

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des ***1*** ***2***, ***3***, ***4***, vom 21.6.2017 gegen den Bescheid des damaligen Finanzamtes Baden Mödling, nunmehr Finanzamt Österreich, 2500 Baden, Josefsplatz 13, vom 24.5.2017, Sozialversicherungsnummer ***5***, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 1.158,50) und Kinderabsetzbetrag (€ 408,80) für die im Jänner 1993 geborene ***6*** ***2*** für den Zeitraum März 2013 bis September 2013 zurückgefordert werden, zu Recht erkannt:.

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

Beschluss BFG 26.5.2014, RV/7101455/2014

Mit Beschluss BFG 26.5.2014, RV/7101455/2014 hob das Bundesfinanzgericht einen an den Beschwerdeführer (Bf) ***1*** ***2*** ergangenen Bescheid des Finanzamts Baden Mödling vom 23.10.2013, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für ***6*** ***2*** für den Zeitraum März 2013 bis September 2013 zurückgefordert werden, unter Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt gemäß § 278 Abs. 1 BAO auf.

Zum Verfahrensgang bis zu diesem Beschluss wird auf die Darstellung im Beschluss vom 26.5.2014 verwiesen. Zur Begründung führte das Bundesfinanzgericht aus:

Sachverhalt

*Die im Jänner 1993 geborene Tochter des Bf, ***6***, begann im Wintersemester 2012/2013 das Studium der Architektur an der Technischen Universität Wien, wobei sie am Orientierungskurs mit 1 Stunde (1 ECTS-Credits) erfolgreich teilgenommen hat und zwei weitere Lehrveranstaltungen mit insgesamt 8 Stunden (insgesamt 11 ECTS-Credits) mit "nicht genügend" benotet wurden.*

Die Inskription für das Folgesemester erfolgt in der Weise, dass man jedes Semester innerhalb der Zulassungs- bzw. Nachfrist den vorgeschriebenen ÖH-Beitrag (inkl. Versicherung) und Studienbeitrag einzahlt. Die Frist hierfür endete für das Sommersemester 2013 am 30.4.2013.

*Mitte Februar 2013 wurde ***6*** schwanger.*

*Bereits gegen Ende Februar 2013 litt ***6*** unter Übelkeit und unerklärlicher Gewichtszunahme und hatte den Verdacht, schwanger zu sein. Spätestens Anfang März bestätigten die von ***6*** mehrfach angewendeten handelsüblichen Schwangerschaftstests diesen Verdacht.*

*Im Juni 2013 suchte ***6*** eine Fachärztin für Frauenheilkunde und Geburtshilfe wegen unklarer abdomineller Beschwerden auf, wobei eine Schwangerschaft in der 18. Schwangerschaftswoche diagnostiziert wurde. Die Enkeltochter des Bf kam am ***11*** zur Welt.*

****6*** beabsichtigt, das Architekturstudium im Wintersemester 2014 fortzusetzen.*

Diese Feststellungen gründen sich auf das glaubwürdige Vorbringen des Bf und die aktenkundigen Unterlagen. Der Sachverhalt wird vom Finanzamt nicht bestritten.

*Vorerst kann nicht festgestellt werden, dass auf Grund der Schwangerschaft ein völliger psychischer Zusammenbruch bei ***6*** eintrat und sie bis Ende April 2013 nicht einmal in der Lage gewesen ist, sich um ihr Studium zu kümmern, zumal sie davon ausging, im Falle einer Schwangerschaft das Studium vorerst nicht weiterverfolgen zu können.*

Dies wird zwar vom Bf behauptet, steht aber mangels diesbezüglicher Ermittlungen noch nicht fest.

Rechtliche Würdigung

§ 2 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

„§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

a) für minderjährige Kinder,

b) 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. 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,

c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,

e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- 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,

f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)

g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes 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; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25. 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; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,

i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie

aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und

bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und

cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,

k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am

aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,

dd) Europäischen Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007 - 2013.“

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

§ 10 FLAG 1967 lautet:

§ 10. (1) Die Familienbeihilfe wird nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.

(2) Die Familienbeihilfe wird 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.

(3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der

Antragstellung gewährt. In bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.

(4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

(5) Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.

§ 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.

****6*** war im März 2013 bereits volljährig. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 scheidet daher aus.*

Da die übrigen Buchstaben des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 hier ebenso wenig zum Tragen kommen, bleibt als Anspruchsgrundlage § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967.

*Daher ist zu untersuchen, ob sich ***6*** im Zeitraum März bis September 2013 in Berufsausbildung befand.*

****6*** begann den Sachverhaltsfeststellungen zufolge das Architekturstudium im Wintersemester 2012/2013. Sie hat das Studium offenkundig - gegenteilige Sachverhaltsfeststellungen hat das Finanzamt nicht getroffen und es finden sich dafür auch keinerlei Anhaltspunkte - als ordentliche Hörerin betrieben. Ordentliche Studierende sind die Studierenden, die zu den ordentlichen Studien zugelassen sind (§ 51 Abs. 2 Z 15 UG). Studierende sind die nach den Bestimmungen des UG durch das Rektorat zum Studium an der Universität zugelassenen Personen (§ 51 Abs. 3 UG). Die Universität hat anlässlich der erstmaligen Zulassung eine Matrikelnummer zuzuordnen, die für alle weiteren Studienzulassungen der oder des betreffenden Studierenden beizubehalten ist (§ 60 Abs. 5 UG).*

§ 61 Abs. 1 und 2 UG lauten:

§ 61. (1) Das Rektorat hat nach Anhörung des Senates für jedes Semester die allgemeine Zulassungsfrist festzulegen. Dies ist der Zeitraum, in dem die in Abs. 3 bezeichneten Personen ihre Anträge auf Zulassung einzubringen und Studierende gemäß § 91 Abs. 2 weiters den Studienbeitrag zu entrichten haben. Die allgemeine Zulassungsfrist hat für das Wintersemester mindestens acht Wochen zu betragen und endet am 5. September, für das Sommersemester mindestens vier Wochen zu betragen und endet am 5. Februar. Die Zulassung zu Doktoratsstudien kann auch außerhalb der allgemeinen Zulassungsfrist und der Nachfrist erfolgen. Für Zulassungen zu Studien, für die besondere Zulassungs- oder Aufnahmeverfahren vorgesehen sind, können abweichende allgemeine Zulassungsfristen festgelegt werden. In der Satzung können abweichende Regelungen festgelegt werden, die die Zulassung zu Masterstudien auch außerhalb der allgemeinen Zulassungsfrist und der Nachfrist vorsehen, wenn die Zulassung aufgrund eines Bachelorstudiums erfolgt, das an der jeweiligen Universität abgeschlossen wurde.

(2) Mit Ablauf der allgemeinen Zulassungsfrist beginnt die Nachfrist, die im Wintersemester am 30. November, im Sommersemester am 30. April endet. Innerhalb der Nachfrist ist die Zulassung und die Meldung der Fortsetzung des Studiums zulässig, für Studierende gemäß § 91 Abs. 2 dann, wenn der erhöhte Studienbeitrag einbezahlt wird. Die Zulassung zu einem Diplom- oder Bachelorstudium darf innerhalb der Nachfrist nur in Ausnahmefällen erfolgen. Ausnahmefälle sind insbesondere:

- 1. Nichtbestehen eines Aufnahme- oder Zulassungsverfahrens oder der Studieneingangs- und Orientierungsphase in einem anderen Studium, sofern das Ergebnis für das Wintersemester erst nach dem 31. August, für das Sommersemester erst nach dem 31. Jänner vorliegt;*
- 2. Erlangung der allgemeinen Universitätsreife für das Wintersemester erst nach dem 31. August, für das Sommersemester erst nach dem 31. Jänner;*
- 3. bei Zivildienern, Präsenzdienern und bei Ableistung eines freiwilligen sozialen Jahres, sofern zum 31. August bzw. 31. Jänner der Dienst geleistet wurde bzw. eine Einberufung bestand und der Dienst später nicht angetreten oder vor Ende der Nachfrist abgebrochen oder unterbrochen wurde;*
- 4. Personen, die glaubhaft machen, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert waren, die Frist einzuhalten und die kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft;*
- 5. Personen, die nachweislich auf Grund von Berufstätigkeit oder Praktika daran gehindert waren, innerhalb der allgemeinen Zulassungsfrist einen Antrag zu stellen;*

6. Personen, die nachweislich auf Grund eines Auslandsaufenthaltes aus zwingenden Gründen daran gehindert waren, innerhalb der allgemeinen Zulassungsfrist einen Antrag zu stellen.

Weitere Gründe können in der Satzung festgelegt werden.

§ 62 UG lautet:

§ 62. (1) Die Studierenden sind verpflichtet, innerhalb der allgemeinen Zulassungsfrist oder der Nachfrist jedes Semesters der Universität, an der eine Zulassung zum Studium besteht, die Fortsetzung des Studiums zu melden.

(2) Die Meldung der Fortsetzung des Studiums ist unwirksam,

1. solange die allfälligen Studienbeiträge nicht eingelangt sind;

2. solange eine Zusatzprüfung, die gemäß der Universitätsberechtigungsverordnung - UBVO 1998, BGBl. II Nr. 44, im Verlauf des Studiums abzulegen ist, nicht fristgerecht nachgewiesen wird.

(3) Die Wirkung der Meldung der Fortsetzung des Studiums für ein Semester erstreckt sich bis zum Ende der Nachfrist des unmittelbar darauf folgenden Semesters, sofern die Zulassung zum Studium noch nicht erloschen ist.

(4) Über die Meldung der Fortsetzung des Studiums hat die Universität den Studierenden Studienbestätigungen auszustellen. Diese müssen jedenfalls Namen, Geburtsdatum, Matrikelnummer und Sozialversicherungsnummer der oder des Studierenden sowie den Studierendenstatus, das Studium und das Semester enthalten.

§ 67 UG lautet:

§ 67. (1) Die Universitäten haben festzulegen, dass Studierende auf Antrag für höchstens zwei Semester je Anlassfall, insbesondere wegen Ableistung eines Präsenz- oder Zivildienstes, wegen länger dauernder Erkrankung, wegen Schwangerschaft oder wegen Betreuung eigener Kinder, bescheidmäßig zu beurlauben sind. Näheres ist in der Satzung festzulegen.

(2) Während der Beurlaubung bleibt die Zulassung zum Studium aufrecht. Die Teilnahme an Lehrveranstaltungen, die Ablegung von Prüfungen sowie die Einreichung und Beurteilung wissenschaftlicher Arbeiten sowie künstlerischer Master- und Diplomarbeiten ist unzulässig.

§ 68 UG lautet:

§ 68. (1) Die Zulassung zu einem Studium erlischt, wenn die oder der Studierende

1. sich vom Studium abmeldet;

2. die Meldung der Fortsetzung des Studiums unterlässt, ohne beurlaubt zu sein;
3. bei einer für ihr oder sein Studium vorgeschriebenen Prüfung auch bei der letzten zulässigen Wiederholung negativ beurteilt wurde, wobei sich die Zahl der zulässigen Wiederholungen nach den Prüfungsantritten an der jeweiligen Universität in den facheinschlägigen Studien bemisst;
4. das Recht auf unmittelbare Zulassung für dieses Studium oder auf Fortsetzung des Studiums im Ausstellungsstaat der Urkunde, mit der die allgemeine Universitätsreife nachgewiesen wurde, verloren hat, weil sie oder er eine hierfür erforderliche Prüfung nicht rechtzeitig abgelegt hat;
5. im Falle der befristeten Zulassung das Teilstudium im Befristungsausmaß absolviert hat oder
6. das Studium durch die positive Beurteilung bei der letzten vorgeschriebenen Prüfung abgeschlossen hat.

(2) An den Universitäten gemäß § 6 Z 16 bis 21 kann in der Satzung vorgesehen werden, dass die Zulassung zum Studium erlischt, wenn mehr als drei Semester während der gesamten Studiendauer das jeweilige Lehrangebot aus dem zentralen künstlerischen Fach nicht besucht wird.

(3) Das Erlöschen der Zulassung zu einem Studium ist zu beurkunden. Insbesondere im Fall des Abs. 1 Z 4 hat das Rektorat auf Antrag einen Feststellungsbescheid zu erlassen.

§ 68 UG normiert verschiedene Tatbestände, die das ex-lege-Erlöschen der Zulassung zu ordentlichen Studien zur Folge haben.

Gemäß § 68 Abs. 1 Z 2 UG erlischt die Zulassung, wenn die Meldung der Fortsetzung unterlassen wird (vgl. Perthold-Stoitzner in Mayer, UG2.02 § 68 UG Rz 11).

Dadurch, dass die Tochter des Bf es unterlassen hat, für das Sommersemester die Meldung betreffend Fortsetzung des Studiums einzubringen, erlosch ihre Zulassung zum Studium der Architektur.

Die Tochter des Bf war im Zeitraum März bis September 2013 daher nicht ordentliche Hörerin. Somit war die Anspruchsvoraussetzung nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 - "Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr." - nicht gegeben. Die gesetzliche Beweisregel dieser Bestimmung ist daher hier nicht anwendbar.

Das Gesetz berücksichtigt in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignisse während eines Studiums. Dies würde nach dem Gesetzeswortlaut voraussetzen, dass ein Studium während dieses unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses vorliegt. Wird durch dieses unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignis das Studium kraft Gesetzes

beendet, wäre nach dem Gesetzeswortlaut die Ausnahmeregelung betreffend unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignisse nicht anwendbar.

Dies kann jedoch nicht der Sinn des Gesetzes sein. Wenn das FLAG 1967 vorsieht, dass die Studienzeit "durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert" wird, wobei eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester bewirkt, muss dies nach dem Gesetzeszweck auch für ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis, das einer Fortsetzungsmeldung für ein begonnenes Studium entgegensteht, gelten.

Hierfür spricht auch, dass der Rechtsvorgänger des UG, das Allgemeines Hochschul-Studiengesetz, keine automatische Exmatrikulation bei Unterlassung der Inskription für ein Semester vorsah, sondern die Immatrikulation gemäß § 6 AHStG nur unter bestimmten Voraussetzungen, zu denen aber nicht die fehlende Inskription für ein Semester gehörte, erlosch.

Die Regelung im FLAG 1967 beruht nicht auf dem UG, sondern auf den früheren Studienvorschriften. Nach der früheren Studienrechtslage stellte sich das angesprochene Problem nicht, da das Kind auch bei Unterlassen einer Inskription für ein Semester immatrikuliert blieb, also weiterhin ordentlicher Hörer war. Erst mit dem UG wurde eine automatische Exmatrikulation bei Unterlassung einer rechtzeitigen Fortsetzungsmeldung geschaffen. Daher ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber des FLAG 1967 mit § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 als unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignisse "während eines Studiums" auch solche Ereignisse verstanden wissen wollte, die nach der nunmehrigen Studienrechtslage einer rechtzeitigen Fortsetzungsmeldung entgegenstanden.

Ergänzung des Ermittlungsverfahrens

Ob die Tochter des Bf tatsächlich gehindert war, eine Fortsetzungsmeldung abzugeben, steht nach den bisherigen Sachverhaltsfeststellungen aber noch nicht fest.

Der Bf behauptet dies zwar, jedoch sind für eine derartige Feststellung noch weitere Beweise aufzunehmen. Die Sache ist daher nicht entscheidungsreif.

Bislang hat das Finanzamt die Tochter zum Sachverhalt nicht als Zeugin (§ 169 BAO) befragt. Das Finanzamt wird daher zunächst durch Einvernahme der Tochter zu klären haben, ob die Angaben ihres Vaters zutreffend sind, sie also tatsächlich das Studium nicht abbrechen, sondern fortsetzen wollte und nur infolge ihres damaligen psychischen Zustands dazu nicht in der Lage war.

Sollte hierdurch der entscheidungsrelevante Sachverhalt nicht hinlänglich geklärt sein, wird das Finanzamt im weiteren Verfahren ein Gutachten (§ 177 BAO) eines psychiatrischen

Sachverständigen einzuholen haben, ob die Tochter des Bf tatsächlich nicht in der Lage gewesen ist, rechtzeitig eine Fortsetzungsmeldung zu erstatten.

Ergibt das Ermittlungsverfahren, dass die Tochter hierzu außerstande gewesen ist, stünde für den Rückforderungszeitraum Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu.

*War dies nicht der Fall, bestand für ***6*** während des Zeitraumes März bis September 2013 kein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag, da die Tochter des Bf in diesem Zeitraum aber auch keiner anderen Berufsausbildung nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 erster Satz - "...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" - nachging.*

...

Revisionszulassung

Gemäß Art. 133 Abs. 9 B-VG i. V. m. § 25a Abs. 1 VwGG ist gegen diesen Beschluss eine Revision zulässig, da zu der Frage, ob eine Verhinderung des Kindes, rechtzeitig eine Fortsetzungsmeldung für ein Studium einzubringen, dazu führt, dass ein begonnenes Studium für ein Semester als fortgesetzt gilt, auch wenn eine Fortsetzungsmeldung unterblieben ist, Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes im Rechtsinformationssystem des Bundes nicht ersichtlich ist. Es liegen auch keine diesbezüglichen Entscheidungen des Unabhängigen Finanzsenats oder des Bundesfinanzgerichts vor.

Der Beschluss wurde nicht mit Revision angefochten.

Niederschrift vom 11.7.2014

Das Finanzamt vernahm am 11.7.2014 ***6*** ***2*** als Zeugin. In der Niederschrift dazu wurde festgehalten:

Fragen:

Weshalb haben Sie nicht inskribiert? Warum nicht innerhalb der allgemeinen Inskriptionsfrist (5.2.)?

Ich bin im Dezember 2012 von zu Hause ausgezogen und bin zu meinem Freund gezogen. Ich wollte ursprünglich aus finanziellen Gründen erst im März inskribieren.

Mir wurde am Info-Point gesagt, dass es kein Problem ist in der Nachfrist zu inskribieren. Als ich Mitte März von meiner Schwangerschaft erfuhr, dachte ich kaum mehr an das Studium. Ich habe dann den Kopf sozusagen in den Sand gesteckt. Ich blieb zu Hause und bin gelegen, habe

geweint. Ich war mir auch nicht klar, wer der Vater des Kindes ist. Ich habe damals nicht gewusst, wie lange ich schwanger bin. Ich bin erst im Juni zur Frauenärztin gegangen.

Ich habe dann bis zum Ende der Inskriptionsnachfrist nicht inskribiert, obwohl ich es, was die körperlichen Beschwerden betrifft, schon gekonnt hatte; der psychische Zustand bzw. die Umstände haben dies aber verhindert.

Wann traten die ersten Probleme auf? Beschreibung mit eigenen Worten.

Mitte März. Siehe unten.

Wann erfuhren Sie erstmals von Ihrer Schwangerschaft?

Mitte März traten erstmals Probleme, wie z.B Übelkeit, Bauchschmerzen, auf; da hatte ich erstmals den Verdacht schwanger zu sein. Ich machte dann noch im März einen handelsüblichen Schwangerschaftstest, der mir den Verdacht bestätigte.

Welche Absichten hatten Sie bezüglich des Studiums, als Ihnen bekannt wurde, dass eine Schwangerschaft vorlag? Ich habe zu diesem Zeitpunkt an nichts gedacht, außer an die Probleme, die mit der Schwangerschaft verbunden waren. Ich habe deshalb auch zu wenig an das Studium gedacht und nicht daran gedacht, was dies für Konsequenzen hat. Eine Weiterführung des Studiums habe ich nie angezweifelt.

Ich mich dann erst nach Ablauf der Nachfrist um das Studium gekümmert (Juni), da ich bis dahin psychisch sehr labil war. Ich habe mich dann telefonisch wegen Beurlaubung erkundigt; da wurde mir mitgeteilt, dass das für das Sommersemester 2013 nicht mehr möglich ist. Im Wintersemester 2013 habe ich mich um eine Beurlaubung nicht mehr gekümmert, da ich dann schon das Kind bekommen habe. Ich habe im März 2014 eine Mail an UNI geschickt, wegen Beurlaubung für das Sommersemester 2014; dies war jedoch nicht möglich. Sie sagten, wenn die Zulassung erloschen ist, ist eine Beurlaubung nicht mehr möglich.

Inwiefern waren Sie durch die Schwangerschaft im Studium beeinträchtigt?

Beschreibung ab Beginn der Probleme.

Übelkeit im März begonnen; am Anfang stark, ca. ein Monat, dann leichter geworden, bis ca. zum 6.Monat; wenn es nur um Übelkeit bzw. körperliche Beschwerden gegangen wäre, hätte ich inskribiert; ich war aber hauptsächlich psychisch beeinträchtigt, durch obengenannte Probleme.

Die psychischen haben angedauert bis kurz bevor ich die Frauenärztin aufgesucht habe, da ich mich zuvor meiner Schwester anvertraut haben und es mir dann besser ging.

Weshalb haben Sie nicht um Beurlaubung angesucht?

Siehe oben.

Konnte eine Beurlaubung bzw. Fortsetzungsmöglichkeit des Studiums inzwischen erreicht werden? (Angaben des Vaters in 2.Beschwerde).

Oder ist Zulassung erloschen? Siehe oben

Werden die das Studium im WS 14 sicher fortsetzen?

Ja. Ich werde inskribieren. Was mir gesagt wurde ,ist dies möglich, und die bestandene Prüfung wird sicherlich angerechnet.

Weshalb haben Sie die Frauenärztin erst im Juni besucht?

Siehe oben.

Welche weiteren Absichten haben Sie bezüglich Ihres Studiums?

Kann das Studium aufgrund des UNI-Gesetzes fortgesetzt werden? Wird Ihnen der erfolgreich absolvierte Orientierungskurs vom November 2012 ab Oktober 2014 angerechnet? Angeblich ja.

Die Zulassungsfrist für das Architekturstudium ist bis 5.September 2014. Haben Sie schon diesbezügliches veranlasst? Noch nicht. Ich werde sicher inskribieren.

*Bestehen bereits Regelungen über die Kinderbetreuung während der künftigen Studienzeit? Welche? Ich bin in ***7*** auf der Suche nach einem Kinderbetreuungsplatz. Die Eltern eher nicht. Eventuell hilft mir auch die Schwester.*

Beschreiben Sie Ihre Wohnsituation.

Ich bin vor der Geburt wieder bei meinen Eltern eingezogen. Ca. Oktober 2013.

Aktenvermerk 24.7.2014

Das Team Allgemeinveranlagung des Finanzamts fasste in einem Aktenvermerk vom 24.7.2014 zusammen:

Kann Studium mit WS 14 problemlos fortgesetzt werden? Laut Aussage: ja.

Spielt es eine Rolle, ob die bisher positiv abgelegte Prüfung angerechnet wird? Nein.

(Wenn das Studium fortgesetzt werden kann, wird diese sicher angerechnet).

(UFS 2004:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellen Unterbrechungen der Berufsausbildung (zB in Folge einer Krankheit) an sich keine Beendigung der Berufsausbildung dar. Wird aber die Tätigkeit, durch die die Berufsausbildung erfolgt, nicht wieder aufgenommen, so können die Zeiten ab Beendigung der entsprechenden Tätigkeit nicht mehr als Zeiten einer Berufsausbildung angesehen werden. Allein der Wunsch, die Berufsausbildung fortzusetzen genügt jedoch nicht, wenn die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit nicht gegeben ist (VwGH 14.12.1995, 93/15/0133). In einem weiteren Erkenntnis (VwGH 20.6.2000, 98/15/0001) hat der Gerichtshof ausgeführt, dass der Natur der Dinge entsprechende Unterbrechungen des tatsächlichen Ausbildungsvorganges für einen bereits vorher entstandenen Anspruch auf Familienbeihilfe nicht schädlich sind. Hiezu gehören (siehe auch VwGH 16.11.1993, 90/14/0108) beispielsweise Erkrankungen, die die Berufsausbildung auf begrenzte Zeit unterbrechen, oder Urlaube und Schulferien. Bei einer mehrjährigen krankheitsbedingten Unterbrechung der tatsächlichen Berufsausbildung bleibt der Familienbeihilfenanspruch jedoch nicht mehr bestehen, weil in einem solchen Fall die Berufsausbildung nicht mehr aufrecht ist. Daraus folgt für den Fall der Unterbrechung der Ausbildung durch die Geburt eines Kindes, dass auch eine solche Unterbrechung für einen bereits vorher entstandenen Anspruch auf Familienbeihilfe nicht schädlich ist, wenn sie den Zeitraum von zwei Jahren nicht deutlich übersteigt.)

*Für BFG ist entscheidend, ob ***6*** tatsächlich außerstande war, rechtzeitig eine Fortsetzungsmeldung zu erstatten (bis Ende April 2013). Dann würde für das SS13 Anspruch bestehen.*

Dies wäre zu beurteilen.

Ein Gutachten wäre aber vermutl. nicht sinnvoll, da offiz. Feststell. der Schwangerschaft erst 6/2013 und vermutl. nicht beweisbar.

Wesentlich ist jedenfalls, dass das Studium tatsächlich fortgesetzt wird.

Abwarten? Diesbezügl. Erklärung des Kindes im Vorakt bzw. in NS: Fortsetzung WS2014.

Zeiten des Mutterschutzes sowie Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des 2.LJ. hemmen den Ablauf der Studienzeit (gilt auch für Studienerfolgsnachweis).

Laut DRL 2010:

Bei Berücksichtigung von Mutterschutz- bzw. Kindererzieh.Zeiten gem. §2 1 b FlaG muss Fortsetzungsmeldung bzw. Beurlaubung vorliegen. Die Semesterzahlung beginnt mit dem Semester, das dem 2.Geburtstag des Kindes folgt.

Da Studienbeginn feststeht, sind Zeiten von in der Natur der Dinge liegende Unterbrechungen bzw. Hemmung wegen Mutterschutz/Kindererziehung zu berücksichtigen. Mehrjährige Unterbrechungen waren nicht zu berücksichtigen.

Für Zeiten Hemmung Mutterschutz/Kindererziehung ist Inskription für Anspruch erforderlich.

Unterbrechung ab März 2013 liegt vor.

Für SS13 nur Anspr., wenn Fortsetzung der Berufsausbildung.

ENTSCHEIDUNG aus Sicht der AV 29.7.2014:

Eine Studienbehinderung bis 30.4.2013 aufgrund der Schwangerschaft wird anerkannt. Es besteht somit lt.BFG für das SS13 Anspruch auf FB, wenn dieses Studium fortgesetzt wird!

Das Studium ist mit WS12 als begonnen zu betrachten und ab 1.3. 2013 bis 30.9.2013 aufgrund der Natur der Dinge als unterbrochen anzusehen.

Ab WS13 liegt eine Hemmung des Ablaufes der Studienzeit vor; für den FB-Anspruch ist ab WS13 daher Inskription erforderlich. Beurlaubung vermutlich nicht mehr möglich.

WS13 und SS14 wurde nicht inskribiert; daher KEIN Anspruch.

Das Studium wurde im WS 12 begonnen und betrieben; das steht fest.

Voraussetzung für Anspruch für SS13 und ev. folgende inskrib.Semester ist, dass dieses Studium fortgesetzt wird!

Es besteht während Hemmungszeiten wegen Mutterschutz/Kindererziehung nur dann Anspruch auf FB, wenn Inskription bzw. Beurlaubung vorliegt. In den Zwischenzeiten liegt eine Unterbrechung vor.

*Die Hemmung beginnt mit ***8*** (Mutterschutzbeginn) und dauert bis 11/2015 (2.Geb.Tag des Kindes).*

Studienerfolgsnachweis:

WS2012 wurde studiert. Ab SS13 ist Studium unterbrochen.

*Ablauf des Studienerfolgsnachweiszeitraumes ist in der Zeit von ***8*** bis 23.11.2015 gehemmt. Die Semesterzahlung beginnt mit Semester das dem 2.Geb.Tag folgt; also mit dem SS16; somit läuft der Studienerfolgsnachweiszeitraum mit 9/2016 ab (2 Sem. = WS12+SS16).*

Die Vorlage von 16 ECTS ist daher erst im September 2016.

Studiendauer:

Gerechnet wird WS12+inskrib.Sem. (außer: WS14bis inkl.WS15(Hemmungssemester); WS13-SS14 wurde ohnehin nicht inskribiert).

Da RF-Bescheid und BVE durch BFG aufgehoben wurde, ist Antragstellung abzuwarten (RF wurde bereits storniert).

Falls bis September 2016 keine Fortsetzung des Studiums erfolgt, wäre SS2013 wieder rückzufordern! (da keine Fortsetzung des unterbrochenen Studiums; auch RF bei anschließenden Studienwechsel!). Dies wäre zu überwachen.

Stellungnahme Fachbereich 18.2.2016

Der Fachbereich des Finanzamts gab am 18.2.2016 folgende Stellungnahme ab:

Kurze Zusammenfassung des Sachverhaltes :

*Tochter ***6***, ***9*** geboren, beginnt im WS 2012/13 mit dem Architekturstudium in Wien. Für SS 2013 erfolgt keine Fortsetzungsmeldung , woraufhin die Zulassung zum Studium erlischt.*

Die bereits ausbezahlte FB wird daher für das SS 2013 rückgefordert. BFG hebt diese Entscheidung auf und weist an das FA zurück zur Durchführung weiterer Ermittlungen.

*Rückforderungsbescheid wurde aufgehoben, ***2*** ***1*** hat daher für ***6*** für WS 2012/13 und SS 2013 FB bezogen.*

*In der Niederschrift gibt ***6*** an,, dass sie das Studium im WS 2014/15 wieder forstsetzen möchte (genaueres siehe Ausführungen vom 24.7.2014).*

Da bis dato kein neuerlicher Antrag auf FB beim FA eingegangen ist, ist davon auszugehen, dass das Studium nicht, wie geplant, im WS 2014 /15 fortgesetzt wurde. Da durch die Schwangerschaft eine Hemmung der Studiendauer und des Studienerfolgsnachweises eingetreten ist (das dem 2. Geburtstag folgende Semester zählt wieder), wäre frühestens im September 2016 ein Nachweis zu erbringen.

*Sollte das Studium überhaupt nicht weitergeführt werden, dann wäre die FB für das SS 2013 neuerlich rückzufordern, weil das Studium abgebrochen wurde. Die Ausführungen im Beschluss des BFG vom 26.5.2014 können nur so verstanden werden, dass ein FB Anspruch im SS 2013 bestünde, wenn ***6*** durch ein unvorhergesehenes Ereignis an der Fortsetzungsmeldung gehindert war, wenn das Studium tatsächlich zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufgenommen werde.*

Es wäre daher im Oktober 2016 mittels Vorhalt abzuklären, ob und wann ein Studium begonnen worden ist.

Vorhalt vom 9.2.2017

Mit Vorhalt vom 9.2.2017 ersuchte das Finanzamt den Bf bekannt zu geben, ob seine Tochter ***6*** im Wintersemester 2014 oder später ihr Studium wieder aufgenommen habe und um Vorlage entsprechender Nachweise der der TU Wien.

Der Bf legte am 6.4.2017 eine Stellungnahme seiner Tochter ***6*** ***2*** vor:

Sehr geehrte Damen und Herren,

*mein Vater ***1*** ***2*** hat mir Ihr Schreiben übermittelt, mit welchem Sie ersuchen, Studienerfolgsnachweise für mein Architekturstudium an der TU Wien für das Studienjahr 2014/15 zu übermitteln, welches ich nach der Geburt meiner Tochter ***10*** wieder aufgenommen habe.*

Solche Nachweise kann ich ihnen bedauerlicherweise nicht übermitteln, da die Betreuungserfordernisse für meine Tochter es mir in dieser Zeit schlichtweg unmöglich machten, Prüfungen abzulegen.

*Ich besuchte im genannten Studienjahr, soweit es mir möglich war, die Vorlesungen, immer auch abhängig davon, ob sich meine berufstätigen Eltern für die Betreuung meiner Tochter ***10***, geboren am ***11***, Zeit nehmen konnten und ich war immer bemüht, die darauffolgenden Prüfungen zu absolvieren. ***10*** war zu dieser Zeit erst ein knappes Jahr alt und verständlicherweise sehr stark auf mich fixiert. Der Vater meiner Tochter, ***12*** ***13***, sorgte im Rahmen seiner beruflichen Aufgaben für unser finanzielles Auskommen und konnte mich daher nicht entlasten. Zu den Prüfungsterminen konnte ich daher leider nicht an die TU fahren. Ich erinnere mich an einen vorgesehenen Prüfungstermin; ausgerechnet an diesem Tag zeigte ***10*** Krankheitssymptome und ich konnte sie nicht wie vereinbart bei meiner Mutter unterbringen, obwohl sich diese extra dafür freigenommen hat.*

*Das Erfordernis, zur Verhinderung Ihrer Rückforderung mein Architekturstudium ehestens fortzusetzen, erzeugte in unserer Familie einen erheblichen Stress und ich erkannte, dass dieses Vorhaben leider nicht erfolgreich umzusetzen war. Somit gab ich schweren Herzens meinen Lebensraum auf. Nun ist ***10*** schon älter und akzeptiert fremde Betreuung und neben meiner Aufgabe als junge Mutter mache ich derzeit die Ausbildung zur Kindergärtnerin.*

Im Jahr 2015 kam noch dazu, dass wir in dem von uns bewohnten Haus ein schweres Brandereignis hatten, bei welchem wir unser Hab und Gut verloren. Beiliegend finden Sie die Anzeigebestätigung mit einem Schadenswert von EUR 200.000.- und meine Meldebestätigung an dieser Adresse. In dieser Zeit musste ich mich noch mehr um meine Tochter kümmern und auch die vorübergehende Wohnsituation bis zur Sanierung des Hauses klären. In dieser Zeit konnte ich mich meiner Berufsausbildung überhaupt nicht widmen.

Ich möchte noch einmal in Erinnerung rufen, dass ich in einer psychischen Ausnahmesituation durch meine ungewollte Schwangerschaft die Inskriptionsfrist für das zweite Semester des ersten Studienjahres versäumt habe.

All diese Umstände sind Ihnen durch das vorangegangene Verfahren bekannt und finden sich auch in der Entscheidung des Bundesfinanzgerichtes. Hatte ich inskribiert, wäre das Problem wohl nicht entstanden. Ich kenne im Bekanntenkreis einige Fälle, wo ein Studium nach zwei Semestern mangels Erfolg und Interesse nicht fortgesetzt wurde, keine Prüfungen absolviert wurden und trotzdem keine Familienbeihilfenrückforderung gestellt wurde. Es ist außerordentlich unbillig und herzlos, mich und meine Familie für den Umstand meiner ungewollten Schwangerschaft durch Ihre für mich nicht finanzierbare Rückforderung büßen zu lassen, obwohl Ihnen das Bundesfinanzgericht schon einen gesetzeskonformen Weg zu meinen Gunsten aufgezeigt hat. Mich belastet diese Situation psychisch abermals sehr.

Ich hoffe daher inständig, dass Sie Verständnis haben und nicht abermals das Bundesfinanzgericht befasst werden muss. Außerdem wird mein Vater nötigenfalls die Möglichkeit zur Antragstellung gemäß § 26 Abs 4 FLAG nutzen, wonach die Oberbehörden ermächtigt sind, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre. Diese Unbilligkeit liegt ja nach dem Urteil billig und gerecht denkender Menschen ganz offen auf der Hand.

Freundliche Grüße

6 **2***

Mutter-Kind-Pass

Aktenkundig ist eine Kopie des Mutter-Kind-Passes. ***6*** **2*** ist erstmalig am 14.6.2013 von einer Fachärztin für Gynäkologie untersucht worden ist. Danach fanden die vorgesehenen Folgeuntersuchungen statt.

Rückforderungsbescheid vom 24.5.2017

Mit Bescheid vom 24.5.2017 forderte das Finanzamt vom Bf erneut zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 1.158,50) und Kinderabsetzbetrag (€ 408,80) für die im Jänner 1993 geborene ***6*** **2*** für den Zeitraum März 2013 bis September 2013 zurück und führte dazu aus:

Gemäß § 2 (1) lit. b FLAG 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.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stellen Unterbrechungen der Berufsausbildung (zB in Folge einer Krankheit) an sich keine Beendigung der Berufsausbildung dar.

Wird aber die Tätigkeit, durch die ein Kind für einen Beruf ausgebildet wurde, nicht wieder aufgenommen, so können die Zeiten ab Beendigung der entsprechenden Tätigkeit nicht mehr als Zeiten einer Berufsausbildung angesehen werden. Allein der Wunsch, die Berufsausbildung fortzusetzen genügt jedoch auch nicht, wenn die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit nicht gegeben ist.

*Ihre Tochter ***6*** hat an der TU Wien für das Architekturstudium im Wintersemester 2012, im Wintersemester 2014 und Sommersemester 2014 inskribiert.*

Bei einem Studium liegt eine ernsthafte und zielstrebige Berufsausbildung jedoch nur vor, wenn Prüfungsantritte regelmäßig erfolgen.

Eine Fortsetzung des Architekturstudiums im Wintersemester 2014 nach der Unterbrechung liegt daher nicht vor.

Es besteht daher für das Sommersemester 2013 kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Beschwerde vom 21.6.2017

Gegen den Bescheid vom 24.5.2017 erhob der Bf mit Schreiben vom 21.6.2017 Beschwerde und führte aus:

*Ich erhebe Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid vom 24.5.2017 und beantrage die ersatzlose Aufhebung dieses Bescheides. Anfechtungspunkt ist die Vorschreibung einer Rückforderung an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für meine Tochter ***6***, geboren am ***9*** für die Monate März bis September 2013.*

Weiters beantrage ich die Aussetzung der Einhebung für den gesamten Rückforderungsbetrag in Höhe von EUR 1567,30 EUR gemäß § 212a Bundesabgabenordnung.

Für den Fall der Vorlage dieser Beschwerde an das Bundesfinanzgericht beantrage ich die Durchführung einer mündlichen Senatsverhandlung.

Schließlich beantrage ich die Aussetzung der Entscheidung gemäß § 271 Bundesabgabenordnung über diese Beschwerde bis zur Erledigung einer von mir beabsichtigten Anregung an das Bundesministerium für Familien und Jugend auf eine Maßnahme gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967, wonach die Oberbehörden ermächtigt sind, in Ausübung des

Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des vorgeblich unrechtmäßigen Familienbeihilfenbezuges abzusehen, wenn die Rückforderung so wie im vorliegenden Fall unbillig wäre.

Begründung:

*Meine Tochter ***6*** begann im Wintersemester 2012/2013 das Studium der Architektur an der TU Wien. Im Februar 2013 wurde sie unerwartet schwanger und gebar am ***11*** ihr erstes Kind ***10***. Die Schwangerschaft traf ***6*** völlig unvorbereitet und unerwartet und führte gerade in den ersten Wochen und Monaten zu erheblichen körperlichen Beschwerden sowie zu einer psychischen Ausnahmesituation. Wir hatten zu dieser Zeit zu ***6*** nur wenig Kontakt und sie selbst vertraute sich weder mir oder meiner Frau an noch nahm sie ärztliche Hilfe in Anspruch. Heute wissen wir, dass ***6*** sich trotz eindeutiger Anzeichen und ausgeprägter Beschwerden über ihre Schwangerschaft selbst nicht im Klaren war und überdies Zweifel an der Vaterschaft hatte.*

*Erst Monate später nahm ***6*** ärztliche Hilfe in Anspruch und berichtete der Frauenärztin über ihre Beschwerden und Probleme in den Wochen davor.*

*Diese Ausnahmesituation veranlasste ***6*** offenbar, "den Kopf in den Sand zu stecken". Weil ihr klar war, dass sie im Falle einer Schwangerschaft das Studium vorerst nicht weiterverfolgen kann, unterließ sie es, sich im Sommersemester 2013 für die Fortsetzung des Architekturstudiums weiter zu melden. Somit lag keine Inskriptionsbestätigung vor.*

*Ungeachtet der unterbliebenen Fortsetzungsmeldung führten jedoch die Umstände der Schwangerschaft und die damit verbundenen erheblichen psychischen und körperlichen Beschwerden (im Sinne einer Erkrankung) zu einer Studienbehinderung infolge eines unvorhergesehenen Ereignisses, diese Studienbehinderung dauert wegen der Betreuungspflichten für ***10*** bis heute an.*

Für die Berechtigung der Annahme, dass ein ordentliches Studium ernsthaft und zielstrebig betrieben wird, stellt das Familienlastenausgleichsgesetz insofern eine gesetzliche Beweisregel auf, als für Studierende für das erste Studienjahr die Aufnahme als ordentlicher Hörer grundsätzlich als Anspruchsvoraussetzung (ohne irgendwelche Leistungsnachweise) genügt. Zu § 2 Abs 1 lit b FLAG hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass die Unterbrechung der Ausbildung durch der Natur der Dinge entsprechende Unterbrechungen des tatsächlichen Ausbildungsvorganges für einen bereits vorher entstandenen Anspruch auf Familienbeihilfe nicht schädlich sei. Eine Unterbrechung der Ausbildung durch eine Erkrankung sei für einen bereits vorher entstandenen Anspruch auf Familienbeihilfe nicht schädlich, wenn die Berufsausbildung auf bloß begrenzte Zeit unterbrochen wird (u.a. VwGH 20.06.2000, 98/15/0001; 16.03.2005, 2004/14/0114).

****6*** wurde als ordentliche Hörerin der Studienrichtung Architektur aufgenommen und hat im ersten Semester Prüfungen abgelegt; durch die während des ersten Studienjahres eingetretene Schwangerschaft und deren Begleitumstände wurde sie an der Fortführung des Studiums gehindert.*

Die in Ansehung dieser Behinderung von ihr unterlassene (kostenverursachende) Meldung der Fortsetzung des Studiums kann nicht maßgeblich dafür sein, die Weitergewährung der Familienbeihilfe abzulehnen. Eine derartige Sichtweise wurde entgegen dem Gesetzeswortlaut ein rein formales Kriterium als entscheidungswesentlich für die Bezugsberechtigung definieren. Es wäre widersinnig, ein wegen einer problematischen Schwangerschaft vorerst nicht fortführbares Studium zur Fortsetzung zu melden, wenn man schon weiß, dass ebendiese Fortsetzung nicht möglich ist.

*Vorgelegt wurde das Schreiben einer Fachärztin für Frauenheilkunde und Geburtshilfe vom 2.12.2013 betreffend "Bestätigung für FA/Familienbeihilfe": „Meine Patientin ***6*** ***2*** kam im Juni 2013 wegen unklarer abdomineller Beschwerden zur Untersuchung in meine Ordination, und wurde mit der überraschenden Diagnose "Schwangerschaft in der 18. SSW " konfrontiert. Im Anschluss daran hatte sie sowohl physisch als auch psychisch vieles durchzuhalten – war in einer völlig neuen Lebenssituation und hat sicher deshalb auf die Fortsetzungsbestätigung vergessen. Ich bitte in diesem besonderen Fall um Verständnis und ersuche von einer Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen Abstand zu nehmen!“*

*Der vorliegende Sachverhalt war bereits Gegenstand eines Verfahrens vor dem BFG (BFG vom 26.05.2014, RV/7101455/2014), in welchem das Gericht zum unter Aufhebung des ersten Rückforderungsbescheides zum Schluss kam, es seien weitere Ermittlungen zur Behinderung der Abgabe einer Fortsetzungsmeldung für das Sommersemester 2013 nötig, um zu einer Entscheidungsreife über den vorgeblichen Rückforderungsanspruch zu kommen. Trotz Revisionszulassung hat die Abgabenbehörde diese Entscheidung nicht mit Revision bekämpft. Umso mehr erstaunt es, dass die konkret benannten und ergänzend angeordneten Ermittlungen in Form von Beweisaufnahmen von der Abgabenbehörde im nunmehrigen zweiten Rechtsgang jedoch vollständig unterlassen wurden; statt dessen hat sich die Abgabenbehörde ausschließlich mit der (laut Bundesfinanzgericht überhaupt nicht relevanten) Frage der späteren Fortsetzung des Architekturstudiums durch ***6*** nach der Geburt von ***10*** beschäftigt.*

Somit legt ein wesentlicher Verfahrensmangel vor, welcher den bekämpften Bescheid rechtswidrig macht.

Sollte die Abgabenbehörde allerdings die vom Bundesfinanzgericht konkret verlangten Erhebungsschritte durchgeführt haben, so hat sie in grob rechtswidriger und rechtsstaatlich

höchst bedenklicher Weise das Parteiengehör verletzt, indem sie mir vor Erlassung des bekämpften Bescheides die Ergebnisse nicht zur Kenntnis gebracht hat.

Dies wäre ein noch wesentlich gröberer Verfahrensmangel, der jedenfalls zur Aufhebung des bekämpften Bescheides führen muss.

*Der nun angefochtene neuerliche Rückforderungsbescheid geht mit keinem Wort auf die Schwangerschaft und die konkrete Belastungssituation meiner Tochter ***6*** seit der ersten Jahreshälfte 2013 und den schwierigen Monaten danach ein, sondern begründet die rechtswidrige abermalige Rückforderung lediglich mit dem Umstand, es liege keine Fortsetzung des Architekturstudiums vor. Dies ist einerseits unrichtig bzw. widersprüchlich, weil ***6*** wie aktenkundig sehr wohl wieder im Rahmen des unterbrochenen Architekturstudiums im Wintersemester 2014 weiterinskribierte und lediglich ihre Betreuungspflichten als junge Mutter eines Kleinkindes das weitere Ablegen von Prüfungen verhinderten. Andererseits negiert die Abgabenbehörde (in der Person des gleichen Sachbearbeiters wie im ersten Rechtsgang !) völlig die Anordnungen des Gerichtes im ersten Rechtsgang. Dies erscheint mehr als befremdlich, weil es wohl zum Wesen eines demokratischen Rechtsstaates gehört, dass die Verwaltungsbehörden sich nicht (zumindest nicht leichtfertig) über unabhängige Gerichtsentscheidungen hinwegsetzen, sondern im Gegenteil dort vorgezeichnete Rechtsauffassungen und Sachverhaltswürdigungen zur Grundlage ihrer allfälligen weiteren Verfahrensschritte und Erwägungen machen. Fast scheint es, als hatte sich die Abgabenbehörde bei Erlassung des gegenständlich bekämpften Bescheides weder mit dem Parteivorbringen noch mit der BFG-Entscheidung im Vorverfahren beschäftigt bzw. jede Erinnerung an dieses verloren.*

Beschwerdevorentscheidung vom 25.4.2018

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 25.4.2018 wies das Finanzamt die Beschwerde vom 21.6.2017 als unbegründet ab:

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

b) 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. 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 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; Gleiches gilt, wenn alle Lehrveranstaltungen und Prüfungen der Studieneingangs- und Orientierungsphase nach § 66 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, erfolgreich absolviert wurden, sofern diese mit mindestens 14 ECTS-Punkten bewertet werden. 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 § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG), hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Der Familienbeihilfenanspruch für volljährige Kinder hat nach dieser Gesetzesbestimmung somit zur Voraussetzung, dass das volljährige Kind in Berufsausbildung steht. Eine Berufsausbildung liegt dann vor, wenn der Studierende sich nach außen erkennbar ernstlich und zielstrebig um den Studienfortgang und den Studienabschluss bemüht. Ein derartiges Bemühen manifestiert sich nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht nur im laufenden Besuch der angebotenen Lehrveranstaltungen, sondern und insbesondere auch dadurch, dass die Prüfungen, die in einer Ausbildungsvorschrift vorgesehen sind, abgelegt werden.

Alleine der laufende Besuch von Lehrveranstaltungen reicht somit nicht aus, um eine Berufsausbildung annehmen zu können. Das Ablegen von Prüfungen, die in einem Hochschulstudium nach der jeweiligen Studienordnung vorgesehen sind, stellt einen essentiellen Bestandteil des Studiums und somit der Berufsausbildung selbst dar.

*Die Tochter ***6*** hat im Wintersemester 2012/2013 an der TU Wien mit dem Architekturstudium begonnen. Im Wintersemester 2012/13 hat sie insgesamt drei Prüfungen abgelegt, wobei der Orientierungskurs mit „ mit Erfolg teilgenommen „ bewertet wurde, die beiden anderen Prüfungen wurden nicht bestanden. Weitere Prüfungen wurden nicht abgelegt.*

*Im Sommersemester 2013 verabsäumte ***6*** eine Forstsetzungsmeldung rechtzeitig abzugeben, weil sie sich aufgrund der eingetretenen Schwangerschaft psychisch dazu angeblich nicht in der Lage gefühlt hat. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf die Sachverhaltsdarstellung im Beschluss des Bundesfinanzgerichtes vom 26.5.2014 verwiesen.*

*Wie in diesem Beschluss ausgeführt wird, hängt der Anspruch auf Familienbeihilfe für das Sommersemester 2013 davon ab, ob ***6*** tatsächlich das Studium fortsetzen, und nicht abbrechen wollte und nur aufgrund ihres damaligen psychischen Zustandes dazu nicht in der Lage war.*

*Aufgrund dieses Beschlusses wurde das Ermittlungsverfahren fortgesetzt und ***6*** niederschriftlich am 11.7.2014 dazu befragt. ***6*** führte aus, dass sie nicht mehr an das Studium denken konnte als sie von der Schwangerschaft erfuhr und in einen psychischen Ausnahmezustand verfiel. An einer Weiterführung des Studiums habe sie aber nie gezweifelt.*

*Aufgrund dieser Aussage geht das Finanzamt davon aus, dass ***6*** aufgrund der damaligen psychischen Belastung nicht in der Lage war, rechtzeitig eine Fortsetzungsmeldung abzugeben.*

Demnach, wie auch das Bundesfinanzgericht ausführt, besteht für das Sommersemester 2013 grundsätzlich Anspruch auf Familienbeihilfe.

****6*** hat am ***11*** ihr Kind entbunden. Nach dem zweiten Geburtstag des Kindes hätte das Studium fortgesetzt werden müssen. ***6*** hat nach ihren eigenen Angaben vom April 2017 im Wintersemester 2014/15 lediglich einige Vorlesungen besucht, zu Prüfungsantritten ist es aber wegen des Betreuungsbedarfes ihrer eigenen Tochter nicht gekommen. Im Jänner 2016 wurde eine Eignungsprüfung für das Kolleg Kindergartenpädagogik erfolgreich abgelegt und ab September 2016 das Kolleg besucht. Das Studium der Architektur wurde nicht mehr weiterbetrieben.*

Wie oben bereits ausgeführt, liegt eine Berufsausbildung nur dann vor, wenn der Studierende sich nach außen erkennbar ernstlich und zielstrebig um den Studienfortgang und den Studienabschluss bemüht.

*Die Ausführungen des Bundesfinanzgerichtes im Beschluss vom 26.5.2014 können nur so verstanden werden, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe im Sommersemester 2013 bestünde, wenn ***6*** durch ein unvorhergesehenes Ereignis an der Fortsetzungsmeldung gehindert war, wenn das Studium tatsächlich zu einem späteren Zeitpunkt wieder aufgenommen wird und ernsthaft und zielstrebig betrieben wird.*

Da dies nicht der Fall war, wurde die Familienbeihilfe für das Sommersemester 2013 zu Recht rückgefordert, die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

Vorlageantrag vom 21.5.2018

Mit Schreiben vom 21.5.2018 stellte der Bf Vorlageantrag:

1.) Ich beantrage die Vorlage meiner Beschwerde vom 21.6.2017 gegen den Rückforderungsbescheid vom 24.5.2017 an das Bundesfinanzgericht und beantrage wie bereits in der Beschwerde die Durchführung einer mündlichen Senatsverhandlung.

2.) Weiters beantrage ich die Aussetzung der Einhebung für den gesamten Rückforderungsbetrag in Höhe von EUR 1567,30 EUR an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für meine Tochter ***6***, geboren am ***9*** für die Monate März bis September 2013 gemäß § 212a Bundesabgabenordnung zuzüglich bisher angefallener Aussetzungszinsen.

3.) Ich beantrage schließlich neuerlich und wiederholend die Aussetzung der Entscheidung gemäß § 271 Bundesabgabenordnung über diese Beschwerde bis zur Erledigung des beim Bundesministerium für Familien und Jugend anhängigen Verfahrens gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967, wonach die Oberbehörden ermächtigt sind, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des vorgeblich unrechtmäßigen Familienbeihilfenbezuges abzusehen, wenn die Rückforderung so wie im vorliegenden Fall unbillig wäre.

Ich erlaube mir, ergänzend zu meiner Beschwerde und zu den Ausführungen in der Beschwerdeverentscheidung vom 25. April 2018 auf folgende Umstände hinzuweisen:

a.) Die Abgabenbehörde hat auf meinen bereits in der Beschwerde gestellten Antrag auf Aussetzung der Entscheidung gemäß § 271 Bundesabgabenordnung überhaupt nicht reagiert. Ich habe im Hinblick auf den diesbezüglichen Hinweis des Bundesfinanzgerichtes im Beschluss vom 26.5.2014 mit Schreiben vom 21.6.2017 ein Verfahren gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967 beantragt und dieses ist laut telefonischer Auskunft des Bundesministeriums für Familie und Jugend vom 2.5.2018 beim dortigen juristischen Dienst, Sachbearbeiter Dr. ***14***, anhängig und offen. Alleine aus diesem Grund ist die abweisende Beschwerdeverentscheidung rechtswidrig, da über meinen Antrag auf Aussetzung der Entscheidung jedenfalls zuvor bescheidmäßig und rechtskräftig abzusprechen gewesen wäre. Es handelt sich bei der Entscheidung, ob das Bundesministeriums für Familie und Jugend die nachgeordnete Abgabenbehörde anweisen wird, von der Rückforderung des vorgeblich unrechtmäßigen Familienbeihilfenbezuges abzusehen, um eine abgabenrechtlich bedeutsame Tatsache, an welcher ich ein rechtliches Interesse habe und welche auch wesentliche Bedeutung für den Ausgang des gegenständlichen Verfahrens hat. Ich beantrage somit ausdrücklich die Einholung von Auskünften beim Bundesministerium für Familie und Jugend über die Anhängigkeit und den Stand des dortigen Verfahrens und auf dieser Basis eine begründete Ermessensentscheidung gemäß § 271 BAO in Form eines rechtsmittelfähigen Bescheides durch die Abgabenbehörde vor Vorlage der verfahrensgegenständlichen Beschwerde an das Bundesfinanzgericht.

b.) Das Bundesfinanzgericht hat im Beschluss vom 26.5.2014 folgende Verfahrensschritte vorgegeben:

(wörtliche Zitierung BFG) „Das Finanzamt wird daher zunächst durch Einvernahme der Tochter zu klären haben, ob die Angaben ihres Vaters zutreffend sind, sie also tatsächlich das Studium nicht abbrechen, sondern fortsetzen wollte und nur infolge ihres damaligen psychischen Zustands dazu nicht in der Lage war.“

Diese Einvernahme hat offenbar am 11.7.2014 stattgefunden und es wurde darüber offenbar auch eine Niederschrift aufgenommen. Diese Niederschrift wurde mir allerdings nicht zugänglich gemacht. Die Abgabenbehörde hat somit das Parteiengehör gröblichst verletzt, indem sie die Bestimmung des § 183 Abs 4 BAO völlig missachtet hat.

Alleine dieser Verfahrensmangel macht die Beschwerdeverentscheidung rechtswidrig.

(weiter wörtliche Zitierung BFG) „Sollte hierdurch der entscheidungsrelevante Sachverhalt nicht hinlänglich geklärt sein, wird das Finanzamt im weiteren Verfahren ein Gutachten (§ 177 BAO) eines psychiatrischen Sachverständigen einzuholen haben, ob die Tochter des Bf tatsächlich nicht in der Lage gewesen ist, rechtzeitig eine Fortsetzungsmeldung zu erstatten.“

*Das Bundesfinanzgericht geht also eindeutig davon aus, dass die mit meinem Vorbringen übereinstimmende Aussage meiner Tochter zu einer hinlänglichen Klärung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes führt, nämlich des alleine maßgeblichen Umstandes, ob meine Tochter in Folge ihres damaligen psychischen Zustandes nicht in der Lage war, entgegen ihrem Wunsch das Studium trotz Schwangerschaft fortzusetzen. Dies gesteht auch die Abgabenbehörde zu, indem sie in der Beschwerdeverentscheidung konstatiert, (wörtliche Zitierung BVE) „dass ***6*** auf Grund der damaligen psychischen Belastung nicht in der Lage war, rechtzeitig einer Fortsetzungsmeldung abzugeben.“*

Die Schlussfolgerung des Bundesfinanzgerichtes für den Fall der hinreichenden Klärung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltselementes der psychischen Ausnahmesituation ist ohne Wenn und Aber deutlichst formuliert:

(Weiter wörtliche Zitierung BFG) „Ergibt das Ermittlungsverfahren, dass die Tochter hierzu außerstande gewesen ist, stünde für den Ruckforderungszeitraum Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu.“

Bedauerlicherweise setzt sich die Abgabenbehörde über diese klare Schlussfolgerung des Bundesfinanzgerichtes in rechtsstaatlich höchst bedenklicher Weise hinweg und verknüpft den Beihilfenanspruch für den Ruckforderungszeitraum nun mit einem nach außen hin erkennbaren ernstlichen und zielstrebigem Bemühen um den Studienfortgang und den Studienabschluss in späteren Zeiträumen und vermeint, (wörtliche Zitierung BVE) „die Ausführungen des Bundesfinanzgerichtes im Beschluss vom 26.5.2014 ... nur so" verstehen zu können.

Diese Interpretation widerspricht zunächst einmal der Feststellung des Bundesfinanzgerichtes, wonach (wörtliche Zitierung BFG) „der Gesetzgeber des FLAG 1967 mit § 2 Abs. 1 lit. b FLAG

1967 als unvorhergesehene oder unabwendbare Ereignisse "während eines Studiums" auch solche Ereignisse verstanden wissen wollte, die nach der nunmehrigen Studienrechtslage einer rechtzeitigen Fortsetzungsmeldung entgegenstanden". Meine Tochter hat aber ihr unterbrochenes Architekturstudium im Wintersemester 2014/2015 (wenn auch im Ergebnis erfolglos) fortgesetzt, sodass das unvorhergesehene und unabwendbare Ereignis während des Studiums stattgefunden hat.

Zum anderen hat meine Tochter in ihrer individuellen Situation im Jahr 2014 sich sehr wohl nach außen hin erkennbar ernstlich und zielstrebig bemüht, ihr Architekturstudium fortzusetzen und abzuschließen, indem sie weiterinskribierte und Vorlesungen besuchte, Prüfungsantritte waren ihr aber bedauerlicherweise wegen der Kinderbetreuungssituation jedoch nicht im hinreichenden Ausmaß möglich und sie musste zur Sicherung des Lebensunterhaltes für sich und ihre Tochter in der Folge erwerbstätig werden und ab Herbst 2016 eine andere Berufsausbildung (Kindergartenpädagogik) wählen, welche mehr Raum für die nötige Kinderbetreuung bietet. Meine Tochter hat dazu im April 2017 eine ausführliche schriftliche Stellungnahme an die Abgabenbehörde übermittelt.

Indem die Abgabenbehörde wie dargelegt von der vom Bundesfinanzgericht vorgezeichneten Rechtsauffassung und Sachverhaltenswürdigung abweicht, belastet sie ihre Beschwerdeentscheidung mit Rechtswidrigkeit.

Vorlage

Mit Bericht vom 25.6.2018 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

Inhaltsverzeichnis zu den vorgelegten Aktenteilen (Aktenverzeichnis)

Beschwerde		
1	Beschwerde	21.06.2017
Bescheide		
2	Familienbeihilfe (Zeitraum: 03.2013-09.2013)	24.05.2017
Beschwerdeentscheidung		
3	Beschwerdeentscheidung	25.04.2018
Vorlageantrag		
4	Vorlageantrag	21.05.2018
Vorgelegte Aktenteile		
5	ZMR -Abfragen 15.1.2014	15.01.2004
6	lehrvertrag	02.07.2013
7	Anspruchsüberprüfung 18.9.2013	18.09.2013
8	Antrag 18.9.2013	18.09.2013
9	Vorhalt 9.10.2013	09.10.2013
10	Rückforderung 23.10.2013	23.10.2013
11	Beschwerde 22.11.2013	22.11.2013
12	Vorhalt 16.1.2014	16.01.2014
13	Bestätigungen 27.1.2014	27.01.2014
14	Versicherungsdaten 6.3.2014	06.03.2014
15	BVE 11.3.2014	11.03.2014
16	Zustellnachweis -BVE	14.03.2014
17	Vorlageantrag 2.4.2014 20140404110322667	02.04.2014

18	Beschluss BFG	26.05.2014
19	Niederschrift 11.7.2014	11.07.2014
20	Stellungnahme 24.7.2014	24.07.2014
21	Stellungnahme ha FB 18.2.2016	18.02.2016
22	Vorhalt+Beantwortung 9.2.2017	09.02.2017
23	Mailverkehr BKA	24.04.2018
24	Aktenvermerk	22.06.2018
25	Auszug Mutter Kind Pass	22.06.2018

Bezug habende Normen

§ 2 Abs. 1 FLAG 1967; § 26 Abs. 1 FLAG 1967

Sachverhalt und Anträge

Sachverhalt:

Studium WS2012/13 ,keine Inskription im SS 2013 ; Schwangerschaft, Wiederaufnahme Studium WS2014/2015

-keine Prüfungen ; WS 2015 Anmeldung Kindergartenkolleg

Beweismittel:

im Akt

Stellungnahme:

Antrag auf Abweisung.

Keine Information über Vorgehen nach § 26 Abs. 4 FLAG 1967

Die Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens haben das Bundesfinanzgericht nicht gemäß § 265 Abs. 6 BAO informiert, dass eine oberbehördliche Maßnahme gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967 erfolgt ist. Damit ist im Hinblick auf die mittlerweile verstrichenen Zeit auch nicht mehr zu rechnen.

Schreiben vom 3.3.2022

Mit Schreiben vom 3.3.2022, beim Bundesfinanzgericht eingelangt am 4.3.2022, zog der Bf den Antrag auf „mündliche Verhandlung und Senatsentscheidung“ zurück.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Sachverhalt, Beweiswürdigung, Rechtsgrundlagen

Zu Sachverhalt, Beweiswürdigung und Rechtsgrundlagen ist auf den Beschluss BFG 26.5.2014, RV/7101455/2014 zu verweisen.

Auf Grund der vom Finanzamt in weiterer Folge vorgenommenen Ermittlungen, insbesondere der Zeugenaussage von ***6*** ***2*** vom 11.7.2014, der schriftlichen Auskunft von ***6*** ***2*** vom 6.4.2017, sowie der in der Beschwerdeverentscheidung vom 25.4.2018 getätigten Ausführungen sind folgende ergänzende Feststellungen zu treffen:

6 ***2*** hat im Wintersemester 2012/2013 an der TU Wien mit dem Architekturstudium begonnen. Im Wintersemester 2012/13 hat sie insgesamt drei Prüfungen abgelegt, wobei der Orientierungskurs mit „mit Erfolg teilgenommen“ bewertet wurde, die beiden anderen Prüfungen wurden nicht bestanden. Weitere Prüfungen wurden nicht abgelegt. ***6*** ***2*** gab innerhalb der Inskriptionsfrist (5. Februar 2013) keine Fortsetzungsmeldung für ihr Studium ab und wollte dies innerhalb der Nachfrist im März 2013 nachholen, da ihr von der Universität gesagt wurde, dies sei problemlos möglich.

Mitte März hatte ***6*** ***2*** auf Grund von entsprechenden körperlichen Beschwerden die Vermutung, schwanger zu sein. Diese Vermutung bestätigte sich Mitte März durch einen handelsüblichen Schwangerschaftstest. ***6*** ***2*** hat zunächst „den Kopf in den Sand gesteckt, das Bett kaum verlassen und geweint“. Sie war nach Erkennen der Schwangerschaft psychisch nicht in der Lage, sich um die Fortsetzungsmeldung an der Universität zu kümmern und versäumte die Nachfrist. Sie erzählte zunächst niemand von ihrem Zustand und vertraute sich erst nach einiger Zeit ihrer Schwester und dann einer Fachärztin für Gynäkologie an. ***6*** ***2*** war auf Grund der damaligen psychischen Verfassung nicht in der Lage, rechtzeitig eine Fortsetzungsmeldung abzugeben.

6 ***2*** setzte nach der Geburt ihrer Tochter im November 2013 bereits im Studienjahr 2014/2015 ihr Architekturstudium an der Technischen Universität Wien fort. Sie hat entsprechende Vorlesungen besucht und sich auf Prüfungen vorbereitet. Zu einem Prüfungsantritt kam es letztlich nicht, da die erst einjährige Tochter ihre Mutter immer wieder brauchte und eine umfassende Betreuung des Kleinkindes durch andere Personen nicht möglich war. Das Architekturstudium wurde im Jahr 2015 nach einem Brand des Wohnhauses nicht mehr betrieben. Da ein Weiterstudieren finanziell nicht möglich war, legte ***6*** ***2*** im Jänner 2016 die Eignungsprüfung für das Kolleg Kindergartenpädagogik ab, das von ***6*** seit September 2016 besucht wird.

Die getroffenen Feststellungen sind unstrittig.

Rückzahlung zu Unrecht bezogener Familienleistungen

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 ergibt sich eine objektive Rückzahlungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe (allenfalls in Form einer Ausgleichszahlung / Differenzzahlung) und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. § 26 Rz 12 zitierte Rechtsprechung).

Fehlt es an einem Anspruch auf Familienbeihilfe (Ausgleichszahlung / Differenzzahlung), ist auch der Kinderabsetzbetrag zurückzufordern.

Es kommt nur auf die objektive Rechtswidrigkeit des Bezugs der Familienleistungen an (vgl. etwa VwGH 10. 12. 1997, 97/13/0185; VwGH 22. 4. 1998, 98/13/0067), also auf das Fehlen der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug (vgl. VwGH 28. 11. 2002, 2002/13/0079; VwGH 9. 7. 2008, 2005/13/0142). Subjektive Momente, wie Verschulden an der (ursprünglichen oder weiteren) Auszahlung der Familienleistungen (etwa durch unrichtige Angaben im Antrag gemäß § 10 FLAG 1967 oder Verstoß gegen die Meldepflicht gemäß § 25 FLAG 1967), Gutgläubigkeit des Empfangs der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags oder die Verwendung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrags, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Gleiches gilt für den gutgläubigen Verbrauch der Beträge (vgl. die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. § 26 Rz 13 zitierte Rechtsprechung). Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047 oder VwGH 24. 6. 2009, 2007/15/0162).

Einer Rückforderung steht auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch das Finanzamt verursacht worden ist (die bei Wanke in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. § 26 Rz 16 zitierte Rechtsprechung). Allerdings kann ein Grund für eine Nachsicht nach § 236 BAO vorliegen (vgl. BFG 13. 6. 2018, RV/7104954/2017; BFG 20. 6. 2016, RV/7100264/2016).

Diese objektive Erstattungspflicht hat zur Folge, dass der Behörde, sobald die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht mehr gegeben sind, hinsichtlich der Rückforderung von bereits bezogener Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag kein Ermessensspielraum bleibt (vgl. BFG 13. 6. 2018, RV/7104954/2017).

Zur Rückzahlung eines unrechtmäßigen Bezuges an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ist nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 derjenige verpflichtet, der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047). Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag müssen demjenigen, von dem sie zurückgefordert wird, tatsächlich ausbezahlt worden sein. Die Auszahlung auf ein vom Anspruchsberechtigten angegebenes Konto des Kindes ist einer Auszahlung an den Anspruchsberechtigten gleichzuhalten.

Es ist daher zu prüfen, ob im Rückforderungszeitraum oder in Teilen des Rückforderungszeitraums ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bestanden hat.

Abbruch des Architekturstudiums im Frühjahr 2013 oder nach dem Herbst 2014

Das Bundesfinanzgericht hat in seinem Beschluss BFG 26.5.2014, RV/7101455/2014 für entscheidend erachtet, ob Tochter des Bf wegen ihres damaligen psychischen Zustands tatsächlich gehindert war, eine Fortsetzungsmeldung rechtzeitig abzugeben. Das danach durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die rechtzeitige Abgabe einer Fortsetzungsmeldung und ein zielstrebiges Studieren ab Erkennen der Schwangerschaft wegen der von der Tochter dargelegten Umstände nicht möglich gewesen ist, die Tochter also durch ein unvorhergesehenes Ereignis vorübergehend nicht in der Lage war, dem Architekturstudium nachzugehen.

Dies wird von Finanzamt nach Durchführung der ergänzenden Ermittlungen auch so gesehen.

Das Finanzamt verneint im neuerlichen Rückforderungsbescheid vom 24.5.2017 das Vorliegen des Anspruches für Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag mit der Begründung, dass nach Meinung des Finanzamts das Architekturstudium im Frühjahr 2013 nicht nur vorübergehend beeinträchtigt war, sondern tatsächlich abgebrochen worden ist. Eine (schwere) Erkrankung eines volljährigen Kindes allein, vermittelt gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Eine Krankheit kann im Rahmen einer Berufsausbildung dann von Bedeutung sein, wenn diese zu einer Verzögerung der Berufsausbildung führt (vgl. BFG 19.5.2021, RV/7100153/2020). Das Finanzamt ist im Recht, wenn es die Entscheidung, ob ab dem Frühjahr 2013 ein Familienbeihilfeanspruch bestanden hat, davon abhängig gemacht hat, ob die Tochter ihr Architekturstudium so bald als möglich fortgesetzt hat.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 gilt die Aufnahme als ordentlicher Hörer als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Weitere Voraussetzungen sind dem FLAG 1967 nicht zu entnehmen. Bei Abbruch des Studiums nach dem ersten Studienjahr ist demnach kein Prüfungsnachweis erforderlich (vgl. Lenneis in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. 2020 § 2 Rz 59). Der Rückforderungszeitraum umfasst das zweite Semester des ersten Studienjahres. Auch unabhängig von der Schwangerschaft wären keine positiven Prüfungen für den Anspruch im ersten Studienjahr (aber für einen Anspruch im zweiten Studienjahr) erforderlich gewesen. Für die Berechtigung der Annahme, dass eine Berufsausbildung vorliegt, stellt das FLAG 1967 insofern eine gesetzliche Beweisregel auf, als für Studierende nach dem ersten Studienjahr die Ablegung bestimmter Prüfungen nachzuweisen ist (vgl. Lenneis in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. 2020 § 2 Rz 68).

Es wird zwar der Begriff des Studiums nach dem StudFG jeweils durch die Inskription bestimmt (vgl. VwGH 15. 10. 2003, 98/12/0472 u. v. a), allerdings wird das in § 2 FLAG 1967 geforderte

Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Inanspruchnahme durch die Ausbildung, bezogen auf ein Universitätsstudium, nicht mit der bloßen Inskription erfüllt. Erforderlich ist, dass das Studium tatsächlich in einem bestimmten Ausmaß ernsthaft betrieben wird (vgl. VwGH 17. 11. 1999, 99/08/0144 zu AIVG). Daher genügt die Inskription als reiner Formalakt nicht; der Besuch von Lehrveranstaltungen ist essentielle Voraussetzung dafür, dass von einer Berufsausbildung gesprochen werden kann (vgl. Lenneis in Lenneis/Wanke, FLAG 2. A. 2020 § 2 Rz 59.; BFG 4.8.2014, RV/7100561/2012; BFG 15.10.2015, RV/7104777/2015).

Die Tochter des Bf hat im Verfahren glaubwürdig vorgebracht, dass sie das Architekturstudium nach der Geburt ihrer eigenen Tochter umgehend fortsetzen wollte. Sie hat tatsächlich auch bereits weniger als nach einem Jahr nach der Geburt der eigenen Tochter damit wieder begonnen. Das Finanzamt hat nicht bestritten, dass die Tochter des Bf im Wintersemester 2014/2015 Vorlesungen besucht und sich auf Prüfungen vorbereitet hat, sie sogar konkret zu einer Prüfung antreten wollte, dies aber wegen einer Erkrankung ihrer Tochter nicht konnte.

Es entspricht durchaus der Lebenserfahrung, dass es letztendlich wegen der Belastung durch die Betreuung eines Kleinkindes in den ersten Monaten nach dem Wiedereinstieg zu keinem Prüfungsantritt gekommen ist. Nach Ansicht des Bundesfinanzgerichts kann entgegen der Auffassung des Finanzamts nicht festgestellt werden, dass das Studium ab Oktober 2014 zunächst nicht so effizient und zielstrebig betrieben worden ist, wie das einer Mutter eines einjährigen Kindes möglich ist. Nach der Verwaltungspraxis, die vom Finanzamt im Aktenvermerk vom 24.7.2014 dargestellt worden ist, wird eine zweijährige Studienunterbrechung wegen Geburt eines Kindes als üblich angesehen. Die Tochter des Bf hat bereits schon elf Monate nach Geburt ihrer Tochter das Studium wieder aufgenommen. Dass dies nicht sofort nach dem Wiedereinstieg in das Studium zu Prüfungsantritten führt, ist klar. Dazu ist auch in Erinnerung zu rufen, dass sich nach der Unterbrechung des Studiums um das zweite Semester des ersten Studienjahres gehandelt hat, für das grundsätzlich keine positiven Prüfungen als Erfolgsnachweis für die Familienbeihilfe im ersten Studienjahr geboten sind.

Da verfahrensgegenständlich die Rückforderung für den Zeitraum März 2013 bis September 2013 ist, kann es das Bundesfinanzgericht dahingestellt lassen, wann ab Wiederaufnahme des Architekturstudiums im Oktober 2014 dieses tatsächlich abgebrochen wurde. Auch wenn das ernsthafte Studium ab Oktober 2014 nur einige Monate gedauert hat und es zu neuerlichen Prüfungsantritten nicht mehr gekommen ist, reicht dies, um von einer Studienfortsetzung im Oktober 2014 und nicht von einem Studienabbruch im März 2013 auszugehen.

Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheids

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher als rechtswidrig (Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG) und ist gemäß § 279 BAO ersatzlos aufzuheben.

Zur 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.

Zur Revisionszulassung ist auf den Beschluss BFG 26.5.2014, RV/7101455/2014 zu verweisen.

Wien, am 7. März 2022