

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vom 22. November 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Feldkirch vom 15. November 2005 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. März 2005 bis 30. September 2005 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge werden für den Zeitraum 1. März bis 31. Mai 2005 gewährt.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 15. November 2005 wurden von der Berufungswerberin (Bw) zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge betreffend ihren Sohn T für die Zeit vom 1. März bis 30. September 2005 in Höhe von insgesamt € 1.603,70 gemäß § 26 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in Verbindung mit § 33 Abs 4 Z 3 lit a bzw lit c Einkommensteuergesetz 1988 zurückgef ordert, da der Sohn der Bw das Studium am 23. Mai 2005 abgebrochen habe. Die letzte abgelegte Prüfung hat am 23. Februar 2005 stattgefunden, daher stünde der Sohn ab 1. März 2005 nicht mehr in Berufsausbildung.

Gegen diesen Bescheid berief die Bw rechtzeitig mit ihrer Eingabe vom 22. November 2005 und führte aus, dass die letzte Prüfung nicht am 23. Februar sondern am 23. Mai 2005 (kommissionelle Prüfung) absolviert worden sei. Diesen Punkt habe ihr Gatte bereits mit zwei verschiedenen namentlich genannten Sachbearbeitern telefonisch besprochen. Sie hätten den Fehlentscheid bestätigt und sich dafür entschuldigt. Die Bw bitte daher, den ursprünglichen

Entscheid entsprechend zu korrigieren und auf Basis 1. Juni 2005 zurückzurechnen. Sie sei der Meinung, dass ihrem Sohn die Familienbeihilfe bzw der Kinderabsetzbetrag für das komplette erste und zweite Semester zustehe. Die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (BGBl. Nr. 376/1967 i.d.g.F), Stand September 2005, seien Basis der Rechtsauslegung. Der Gesetzgeber stelle das FH-Studium dem Hochschulstudium gleich:

- Aufzählung der FH in Punkt 2.01/Abs 18 der Durchführungsrichtlinien als Einrichtung laut § 3 des StudFG
- Fachhochschulen seien berechtigt einen Studienbeitrag je Semester einzuheben
- Gemäß § 23 Abs 3 des Universitäts-Studiengesetzes erstrecke sich die Wirkung der Meldung der Fortsetzung des Studiums für ein Semester bis zum Ende der Nachfrist (30. November bzw 30. April) des unmittelbar darauf folgenden Semesters, sofern die Zulassung zum Studium noch nicht erloschen ist.
- Punkt 18 der Durchführungsrichtlinien/Allgemeines: In Bezug auf das Bakkalaureatsstudium und ein allenfalls daran anschließendes Magisterstudium würden die nachstehenden Ausführungen sinngemäß wie bei einer Studienrichtung bei einem Studienabschnitt gelten.

Die Basis zur Berechnung des Anspruches auf Familienbeihilfe:

- Punkt 19 der Durchführungsrichtlinien/Vorgesehene Studienzeit: Abs 1: Unter "vorgesehener Studienzeit" sei jene in Semestern oder Studienjahren definierte Zeitspanne zu verstehen, die in den jeweiligen Studienvorschriften für die Absolvierung eines Studienabschnittes oder eines Studiums festgelegt ist (= gesetzliche Studiendauer). Abs 2: Bei Studienrichtungen mit mehreren Studienabschnitten sei in Bezug auf die Gewährung der Familienbeihilfe jeder Studienabschnitt für sich zu betrachten. Jedem Studienabschnitt sei hierbei ein Semester zuzurechnen (= Toleranzsemester). Ein Studienabschnitt plus ein Semester sei somit der für die Gewährung der Familienbeihilfe maßgebene Zeitraum. Abs 10: Grundsätzlich seien nur fortgesetzt gemeldete Semester als Berufsausbildung zu werten, zumal ohne Fortsetzungsmeldung im Regelfall keine Prüfungen abgelegt werden können. Abs 14: In seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 1987, Z. 86/14/0059, habe der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass das Ablegen von Prüfungen, die in einem Hochschulstudium nach der jeweiligen Studienordnung vorgesehen sind, essentieller Bestandteil des Studiums und damit der Berufsausbildung selbst ist. Bestehe von vornherein die Absicht, keine der vorgeschriebenen Prüfungen abzulegen, kann von einer angestrebten Berufsausbildung nicht gesprochen werden.

- Punkt 22 der Durchführungsrichtlinien/Studienerfolg: Abs 1: Für das erste Studienjahr des Studiums, für das die Familienbeihilfe gewährt werden soll, genüge die Fortsetzungsbestätigung (früher Inscriptionsbestätigung). Danach sei für den weiteren Anspruch auf die Familienbeihilfe einmal der Studienerfolg zu erbringen. Im Falle eines familienbeihilfenunschädlichen Studienwechsels sei ein Studienerfolgsnachweis auch nur einmal zu erbringen. Eine Rückforderung der für das erste Studienjahr bezogenen Familienbeihilfe sei dann nicht auszuschliessen, wenn aus sonstigen Umständen hervorgeht, dass ein ernsthaftes Studium gar nicht vorliegt (zB Erlösung der Zulassung in den ersten zwei Kalendermonaten nach Fortsetzungsmeldung bzw früher Inskription).(Anmerkung der Bw: ....bzw es würden gar keine Prüfungen abgelegt!) Abs 2: Als 'erstes Studienjahr' würden die ersten drei Semester gelten. Ein Studienerfolgsnachweis sei demnach erst nach Ende des Sommersemesters folgenden Studienjahres zu erbringen.... In diesem Fall seien in Bezug auf den Anspruch auf Familienbeihilfe entweder Prüfungen im Umfang von zwölf Semesterwochenstunden oder eine Teilprüfung der ersten Diplomprüfung bzw des ersten Rigorosums aus Medizin und Prüfungen im Umfang von vier Semesterwochenstunden oder zwei der obgenannten Teilprüfungen erforderlich. Abs 4: Für das Bakkalaureatsstudium ergebe sich die Besonderheit, dass für den Studienerfolgsnachweis eine Fachprüfung der Bakkalaureatsprüfung jeweils einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums entspricht. Abs 8: Besteht ein Studierender im Nachweiszeitraum den erforderlichen Studienerfolg nicht, bestehe somit zunächst grundsätzlich für das darauf folgende Studienjahr kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Die Bw gibt weiters an, dass die Familienbeihilfe für das erste Studienjahr gewährt werde, wenn der Student das Studium nicht innert der ersten zwei Monate abbricht bzw die Ernsthaftigkeit des Studiums durch entsprechende Stunden in Prüfungsfächern (8 Stunden) nachweist. Keinesfalls sei dieser Zeitraum an einen erfolgreichen Abschluss aller Prüfungen gekoppelt! Außerdem werde im Gesetzestext darauf hingewiesen, dass das Finanzamt eine Rückforderung prüfen kann (nämlich wenn die Ernsthaftigkeit des Studiums in Frage scheint!), aber nicht muß!

Dem Sohn der Bw könne aber in keiner Phase des Studiums die fehlende Ernsthaftigkeit nachgewiesen werden (siehe Bestätigungen der FH vom 16. November 2005). Er habe auch alle anderen erforderlichen Punkte erfüllt (21 Stunden in Prüfungsfächern für das erste Studienjahr). Die Abmeldung der FH (aufgrund des negativen Prüfungsergebnisses der kommissionellen Prüfung in P) könne keinesfalls den Erhalt der Familienbeihilfe innerhalb des ersten Studienjahres beeinflussen (siehe obige Auszüge aus den Durchführungsrichtlinien zum

Familienlastenausgleichsgesetz – Punkt 22 Abs 1). Die Bw bitte daher den Bescheid zu korrigieren und das komplette zweite Semester (wie auf Hochschulen üblich – bezogen auf das erste Studienjahr) in Bezug auf die Gewährung der Familienbeihilfe zur Berechnung derselben heranzuziehen.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 25. November 2005 wurde der Berufung teilweise stattgegeben und der Beihilfengenuss betreffend den Zeitraum März bis Mai 2005 auf dem Steuerkonto der Bw abgeschrieben. Das Finanzamt führt weiters aus, dass laut vorliegender Bestätigung der Fachhochschule der Sohn der Bw am 23. Mai 2005 sein Studium abgebrochen habe. Weiters bestätige die Studienlehrgangslleitung in diesem Schreiben, dass der Sohn der Bw bis zu diesem Zeitpunkt sein Studium ernsthaft betrieben hat. Da T bis zu diesem Zeitpunkt für einen Beruf ausgebildet wurde, sei die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für die Zeit von März bis September 2005 um die Monate März bis Mai 2005 reduziert worden. Nach seinem Studienabbruch am 23. Mai 2005 sei der Sohn der Bw nicht mehr in Berufsausbildung gestanden, und somit würden ab Juni 2005 die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe fehlen.

Mit Eingabe vom 6. Dezember 2005 beantragte die Bw die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte aus, dass mit dem angefochtenen Bescheid Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für ihren Sohn bis zum 1. Juni 2005 zurückgefördert würden. Dies sei das Ergebnis der Berufungsvorentscheidung vom 25. November 2005, das zumindest eine Teilberichtigung erbrachte. Das Finanzamt anerkenne jetzt zwar die negative kommissionelle Prüfung als letzte gültige Prüfung, interpretiere aber den Entlassungsschein der Fachhochschule als Beendigung des Studiums und damit der Berufsausbildung bzw als Studienabbruch. Für die Bw stehe außer Zweifel, dass es sich bei ihrem Sohn zu diesem Zeitpunkt um keinen Studienabbruch im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes handelt. Dieser Gesetzesauslegung könne sie in keiner Weise folgen und begründe dies wie folgt:

Sie sei der Meinung, dass ihrem Sohn die Familienbeihilfe bzw der Kinderabsetzbetrag für das komplette erste und zweite Semester zusteht, da er alle Kriterien für einen positiven Bescheid erbringt:

1. Einschreibung (inklusive zeitgerechter Einzahlung der Studiengebühr) für das erste Semester (Wintersemester 2004/2005) bzw das zweite Semester.
2. 21 SWS mit positivem Abschluss (siehe Semesterzeugnis erstes Semester)
3. Ihr Sohn habe aus Eigeninteresse (da er zu diesem Zeitpunkt damit rechnete im nächsten Wintersemester das Studium noch einmal von vorne zu beginnen) das

"Restsemester" noch bis zum Schluss absolviert. Es sei daher zu diesem Zeitpunkt immer noch von einem ernsthaften Studium auszugehen.

4. Der Gesetzgeber sehe im "ersten Studienjahr" überhaupt nur eine Rückzahlung vor, wenn die Ernsthaftigkeit des Studiums in Frage zu stellen ist (kurzfristige Abmeldung, keine Prüfungen bzw Prüfungsabsicht). Dies sei bei ihrem Sohn natürlich in keiner Weise der Fall gewesen.

Im übrigen wurden die Ausführungen der Berufungsschrift wiederholt (Verweise auf die Durchführungsrichtlinien).

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist.

Bei 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 (zum Beispiel 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 Höchstmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleches 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.

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- oder Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden 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.

Nach § 26 Abs 1 FLAG1967 hat der, der zu Unrecht Familienbeihilfe bezogen 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.

Im vorliegenden Berufungsfall ist strittig, ob der Sohn der Bw trotz Abbruches seines Studiums an der Fachhochschule V (siehe Schreiben der Studiengangsleitung vom 16. November 2005) in Berufsausbildung nach den Bestimmungen des Familienbeihilfengesetzes 1967 stand.

Die Bw vermeint, dass die Einschreibung für das erste Semester bzw das zweite Semester, der positive Abschluss (siehe Semesterzeugnis betreffend das erste Semester) über 21 SWS sowie das Absolvieren des "Restsemesters" aus Eigeninteresse eine Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages bis zum Ende des zweiten Semesters begründe. Der Gesetzgeber sehe im ersten Studienjahr nämlich überhaupt nur eine Rückzahlung vor, wenn die Ernsthaftigkeit des Studiums in Frage zu stellen ist. Dies sei bei ihrem Sohn in keiner Weise der Fall gewesen.

Fest steht unbestritten, dass der Sohn der Bw laut Schreiben der Studiengangsleitung vom 16. November 2005 in der Zeit vom 1. Oktober 2004 bis 28. Februar 2005 im ersten Semester und vom 1. März bis 23. Mai 2005 im zweiten Semester des Bakkalaureat-Studiums M eingeschrieben war. Studierende dieses Studiums haben im ersten Semester Lehrveranstaltungsprüfungen im Ausmaß von 23 Semesterwochenstunden (30 ECTS-Leistungspunkte) zu absolvieren. Der Sohn der Bw hat innerhalb der regulären Prüfungswochen im ersten Semester Lehrveranstaltungsprüfungen im Ausmaß von 21 Semesterwochenstunden (27 ECTS-Leistungspunkte) positiv absolviert. Der Sohn der Bw habe zwar für das zweite Semester (SS 2005) die Studiengebühren bezahlt und sei bei sämtlichen Lehrveranstaltungen und Übungen anwesend gewesen, musste aber aufgrund einer negativen kommissionellen Prüfung aus dem ersten Semester am 23. Mai 2005 das Studium abbrechen. Die Studiengangsleitung bestätigte, dass der Sohn der Bw bis zu seinem Studienabbruch am 23. Mai 2005 ordentlicher und ernsthafter Studierender war. Ein Fortsetzen des Studiums – wie von der Bw in ihren Berufungsschriften eingewandt - fand nach der Aktenlage nicht statt.

Vielmehr bezog der Sohn der Bw vom 1. bis 6. Juni 2006 Arbeitslosengeld und war vom 27. Juni bis 31. August 2005 bei der ÖPA und ab 28. September 2005 bei der Firma MI vollbeschäftigt.

Aus diesem Sachverhalt kann aber unbedenklich der Schluss gezogen werden, dass der Sohn der Bw entgegen ihren Ausführungen im Schriftsatz vom 5. Dezember 2005 nicht mehr vorhatte, sein Studium weiterzubetreiben.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 20.6.2000, 98/15/0001, und die dort zitierte Vorjudikatur) ist es Ziel einer Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs 1 lit. b FLAG 1967, die fachliche Qualifikation für die Ausübung des angestrebten Berufes zu erlangen. Dazu gehört regelmäßig auch der Nachweis dieser Qualifikation, was sich durch die Ablegung von Prüfungen, die in den jeweiligen Lehr- oder Studienplänen vorgesehen sind, äußert. Der laufende Besuch einer fachhochschulischen Einrichtung reicht dabei für sich allein noch nicht aus. Vielmehr muss durch Prüfungsantritte innerhalb angemessener Zeit versucht werden, die Voraussetzungen für den erfolgreichen Abschluss der Berufsausbildung zu erfüllen. Der Sohn der Bw hat das zweite Semester nicht positiv abgeschlossen, sondern laut Studiengangsleitung im Mai abgebrochen, weshalb auch kein Zeugnis vorgelegt werden konnte. Das erste Semester hat er mit 21 SWS (teilweise) positiv abgeschlossen. Das heisst aber auch, dass der Sohn der Bw bis zum Zeitpunkt des genannten Abbruches zwar in Berufsausbildung stand, ab diesem Zeitpunkt aber trotz Absolvierung des "Restsemesters" aus Eigeninteresse keine derartige Fortsetzung der Berufsausbildung, welche den Voraussetzungen der gesetzlichen Bestimmungen des Familienbeihilfengesetzes 1967 und der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechen würde, mehr vorlag, zumal er ja schon im Juni eine Vollbeschäftigung annahm und das Studium auch im folgenden Semester nicht mehr aufnahm. Eine Ernsthaftigkeit des Studiums ab dem Zeitpunkt des Abbruches kann daher eindeutig und unzweifelhaft nicht mehr angenommen werden.

Letztlich ist anzumerken, dass nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates auch der tatsächliche Besuch von Vorlesungen bzw Lehrveranstaltungen im "Restsemester" nicht als Berufsausbildungsmaßnahme im Sinne der Bestimmung des § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 angesehen werden kann, wenn während dieser Zeit bereits eine Vollbeschäftigung aufgenommen und Arbeitslosengeld bezogen wird und das Studium ohne Ablegung von Prüfungen bzw Abschluss der erforderlichen Semesterwochenstunden wieder beendet wird, zumal nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Besuch von Vorlesungen bzw Lehrveranstaltungen allein nicht als Absolvierung einer Berufsausbildung angesehen werden kann.

Somit ist die Berufung aber bereits entschieden, da die Bw selbst in ihrem Schriftsatz davon ausgeht, dass der Gesetzgeber im ersten Studienjahr eine Rückzahlung nur dann vorsieht, wenn die Ernsthaftigkeit des Studiums in Frage zu stellen ist.

Auch dem Einwand der Bw, nach Abschluss (positiv oder negativ) des Studiums wäre unabhängig von der Beurteilung des ersten Studienjahres die Familienbeihilfe für drei Monate weiter zu gewähren, kann vom Unabhängigen Finanzsenat nicht gefolgt werden, da es sich hier nicht um einen Abschluss einer Berufsausbildung handelt (siehe die Bestimmung des § 2 Abs 1 lit d FLAG 1967).

Insgesamt können daher die zahlreichen Verweise auf die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (BGBI.Nr. 376/1967 idgF)/Stand September 2005 der Berufung der Bw auch nicht zum Erfolg verhelfen, weshalb wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden war.

Feldkirch, am 2. März 2006