

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R über die Bescheidbeschwerde der Bf., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 18.06.2014, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Zeiträume Oktober 2011 bis September 2012 sowie Oktober 2013 bis April 2014 für die Tochter T, geb TTMMJJJJ, zu Recht erkannt:

- 1.) Die Bescheidbeschwerde wird abgewiesen. Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.
- 2.) Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Strittig ist im vorliegenden Beschwerdefall, ob die beiden Studienwechsel der Tochter der Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) einen unrechtmäßigen Bezug an Familienbeihilfe gemäß § 26 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz – FLAG 1967 und Kinderabsetzbeträgen gemäß § 33 Abs 3 Einkommensteuergesetz – EStG 1988 (in der Folge: nur Familienbeihilfe) in den im Spruch angeführten Zeiträumen bewirkt haben.

Die Tochter inskribierte zunächst mit dem Wintersemester 2008/09 das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien, woraufhin der Bf bis September 2009 die Familienbeihilfe bewilligt wurde. Anlässlich einer Überprüfung nach dem ersten Studienjahr stellte die belangte Behörde (in der Folge: belBeh) fest, dass die Tochter den erforderlichen Studienerfolg nicht erbracht hatte und stellte die Auszahlung der Familienbeihilfe mWv Oktober 2009 ein. Im April 2010 wurde ein Erfolg von 21 ECTS erreicht, aber nicht der erste Studienabschnitt abgeschlossen. Den auf § 2 Abs 1 lit b FLAG gestützten Antrag der Bf wies die belBeh daher ab. Insgesamt war die Tochter für das Studium der Rechtswissenschaften für sechs Semester (Oktober 2008 bis September 2011) zur Fortsetzung des Studiums gemeldet, hat den ersten Studienabschnitt jedoch nicht abgeschlossen.

Mit dem Wintersemester 2011/12 erfolgte der **erste Studienwechsel** zu einem näher bezeichneten Bachelorstudium. Wie die belBeh im Vorlagebericht ausführt, erfolgte die Auszahlung der Familienbeihilfe mWv Oktober 2011 bis September 2012 (1. Studienjahr) damals irrtümlich. Für das Sommersemester 2012 wies die Tochter Prüfungen im Ausmaß von 14 ECTS und für das Wintersemester 2012/13 solche im Ausmaß von 10 ECTS, sohin ausreichenden Erfolg, nach, sodass die belBeh den Studienerfolg als erbracht angesehen und den Bezug der Familienbeihilfe nicht nur weiterhin aufrecht belassen, sondern sogar bis April 2014, dem Monat des 24. Geburtstags der Tochter, verlängerte. Die Tochter verblieb insgesamt vier Semester in diesem Studium.

Mit dem Wintersemester 2013/14 vollzog die Tochter den **zweiten Studienwechsel** zum Lehramtsstudium an Volksschulen. Nach der Aktenlage wurden der zweite Wechsel nicht der belBeh gemäß § 25 FLAG gemeldet.

Im Zusammenhang mit der Abmeldung der Tochter vom Wohnsitz der Bf ab 25. April 2012 laut ZMR und Anmeldung an einer anderen Adresse gab die Bf auf Verlangen der belBeh an, dass sie weiterhin für die Unkosten der Tochter aufkomme, was auch die Tochter mit Schriftsatz vom 26.04.2012 bestätigte. Die Tochter teilte darin weiters mit, dass für sie am 30. Mai 2012 der Mutterschutz beginne.

Im Frühling 2014 erkannte die belBeh anlässlich einer Überprüfung des Beihilfenanspruchs ihren Irrtum bei der Bewilligung der Familienbeihilfe beim ersten Studienwechsel und erfuhr vom zweiten Studienwechsel. Sie beurteilte beide Studienwechsel infolge Zeitüberschreitung als beihilfenschädlich und erließ mit **Schriftsatz vom 18. Juni 2014 den angefochtenen Bescheid**, mit dem die Familienbeihilfe mit folgender Begründung zurückforderte:

"Im § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) wird hinsichtlich eines Studienwechsels auf die Bestimmungen des § 17 Studienförderungsgesetz (StudFG) verwiesen.

Gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 StudFG liegt ein günstiger Studienerfolg nicht vor, wenn der Studierende das Studium nach dem jeweils dritten fortgesetzt gemeldeten Semester (nach dem zweiten Ausbildungsjahr) gewechselt hat.

Gemäß § 17 Abs. 4 StudFG in der geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 76/2000) ist ein Studienwechsel im Sinne des Abs. 1 Z 2 nicht mehr zu beachten, wenn die oder der Studierende in dem nunmehr gewählten Studium so viele Semester wie in den vor dem Studienwechsel betriebenen Studien zurückgelegt hat.

Nach einem Studienwechsel nach dem jeweils 3. inskribierten Semester (oder zweitem Ausbildungsjahr) besteht 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 hat. Es sind daher alle Semester aus den vorherigen Studien, in denen eine Fortsetzungsmeldung vorgelegen ist und für die Familienbeihilfe bezogen wurde, in Bezug auf die Wartezeit bis zur Wiedergewährung der Familienbeihilfe für das neue Studium heranzuziehen."

Mit Schriftsatz vom 29. Juni 2014 erhob die Bf gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht **Bescheidbeschwerde** und führte darin im Wesentlichen aus, dass sie im Vertrauen auf Treu und Glauben nach Überbringung der erforderlichen Unterlagen in jedem Jahr eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe erhalten habe und in dieser jeweils wörtlich gestanden sei, dass nach Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe diese zustehe. Sie habe Meldungen immer fristgerecht erledigt und sei über die hohe Nachforderung sehr überrascht gewesen.

In der Begründung sei die Tatsache nicht enthalten, dass ihre Tochter seit 07/12 Mutter sei. Mutterschutz, Pflege und Erziehung eines Kindes würden den Studienablauf bis zum 2. Geburtstag des Kindes hemmen.

In der Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe vom 18. Juni 2014 werde weiters angeführt, dass die Familienbeihilfe für die Tochter von September 2014 bis April 2015 gewährt werde.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit **Beschwerdevorentscheidung vom 25. Juli 2014** mit folgender Begründung ab:

"Ihr Kind [Name] war ab dem Wintersemester 2008/09 im Studium A 101 an der Universität Wien gemeldet. Familienbeihilfe wurde für das erste Studienjahr gewährt. Ein günstiger Studienerfolg lag erst im April 2010 vor. Der erste Studienabschnitt wurde nicht abgeschlossen. Nach 6 Semestern erfolgte ein Studienwechsel auf das Studium A 033 610 und nach abermals 4 Semestern erfolgte ein weiterer Wechsel auf das Studium N 110. Am 07/12 hat [Name] ein eigenes Kind geboren.

Mit Bescheid vom 18.06.2014 wurde die Familienbeihilfe für die Zeiträume von Oktober 2010 bis September 2012 und von Oktober 2013 bis April 2014 rückgefordert .

In Ihrer Beschwerde berufen Sie sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben und auf die Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967), wonach Zeiten des Mutterschutzes sowie der Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes den Ablauf der Studienzeit bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres des Kindes hemmen.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die sich in einer Berufsausbildung befinden. Bei Kindern, die eine in § 3 Studienförderungsgesetz 1992 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.

Das Vorliegen einer Berufsausbildung eines volljährigen Kindes bei einem Studienwechsel ist nach § 17 Studienförderungsgesetz 1992 (StudFG) zu beurteilen, d.h. es gelten die in § 17 StudFG angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Demnach liegt ein günstiger Studienerfolg nicht vor, wenn das Studium öfter als zweimal oder nach dem dritten fortgesetzt gemeldeten Semester gewechselt wurde und nicht die

gesamten Vorstudienzeiten für die Anspruchsdauer des nunmehr betriebenen Studiums berücksichtigt werden. Ein Studienwechsel ist gemäß § 17 Abs. 4 StudFG nicht mehr zu beachten ist, wenn in dem nunmehr gewählten Studium so viele Semester wie in den vor dem Studienwechsel betriebenen Studien zurückgelegt wurden. Für die Ermittlung der Wartezeit sind somit alle Semester aus den vorherigen Studien, in denen eine Fortsetzungsmeldung vorlag, heranzuziehen. Der Anspruch auf Familienbeihilfe ist genauso lang ausgeschlossen, wie vor dem Studienwechsel für ein oder mehrere Studien Familienbeihilfe bezogen wurde.

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 des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit.

Ihre Tochter [Name] hat im Oktober 2011 nach 6 Semestern A101 auf A 033 610 gewechselt. Da dieser Wechsel nach dem dritten fortgesetzt gemeldeten Semester erfolgte, handelt es sich somit um einen schädlichen Studienwechsel, der erst nach Ablauf einer Wartezeit von 2 Semestern nicht mehr zu beachten ist. Von Oktober 2011 bis September 2012 bestand somit kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Im Oktober 2013 erfolgte ein zweiter Studienwechsel - wieder nach dem dritten inskribierten Semester. Auch dieser Wechsel bewirkte eine Wartezeit von 2 Semestern.

Allerdings hat [Name] am 07/12 ein eigenes Kind geboren.

Dazu ist Folgendes anzumerken: Die Bestimmung der Hemmung der Studienzeit für Zeiten der Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes ist nur anzuwenden, wenn es sich um eine (vollständige) Unterbrechung des Studiums durch dieses Ereignis handelt. Da aber [Name] sowohl im Sommersemester 2012 als auch Wintersemester 2012/13 Prüfungen im Ausmaß von 24 ECTS abgelegt hat, wurde das Studium tatsächlich nicht unterbrochen, womit auch eine Hemmung der Studienzeit nicht in Betracht zu ziehen ist.

Nach § 26 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Diese Verpflichtung zur Rückzahlung ist von subjektiven Momenten unabhängig. Fehlen objektiv die Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe, besteht eine Verpflichtung zur Rückzahlung. Daraus folgt, dass dem Finanzamt kein Ermessen eingeräumt ist, ob ein Rückforderungsbescheid zu erlassen ist oder nicht. Eine Rückforderung ist selbst dann zwingend vorzunehmen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist.

Von einer Rückforderung kann daher nicht mit der Begründung abgesehen werden, dass die Behörde bezüglich eines Beihilfenanspruches den Grundsatz von Treu und Glauben verletzt hätte, da nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Legalitätsprinzip stärker als der Grundsatz von Treu und Glauben ist und dieser nur dann Auswirkungen zeigen kann, wenn die Behörde einen Ermessensspielraum hat."

Die Bf stellte mit Schriftsatz vom **15. August 2014 einen Vorlageantrag** und wiederholte darin, dass das Finanzamt Kenntnis der Studienlaufbahn ihrer Tochter gehabt habe und die Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe regelmäßig durchgeführt worden sei.

Mit Bescheid vom 18. Juni 2014 sei eine Rückforderung der zu Unrecht bezogenen Beträge an sie erfolgt und aus diesen Umständen heraus der hohe Betrag von 4.254,10 Euro entstanden. Da ihre Tochter nach der Geburt ihres Kindes weiterhin Prüfungen abgelegt habe, hätte das nicht zu einer Hemmung der Studienzeit geführt.

Aus ihrer Sicht ergebe sich daraus ein krasser Widerspruch; einerseits dränge der Gesetzgeber auf einen raschen Studienabschluss, fordere ein ernsthaft und zielstrebig betriebenes Studium und baue andererseits Hindernisse beim Studienwechsel ein. Junge Mütter würden den Anspruch auf Familienbeihilfe verlieren, wenn sie trotz der Geburt eines Kindes weiterhin Prüfungen ablegen.

Diese besonders berücksichtigungswürdigen Umstände würden für sie einen Ausnahmefall bilden, für den sie ersuche, von der Rückforderung der Familienbeihilfe gemäß § 26 Abs.4 FLAG 1967 auf Grund ihrer finanziellen Situation abzusehen.

Mit **Vorlagebericht vom 10. Oktober 2014** legte die belBeh die Beschwerde samt ausgewählten Unterlagen auf elektronischem Weg vor und beantragte die Abweisung der Beschwerde als unbegründet.

Mit **E-Mail vom 1. Februar 2016 beantragt die belBeh** mit folgender Begründung die Stattgabe der Beschwerde hinsichtlich des 2. Rückforderungszeitraumes:

Nach den Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz (in der Folge: DFR), Pkt 21.18 seien bei einem Wechsel nach dem 3. inskribierten Semester für das Ruhen der Familienbeihilfe des 3. Studiums alle inskribierten Semester, in denen Familienbeihilfe im vorangegangenen 2. Studium bezogen wurde, für die Wartesemester heranzuziehen, ausgenommen Semester, in denen eine Hemmung der Studienzeit zu berücksichtigen ist.

Bei der Rückforderung für den Zeitraum 10/2013 bis 04/2014 sei nicht beachtet worden, dass die Tochter ein eigenes Kind geboren habe und eine Hemmung wegen Pflege und Erziehung bis zum 2. Geburtstag des Kindes vorliege (Pkt 20.09 DFR). Diese sei nach den DFR 21.18 bei der Wartezeit nicht zu berücksichtigen. Es stünde daher die FB von 10/2013 bis 2014 und weiter bis 04/2015 zu.

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 26 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz in den im Streitzeitraum geltenden Fassungen BGBl I 90/2007 und BGBl I 111/2010 (in der Folge: FLAG) hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

Gemäß § 33 Abs 3 Einkommensteuergesetz – EStG 1988 steht Steuerpflichtigen bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Kinderabsetzbetrag von monatlich

58,40 Euro für jedes Kind zu. [...] Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.

Gemäß § 26 Abs 3 FLAG haftet für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe 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.

Gemäß § 26 Abs 4 FLAG sind die Oberbehörden ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

Gemäß § 2 (1) lit b FLAG haben Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die das 26. bzw in der ab 1. Juli 2011 geltenden Fassung 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.“

Gemäß § 17 Abs 1 Z 2 Studienförderungsgesetz idF BGBl I 47/2008 (in der Folge StudFG) liegt ein günstiger Studienerfolg dann nicht vor, wenn der Studierende das Studium nach dem jeweils dritten inskribierten Semester (nach dem zweiten Ausbildungsjahr) gewechselt hat.

Gemäß § 17 Abs 2 Z 2 StudFG gelten Studienwechsel, die durch ein unabwendbares Ereignis ohne Verschulden des Studierenden zwingend herbeigeführt wurden, nicht als Studienwechsel.

Gemäß § 17 Abs 4 StudFG ist ein Studienwechsel im Sinne des Abs. 1 Z 2 nicht mehr zu beachten, wenn die Studierenden in dem nunmehr gewählten Studium so viele Semester wie in den vor dem Studienwechsel betriebenen Studien zurückgelegt haben. Anerkannte Prüfungen aus dem Vorstudium verkürzen diese Wartezeiten; dabei ist auf ganze Semester aufzurunden.

Gemäß § 2 (1) lit i FLAG verlängert sich der Zeitraum 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."

Aufgrund des vorgelegten Verwaltungsaktes steht folgender Sachverhalt fest:

Die Tochter hat das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien im WS 2008/09 begonnen. Für das erste Studienjahr 08/09 hat die belBeh die Familienbeihilfe bewilligt. Anlässlich einer Überprüfung nach dem ersten Studienjahr hat die belBeh festgestellt, dass die Tochter für das erste Studienjahr keinen Studienerfolg nachweisen konnte, weshalb die belBeh die Auszahlung der Familienbeihilfe mWv Oktober 2009 eingestellt hat. Anlässlich einer weiteren Antragstellung hat die belBeh festgestellt, dass die Tochter innerhalb der Studienzeit den ersten Studienabschnitt nicht fertiggestellt hat und den diesbezüglichen Antrag als unbegründet abgewiesen. Der erbrachte Nachweis von 21 ECTS erfolgte erst im vierten Semester. Für das fünfte und sechste Semester ist die Tochter zur Fortsetzung des Diplomstudiums der Rechtswissenschaften gemeldet gewesen. Ein weiterer Studienerfolg ist zum Studium der Rechtswissenschaften nicht nachgewiesen worden.

Mit dem Wintersemester 2011/12 ist der **erste Studienwechsel** zum Bachelorstudium Kultur und Sozialanthropologie erfolgt. Die belBeh hat auf § 2 Abs 1 lit b FLAG gestützten Antrag der Bf auf Familienbeihilfe – wie sie im Vorlagebericht ausführt irrtümlich - positiv für das erste Studienjahr 2011/12 erledigt.

Im Sommersemester 2012 hat die Tochter Prüfungen im Ausmaß von 14 ECTS und im Wintersemester 2012/13 solche im Ausmaß von 10 ECTS, sohin in der Toleranzzeit 24 ECTS, nachgewiesen.

Seit 25. April 2012 ist die Tochter im Zentralen Melderegister nicht mehr an der Adresse der Wohnung der Bf erfasst, sondern die Tochter hat einen eigenen Hauptwohnsitz begründet. Die Bf kommt weiterhin für die Unkosten ihrer Tochter auf. Die belBeh hat den Bezug der Familienbeihilfe bis April 2014, dem Monat des 24. Geburtstags der Tochter, verlängert. Die Tochter ist insgesamt vier Semester im zweiten Studium zur Fortsetzung gemeldet gewesen.

Am 30. Mai 2012 hat für die Tochter die Mutterschutzzeit begonnen und am 07/12 hat sie ein eigenes Kind geboren. Sie hat keine Beurlaubung nach dem StudFG in Anspruch genommen.

Mit dem Wintersemester 2013/14 hat die Tochter einen **weiteren Studienwechsel** zum Lehramtsstudium an Volksschulen vollzogen. Auch der zweite Studienwechsel wurde der belBeh nicht angezeigt.

Beweiswürdigung:

Diese Sachverhaltsfeststellung ergibt sich widerspruchsfrei aus den Schriftsätzen der Bf, dem angefochtenen Bescheid und der Beschwerdeverentscheidung und wird in der Beschwerde auch nicht bestritten.

rechtliche Beurteilung:

Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

Die Antragslegitimation der Bf ist zunächst wegen Haushaltszugehörigkeit des Kindes gemäß § 2 Abs 2 erster Satz FLAG und seit Mai 2012 wegen überwiegender Kostentragung gemäß § 2 Abs 2 zweiter Satz FLAG gegeben. Der mangelnde Studienerfolg im Diplomstudium der Rechtswissenschaften an sich wird nicht bestritten, weshalb eine rechtliche Auseinandersetzung damit unterbleiben kann.

1. Verletzung des Vertrauensgrundsatzes

Mit dem Beschwerdevorbringen, die Bf habe im Vertrauen auf Treu und Glauben die Familienbeihilfe bezogen, wird übersehen, dass sich nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 eine **objektive Erstattungspflicht** zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe ergibt. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind demnach für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs steht es der Rückforderung auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch das Finanzamt verursacht worden ist (vgl etwa VwGH 18.04.2007, 2006/13/0174). Dass die

belBeh beim ersten Studienwechsel die unrichtige Auszahlung verursacht hat, ist daher für die Rückforderung von zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe ohne Belang.

2. Ratenzahlung, Abstandnahme von der Rückforderung und Unbilligkeit

Die Beschwerdesache wird bestimmt durch den Spruch des angefochtenen Bescheides (§ 279 BAO), hier also die Rückforderung der Familienbeihilfenbeträge für die im Bescheid bestimmten Zeiträume. Der im Beschwerdeschriftsatz gestellte Antrag auf Ratenzahlung ist ein gesonderter Antrag, der unter die Zahlungserleichterungen des § 212 Bundesabgabenordnung – BAO fällt und gegenständliche Beschwerdesache verlässt. Gleiches gilt für den im Schriftsatz vom 15.08.2014 erhobenen Einwand der Unbilligkeit der Rückforderung, weshalb die Bf ersucht, von der Rückforderung der Familienbeihilfe gemäß § 26 Abs 4 FLAG 1967 Abstand zu nehmen. Auch dieses Vorbringen verlässt gegenständliche Beschwerdesache und ist nicht Teil des Beschwerdeverfahrens. Im Übrigen ist das Bundesfinanzgericht nicht Oberbehörde und den Finanzämtern gegenüber nicht weisungsbefugt. Die Anträge auf Zahlungserleichterung bzw auf Abstandnahme sind vielmehr eigenständige Rechtssachen, für die das Bundesfinanzgericht keine sachliche Zuständigkeit besitzt, sondern die von der belBeh bzw dem Bundesministerium für Familie und Jugend noch zu erledigen sein werden.

3. Studienwechsel und Berechnung der Wartezeit gemäß § 17 Abs 4 StudFG

Zu dem Vorwurf, der Gesetzgeber habe Hindernisse beim Studienwechsel eingebaut, obwohl gleichzeitig ein ernsthaft und zielstrebig betriebenes Studium verlangt werde, ist zu sagen, dass ein Studienwechsel nach erst sechs – oder nach vier - Semestern keinesfalls als zielstrebig anzusehen ist. Auch der/die Studierende ist angehalten, möglichst rasch für sich zu entscheiden, ob das gewählte Studium das passende für ihn/sie ist oder nicht. Insgesamt hat die Tochter in zehn Semestern einen Studienerfolg von 45 ECTS nachgewiesen, was einen durchschnittlichen Erfolg pro Semester von 4,5 ECTS ergibt, und nach dieser Zeit wiederum ein neues Studium begonnen, also ihre Berufsausbildung nicht abgeschlossen.

§ 17 Abs 1 StudFG normiert den günstigen – und damit nicht beihilfenschädlichen – Studienerfolg. Demgemäß liegt ein günstiger Studienerfolg u.a. dann vor, wenn das Studium nicht öfter als zweimal (Z 1) oder vor dem jeweils dritten inskribierten Semester (Z 2) gewechselt wird. Lediglich höchstens zwei Wechsel, deren Studiendauer in Summe vier Semester nicht übersteigen, ziehen keine negativen Rechtsfolgen nach dem Studienförderungsgesetz und dem FLAG nach sich. Wechsel, die darüber hinausgehen, werden bereits vom Gesetz als nicht zielstrebig und nicht ernsthaft betrieben angesehen, weshalb diese Folgen einzutreten haben.

Erfolgt der Studienwechsel außerhalb dieser Zeitspanne, greift die Wartezeitregelung des § 17 Abs 4 StudFG Platz, während der der Beihilfenanspruch ruht (Wimmer im Gamlitzer Kommentar zum FLAG, Csaszar/Lenneis/Wanke, Lindeverlag, Stand 1.1.2011, § 2, Beispiele in Tz 108).

Zutreffend hat die belBeh in der Beschwerdeentscheidung diesbezüglich ausgeführt, dass für die Ermittlung der Wartezeit alle Semester aus den vorherigen Studien, in denen eine Fortsetzungsmeldung vorlag, heranzuziehen sind und der Anspruch auf Familienbeihilfe genauso lang ausgeschlossen ist, wie vor dem Studienwechsel für ein oder mehrere Studien Familienbeihilfe bezogen worden ist. Denn § 2 Abs 1 lit b FLAG iVm § 17 Abs 4 StudFG ist so zu lesen, dass der Beihilfenanspruch erst dann wieder auflebt, wenn das Kind in dem nunmehr gewählten Studium so viele Semester wie in den vor dem Studienwechsel betriebenen Studien zurückgelegt hat. Das sind laut Sachverhalt sechs Semester für das erste Studium und vier Semester für das zweite Studium.

Entgegen ihrer eigenen Bescheidbegründung hat die belBeh jedoch die Wartezeit des § 17 Abs 4 StudFG nur auf jene Semester beschränkt, in denen die Bf Familienbeihilfe bezogen hat. Das sind laut Sachverhalt je zwei Semester für das erste und das zweite Studium. Diese Rechtsansicht findet im Gesetz keine Deckung. Auf die Ausführungen in Punkt 4 und 7 wird verwiesen.

Für die einzelnen Rückzahlungszeiträume ergibt sich daher Folgendes:

4. Rückforderungszeitraum Oktober 2011 bis September 2012

Zufolge dem laut § 2 Abs 1 lit b FLAG anzuwendenden § 17 Abs 4 StudFG sind zur Ermittlung der Wartezeit im Falle eines beihilfenschädlichen Studienwechsels ausschließlich jene Semester heranzuziehen, für die der/die Studierende zur Fortsetzung des Studiums gemeldet war. Beide Bestimmungen verfolgen dasselbe Ziel eines zügigen Studiums. Auch die Verkürzung der Anspruchsdauer gemäß § 2 Abs 1 lit b FLAG mit BGBl I 111/2010 ab dem 1. Juli 2011 auf die Vollendung des 24. Lebensjahres des Kindes bringt das deutlich zum Ausdruck. Ein unabwendbares Ereignis iSd § 17 Abs 2 Z 2 StudFG, welches den Studienwechsel ausschließen würde (VwGH 26.05.2011, 2011/16/0058) wurde nicht vorgetragen.

Laut Sachverhalt ist die Tochter im ersten Studium sechs Semester zur Studienfortsetzung gemeldet gewesen, sodass der Beihilfenanspruch im zweiten Studium erst nach sechs Semestern wieder entstünde, also grundsätzlich mit dem WS 2014/15, wozu aber die unter Punkt 5 angeführte Ausnahme zu beachten ist.

Bemerkt wird, dass im gegenständlichen Fall zum ersten Rückforderungszeitraum die in Punkt 21.14 DFR angeführte Ausnahme einschlägig ist. Laut Sachverhalt hat die Tochter für das erste Studienjahr keinen Studienerfolg nachgewiesen und erst nach der vorgesehenen Studiendauer den Studienerfolg von 21 ECTS nachgewiesen. Für diesen Fall sehen auch die DFR vor, dass für die Wartezeit alle Semester des vorangegangenen Studiums (bzw der vorangegangenen Studien) zu zählen sind, in denen die aufrechte Fortsetzungsmeldung vorgelegen ist.

Nach Ansicht des BFG greift die in Punkt 21.14 DFR bloß für die dort angeführte Ausnahme zu kurz, weil sich aus dem für § 2 Abs 1 lit b FLAG sinngemäß anzuwendenden § 17 Abs 4 StudFG ausschließlich die Zählung jener Semester ableiten lässt, für die der/die Studierende zur Fortsetzung des Studiums gemeldet war. Dass für

die Wartezeit grundsätzlich nur jene Semester des vorangegangenen Studiums zu zählen sind, für die/der Studierende zur Fortsetzung des Studiums gemeldet war UND für die durchgängig Familienbeihilfe bezogen wurde (DFR Punkt 21.14 und Punkt 21.18, 2. Satz), ergibt sich nach Ansicht des BFG hingegen nicht aus dem Gesetz.

Da im Zeitraum Oktober 2011 bis September 2012 kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat, wurde die Rückforderung zu Recht ausgesprochen.

5. Rückforderungszeitraum Oktober 2013 bis April 2014

Wie unter Punkt 4 ausgeführt, würde der Beihilfenanspruch allein aufgrund der langen Verweildauer im ersten Studium erst wieder ab Oktober 2014 aufleben, sodass bereits allein aufgrund dieses Umstandes für den zweiten Rückforderungszeitraum Oktober 2013 bis April 2014 kein Beihilfenanspruch bestanden hat. Folglich wurde die Rückforderung zu Recht verfügt. Im vorliegenden Fall lebt der Beihilfenanspruch jedoch nicht nach sechs Semestern, sondern aufgrund des zweiten schädlichen Studienwechsels erst nach zehn Semestern wieder auf.

6. Verlängerung und Hemmung der Studienzeit bei Geburt des eigenen Kindes

Die Bf trägt diesbezüglich vor, dass ihre Tochter trotz der Geburt ihres Kindes am 07/12 das Studium nicht unterbrochen habe, wodurch es nicht zu einer Hemmung der Studienzeit gekommen sei. Junge Mütter würden den Anspruch auf Familienbeihilfe verlieren, wenn sie trotz der Geburt eines Kindes weiterhin Prüfungen ablegten.

Hemmung und Beihilfenanspruch sind voneinander verschieden. Hemmung hat nur Einfluss auf den Ablauf einer Frist (hier der Studienzeit), indem sie den Fristablauf verschiebt, zieht für sich allein jedoch weder eine positive (Entstehen eines Anspruchs) noch negative (Verlust des Anspruchs) Rechtsfolge nach sich.

Der Beschwerdeeinwand geht bereits deshalb fehl, weil die Tochter der Bf wegen des mangelnden Studienerfolgs und der langen Verweildauer im ersten und zweiten Studium, was insgesamt eine zehnmonatige Wartezeit gemäß § 17 Abs 4 StudFG ausgelöst hat, im Zeitpunkt des Beginns des Mutterschutzes der Tochter am 30. Mai 2012 keinen Beihilfenanspruch vermittelt hat und daher einen Beihilfenanspruch gar nicht verlieren konnte. Die Geburt eines eigenen Kindes bewirkt für sich allein keinen Anspruch auf Familienbeihilfe, sondern ist nur unter der Voraussetzung für die Weitergewährung der Familienbeihilfe unschädlich, wenn zuvor ein Anspruch auf Familienbeihilfe überhaupt bestanden hat (VwGH 16.11.1993, 90/14/0108; VwGH 20.06.2000, 98/15/0001 zur Frage der Lückenschließung).

Im gegenständlichen Fall war die Studienzeit vom 30. Mai 2012 (Beginn des Mutterschutzes) bis zum 17. Juli 2014 (2. Geburtstag des Kindes) gehemmt. Dass die studierende Mutter eine formelle Beurlaubung nach § 67 UniversitätsG in Anspruch genommen haben muss, ist dem Wortlaut des § 2 Abs 1 lit b FLAG nicht zu entnehmen. Von einer Hemmung geht übrigens auch die belBeh in ihrem Antrag auf teilweise Beschwerdestattgabe aus.

7. Abweisung der von der Amtspartei beantragten teilweisen Stattgabe hinsichtlich des zweiten Rückforderungszeitraumes

Richtlinien und Erlässe wie die von der belBeh in der E-Mail vom 1. Februar 2016 angeführten Durchführungsrichtlinien (DFR) stellen für den Verwaltungsgerichtshof und das Bundesfinanzgericht keine verbindliche Rechtsquelle dar (UFS 20.01.2004, RV/0405-G/02; UFS 31.05.2010, RV/3582-W/09).

Im Beschwerdefall VwGH 26.05.2011, 2011/16/0058, **hat der Verwaltungsgerichtshof** die Frage nach der Zählung der Semester bei Vorliegen eines unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (§ 2 Abs 1 lit b vierter Satz FLAG iVm §§ 18 und 19 Abs 1 und Abs 2 StudFG) **von Amts wegen aufgegriffen**. Demzufolge werde bei der Zählung der Semester die vorgesehene Studienzeit durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verlängert (§ 2 Abs. 1 lit. b vierter Satz FLAG). Auch nach dem Studienförderungsgesetz werde die Anspruchsdauer (§ 18 StudFG) durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis, an welchem den Studierenden kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft, verlängert (§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Z 3 StudFG). Diese Grundsätze sind nach Ansicht des BFG auch für die Ermittlung der Wartezeit nach § 17 Abs 4 StudFG heranzuziehen.

Die in den DFR 02 Punkte 21.14 und 21.18, 2. Satz, vertretene Rechtsansicht, wonach bei der Wartezeit gemäß § 17 Abs 4 StudFG u.a. nur jene volle Semester heranzuziehen sind, in denen Familienbeihilfe bezogen wurde, und worauf sich die belBeh bei ihrem Antrag auf teilweise Stattgabe der Beschwerde stützt, findet im Gesetz keine Deckung. Nachvollziehbare Überlegungen, weshalb das FLAG trotz Verweises auf das Studienförderungsgesetz von diesem abweichen sollte, sind – insbesondere was die divergierende Betrachtung laut Punkt 21.14 DFR anbelangt - den Belegstellen nicht zu entnehmen. Auch der Gamlitzer Kommentar setzt sich mit diesem Widerspruch in der Semesterzählung nicht auseinander (Wimmer, aaO, § 2 Tz 107 letzter Satz), obgleich er sich an anderer Stelle der Zählweise nach den inskribierten Semester anzuschließen scheint (Wimmer, aaO, § 2 Tz 108, s.o.). Weder das Abstellen auf den Beihilfenbezug an sich noch das Abstellen lediglich auf volle Semester Beihilfenbezug finden im Gesetz Deckung.

Zulässigkeit einer Revision

Für die Lösung des Beschwerdefalls war die Wartezeit gemäß § 2 Abs 1 lit b FLAG iVm § 17 Abs 4 zu berechnen. Zur Zählweise der für die Wartezeit maßgebenden Semester fehlt - soweit im RIS festgestellt werden konnte - bislang eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, sodass eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 133 Abs 4 B-VG vorliegt. Das BFG ist in seinem Erkenntnis überdies zu der Ansicht gelangt, dass die Punkte 21.14 und 21.18 DFR diese Frage nicht gesetzeskonform beantworten. Auch der Gamlitzer Kommentar beantwortet diese Frage nicht abschließend. Die Revision war daher gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zuzulassen.

Wien, am 11. März 2016