07.12.2016 bis 27.12.2016 geringfügig beschäftigt. Im Jahr 2017 bezog sie kein Einkommen.

Der Ehegatte ist seit 15.09.2016 laufend als freier Dienstnehmer bei der Fa. F. beschäftigt und erzielte aus dieser Tätigkeit im Zeitraum September bis Dezember 2016 Einnahmen aus selbständiger Arbeit iHv EUR 11.600,00. Zusätzlich hatte er im Kalenderjahr 2016 Einnahmen aus selbständiger Arbeit iHv EUR 14.040,00 und übrige Erträge iHv EUR 386,42. Nach Abzug der Betriebsausgaben erzielte er Einkünfte aus selbständiger Arbeit iHv EUR 9.468,47, wobei ein Gewinnfreibetrag iHv EUR 1.413,83 als Ausgabe enthalten ist.

Im Jahr 2017 erzielte er als freier Dienstnehmer beim genannten Unternehmen Einnahmen iHv EUR 36.000,00 und übrige Erträge iHv EUR 1.196,89. Nach Abzug der Betriebsausgaben hatte er Einkünfte iHv EUR 14.313,40, wobei ein Gewinnfreibetrag iHv EUR 2.138,78 als Ausgabe enthalten ist. Die festgesetzte Einkommensteuer betrug EUR 813,00.

#### **Beweiswürdigung:**

Der unbestrittene Sachverhalt ergibt sich aus dem Abgabenakt, Abfragen aus dem Abgabensinformationssystem des Bundes sowie dem Vorbringen des Bf.

#### **Rechtliche Beurteilung:**

Gemäß § 5 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) idF ab 01.01.2013 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, denen Unterhalt von ihrem Ehegatten oder ihrem früheren Ehegatten zu leisten ist.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat nach § 26 Abs 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 33 Abs 3 EStG 1988 idF 15.08.2015 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. ... Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG 1967 anzuwenden.

#### *Unterhaltsanspruch der Tochter des Bf gegenüber ihrem Ehegatten:*

Eine Eheschließung bewirkt nicht den völligen Verlust des Unterhaltsanspruches gegen die Eltern, sondern nur dessen Subsidiarität (vgl zB OGH 25.02.1993, 6 Ob 504/93:

*"... ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Unterhaltsverpflichtung der Eltern für ein verheiratetes Kind gegenüber der Ehegattenunterhaltspflicht nur subsidiär ist, also nur dann und insoweit zum Tragen kommt, als der in erster Linie unterhaltspflichtige Ehepartner nicht in der Lage ist, seiner Unterhaltsverpflichtung nachzukommen (vgl Pichler in Rummel ABGB<sup>2</sup> Rz 12 zu § 140; Schwimann Rz 110 zu § 140)."*

Der VwGH führte in seinem Erkenntnis vom 18.10.1989, 88/13/0124, Folgendes aus:

*"... Bezieht jedoch der Ehegatte des noch in Berufsausbildung stehenden, nicht selbsterhaltungsfähigen Kindes Einkünfte, dann ist zu prüfen, ob er auf Grund derselben den notwendigen Unterhalt für seinen noch in Berufsausbildung stehenden Gatten zu leisten vermag. Ist dies zu bejahen, begründen freiwillige Unterhaltsgewährungen der Eltern des noch nicht selbsterhaltungsfähigen Ehepartners keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Reichen dagegen die Einkünfte des Gatten höchstens zur Bestreitung der eigenen bescheidensten Unterhaltsbedürfnisse aus, so wird seine Unterhaltspflicht gegenüber dem nicht selbsterhaltungsfähigen Ehegatten verneint werden müssen, weshalb die Unterhaltspflicht der Eltern desselben fortbesteht und diese bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - insb auch des Umstandes, dass die Eltern die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend tragen - Anspruch auf Familienbeihilfe haben. ..."*

Art und Umfang des Unterhaltsanspruches eines Ehegatten gegenüber dem anderen Ehegatten ergeben sich aus dem Zivilrecht. Die umfassende Lebensgemeinschaft, die Ehegatten eingehen, bedingt auch die gegenseitige Unterhaltsverpflichtung.

Gemäß § 94 Abs 1 ABGB haben die Ehegatten nach ihren Kräften und gemäß der Gestaltung ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse gemeinsam beizutragen.

Gemäß § 94 Abs 2 ABGB leistet der Ehegatte, der den gemeinsamen Haushalt führt, dadurch seinen Beitrag im Sinn des Abs. 1; er hat an den anderen einen Anspruch auf Unterhalt, wobei eigene Einkünfte angemessen zu berücksichtigen sind. Dies gilt nach der Aufhebung des gemeinsamen Haushalts zugunsten des bisher Unterhaltsberechtigten weiter, sofern nicht die Geltendmachung des Unterhaltsanspruchs, besonders wegen der Gründe, die zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts geführt haben, ein Missbrauch

des Rechtes wäre. Ein Unterhaltsanspruch steht einem Ehegatten auch zu, soweit er seinen Beitrag nach Abs. 1 nicht zu leisten vermag.

Gemäß § 94 Abs 3 ABGB ist auf Verlangen des unterhaltsberechtigten Ehegatten der Unterhalt auch bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft ganz oder zum Teil in Geld zu leisten, soweit nicht ein solches Verlangen, insbesondere im Hinblick auf die zur Deckung der Bedürfnisse zur Verfügung stehenden Mittel, unbillig wäre. Auf den Unterhaltsanspruch an sich kann im vorhinein nicht verzichtet werden.

Der Unterhaltsanspruch bei aufrechter Ehe richtet sich grundsätzlich nach der verbindlichen autonomen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft (OGH 8 Ob 210/02v). Der Unterhalt wird grundsätzlich nicht (nur) durch Geld, sondern (auch) durch Naturalleistungen (Wohnung, Nahrungsmittel, Bekleidung, Haushaltsgegenstände usw.) erbracht.

Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes hat bei unterschiedlicher Leistungsfähigkeit der Ehegatten der Ehegatte mit niedrigerem Einkommen einen Unterhaltsanspruch gegen den besser verdienenden Ehegatten in der Höhe, die ihm die Deckung der den Lebensverhältnissen beider Ehegatten angemessenen Bedürfnisse ermöglicht (OGH 7 Ob 503/91). Von der überwiegenden Rechtsprechung der Gerichte wird als grundsätzliche Orientierungshilfe bei der Unterhaltsbemessung üblicherweise ein 40 %-Anteil des schlechter verdienenden Ehegatten am Familiennettoeinkommen zu Grunde gelegt.

Zu prüfen war daher im vorliegenden Fall, ob die Einkünfte des Ehegatten der Tochter des Bf höchstens zur Bestreitung seiner eigenen bescheidensten Unterhaltsbedürfnisse ausreichen, was die subsidiär gegebenen Unterhaltspflichten des Bf gegenüber seiner Tochter fortbestehen lassen würden oder ob die Einkünfte des Ehegatten über die eigenen bescheidensten Unterhaltsbedürfnisse hinausgehen, was seine Unterhaltspflicht begründen und somit den Anspruch auf Familienbeihilfe für T. durch den Bf ausschließen würde (VwGH vom 18.10.1989, 88/13/0124).

Schon der Wortlaut des § 5 Abs 2 FLAG 1967 spricht eindeutig dafür, dass jeder Unterhaltsanspruch gegenüber dem Ehegatten die Gewährung von Familienbeihilfe ausschließt. Dass nur eine ausschließliche Unterhaltsleistung durch den Ehegatten dem Bezug von Familienbeihilfe entgegenstünde, kann dem Gesetz nicht entnommen werden (vgl. Csazsar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar § 6 Rz. 9 und UFS 28.01.2008, RV/0818-W/04).

Maßgebend für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen ist in erster Linie seine wirtschaftliche Lage, wobei sein hier relevantes Einkommen die Summe aller ihm tatsächlich zufließenden Mittel ist (vgl. FLAG-Kommentar aaO Rz. 13).

Bei der Unterhaltsbemessung ist für das Einkommen selbständig Erwerbstätiger nicht der steuerliche, sondern der tatsächlich verbleibende Reingewinn maßgebend. Die Steuerbemessungsgrundlage des Unterhaltspflichtigen ist erforderlichenfalls nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu korrigieren. Steuerliche Vorschriften,

die einem - insbesondere selbständigen - Steuerpflichtigen die Möglichkeit geben, Aufwendungen als Abzugsposten geltend zu machen, können nicht ohne weiteres auch bei der Unterhaltsbemessung geltend gemacht werden. Steuerlich absetzbare Beträge, denen keine Einkommensminderung gegenüberstand, sind in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen. Hierunter ist zB der Gewinnfreibetrag nach § 10 EStG 1988 zu verstehen (vgl. FLAG-Kommentar aaO, Rz 14).

Bei der Prüfung, ob die Einkünfte des potentiell Unterhaltsverpflichteten über die eigenen bescheidensten Unterhaltsbedürfnisse hinausgehen, ist es sachgerecht, sich bei der Höhe der "bescheidensten Bedürfnisse" an den zivilrechtlichen Begriffen "notwendiger bzw notdürftiger" Unterhalt zu orientieren. Diese wiederum orientieren sich nach der Judikatur am "Existenzminimum", das die Ausgleichszulagenrichtsätze des § 293 ASVG als Basis hat.

Es ist daher sachgerecht, bei der Höhe des Mindestbetrages zur Deckung der "bescheidensten Bedürfnisse" den Ausgleichszulagenrichtsatz nach § 293 Abs 1 lit a sublit bb ASVG für Alleinstehende heranzuziehen (vgl. FLAG-Kommentar aaO., Rz. 17 und UFS 03.10.2006, RV/1809-W/06).

Der Ausgleichszulagenrichtsatz beträgt 2016 monatlich EUR 882,78 und 2017 EUR 889,84.

Ein Unterhaltsanspruch besteht dann, wenn dieser Wert überschritten ist.

Im Jahr 2016 erzielte der Ehegatte der Tochter des Bf. steuerpflichtige Einkünfte iHv EUR 9.468,47, wobei keine Einkommensteuer zu entrichten war. Der Gewinnfreibetrag von EUR 1.413,83 ist hinzuzurechnen, was einen Betrag von EUR 10.882,30 ergibt. Dies würde pro Monat EUR 906,86 ergeben.

Da Anspruchs- und Beurteilungszeitraum für die Familienbeihilfe der jeweilige Monat ist, ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Einkünfte des Bf ab September 2016 deutlich erhöht haben. Er hatte von September 2016 bis Dezember 2016 aus seiner Tätigkeit bei F. Einnahmen iHv EUR 11.600,00. Selbst unter der Annahme, dass er in diesen Monaten keine anderen Einnahmen hatte und unter anteilmäßiger Berücksichtigung der geltend gemachten Betriebsausgaben ohne Gewinnfreibetrag für 4 Monate ( $15.143,19 : 3 = 5.047,73$ ) hatte er daher in diesen 4 Monaten Einkünfte von 6.552,27, was auf den Kalendermonat umgelegt EUR 1.638,07 und somit für den im Jahr 2016 liegenden Streitzeitraum von Oktober bis Dezember einen deutlich über dem Existenzminimum von EUR 882,78 liegenden Betrag ergibt.

Im Jahr 2017 hatte er Einkünfte (ohne Berücksichtigung des Gewinnfreibetrages) iHv EUR 16.452,18. Unter Berücksichtigung der darauf entfallenden Einkommensteuer iHv EUR 813,35 standen ihm als Einkommen EUR 15.638,83 zur Verfügung, was einen monatlichen Betrag von EUR 1.303,23, der deutlich über dem Existenzminimum von EUR 889,84 liegt, ergibt.

Damit steht fest, dass das Einkommen des Ehegatten von T. im Streitzeitraum deutlich höher war als die angeführten Richtsätze und er für T. unterhaltspflichtig war.

*Resümee:*

Der Bf bezog daher für seine Tochter zu Unrecht im Streitzeitraum Oktober 2016 bis Mai 2017 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge und es bestand keine Verpflichtung zur Unterhaltsleistung seitens der Eltern (vgl. UFS vom 10.08.2006, RV/0836-L/04).

Unterhaltszahlungen des Bf wurden nicht nachgewiesen, wobei festzuhalten ist, dass allfällige - im vorliegenden Fall freiwillige - Unterhaltsgewährungen der Eltern des noch nicht selbsterhaltungsfähigen Ehepartners keinen Anspruch auf Familienbeihilfe begründen würden.

Der Rückforderungsbescheid des FA erging daher zu Recht.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

*Zulässigkeit einer Revision:*

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist 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.

Die Lösung ggstdl Rechtsfrage folgt der Judikatur des VwGH, sodass keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vorliegt.

Wien, am 11. Februar 2019