



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 25. Oktober 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, vertreten durch Mag. Irene König, vom 25. September 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Juni 2005 bis 31. Oktober 2006 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird dahingehend abgeändert, dass zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Monate Juli 2005 bis Oktober 2006, und zwar 2.648,00 € Familienbeihilfe und 814,40 € Kinderabsetzbetrag, zusammen 3.462,40 €, zurückgefordert wird.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) ersuchte mit Schreiben vom 29.8.2007 das Finanzamt Wien 2/20/21/22 um Bezug der Familienbeihilfe für ihre 1983 geborene Tochter A und legte eine Bestätigung der Universität Wien betreffend die zweite Diplomprüfung für das Studium der Rechtswissenschaften (A101-2, Studienbeginn WS2001) vor. Aus dieser ergibt sich, dass der zweite Studienabschnitt - nach dem erstmaligen Antritt zu einer Prüfung im Jänner 2004 - letztlich am 28.6.2007 erfolgreich abgeschlossen wurde.

Mit Bescheid vom 25.9.2007 forderte das Finanzamt Wien 2/20/21/22 von der Bw. Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für ihre Tochter A für den Zeitraum Juni 2005 bis Oktober 2006 im Gesamtumfang von 3.678,80 € gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 i. V. m. § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 zurück und begründete dies wie folgt:

*Gemäß § 26 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) ist zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe rückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine*

*unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.*

*Dies gilt gemäß § 33 Abs. 4 Z 3a Einkommensteuergesetz 1988 (EStG) auch für den zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrag.*

*Die im § 26 FLAG 1967 geregelte Rückzahlungsverpflichtung ist so weitgehend, dass sie auf subjektive Momente wie Verschulden und Gutgläubigkeit keine Rücksicht nimmt und die von der Finanzverwaltung zu Unrecht ausbezahlten Familienbeihilfenbeträge auch dann zurückzuzahlen sind, wenn der Überbezug ausschließlich auf eine Fehlleistung der Abgabenbehörde zurückzuführen ist.*

*Gemäß § 2 FLAG 67 wird ein Studium dann ernsthaft und zielstrebig betrieben, wenn die vorgesehenen Studienabschnitte in der vorgesehenen Zeit absolviert werden. Im vorliegenden Fall hätte der 2. Abschnitt des Studiums A101 nach vier Semestern, somit spätestens im Mai 2005 beendet sein müssen. Es bestand daher für den 2. Studienabschnitt ein Familienbeihilfenanspruch nur bis einschließlich Mai 2005. Ein neuerlicher Beihilfenanspruch ist erst ab Juni 2007, weil A am 28.06.2007 den 2. Abschnitt beendet hat. Die Familienbeihilfe für ob genannten Zeitraum war daher rückzufordern.“*

Mit Schreiben vom 23.10.2007 erhob die Bw. Berufung gegen den Rückforderungsbescheid vom 25.9.2007 mit dem Antrag, diesen aufzuheben:

*„Nachdem meine Tochter A im Juni 2003 den ersten Studienabschnitt ihres Studiums abgeschlossen hatte, habe ich, in einem Brief vom 13. Oktober 2003, um erneute Gewährung der Familienbeihilfe angesucht. In einer Mitteilung des Finanzamtes vom 28. November 2003 wurde mir die Familienbeihilfe für meine Tochter A, für den Zeitraum von Juni 2003 bis Oktober 2006, erneut gewährt. Nun habe ich einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge, datiert mit 25. September 2007, erhalten, in dem ich zur Rückzahlung von € 3.678,80 verpflichtet werde. Dieser Rückforderungsanspruch besteht nicht zu Recht.*

*1. Der Grundsatz von Treu und Glauben besagt, dass jeder der am Rechtsleben teilnimmt, zu seinem Wort und seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzten darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben. Der Grundsatz steht zwar in keinem Gesetz, aber nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes handelt es sich, um ein allgemein anerkanntes Prinzip der Rechtsordnung (Blazina, Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben, FJ 2004, 2021). Die Rückforderung des oben genannten Betrages verletzt den Grundsatz von Treu und Glauben, da ich mich auf Richtigkeit, der von Ihnen erhaltene Mitteilung vom 28. November 2003 über die*

*Gewährung des Bezuges von Familienbeihilfe für den Zeitraum von Juni 2003 bis Oktober 2006, verlassen habe.*

*2. Zu den Voraussetzungen des Grundsatzes von Treu und Glauben: Ich habe auf die Mitteilung des Finanzamtes vertraut; weiters habe ich darauf vertraut, dass sich die Gewährung der Familienbeihilfe bis Oktober 2006 auf den zweiten Studienabschnitt des Studiums meiner Tochter A bezieht. Im Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Mitteilung habe ich die Familienbeihilfe bis Oktober 2006 bezogen und das erhaltene Geld auch ausgegeben. Deshalb stelle ich einen Antrag auf Nachsicht der Rückforderung des oben genannten Betrages, weil der Grundsatz von Treu und Glauben durch das Verhalten des Finanzamtes verletzt wurde. Die jetzige Rückforderung der gewährten Beträge steht in absolutem Widerspruch zur Mitteilung vom 28. November 2003. Selbst eine bloße Mitteilung, auch wenn diese grundsätzlich nicht rechtsverbindlich ist, kann ein Vertrauen auslösen.*

*3. Im Bescheid vom 25. September 2007 wird in der Begründung § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes (in der Folge FLAG) zitiert. § 26 FLAG normiert, dass zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe zurückzuzahlen ist, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 FLAG genannte Behörde verursacht worden ist. In meinem Fall liegt aber der Ausnahmetatbestand des § 26 FLAG vor, da die unrichtige Auszahlung einzig und allein auf dem Verhalten der auszahlenden Behörde, welche in § 46 FLAG genannt ist, beruht und ich mich rechtsgetreu verhalten habe und alle geforderten Nachweise und Formulare an das zuständige Finanzamt geschickt habe.*

*4. Der Gleichheitsgrundsatz gebietet nicht nur die Gleichbehandlung von Gleichem, sondern verbietet auch die Gleichbehandlung von ungleichen Sachverhalten. Es handelt sich nicht um gleiche Sachverhalte, wenn den Rechtsunterworfenen ein Rückforderungsanspruch aufgrund eines Fehlers einer Behörde trifft oder weil er sich bösgläubig einen ihm nicht zustehenden, Vorteil verschafft hat. Ich habe immer alle Formulare und Nachweise an die Behörde geschickt und nie den Versuch unternommen durch rechtswidriges Verhalten mir einen Vorteil zu erschleichen. Ich habe, wie bereits oben erwähnt, auf die Richtigkeit Ihrer Mitteilung vertraut. Ich habe mich immer korrekt verhalten. Die Auslegung des § 26 FLAG, die auch aus dem Bescheid vom 25. September 2007 folgt, führt zu einer Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände. Die Gleichsetzung von reinem Fehlverhalten der Behörde und aktivem, auf Schädigung einer Behörde abzielendem, Verhalten eines Rechtsunterworfenen ist unzulässig. Mit dieser Gleichbehandlung werde ich in einem verfassungsmäßig gewährten Recht verletzt. Da diese Auslegung des § 26 FLAG verfassungswidrig ist, beantrage ich die Aufhebung des Bescheides vom 25. September 2007 über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge.*

*Aufgrund der von mir vorgebrachten Argumente beantrage ich die Aufhebung des Bescheides über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge und überhaupt das Abstandnehmen von diesem Anspruch.*

*Eventualantrag an die zuständige Oberbehörde:*

*Sollte meiner Berufung nicht stattgegeben und der ergangene Bescheid nicht aufgehoben werden, so möchte ich an die zuständige Oberbehörde folgenden Antrag richten:*

*Ich bitte von der Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge in Höhe von € 3.678,80 abzu-  
sehen, da die Rückzahlung dieses Betrages für mich eine unzumutbare Härte darstellen  
würde. Ich bin allein erziehende Mutter. Meine Tochter A ist Studentin und daher noch nicht  
selbsterhaltungsfähig, mein Sohn B kann sich auch noch nicht selbst erhalten, da er in einem  
Lehrverhältnis steht, welches er erst im September 2007 begründet hat. Mein monatliches  
Einkommen beträgt Euro 2835 brutto. Mit diesem Gehalt und Unterhaltszahlungen meines Ex-  
Mannes für meine beiden jüngeren Kinder muss ich 4 Personen erhalten.*

*Die Zahlung von Euro 3 678,-- wurde mich in Schulden stürzen. In Anbetracht der Tatsache,  
dass der Fehler, welcher den Rückforderungsanspruch begründet, nicht von mir verursacht  
und dass mich eine unzumutbare Härte, für den Fall, dass ich oben genannten Betrag zahlen  
müsste, treffen würde, bitte ich Sie von der Rückforderung wegen zu Unrecht bezogener  
Beträge Abstand zu nehmen.*

*Eventualantrag:*

*Sollte meiner Berufung nicht stattgegeben und der ergangene Bescheid nicht aufgehoben  
werden und sollte meinem Antrag auf Abstandnahmen von der Rückforderung der zu Unrecht  
bezogenen Beträge wegen unzumutbarer Härte nicht stattgegeben werden, so möchte ich  
einen Antrag auf Vereinbarung einer Ratenzahlung stellen. Da ich mit meinem Einkommen  
vier Personen erhalten muss, würde es für mich eine ungewöhnlich hohe finanzielle Last mit  
sich bringen, wenn ich den zurückgeforderten Betrag in Höhe von € 3.678,80 auf einmal  
leisten müsste.*

*Bitte erlauben Sie mir folgenden Vorschlag einer Ratenzahlung zu machen: Ich könnte im  
ersten Monat Euro 178,80 zurückzahlen und dann für die Dauer von 35 Monaten monatlich  
jeweils Euro 100,-- bezahlen und auf diese Weise den von Ihnen gestellten Rückforderungs-  
anspruch von Euro 3.678,80 erfüllen."*

Mit am 9.4. 2008 eingelangtem Bericht legte das Finanzamt Wien 2/20/21/22 die Berufung gegen den Rückforderungsbescheid dem Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung mit dem Antrag, die Berufung abzuweisen, da der zweite

Studienabschnitt nicht zeitgerecht beendet worden sei, vor und bemerkte zum Berufungsvorbringen:

*„Das Kind A hat mit Wintersemester 2001/02 das Studium Rechtswissenschaften (A101) begonnen. Seitens des Sachbearbeiters wurde daraufhin die Familienbeihilfe ab Oktober 2001 gewährt, allerdings nicht nach dem ab WS 1999 gültigen Studienplan, der drei Studienabschnitte (3 Sem., 4 Sem., 4 Sem.) vorsieht, sondern nach dem alten Studienplan, für den nur zwei Studienabschnitte (3 Sem., 7 Sem.) gelten.*

*Dieser Sachverhalt wurde erst bei Vorlage des 2. Diplomzeugnisses vom 28.6.2007 erkannt und es musste daher die zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe ab Juni 2005 rückgefordert werden, weil der zweite Studienabschnitt nach dem geltenden Studienplan mit Ende Mai 2005 zu beenden gewesen wäre. Tatsächlich wurde der zweite Studienabschnitt erst mit 28.6.2007 beendet, sodass ein neuerlicher Familienbeihilfenanspruch erst ab Juni 2007 besteht. Der Übergang an Familienbeihilfe entstand somit einerseits durch eine falsche Anspruchsbescheinigung durch das Finanzamt (ausgelöst durch die Verwendung des nicht mehr aktuellen Studienplanes), andererseits durch den verspäteten Abschluss des zweiten Diploms.“*

Aus den über Anforderung des Unabhängigen Finanzsenats vom Finanzamt übermittelten Vorakten ergibt sich, dass die Tochter A im Wintersemester 2001/2002 das „Jus“-Studium an der Universität Wien begonnen und die erste Diplomprüfung am 25.6.2003 bestanden hat.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter anderem *„für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (z. B. 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.“*

§ 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 Ausschließungsgrund 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 in der im Berufszeitraum anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 142/2000 lautet:

*„§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist. Zurückzuzahlende Beträge können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.*

*(2) Durch die Bestimmung des Abs. 1 wird das Recht der in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannten Gebietskörperschaften oder gemeinnützigen Krankenanstalten auf Rückforderung irrtümlich geleisteter Beihilfenzahlungen nicht ausgeschlossen.*

*(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 abzu-  
sehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.“*

Der Studienplan für das Diplomstudium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien in der Fassung vom 16.6.1999

([http://www.univie.ac.at/mtbl93/nummer/1998\\_99\\_108.pdf](http://www.univie.ac.at/mtbl93/nummer/1998_99_108.pdf)) sieht in seinem § 3 Abs. 1

folgende Studienabschnitte vor:

*„§ 3. (1) Das Diplomstudium ist in drei Studienabschnitte gegliedert. Der erste Studienabschnitt umfasst zwei Semester und 31 Semesterstunden. Der zweite Studienabschnitt umfasst drei Semester und 44 Semesterstunden. Der dritte Studienabschnitt umfasst drei Semester und 37 Semesterstunden. Die 13 für freie Wahlfächer vorgesehenen Semesterstunden sind keinem Studienabschnitt zugeordnet.“*

Gemäß § 52 Universitätsgesetz 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, besteht das Studienjahr aus dem Wintersemester, dem Sommersemester und der lehrveranstaltungsfreien Zeit. Es beginnt am 1. Oktober und endet am 30. September des folgenden Jahres, wobei der Senat nähere

Bestimmungen über Beginn und Ende der Semester und der lehrveranstaltungsfreien Zeit zu erlassen hat.

Gemäß Verordnung des Senats der Universität Wien (Beschluss vom 18.12.2003, Mitteilungsblatt der Universität Wien 4/2003 vom 23.12.2003, Nr. 20) endete das Sommersemester am Donnerstag, 30. Juni 2005

([http://www.univie.ac.at/mtbl02/02\\_pdf/20031223.pdf](http://www.univie.ac.at/mtbl02/02_pdf/20031223.pdf)).

Die Tochter der Bw. A hatte dem anzuwendenden Studienplan zufolge den zweiten Studienabschnitt – nach Abschluss des ersten Studienabschnitts im Juni 2003 – im WS 2003/2004, im SS 2004 und im WS 2004/2005 (insgesamt drei Semester) zu absolvieren.

Unter Berücksichtigung des „Toleranzsemesters“ gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 endet der Zeitraum, für den für den zweiten Studienabschnitt Familienbeihilfe zusteht, mit Ende des SS 2005.

Der Familienbeihilfenanspruch für A erlosch somit mit Ablauf des Monats, in dem das Sommersemester 2005 an der Universität Wien endete, also mit 30. Juni 2005 (§ 10 Abs. 2 FLAG 1967).

Der Bw. stand daher jedenfalls für den Monat Juni 2005 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu. Soweit auch für diesen Monat Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag rückgefordert wird, erweist sich daher der angefochtene Bescheid jedenfalls als rechtswidrig.

Da im verbleibenden Rückforderungszeitraum – Juli 2005 bis Oktober 2006 – die Tochter A weiter im zweiten Studienabschnitt studierte und in diesem Zeitraum die vom FLAG 1967 vorgesehene Höchststudiendauer überschritten wurde, standen der Bw. für A Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht zu.

Die Bw. hält den angefochtenen Rückforderungsbescheid nicht deswegen für rechtswidrig, weil die Tatbestandsvoraussetzungen für den Familienbeihilfebezug ihrer Ansicht nach vorliegen, sondern weil sie der Auffassung ist, die Rückforderung würde gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen.

Treu und Glauben ist nach Lehre und Rechtsprechung eine allgemeine, ungeschriebene Rechtsmaxime, die grundsätzlich auch im öffentlichen Recht zu beachten ist. Gemeint ist damit, dass jeder, der am Rechtsleben teilnimmt, zu seinem Wort und seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben (vgl.

*Wiesner/Atzmüller/Grabner/Lattner/Wanke*, MSA EStG [1.11.2007], § 39 Anm. 9).

Allerdings ist das in Art 18 Abs 1 B-VG normierte Legalitätsgebot stärker als der Grundsatz von Treu und Glauben; der Grundsatz von Treu und Glauben kann sich aber in jenem Bereich



auswirken, in welchem es auf Fragen der Billigkeit (§ 20 BAO; zB Wiederaufnahme des Verfahrens, § 303 BAO) ankommt (VwGH 14. 7. 1994, 91/17/0170). Von Bedeutung ist dieser Grundsatz – im Rahmen einer vorzunehmenden Ermessensübung - dort, wo der Steuerpflichtige durch die Abgabenbehörde (auf Grund einer erteilten Auskunft) zu einem bestimmten Verhalten veranlasst wurde (VwGH 26. 1. 1993, 89/14/0234) oder im Vertrauen auf einen Erlass des BMF ein erlasskonformes Verhalten gesetzt hat (VwGH 27. 11. 2003, 2003/15/0087). Die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit sind auch Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung (EuGH 29. 4. 2004, C-487/01, *Gemeente Leusden*, C-7/02, *Holin Groep BV CS*).

Nun kann in der bloßen Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages als kein Verhalten der Abgabenbehörde angesehen werden, dass die Bw. zu einer bestimmten Vorgangsweise veranlasst hat.

Wenn die Abgabenbehörde davon ausgeht, dass die Tochter der Bw. das Studium in der vorgesehenen Zeit absolvieren wird und damit gleichsam einen Vertrauensvorschuss in den Studienerfolg der Tochter gibt, kann aus dem Umstand, dass diese Erwartung nicht eingetreten ist, nicht geschlossen werden, das Finanzamt habe die Bw. zur Entgegennahme und Verausgabung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag veranlasst.

Der Grundsatz von Treu und Glauben steht sohin der Rückforderung für den Zeitraum Juli 2005 bis Oktober 2006 nicht entgegen.

Wie das Finanzamt zutreffend ausführt, ist bei der Rückforderung nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 nicht zu prüfen, ob die Rückforderung allenfalls unbillig wäre. Eine derartige Prüfung ist im Verfahren nach § 26 Abs. 4 FLAG vorzunehmen, nicht allerdings im gegenständlichen Berufungsverfahren.

Abgesehen davon, dass der unrichtige Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nicht durch das Finanzamt – und schon gar nicht ausschließlich durch das Finanzamt – verursacht worden ist, irrt die Bw. über den normativen Gehalt der von ihr zitierten Bestimmungen des § 26 und des § 46 FLAG 1967 in der im Berufszeitraum gegolten habenden Fassung:

Hier wird die sogenannte Selbstträgerschaft angesprochen, da Bedienstete von Gebietskörperschaften und gemeinnützigen Krankenanstalten Familienbeihilfe direkt vom Dienstgeber und nicht – wie alle anderen Arbeitnehmer - im Wege des Finanzamtes erhielten. Da war für derartige Bedienstete eine eigene Regelung für Rückforderungen – und zwar nicht durch das Finanzamt, sondern (§ 26 Abs. 2 FLAG 1967 a. F.) durch den Dienstgeber – vorgesehen.

Da die Bw. Familienbeihilfe im Wege des Finanzamtes erhielt, ist diese Regelung schon deswegen nicht auf sie anzuwenden.

Ob die Bw. ihren Verpflichtungen nach dem FLAG 1967 nachgekommen ist oder ein vorsätzliches bzw. grob fahrlässiges Verhalten gesetzt hat, ist im Rückforderungsverfahren nicht zu beurteilen. Dies ist für ein allfälliges Verwaltungsstrafverfahren nach § 29 FLAG 1967 von Bedeutung, aber auch ein verwaltungsstrafrechtlich korrektes Verhalten der Bw. hindert nicht die Rückforderung.

Die behauptete Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung kann vom Unabhängigen Finanzsenat – abgesehen davon, dass dieser auch verfassungswidrige Gesetze bis zu einer Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof nach Art. 140 B-VG anzuwenden hat – nicht nachvollzogen werden.

Der Berufung gegen den Rückforderungsbescheid war daher teilweise Folge zu geben und die Rückforderung auf den Zeitraum Juli 2005 bis Oktober 2006 einzuschränken.

Das Finanzamt wird in weiterer Folge den Eventualantrag der Bw., die Oberbehörde möge nach § 26 Abs. 4 FLAG 1967 wegen Unbilligkeit der Rückforderung vorgehen, dem zuständigen Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend vorzulegen haben.

Ferner wird das Finanzamt über den Eventualantrag auf ratenweise Zahlung zu entscheiden haben.

Wien, am 15. Mai 2008