

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht erkennt durch die Richterin Mag. Heidemarie Winkler über die Beschwerde der ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vom 27. März 2019 gegen den Bescheid des (ehemaligen) Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 12. März 2019 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum September 2016 bis August 2018, zu Recht:

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 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (in Folge kurz BF) bezog für ihre am ***1994*** geborene Tochter ***1*** Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag.

Im Zusammenhang mit der **Überprüfung** des **Anspruches** auf **Familienbeihilfe** ersuchte die Abgabenbehörde die BF mit Schreiben vom **31.08.2018** das Abschlusszeugnis (Diplomprüfungszeugnis, Rigorosenzeugnis) von ***2*** vorzulegen.

In ihrer **Rückantwort** vom **30.09.2018** (eingelangt am 01.10.2018) übermittelte die BF eine Bestätigung der FH Campus Wien über die von der Tochter im Sommersemester 2018 abgelegten Prüfungen im FH-Bachelor-Studiengang Hebammen.

In der Folge ersuchte die belangte Behörde die BF mit Schreiben vom **22.01.2019** folgende Unterlagen vorzulegen:

- Studienblatt/Studienbuchblatt und Studienerfolgsnachweis der Tochter von der Universität Wien;
- Abgangsbescheinigung von der Universität Wien;
- Anrechnungsbescheid von der Fachhochschule, falls vorhanden.

In Beantwortung dieses Ergänzungsersuchens teilte die BF mit Eingabe vom **28.02.2019** Folgendes mit:

"Sehr geehrter Bearbeiter,

leider haben wir bis heute keinen Studienerfolgsnachweis für meine Tochter (Uni) erhalten.

Meine Tochter hat diesen Nachweis bei Studienwechsel auch nicht beantragt, da sie sich nur noch auf ihre Zulassung zur FH Hebammen Ausbildung gefreut hat. Von den damaligen

Prüfungen auf der Uni wurde ihr auf der FH nichts angerechnet. Die Aufnahmeprüfung auf die

FH hat sie schon zwei Jahre zuvor belegt - wurde aber leider nie aufgenommen. Biologie hat sie

als Alternative gewählt. Meine Tochter hat diese Ausbildung (Hebamme) nun sehr zielstrebig

fast schon abgeschlossen (nebenbei betreut sie ihre kleine Tochter).

Hier noch eine genaue Auflistung:

- *Matura 6/2013*
- *Geburt Tochter ***4*** 11/2013 (VersNr.***3***)*
- *Biologie Uni 10/2014 bis 6/2016*
- *Wechsel FH Hebamme 9/2016 Ausbildungsende 6/2019.*

Ich möchte sie nun bitten diesen Antrag wohlwollend zu behandeln. Eine Rückzahlung der Familienbeihilfe würde meine Tochter in Bedrängnis bringen. Hebammen-Studierende arbeiten bis zu 40 Wochenstunden in Krankenhäusern ohne Entlohnung. (Mutterschutz, Pflege und Erziehung ihrer Tochter beanspruchte auch einige Zeit - ist das in ihrem Fall anrechenbar?)"

Diesem Schreiben fügte die BF folgende Unterlagen bei:

- Abgangsbescheinigung der Universität Wien, aus der hervorgeht, dass die Tochter mit dem Bachelorstudium Biologie am 01.10.2014 begonnen und sich von diesem Studium am 30.11.2016 abgemeldet hat;
- Studienblatt der Universität Wien betr. das Sommersemester 2016, wonach die Tochter vom 01.10.2014 bis 30.11.2016 im Bachelorstudium Biologie und Bachelorstudium Kultur- und Sozialanthropologie gemeldet war.

Mit **Bescheid** vom **12.03.2019** forderte die Abgabenbehörde die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag, den die BF für die Tochter *****2***** für den Zeitraum September 2016 bis August 2018 bezogen hatte, gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 iVm § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurück.

Diese Entscheidung begründete sie damit, nach einem Studienwechsel nach dem jeweils 3. inskribierten Semester (oder zweitem Ausbildungsjahr) bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe erst dann, wenn die oder der Studierende in dem nunmehr gewählten Studium so viele Semester wie in den vor dem Studienwechsel betriebenen Studien zurückgelegt habe. Es seien daher alle Semester aus den vorherigen Studien, in denen eine Fortsetzungsmeldung vorgelegen sei und für die Familienbeihilfe bezogen worden sei, in Bezug auf die Wartezeit bis zur Wiedergewährung der Familienbeihilfe für das neue Studium heranzuziehen.

Die Tochter habe von Oktober 2014 bis August 2016 das Bachelorstudium Biologie an der Universität Wien betrieben. Im September 2016 sei der Wechsel zum FH-Bachelorstudium Hebammen erfolgt. Es handle sich hierbei um einen verspäteten Wechsel nach dem vierten Semester. Die Geburt der kleinen ***4*** könne nicht als Hemmungsgrund berücksichtigt werden, da ***4*** vor Beginn des Studiums geboren worden sei.

Gegen diesen Bescheid erhob die BF mit Schriftsatz vom **26.03.2019 Bescheidbeschwerde**. In der Rechtsmittelschrift bringt sie vor, der Bescheid sei mit Verfahrensfehlern behaftet. Der Bescheid sei nicht entsprechend den Vorgaben der BAO begründet worden. Weshalb die Geburt des Kindes ***4*** nicht berücksichtigt werden könnte, sei nicht weiter ausgeführt worden. Die Abgabenbehörde habe das Ermittlungsverfahren nicht ordnungsgemäß geführt und sie nicht zur Geburt ihres Enkelkindes befragt.

Die Studienzeit der Tochter ***2*** sei bis inklusive November 2015 (24. Monat nach der Geburt des Kindes ihrer Tochter ***4***) nicht in die Berechnung der Studienzeit für den Studienwechsel einzubeziehen. Der Studienwechsel sei demnach tatsächlich nach nur einem Studienjahr erfolgt. Ein verspäteter Studienwechsel liege nicht vor. Der von der Abgabenbehörde vertretenen Auffassung, wonach im vorliegenden Fall eine Hemmung der Studienzeit nicht Platz greife, weil das Kind nicht während des Studiums geboren worden sei, mangle es an einer gesetzlichen Grundlage. Dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 sei die von der Behörde vorgenommene Interpretation dieser Regelung nicht zu entnehmen. Abgesehen davon widerspreche die von der Abgabenbehörde angewendete Vorgangsweise auch der Intention des Gesetzgebers. Zweck der Berücksichtigung von Zeiten des Mutterschutzes sowie der Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres sei es, Studierenden mit Betreuungspflichten durch eine Nicht-Einrechnung der Semester, in denen sie Betreuungspflichten hätten, die Anspruchsdauer für die Familienbeihilfe zu verlängern. Für die (zeitliche) Belastung der Studierenden durch die Pflege, Betreuung und Erziehung des Kindes komme es aber gerade nicht darauf an, ob das Kind vor oder während des Studiums geboren worden sei. Das Kind bedürfe jedenfalls der entsprechenden Betreuung, unabhängig davon, ob es vor oder während des Studiums geboren worden sei. Dass Verlängerungs- und Hemmungsgründe auch bei Studienwechsel zu berücksichtigen seien, gehe auch klar aus der Durchführungsrichtlinie zum FLAG Teil 1 Punkt 21.13 hervor.

Durch den Bescheid werde sie auch in ihrem Grundrecht auf Eigentumsfreiheit verletzt. Zwar entspreche es der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, dass das Eigentumsrecht nur durch einen in ein privates Vermögensrecht eingreifenden Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt werden könne und es sich beim Anspruch auf Familienbeihilfe um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handle (vgl. B 494/80). Diese Rechtsprechung sei hier jedoch nicht anzuwenden. Im vorliegenden Fall gehe es nämlich nicht darum, dass der BF der Anspruch auf Familienbeihilfe - und damit nach der Rechtsprechung des VfGH ein öffentlicher Anspruch - ex ante versagt worden sei, sondern darum, dass die Behörde sie dazu verpflichtet habe, die bereits erhaltene und konsumierte Familienbeihilfe sowie die Kinderabsetzbeträge nachträglich zurückzuzahlen. Dabei handle es sich um einen Eingriff in ihr privates Vermögensrecht. Da der Bescheid der Behörde ohne gesetzliche Grundlage ergangen sei, habe die Behörde den Bescheid darüber hinaus mit Willkür im Sinne der einschlägigen Rechtsprechung des VfGH zum Gleichheitssatz belastet.

Mit **Beschwerdevorentscheidung** (BVE) vom **29.07.2019** gab die Abgabenbehörde der Beschwerde keine Folge. Begründend führte sie aus, für volljährige Kinder stehe Familienbeihilfe nur unter bestimmten, in § 2 Abs. 1 lit. b bis e FLAG 1967 genannten Voraussetzungen zu.

Als anspruchsbegründend werde Folgendes bestimmt:

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 hätten Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt hätten, Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten und die für einen Beruf ausgebildet werden würden. Bei Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305/1992, genannte Einrichtung besuchten, sei 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 überschritten. Die Aufnahme als ordentliche Hörerin oder ordentlicher Hörer gelte als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr.

Nach der genannten Bestimmung gälten bei einem Studienwechsel die in § 17 StudFG angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 17 StudFG liege ein günstiger Studienerfolg nicht vor, wenn die oder der Studierende das Studium öfter als zweimal gewechselt habe oder das Studium nach dem jeweils dritten fortgesetzt gemeldeten Semester (nach dem zweiten Ausbildungsjahr) gewechselt habe und nicht die gesamten Vorstudienzeiten für die Anspruchsdauer des nunmehr betriebenen Studiums berücksichtigt werden würden.

Nach einem Studienwechsel nach dem jeweils 3. inskribierten Semester (oder zweitem Ausbildungsjahr) bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe erst dann, wenn die oder der Studierende in dem nunmehr gewählten Studium so viele Semester wie in den vor dem Studienwechsel betriebenen Studien zurückgelegt habe. Es seien daher alle Semester aus den vorherigen Studien, in denen eine Fortsetzungsmeldung vorgelegen sei und für die Familienbeihilfe bezogen worden sei, in Bezug auf die Wartezeit bis zur Wiedergewährung der Familienbeihilfe für das neue Studium heranzuziehen.

Der Ablauf der Studienzeit werde durch Zeiten des Mutterschutzes sowie der Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres gehemmt.

Eine Hemmung der Studienzeit sei nur dann möglich, wenn der Hemmungsgrund zu einer Zeit eintrete, in der die zulässige Studienzeit noch nicht abgelaufen sei. Der Hemmungsgrund dürfe auch nicht schon bei Studienbeginn vorliegen.

Die Tochter ***2*** habe im Juni 2013 im BORG Wiener Neustadt die Reifeprüfung abgelegt. Am ***2013*** sei ihre Tochter ***4*** geboren worden. Im Wintersemester 2014/2015 habe ***2*** das Bachelorstudium Biologie an der Universität Wien begonnen. Sie sei in diesem Studium vom 01.10.2014 bis 30.11.2016 gemeldet gewesen. Sie habe auch laufend Prüfungen abgelegt. Im September 2016 sei der Wechsel zum Bachelorstudium Hebammen an der FH Campus Wien erfolgt.

Da die Tochter ***4*** nicht während des Studiums, sondern bereits vor Beginn des Studiums (das Studium sei im Oktober 2014 begonnen worden) geboren worden sei, könne dies nicht zur Hemmung der Studienzeit führen. Es handle sich hierbei daher um einen verspäteten Studienwechsel nach 4 Semester. Ein Anrechnungsbescheid von der FH Campus Wien hätte nicht vorgelegt werden können. Familienbeihilfe für den Zeitraum September 2016 bis August 2018 stehe nicht zu.

Mit Eingabe **vom 06.08.2019** beantragte die BF die Beschwerde dem **Bundesfinanzgericht** (BFG) zur Entscheidung **vorzulegen**. Darin erklärt sie, sämtliche Ausführungen in der Beschwerde vollinhaltlich aufrecht zu erhalten. Die Behörde habe sich - so die BF - mit ihrem Vorbringen in der Beschwerde nur lapidar auseinandergesetzt. Die Begründung der BVE erschöpfe sich zum überwiegenden Teil in der Zitierung von Gesetzesstellen. Die Behörde vermeine, dass die Geburt eines Kindes vor Antritt des Studiums eine Hemmung der Studienzeit nicht zu bewirken vermöge. Damit stelle sie sich - wie bereits in der Beschwerde

ausgeführt - gegen den Wortlaut des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG. Dass nur die Geburt eines Kindes während des Studiums beachtlich wäre, sei dem Wortlaut der zitierten Bestimmung nicht zu entnehmen. Auch mittels teleologischer Interpretation des Willens des Gesetzgebers könne ein solches Ergebnis nicht erzielt werden. Der Grund für die Hemmung des Leistungsnachweises bei der Pflicht zur Kinderbetreuung liege im zeitlichen Aufwand, welchen die Kinderbetreuung erfordere. Dieser zusätzlichen (zeitlichen) Belastung durch die Kinderbetreuung begegne der Gesetzgeber mit einer Ausweitung der Anspruchsdauer auf Familienbeihilfe, was auch zu einer Hemmung der Nachweisfristen des Leistungsnachweises führe. Für diese zeitliche Inanspruchnahme durch die Kinderbetreuung sei es aber gerade unerheblich, ob das Kind während oder, wie im Falle ihrer Tochter, kurz vor dem Studium geboren sei.

Am **18.11.2019** fand eine **mündliche Verhandlung** vor dem BFG statt. In dieser Verhandlung wies die BF noch einmal auf ihre Ausführungen in der Beschwerde und im Vorlageantrag hin. Sie brachte vor, es sei nicht einsichtig, dass das Kind *****4***** unbedingt während der Studienzeit geboren sein müsste, um bei der Semesterzahlung die entsprechenden Zeiten für den Studienwechsel zu berücksichtigen. Die Vertreterin des Finanzamtes verwies noch einmal auf die Ausführungen im angefochtenen Bescheid und in der BVE. Sie brachte vor, aufgrund der Vorgaben des Bundeskanzleramtes stelle die Geburt eines Kindes vor Beginn des Studiums keinen Hemmungsgrund dar.

Das **BFG** wies die Beschwerde mit **Erkenntnis** vom **17.12.2019 (RV/7104967/2019)** als unbegründet ab und sprach aus, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.

Die BF erhob dagegen gemäß Art 133 Abs 1 Z 1 iVm Abs 6 Z 1 B-VG rechtzeitig **außerordentliche Revision** an den VwGH. Die Revisionswerberin brachte zur Zulässigkeit der Revision u.a. vor, es fehle an Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Rechtsfrage, ob die Hemmung des Ablaufs der Studienzeit bei Zeiten des Mutterschutzes sowie bei Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres gemäß § 2 Abs. 1 lit. b neunter Satz FLAG nur dann eintrete, wenn der Auslöser für die Hemmung nach Aufnahme als ordentlicher Hörer an einer Bildungseinrichtung gemäß § 3 StudFG eingetreten sei, oder ob die Hemmung grundsätzlich abstrakt wirke und daher auch schlagend werde, wenn - wie im vorliegenden Fall - erst nach dem ursächlichen Hemmungsgrund ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag begründet werde.

Mit **Erkenntnis** vom **29.06.2022, Ra 2020/16/0054**, hob der **VwGH** das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Die Tochter der Beschwerdeführerin, ***2***, geboren am ***1994***, legte im Juni 2013 am BORG Wiener Neustadt die Reifeprüfung ab.

Am ***2013*** gebar die Tochter ihr Kind ***4***.

Vom Wintersemester 2014/15 bis einschließlich Sommersemester 2016 betrieb die Tochter das Bachelorstudium Biologie an der Universität Wien.

Im September 2016 wechselte die Tochter zum Bachelorstudium Hebammen an die FH Campus Wien.

Von den im Bachelorstudium Biologie abgelegten Prüfungen wurden der Tochter für das Bachelorstudium Hebammen nichts anerkannt.

Der BF wurde für die Tochter ***2*** von Oktober 2014 bis August 2018 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag gewährt.

Mit Bescheid vom 12.03.2019 forderte die Abgabenbehörde von der BF die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum September 2016 bis August 2018 zurück.

2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf die Angaben der BF und die von ihr vorgelegten Unterlagen sowie die Angaben der Abgabenbehörde in dem vorgelegten Familienbeihilfenakt und ist unstrittig.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. 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 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; 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.

§ 17 Studienförderungsgesetz 1992 (StudFG) lautet:

(1) Ein günstiger Studienerfolg liegt nicht vor, wenn der Studierende

1. das Studium öfter als zweimal gewechselt hat oder
2. das Studium nach dem jeweils dritten inskribierten Semester (nach dem zweiten Ausbildungsjahr) gewechselt hat oder
3. nach einem Studienwechsel aus dem vorhergehenden Studium keinen günstigen Studienerfolg nachgewiesen hat, bis zum Nachweis eines günstigen Studienerfolges aus dem neuen Studium.

(2) Nicht als Studienwechsel im Sinne des Abs. 1 gelten:

1. Studienwechsel, bei welchen die gesamte Studienzeit des vor dem Studienwechsel betriebenen Studiums für die Anspruchsdauer des nach dem Studienwechsel betriebenen Studiums berücksichtigt wird, weil auf Grund der besuchten Lehrveranstaltungen und absolvierten Prüfungen Gleichwertigkeit nach Inhalt und Umfang der Anforderungen gegeben ist,
2. Studienwechsel, die durch ein unabwendbares Ereignis ohne Verschulden des Studierenden zwingend herbeigeführt wurden,

3. Studienwechsel, die unmittelbar nach Absolvierung der Reifeprüfung einer höheren Schule erfolgen, wenn für das während des Besuchs der höheren Schule betriebene Studium keine Studienbeihilfe bezogen wurde,
4. die Aufnahme eines Masterstudiums gemäß § 15 Abs. 3,
5. die Aufnahme eines Doktoratsstudiums gemäß § 15 Abs. 4.

(3) Ein Studienwechsel im Sinne des Abs. 1 Z 2 ist nicht mehr zu beachten, wenn die Studierenden danach so viele Semester zurückgelegt haben, wie sie in dem gemäß Abs. 1 Z 2 zu spät gewechselten Studium verbracht haben. Anerkannte Prüfungen aus dem verspätet gewechselten Vorstudium verkürzen diese Wartezeiten; dabei ist auf ganze Semester aufzurunden.

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

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 steht Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

3.2. Zu Spruchpunkt I. (Stattgabe)

Einleitend ist auszuführen, dass das BFG im fortgesetzten Verfahren an die Rechtsansicht des VwGH gebunden ist; die Verwaltungsgerichte und Verwaltungsbehörden haben nach § 63 Abs 1 VwGG in der betreffenden Rechtssache mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln den der Rechtsanschauung des VwGH entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Gemäß § 42 Abs 3 VwGG tritt durch die Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses die Rechtssache in die Lage zurück, in der sie sich vor Erlassung des angefochtenen Erkenntnisses befunden hatte.

Im vorliegenden Revisionsfall ist strittig, ob - wie in der angefochtenen Entscheidung RV/7104967/2019 vertreten - die Hemmung des Ablaufes der Studienzeit gemäß § 2 Abs. 1 lit. b neunter Satz FLAG nur dann eintritt, wenn das Kind des anspruchsvermittelnden Kindes nach Beginn der Berufsausbildung geboren wird.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Voraussetzung, wonach die Geburt des eigenen Kindes erst nach Beginn der Berufsausbildung erfolgen darf, damit es zur Hemmung des Ablaufes der Studienzeit kommt, dem Wortlaut der genannten Bestimmung nicht entnommen werden kann. Demgegenüber stellt § 2 Abs. 1 lit. i FLAG explizit darauf ab, dass die Geburt des Kindes

bis zu einem bestimmten Stichtag erfolgen bzw. dass die Schwangerschaft zu einem bestimmten Stichtag bestehen muss.

Die Regelung, wonach Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres den Ablauf der Studienzeit hemmen, sieht - schon vor dem Hintergrund des damit verfolgten Regelungszwecks und ungeachtet der Verwendung des Begriffes „Ablauf“ - unzweifelhaft eine Fortlaufshemmung vor (vgl. VwGH 22.4.2009, 2007/15/0132, wonach es sich dabei um einen „Verlängerungstatbestand“ handelt). Bei einer Fortlaufshemmung ruht - anders als bei einer Ablaufshemmung - der Lauf der gehemmten Frist, solange der Hemmungsgrund besteht, und der noch nicht abgelaufene Teil der Frist läuft bei Wegfall des Hemmungsgrundes weiter, womit sich im Ergebnis die anwendbare Frist um den Zeitraum der Hemmung verlängert (vgl. VwGH 27.1.2022, Ra 2021/02/0198; 23.3.1983, 82/09/0160; vgl. auch *Ritz/Koran*, BAO⁷, § 238 Rz 20; *Köck in Köck/Judmaier/Kalcher/Schmitt*, FinStrG⁵, § 31 Rz 15). Übertragen auf die gegenständliche Bestimmung sind demnach - bei Geburt eines Kindes nach Beginn der Berufsausbildung - bereits vor Beginn des Hemmungszeitraumes absolvierte Semester Teil der insgesamt zulässigen Studienzeit gemäß § 2 Abs. 1 lit. b zweiter und dritter Satz FLAG, womit nach Ende des Hemmungszeitraumes die noch verbleibende Studienzeit nicht überschritten werden darf.

Tritt bei einer Fortlaufshemmung das die Hemmung auslösende Ereignis (der Hemmungsgrund) noch vor Beginn der gehemmten Frist ein, wird – sofern nicht Gegenteiliges gesetzlich vorgesehen ist - der Beginnzeitpunkt dieser Frist bis zum Ablauf des Hemmungszeitraumes (bis zum Wegfall des Hemmungsgrundes) hinausgeschoben (sogenannte Anlaufshemmung), womit anschließend die gesamte vorgesehene Frist zur Verfügung steht (vgl. OGH 17.6.2010, 2 Ob 263/09d; 27.6.2001, 7 Ob 138/01x; vgl. *Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³, Vorbemerkungen zu §§ 1494 bis 1496 ABGB Rz 3; vgl. VwGH 13.12.2021, Ra 2021/03/0309, wonach - unter Bedachtnahme auf § 7 ABGB - auch im öffentliche Recht auf diese allgemeinen Grundsätze des zivilrechtlichen Verjährungsrechts zurückgegriffen werden kann).

Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber mit der in § 2 Abs. 1 lit. b neunter Satz FLAG vorgesehenen Hemmung der Studienzeit von diesen Grundsätzen abweichen wollte. Eine derartige Sichtweise stünde zudem im Widerspruch zum mit dieser Bestimmung - sowie den anderen in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG geregelten Verlängerungstatbeständen - verfolgten Zweck und würde zu unsachlichen Differenzierungen führen.

Sinn und Zweck der in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG geregelten Verlängerungstatbestände ist die Erhaltung des Anspruchs auf Familienbeihilfe in Zeiten, in denen die vorgesehene Studienzeit (zuzüglich allfälliger Toleranzsemester) aufgrund einer Studienbehinderung nicht eingehalten werden kann (vgl. *Lenneis in Lenneis/Wanke*, FLAG², § 2 Rz 85). Auch mit der gegenständlich strittigen Regelung des § 2 Abs. 1 lit. b neunter Satz FLAG - die implizit das Vorliegen einer

Studienbehinderung unterstellt (vgl. dazu VwGH 22.4.2009, 2007/15/0132) - wird insbesondere dem Umstand Rechnung getragen, dass aufgrund der zeitlichen Inanspruchnahme der Eltern (vgl. dazu erneut VwGH 22.4.2009, 2007/15/0132) durch die Pflege und Erziehung eines Kindes in dessen ersten zwei Lebensjahren die vorgesehene Studienzeit - und die damit verbundene Notwendigkeit entsprechende Leistungsnachweise zu erbringen - nicht eingehalten werden kann. Demnach soll diese Zeit keine negativen Auswirkungen auf den Familienbeihilfeanspruch entfalten und – wie bereits dargestellt - die Studienzeit entsprechend hemmen. Es kann nicht angenommen werden, dass die der Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. b neunter Satz FLAG zugrundeliegende – gesetzlich aufgestellte - Vermutung, dass bei Pflege und Erziehung eines Kindes (bis zum zweiten Lebensjahr) die vorgesehene Studienzeit nicht eingehalten werden kann, nur bei Geburt eines Kindes nach Beginn der Berufsausbildung (konkret des Studiums) bestehen soll.

Vor diesem Hintergrund wird eine Differenzierung danach, ob das Kind erst nach Beginn der Berufsausbildung - somit erst nach Entstehung des Anspruchs auf Familienbeihilfe - oder wie im vorliegenden Fall schon davor geboren wurde, dem mit der Bestimmung verfolgten Ziel nicht gerecht.

Tritt die Hemmung des Ablaufs der Studienzeit gemäß § 2 Abs. 1 lit. b neunter Satz FLAG ein, sind die Semester im Hemmungszeitraum - ebenso wie in jenen Fällen, in denen es aufgrund eines unvorhergesehenen oder unabwendbaren Ereignisses zu einer Verlängerung der Studienzeit kommt (vgl. VwGH 27.9.2012, 2010/16/0084, mwN) - bei der Beurteilung der Rechtzeitigkeit des Studienwechsels gemäß § 2 Abs. 1 lit. b zehnter Satz FLAG iVm. § 17 StudFG nicht zu beachten.

Davon ausgehend ist im vorliegenden Fall der Studienwechsel durch die Tochter der BF rechtzeitig erfolgt und erweist sich der Rückforderungsbescheid gemessen an diesen Kriterien als rechtswidrig und ist aufzuheben.

Finanzamt Österreich

§ 323b Abs. 1 bis 3 BAO lautet i. d. F. BGBl. I Nr. 99/2020 (2. FORG)

§ 323b. (1) Das Finanzamt Österreich und das Finanzamt für Großbetriebe treten für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich am 1. Jänner 2021 an die Stelle des jeweils am 31. Dezember 2020 zuständig gewesenen Finanzamtes. Das Zollamt Österreich tritt am 1. Jänner 2021 an die Stelle der am 31. Dezember 2020 zuständig gewesenen Zollämter.

(2) Die am 31. Dezember 2020 bei einem Finanzamt oder Zollamt anhängigen Verfahren werden von der jeweils am 1. Jänner 2021 zuständigen Abgabenbehörde in dem zu diesem Zeitpunkt befindlichen Verfahrensstand fortgeführt.

(3) Eine vor dem 1. Jänner 2021 von der zuständigen Abgabenbehörde des Bundes genehmigte Erledigung, die erst nach dem 31. Dezember 2020 wirksam wird, gilt als Erledigung der im Zeitpunkt des Wirksamwerdens für die jeweilige Angelegenheit zuständigen Abgabenbehörde.

Die gegenständliche Entscheidung ergeht daher an das Finanzamt Österreich.

3.3. Zu Spruchpunkt II. (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 hier zu lösende Rechtsfrage wurde durch das Erkenntnis des VwGH vom 29.06.2022, Ra 2020/16/0054 eindeutig geklärt. Daher liegt keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung vor, sodass die ordentliche Revision nicht zuzulassen war.

Wien, am 1. August 2022