

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Rudolf Wanke über die Beschwerde der ***1*** ***2*** ***3***, ***4***, ***5***, nunmehr vertreten durch Mag. iur. Peter Bechinie, Steuerberater, Wirtschaftstreuhänder, 1130 Wien, Diabelligasse 1/1/1, vom 11. Mai 2022 gegen den Bescheid des Finanzamts Österreich vom 28. April 2022, mit welchem zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (1.972,30 €) und Kinderabsetzbetrag (642,40 €), insgesamt 2.614,70 €, für den im April 2010 geborenen ***6*** ***7*** ***8*** ***3*** und für die im Februar 1999 geborene ***9*** ***10*** ***11*** ***3***, jeweils für den Zeitraum April 2021 bis Februar 2022, gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurückgefördert werden, Ordnungsbegriff ***12***, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der Spruch des angefochtenen Rückforderungsbescheids bleibt unverändert.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine (ordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Inhaltsverzeichnis: [...]

Verfahrensgang

Rückforderungsbescheid

Mit dem angefochtenen „Rückforderungsbescheid Einzahlung“ vom 28. April 2022 forderte das Finanzamt von der Beschwerdeführerin (Bf) ***1*** ***2*** ***3*** zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (1.972,30 €) und Kinderabsetzbetrag (642,40 €), insgesamt 2.614,70 €, für den im April 2010 geborenen ***6*** ***7*** ***8*** ***3*** und für die im Februar 1999 geborene ***9*** ***10*** ***11*** ***3***, jeweils für den Zeitraum

April 2021 bis Februar 2022, gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 zurück und begründete dies so:

Zu ***3*** ***6*** ***7*** ***8***:

Sie haben für mehr als ein Kind Familienbeihilfe bezogen. Im Rückforderungsbetrag ist die anteilige Geschwisterstaffel für sämtliche Kinder enthalten, für die Sie im Rückforderungszeitraum zu Unrecht Familienbeihilfe erhalten haben (§ 8 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967).

Zu ***3*** ***9*** ***10*** ***11***:

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 betriebenem Studium zurückgelegt hat. Es sind daher alle Semester aus den vorherigem Studium, 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.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit 30.09.2020.

§ 15 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz sieht vor:

Für Personen, die im Zeitraum von einschließlich März 2020 bis einschließlich Februar 2021 für zumindest einen Monat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind haben, finden die während dieses Zeitraumes vorliegenden Anspruchsvoraussetzungen im unmittelbaren Anschluss an den Anspruchszeitraum bis März 2021 in Bezug auf dieses Kind weiter Anwendung, solange während dieses Zeitraumes keine andere Person anspruchsberechtigt wird.

Ab 01.04.2021 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe mehr.

Beschwerde

Mit Schreiben vom 11. Mai 2022, Postaufgabe am selben Tag, erhob die Bf „Beschwerde gegen den Rückforderungsbescheid vom 28.4.2022, in eventu Nachsichtsansuchen, Antrag auf Aussetzung der Einhebung“ und führte dazu unter anderem aus:

Es wird beantragt, die Rückforderung von € 2.614,70 ersatzlos zu streichen, allenfalls wenn der vorliegenden Beschwerde kein Erfolg beschieden sein sollte, den genannten Betrag im Nachsichtswege abzuschreiben.

Zur Begründung führe ich folgendes an:

*1. Bezuglich des Vorliegens eines „schädlichen“ bzw. unschädlichen Studienwechsels meiner Tochter ***9*** habe ich im September 2020 in mehrfachen Telefonaten mit der Finanzverwaltung nachgefragt, ob ein Studienwechsel zu diesem Zeitpunkt (also nach dem erfolgreichen Abschluss des 4. Semesters Biologie - auf die FH für Molekulare Biotechnologie) für den Bezug der Familienbeihilfe etwaige negative Auswirkungen haben könnte. Mehrfach wurde mir von Seiten der Finanzamtsmitarbeiter*innen versichert, dass dieser Wechsel keine nachteiligen Folgen für mich bzw. für meine Tochter nach sich ziehen würde. Diese Auskunft*

seitens des Finanzamts war für mich sehr beruhigend, denn eine spätere Rückforderung sollte auf jeden Fall vermieden werden.

2. Völlig unverständlich ist mir, dass in der Mitteilung vom 28.4.2022 für den Beihilfenanspruch meiner Tochter ***9*** (geboren am ***20***) zu lesen ist, dass die Auszahlung von FB und KG mit dem Anspruchsende März 2021 eingestellt wird, de facto aber bis Februar 2022 weitergelaufen ist, - was zum oben genannten Rückforderungsbetrag geführt hat.

3. Bisher war es jedenfalls die Regel, dass im Falle des Erlöschens eines Beihilfenanspruchs die Auszahlung von amtswegen eingestellt wurde bzw. eine Mitteilung bezüglich einer Verlängerung des Anspruches zugestellt wurde. In Folge der zwischenzeitig eingereichten Studienfortschrittsbestätigungen (Zeugnisse) meiner Tochter gehe ich davon aus, dass die Tatsache des Studienwechsels bereits amtsbekannt war. Die Fortzahlung von FB und KG ist also möglicherweise von Seiten der Finanzbehörde irrtümlich erfolgt, kann mir aber wohl kaum als Verschulden zugerechnet werden.

4. Sollte der vorliegenden Beschwerde nicht stattgegeben werden, ersuche ich höflich, den Rückforderungsbetrag von € 2.614,70 nachzusehen, da ich die Beihilfen für die Lebenserhaltungskosten meiner Tochter längst gutgläubig verbraucht habe, und mir aus finanziellen Gründen derzeit keine liquiden Mittel zur Verfügung stehen, um diese Rückforderung termingerecht zu begleichen. (Zur Erläuterung meiner finanziellen Situation verweise ich auf die kürzlich zu St.Nr. 08 ***13*** abgegebene Einkommenssteuererklärung 2020, die einen Gesamtbetrag der Einkünfte 2020 von € 11.944,31 ausweist.)

5. Ich bitte höflich, für die Einbringung des Rückforderungsbetrages die Aussetzung der Einhebung zu bewilligen!

Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 4. Juli 2022 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab und führte dazu aus:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der ab 1. Juli 2011 gültigen Fassung 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 werden.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b des Familienlastenausgleichgesetzes 1967 (FLAG 1967) gelten bei einem Studienwechsel die in § 17 Studienförderungsgesetz (StudFG) 1992 angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf die Familienbeihilfe.

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

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 dem

vorherigen Studium, 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.

Unstrittig ist, dass Ihre Tochter das Studium UA 033 630 Bachelorstudium Biologie Hauptstudium von 10/2017 - 09/2020 betrieben hat und mit 10/2020, also nach 6 Semestern auf das FH-Bachelorstudium 0543 Molekulare Biotechnologie gewechselt hat.

Insgesamt besteht daher ab 10/2020 für 5 Semester, unter Berücksichtigung des COVID-Semesters im Sommersemester 2020, kein Anspruch auf die Familienbeihilfe.

Sollten Prüfungen aus dem vor dem Studienwechsel betriebenen Studium angerechnet werden, verkürzt eine Anrechnung bis 30 ECTS die Wartezeit auf die Familienbeihilfe um ein Semester und ab 30,01 ECTS um 2 Semester.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen stand der Beihilfenbezug für den Rückforderungszeitraum jedenfalls nicht zu. Wer Familienbeihilfe objektiv zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge unabhängig von subjektiven Momenten zurückzuzahlen, und zwar selbst dann, wenn der unrechtmäßige Bezug auf eine unrechtmäßige Auszahlung durch das Finanzamt zurückzuführen wäre.

Nach der Rechtsprechung (zB VwGH 28.4.2003, 2002/17/0007; 21.6.2004, 2003/17/0334) birgt eine bloß färmündliche Auskunft die Möglichkeit von Irrtümern und ungenauen Erklärungen in sich. Hat sich eine Partei allein auf eine färmündliche Auskunft verlassen, dann hat sie sich nicht mit der gebotenen Sorgfalt des Problems angenommen und es besteht für die von ihr zu vertretenden Unzulänglichkeiten kein Vertrauenschutz.

Ihrer Beschwerde ist daher kein Erfolg beschieden.

Nach § 15 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 erlischt der Anspruch auf die Familienbeihilfe mit 31.03.2021.

Vorlageantrag

Der nunmehr einschreitende steuerliche Vertreter legte am 3. August 2022 eine auf ihn lautende Vollmacht der Bf, die auch eine Zustellvollmacht umfasst, vor, und stellte Vorlageantrag, in welchem er ausführte:

*I. Laut beigelegter Kopie hat meine Mandantin, Frau ***1*** ***3***, mir zur Vertretung in Abgabenangelegenheiten zu St.Nr.08 ***21*** Vollmacht (Anlage A) erteilt (über die genannte Steuernummer wurden Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag verrechnet)*

*II. Die in Rede stehende Beschwerde vom 11.5.2022 (Anlage B) richtet sich gegen den Rückforderungsbescheid vom 28.4.2022 (Anlage C) mit welchem für die beiden Kinder meiner Mandantin, ***9*** und ***6*** ***3***, für Familienbeihilfe 2021/22 1.972,30 und Kinderabsetzbetrag 2021/22 642,40, insgesamt somit 2.614,70 nachgefordert wurden.*

III. Zwischenzeitig ist am 4.7.2022 eine abweisliche Beschwerdevorentscheidung ergangen, durch den vorliegenden Antrag ist die Beschwerde vom 11.5.2022 wieder unerledigt.

IV. Angemerkt wird, dass in der Beschwerde

a) ein Eventualantrag auf Nachsicht des Rückforderungsbetrages von 2.614,70 für den Fall des Unterliegens im Rechtsmittelverfahren.

und

b) ein Antrag auf Aussetzung der Einhebung des durch die Nachforderung entstandenen Rückstandes enthalten waren.

Hierzu ist folgendes zu bemerken:

Ad a) Gemäß RZ 1620 der Richtlinien für die Abgabeneinhebung (RAE) wird ausgesprochen:

„Nur fällige Abgabenschuldigkeiten können auf Antrag ganz oder zum Teil nachgesehen werden. Für die Nachsicht einer festgesetzten Abgabe ist zwar die Rechtskraft des Abgabenbescheides nicht Voraussetzung, doch erscheint es in der Regel unzweckmäßig, vor Eintritt der Rechtskraft in einem Nachsichtsbegehren zu entsprechen.“. Die im folgenden insbesondere unter Pkt. VI. ff. gemachten Ausführungen, sollen auch zur Untermauerung des Nachsichtsansuchens dienen.

Ad b) Diesbezüglich verweise ich auf das über FinanzOnline übermittelte „Sonstiges Anbringen“ bezüglich der m.E. ungerechtfertigt ergangenen Mahnung vom 11.6.2022 (Anlage D, Seiten und 2)

V. In der Begründung der abweislichen Beschwerdevorentscheidung wird von einem beihilfenschädlichen Studienwechsel der Tochter ***9*** ***3*** ausgegangen und unstreitig ausgeführt, dass ein Studienwechsel vom Studium UA 033630 Bachelorstudium Biologie Hauptstudium von 10/2017 9/2020 ab 10/2020 auf das Bachelorstudium 0543 Molekulare Biotechnologie gewechselt wurde. Unter Berücksichtigung des COVID-Semesters wird ausgesprochen, dass ab April 2021 der Beihilfenanspruch erloschen war.

VI. Nach dem System der Verwaltung des Familienbeihilfenbezuges wird für großjährige Studierende regelmäßig eine Befristung des Bezuges ausgesprochen und allfällige Verlängerungen des Anspruches automatisiert unterstützt abgefragt. Im Organisationshandbuch der Finanzverwaltung OHB (wiederverlautbart als Erlass des BMF vom 2.2.2010) wird unter 6.2.3. Überprüfungsschreiben im Bereich Familienbeihilfe folgendes ausgeführt:

Definition

Die Familienbeihilfe wird im Regelfall im Voraus ausbezahlt und der Anspruch für abgelaufene Zeiträume im Nachhinein überprüft.

Vor Auslaufen einer Beihilfenbefristung wird daher zu diesem Zweck programmgesteuert ein Überprüfungsschreiben an den Familienbeihilfebezieher/die Familienbeihilfebezieherin gesandt.

Standard

An Hand der vorausgefüllten und von der Beihilfen beziehenden Person aktualisierten Daten im Überprüfungsschreiben und der beigefügten Unterlagen, sowie unter Nutzung von Informationen aus interner und externer Datenbanken oder anderer Ermittlungstätigkeiten (Telefonat, Vorhalt, etc.) ist zu prüfen:

- ob für das Kind, das Anlass für die Erstellung des Überprüfungsschreibens war und für weitere Kinder seit der letzten Überprüfung ein Familienbeihilfenanspruch bestanden hat

oder

- ob die Familienbeihilfe rückzufordern ist;
- ob und wie lange die Familienbeihilfe weiterzugewähren ist oder
- ob die Familienbeihilfe einzustellen ist.

Die Beihilfe ist einzustellen, wenn nach Nutzung von Informationen aus interner und externer Datenbanken ermittelt werden konnte, dass Anspruch auf Familienbeihilfe bis zur letzten Auszahlung bestanden hat und die Voraussetzungen für die Weitergewährung (mangels Mitwirkung des/der Beihilfenbeziehers/Beihilfenbezieherin) nicht gegeben sind bzw. festgestellt werden können.

Nachdem, wie oben ausgeführt, die Details des Studienwechsels der Finanzverwaltung offensichtlich genau (mit Studiennummer, etc.) bekannt waren, ist davon auszugehen, dass die Überprüfungsschreiben sowohl für das Studium UA 033630 als auch 0543 seitens meiner Mandantin durch die Vorlage von Studienbestätigungen ordnungsgemäß erledigt wurden und ihr diesbezüglich keine mangelnde Mitwirkung anzulasten ist.

VII. In § 12 (1) FLAG wird normiert, „Das Finanzamt Österreich hat bei Entstehen oder Wegfall eines Ansprches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen. Eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe ist auch über begründetes Ersuchen der die Familienbeihilfe beziehenden Person auszustellen. (2) Wird die Auszahlung der Familienbeihilfe eingestellt, ist die Person, die bislang die Familienbeihilfe bezogen hat, zu verständigen.“

*Dieser gesetzlichen Vorschrift ist im Beschwerdefall nicht entsprochen worden, es sind auch keine anderen Informationen eingeholt worden, die eine Verzögerung des Verfahrenslaufes bewirkt hätten, vielmehr wurde trotz der objektiv wohl eindeutigen Aktenlage mit der Einstellung des Familienbeihilfenbezugs von April 2021 bis Februar 2022, somit weitere 11 Monate zugewartet, bzw. die Familienbeihilfe für die Tochter ***9*** ***3*** ohne Rechtsgrundlage für diesen Zeitraum weiterbezahlt.*

*Hier handelt es sich M.E. nicht, wie in der Beschwerdevorentscheidung ausgeführt, um einen seitens meiner Mandantin subjektiv (infolge von bloßen mißverstandenen fernmündlichen Auskünften der Finanzverwaltung) verursachten Irrtum, oder um eine nicht mit der gebotenen Sorgfalt erfolgte allgemeine Behandlung des Problems. Die für Frau ***1*** ***3*** eingetretene Situation ist vielmehr nämlich objektiv schlichtweg seitens der Finanzverwaltung durch den verzögerten Ablauf der Verwaltungshandlungen und damit verbunden der rechtswidrigen Mißachtung der Bestimmungen des § 12(1)FLAG verursacht worden. Die verzögert erfolgte Rückforderung mag mit den Wirren infolge der CORONA-Maßnahmen, oder wie auch sonst, erklärt werden, konnte aber das Vertrauen von Frau ***1*** ***3*** auf den rechtsrichtigen Weiterbezug der Familienbeihilfe nicht erschüttern.*

Im Zusammenhang mit den gesetzlichen Maßnahmen aufgrund der OVID-19-Krise verweise ich auf die Nr.753 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP, dort wird im Punkte „Zu Artikel 1 (Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967) Zu und 4 (§ 15 und 55 Abs. 51 FLAG 1967) u.a. führt:

..... Hinblick auf die beschriebene Vorgehensweise der Weitergewährung der Familienbeihilfe kann es zu Fallkonstellationen kommen, in denen ein Anspruch auf die Familienbeihilfe zwischenzeitig weggefallen ist. Wenngleich das FLAG 1967 eine Meldeverpflichtung vorsieht, kann es im Hinblick auf die -teilweise komplexen- Anspruchsvoraussetzungen vorkommen, dass dieser Meldeverpflichtung mangels entsprechender Rechtskenntnisse nicht nachgekommen

wurde. Eine allfällige Rückforderung würde - gerade in diesen herausfordernden Zeiten der anhaltenden Pandemie- eine besondere Härte darstellen.....

Daher sieht der Gesetzentwurf eine Sanierung der angesprochenen Fallkonstellationen vor. Dies soll dadurch bewirkt werden, als das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen in zumindest einem Monat in der Zeit von März 2020 bis Februar 2021 einen fiktiven Anspruch für die Zeit von März 2020 bis März 2021 auslöst. Das bedeutet beispielsweise auch, dass bei einem Wegfall der Anspruchsvoraussetzungen im September 2020 - weil beispielsweise das Ende der für die Gewährung der Familienbeihilfe maßgeblichen Studiendauer erreicht wurde— der Anspruch auf die Familienbeihilfe bis März 2021 fiktiv verlängert wird.

Im vorliegenden Fall haben sich die vorstehend beschriebenen Maßnahmen für die Tochter meiner Mandantin durch Weitergewährung der Familienbeihilfe zwar für das eine COVID-Sommersemester positiv ausgewirkt, weitergehende Auswirkungen konnten mangels rechtlicher Regelungen für die Fallkonstellation eines COVID-Studienwechsels leider nicht eintreten. Dennoch sollten die o.a. grundsätzlichen Intentionen der gesetzlichen COVID-Maßnahmen „Eine allfällige Rückforderung würde gerade in diesen herausfordernden Zeiten der anhaltenden Pandemie- eine besondere Härte darstellen....“ hier nicht unerwähnt bleiben.

VIII. Weiters möchte ich noch auf eine andere, sich objektiv zum Nachteil meiner Mandantin auswirkende Verwaltungsübung hinweisen: In § 26 (4) FLAG wird normiert, „Die Oberbehörde ist ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes das zuständige Finanzamt anzugeben, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.“

Im OHB wird unter 6.2.8 hiezu ausgeführt:

Rückforderungen im Bereich Familienbeihilfe

Definition

Zu Unrecht bezogene Beihilfen sind zurückzuzahlen. Die Rückzahlung kann an das Finanzamt nach den Bestimmungen der BAO erfolgen. Der Rückforderungsbetrag der Familienbeihilfe kann auch nach § 26 FLAG 1967 auffällige oder fällig werdende Familienbeihilfe angerechnet werden.

Sofern die Familienbeihilfe durch einen Selbstträgerausgezahlt wurde, hat die Rückzahlung der Familienbeihilfe an den Selbstträger zu erfolgen, (entfällt ab 1. Juni 2008).

Standard

Wurde Beihilfe zuerkannt und wird im Nachhinein festgestellt, dass für einen bestimmten Zeitraum kein Anspruch bestand, ist diese mittels Bescheid rückzufordern.

Unter besonders berücksichtigungswürdigen Umständen besteht in Ausnahmefällen die Möglichkeit, von der Rückforderung der Familienbeihilfe gemäß § 26Abs. 4 FLAG 1967 Abstand zu nehmen. In diesem Fall ist eine Sachverhaltsdarstellung an das BMGFJ zu übermitteln. Keinesfalls ist bis zum Einlangen der Rückmeldung die Familienbeihilfe vorzuschreiben.

Die im letzten Absatz angeführte Formulierung „Unter besonders berücksichtigungswürdigen Umständen“ findet im Wortlaut des§ 26 (4) FLAG keine Deckung.

Die Ermächtigung der Oberbehörde wird, nach der von mir von der Abtlg. VI/4 des BKA (der nach leg.cit. zuständigen Aufsichtsbehörde) am 2.8.2022 von Herrn Mag. ***14*** ***15*** (+4353115***16***) eingeholten aktuellen tel. Auskunft, de facto seitens der

Finanzverwaltung kaum (oder nur in sehr seltenen Fällen, (die auch in den z.T. widersprüchlichen Rechtsansichten der mit der Anwendung der Bestimmung befassten Behörden und im Kommentar Lenneis/Wanke zu § 26 FLAG ihren Niederschlag gefunden haben) ausgeübt.

Es ist im vorliegenden Fall für meine Mandantschaft bis dato demnach nicht möglich gewesen, das erwähnte Auskunftsverfahren vor der Aufsichtsbehörde anzustoßen oder wenn dies amtsweigig geschehen wäre, davon zu profitieren.

*Frau ***3*** wurde erst durch das Einlangen des Rückzahlungsbescheides, weil im guten Glauben auf die Richtigkeit der laufenden Auszahlung der Familienbeihilfe befindlich, auf das Problem aufmerksam gemacht. So gesehen, handelt es sich infolge der offensichtlich bestehenden Verwaltungsübung, um eine weitgehend tote Rechtsmaterie und eine faktische Verweigerung eines möglichen Rechtsbehelfes. Inwieweit dies dem im Verfahren gebotenen Legalitätsgrundsatz entspricht, bleibe dahingestellt.*

IX. Zusammenfassend rege ich an, das Finanzgericht möge wegen der vorstehend aufgezeigten Rechtswidrigkeiten bzw Verfahrensmängel, die im vorangegangene Verwaltungsverfahren eingetreten sind, bzw. allenfalls aufgrund vom Amts wegen wahrgenommener anderer Rechtswidrigkeiten, den angefochtenen Rückforderungsbescheid vom 28.4.2022 gem. § 279 BAO ersatzlos aufheben (im Sinne der Verwaltungsvereinfachung wird von Seiten meiner Mandantin auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet).

Beigefügt war auch ein Ausdruck aus FinanzOnline vom 29. Juli 2022:

Betreff: Mahnung vom 11.7.2022 zugestellt am 28.7.2022

*Text: Wie eben mit der zuständigen Beamtin der Abgabensicherung tel. besprochen, ist die Mahnung vom 11.7.22 über € 1.483,70 gegenstandslos, weil mit Beschwerde vom 11.5.22 gegen den Rückforderungsbescheid betreffend FB und KA2021 und 2022 rechtzeitig Beschwerde eingelegt wurde und in dieser Beschwerde der Antrag auf Aussetzung des Rückstandes von € 2.614,70 enthalten war. Die beantragte Aussetzung der Einhebung wurde seitens des Referates leider nicht angemerkt. Es wird gebeten die Aussetzung nunmehr anzumerken und die Rückübertragung der zwischenzeitig per 11.7.22 erfolgten Umbuchung (Übertragung eines Guthabens aus E 2020) über € 1.131,00 zu veranlassen, sodaß der unerledigte Rückzahlungsantag zu St. Konto 08 ***13*** über € 1.131,00 nunmehr erledigt werden kann. Es wird fristgerecht die Vorlage der zwischenzeitig ergangenen Beschwerdevorentscheidung vom 4.7.2022 an das Bundesfinanzgericht eingebracht werden, sodass das Verfahren wieder unerledigt ist. Mit freundlichen Grüßen StB Mag. ***17*** ***18*** unter Berufung auf die heute erteilte Steuervollmacht!*

Mit Schreiben des steuerlichen Vertreters vom 4. Juli 2022 wurde der Vorlageantrag wie folgt ergänzt:

*I. In der oben bezeichneten Eingabe habe ich auf Seite 1 unter Punkt VI. den Inhalt eines Telefonats mit Herrn Mag. ***15***, Beamter des Bundeskanzleramtes, unrichtig wiedergegeben.*

*II. Gerne stelle ich aufgrund der mir von Herrn Mag. ***15*** per Mail zugegangenen Aufforderung folgendes richtig:*

Seine richtige Namensschreibung und Bezeichnung der Dienststelle lautet:

Mag. ***19*** ***15***

Bundeskanzleramt

Sektion VI - Familie und Jugend

Abteilung VI/1 - Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen, Familienbeihilfe, Mehrkindzuschlag

*III. Zudem möchte Herr Mag. ***15*** klarstellen, dass er auf meine Aussage „§ 26 Abs. FLAG 1967 ist totes Recht“, darauf hingewiesen habe, dass es sich bei der in Rede stehenden Bestimmung im FLAG 1967 seiner Ansicht nach nicht um „totes Recht“ handelt.*

Vorlage

Mit Bericht vom 23. August 2022 legte das Finanzamt Österreich die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte unter anderem aus:

Inhaltsverzeichnis zu den vorgelegten Aktenteilen (Aktenverzeichnis)

Bescheide	
1 Familienbeihilfe (Zeitraum: 04.2021-02.2022)	28.04.2022
Zusatzdokumente Bescheide	
2 Rückschein BVE	08.07.2022
Beschwerde	
3 Beschwerde	11.05.2022
Beschwerdevorentscheidung	
4 Beschwerdevorentscheidung	04.07.2022
Vorlageantrag	
5 Vorlageantrag	03.08.2022
6 Nachtrag - Vorlageantrag	04.08.2022
Vorgelegte Aktenteile	
7 AÜS-Erfolgsnachweis, Abschlusszeugnis	31.08.2021
8 Inschriftenbestätigung und Studienerfolgsnachweis Molekulare Biotechnologie	28.09.2021
9 Mitteilung Bezug Familienbeihilfe	05.10.2021
10 AÜS-Studienwechsel	31.01.2022
11 Studienwechsel	16.02.2022
12 AÜS-Anrechnungsbescheid	04.04.2022
13 Antwort-Anrechnungsbescheid	21.04.2022
14 Mitteilung Bezug Familienbeihilfe	28.04.2022

Bezughabende Normen

§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG iVm § 17 StudienFG § 26 Abs. 1 FLAG

Sachverhalt und Anträge

Sachverhalt:

Die Beschwerdeführerin (Bf.) bezog Familienbeihilfe für ihre Tochter, welche seit dem WS 2017/2018 an der Uni Wien das Bachelorstudium Biologie betrieben hat und wurde mit Anspruchsüberprüfungsschreiben (AÜS) vom 31.08.2021 ersucht, den Studienerfolgsnachweis sowie ev. Abschlusszeugnisse vorzulegen. Mit Schreiben vom 28.09.2021 übermittelte die Bf. für ihre Tochter Studienerfolgsnachweise und Inschriftenbestätigungen für das WS 2021/22 für das Bachelorstudium Molekulare Biotechnologie. Es erging danach an die Bf. die Mitteilung vom 05.10.2021 über den Bezug der Familienbeihilfe für ihre Tochter für den Zeitraum 01/2014-02/2022.

Mit AÜS vom 31.01.2022 wurde die Bf. ersucht den Zeitpunkt des Studienwechsels ihrer Tochter bekannt zu geben. Dieser Aufforderung kam die Bf. mit Schriftstück vom 16.02.2022 nach, wonach ihre Tochter mit WS 2020/2021 das Studium gewechselt habe.

Im Anschluss wurde die Bf. noch mit Vorhalt vom 04.04.2022 ersucht Anrechnungsbescheide der Universität vorzulegen. Solche konnten nicht vorgelegt werden; lediglich ein Nachweis über positiv abgelegte Prüfungen aus dem Vorstudium Biologie.

Schließlich wurde auf Grund des familienbeihilfenschädlichen Studienwechsels die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 04/2021-02/2022 für die Tochter sowie der anteilige Betrag der Geschwisterstaffel für den Sohn mit Bescheid vom 28.04.2022 rückgefordert. Gleichzeitig erhielt die Bf. eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe sei grundsätzlich zum Zeitpunkt des Studienwechsel 10/2020 erloschen, jedoch bestehe auf Grund von § 15 FLAG noch Anspruch bis 03/2021, sodass der Anspruch auf Familienbeihilfe mit 04/2021 erloschen sei.

In der Beschwerde bringt die Bf. vor, dass sie mehrmals telefonisch die Auskunft erhalten habe, dass ein Studienwechsel keine negativen Auswirkungen auf den Bezug der Familienbeihilfe haben würde. Völlig unverständlich sei diesbezüglich auch die Mitteilung vom 28.04.2022 über den Bezug der Familienbeihilfe. Es treffe die Bf. jedenfalls kein Verschulden am unrechtmäßigen Bezug der Familienbeihilfe und bitte diese um Nachsicht des Rückforderungsbetrag.

In der abweisenden Beschwerdevorentscheidung stellt die Behörde fest, dass unstrittig mit WS 2020/21 ein familienbeihilfenschädlicher Wechsel nach 6 inskribierten Semestern vom Bachelorstudium Biologie auf das Bachelorstudium Molekulare Biotechnologie erfolgte. Anrechnungsbescheide von der Universität konnten keine vorgelegt werden, sodass unter Berücksichtigung des "Corona-Semesters" SS 2020 eine Wartezeit von 5 Semestern bis zum neuerlichen Anspruch auf Familienbeihilfe bestehen würde.

Eine Rückforderung habe immer dann zu erfolgen, wenn nach objektiven Gesichtspunkten rechtlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehen würde. Zudem würden fernmündliche Auskünfte keinen Vertrauensschutz begründen.

Die steuerliche Vertretung der Bf. stellt nunmehr rechtzeitig einen Antrag auf Vorlage der Beschwerde zur Entscheidung an das BFG. Dabei wird der beihilfenschädliche Studienwechsel wiederum außer Streit gestellt, die Rückforderung bei rechtzeitiger Erledigung seitens der Behörde aber verhindert hätte werden können und die Bf. daher kein Verschulden an der Rückforderung treffen würde.

Beweismittel:

Inskriptionsbestätigung Molekulare Biotechnologie ab WS 2020/21

Studienerfolgsnachweise für Biologie und Molekulare Biotechnologie

Stellungnahme:

Aus der Beantwortung des AÜS vom 28.09.2021 ergab sich nicht zwingend ein beihilfenschädlicher Studienwechsel, sodass auf Grund der angespannten Corona-Situation die Familienbeihilfe für die Tochter zunächst bis Februar 2022 verlängert wurde. Diesbezüglich erhielt die Bf. auch die Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe vom 05.10.2021.

Nach zwei weiteren Vorhalten stand im April 2022 für die Behörde fest, dass ein beihilfenschädlicher Studienwechsel vorlag und forderte diese die Familienbeihilfe sowie den Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum 04/2021-02/2022 zurück. Gleichzeitig erging eine "neue" Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe.

Der beihilfenschädliche Studienwechsel wird von der Bf. außer Streit gestellt.

Die Rückforderung sei allerdings nicht auf ein Verschulden der Bf. sondern auf ein Verschulden der Behörde zurückzuführen, sodass die Rückforderung auf Grund eines gutgläubigen Verbrauchs der Familienbeihilfe nicht gerechtfertigt sei und die angespannte finanzielle Situation der Bf. eine Nachsicht rechtfertigen würde.

Dies kann der Bf. jedoch nicht zum Erfolg verhelfen, da zur Rückzahlung eines unrechtmäßigen Bezuges an Familienbeihilfen nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 derjenige verpflichtet ist, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Aus § 26 Abs. 1 ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Die Verpflichtung zur Rückzahlung ist von subjektiven Momenten unabhängig, beispielsweise ob die Familienbeihilfe gutgläubig empfangen worden ist, wie sie verwendet worden ist oder ob die Rückzahlung eine Härte bedeutet (VwGH vom 28.11.2002, 2002/13/0079-5 und Vorjudikatur).

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH steht es der Rückforderung auch nicht entgegen, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung der Familienbeihilfe durch das Finanzamt verursacht worden ist (vgl. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0174).

Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (siehe z.B. VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

Die Bf. hat die Familienbeihilfe unstrittig zu Unrecht für den Zeitraum 04/2021-02/2022 erhalten, weshalb der Rückforderungsbescheid zu Recht erlassen wurde.

Soweit sich die Bf. auf die angeführte telefonische Auskunft, somit auf einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben beruft, nachdem jeder, der am Rechtsleben teilnimmt zu seinem Wort und zu 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. VwGH 24.09.2014, 2011/13/0082) ist darauf zu verweisen, dass dieser Grundsatz nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs die Anwendung bindender Vorschriften, selbst für den Einzelfall, nicht auszuschließen vermag (vgl. zB VwGH 18.09.2000, 2000/17/0048).

Der Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben ist auf Ermessensentscheidungen bzw. allenfalls die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe eingeschränkt (vgl. Ritz, BAO6, § 114 Tz 8), und kann nur insoweit Auswirkungen zeigen, als das Gesetz der Vollziehung einen Vollzugsspielraum einräumt (vgl. z.B. VwGH 19.09.2013, 2013/15/0183).

Im gegenständlichen Verfahren ist die Frage des beihilfenschädlichen Studienwechsels weder einer Ermessensentscheidung zugänglich noch handelt es sich um einen unbestimmten Gesetzesbegriff und wird auch kein Vollzugsspielraum eingeräumt, sodass aus diesem Grund keine Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben gegeben ist.

Informativ wird mitgeteilt, dass von der Oberbehörde keine Weisung iSd § 26 Abs 4 erteilt wurde.

Die Behörde beantragt daher unter Verweis auf die Begründung in der Beschwerdevorentscheidung die Abweisung der Beschwerde.

Akteninhalt

Der weitere Inhalt des elektronisch vorgelegten Finanzamtsakts stützt die Ausführungen im Vorlagebericht.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Verweis auf den Vorlagebericht

Zunächst ist auf die ausführliche Darstellung der Sach- und Rechtslage im Vorlagebericht des Finanzamts zu verweisen.

Rechtsgrundlagen

§ 2 FLAG 1967 lautet:

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

a) für minderjährige Kinder,

b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstmaß 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; Gleches 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,

- c) *für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,*
- d) *für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, und volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5) und die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für vier Monate nach Abschluss der Schulausbildung; im Anschluss daran für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, und volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5) und die das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, bis zum Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,*
- e) *für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder eines Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes oder Freiwilligen Dienstes nach § 2 Abs. 1 lit. I sublit. aa bis dd begonnen oder fortgesetzt wird,*

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

g) *für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer. Diese Regelung findet in Bezug auf jene Kinder keine Anwendung, für die vor Vollendung des 24. Lebensjahrs Familienbeihilfe nach lit. I gewährt wurde und die nach § 12c des Zivildienstgesetzes nicht zum Antritt des ordentlichen Zivildienstes herangezogen werden,*

h) *für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25 Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,*

i) *für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des*

Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,

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

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

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

cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,

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

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

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

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

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

dd) Europäischen Solidaritätskorps nach der Verordnung (EU) 2021/888 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2021 zur Aufstellung des Programms für das Europäische Solidaritätskorps und zur Aufhebung der Verordnungen (EU) 2018/1475 und (EU) Nr. 375/2014.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

(3) Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person

a) deren Nachkommen,

b) deren Wahlkinder und deren Nachkommen,

c) deren Stiefkinder,

d) deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).

(3a) Kinder im Sinne dieses Abschnittes sind auch Kinder, die aufgrund einer akut gefährdenden Lebenssituation kurzfristig von Krisenpflegepersonen betreut werden (Krisenpflegekinder).

Krisenpflegepersonen im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Personen, die im Auftrag des zuständigen Kinder- und Jugendhilfeträgers ausgebildet und von diesem mit der vorübergehenden Pflege und Erziehung eines Kindes für die Dauer der Gefährdungsabklärung betraut wurden.

(4) Die Kosten des Unterhalts umfassen bei minderjährigen Kindern auch die Kosten der Erziehung und bei volljährigen Kindern, die für einen Beruf ausgebildet oder in ihrem Beruf fortgebildet werden, auch die Kosten der Berufsausbildung oder der Berufsfortbildung.

(5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,*
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,*
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).*

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

(6) Bezieht ein Kind Einkünfte, die durch Gesetz als einkommensteuerfrei erklärt sind, ist bei Beurteilung der Frage, ob ein Kind auf Kosten einer Person unterhalten wird, von dem um jene Einkünfte geminderten Betrag der Kosten des Unterhalts auszugehen; in diesen Fällen trägt eine Person die Kosten des Unterhalts jedoch nur dann überwiegend, wenn sie hiezu monatlich mindestens in einem Ausmaß beiträgt, das betragsmäßig der Familienbeihilfe für ein Kind (§ 8 Abs. 2) oder, wenn es sich um ein erheblich behindertes Kind handelt, der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 2 und 4) entspricht.

(7) Unterhaltsleistungen auf Grund eines Ausgedinges gelten als auf Kosten des Unterhaltsleistenden erbracht, wenn der Unterhaltsleistende mit dem Empfänger der Unterhaltsleistungen verwandt oder verschwägert ist; solche Unterhaltsleistungen zählen für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch nicht als eigene Einkünfte des Kindes.

(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

(9) Die Anspruchsdauer nach Abs. 1 lit. b und lit. d bis j verlängert sich im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise, unabhängig von der Dauer der Beeinträchtigung durch diese Krise, nach Maßgabe folgender Bestimmungen:

- a) für volljährige Kinder, die eine Berufsausbildung absolvieren, über die Altersgrenze hinaus um längstens sechs Monate, bei einer vor Erreichung der Altersgrenze begonnenen Berufsausbildung infolge der COVID-19-Krise,*
- b) für volljährige Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes genannte Einrichtung besuchen, abweichend von lit. a über die Altersgrenze und die Studiendauer, für die*

nach Abs. 1 Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, hinaus um ein weiteres Semester oder um ein weiteres Ausbildungsjahr, bei einem vor Erreichung der Altersgrenze begonnenem Studium infolge der COVID-19-Krise,

- c) *für volljährige Kinder, die eine Berufsausbildung beginnen oder fortsetzen möchten (Abs. 1 lit. d bis g), über die Altersgrenze hinaus um längstens sechs Monate, wenn zum Zeitpunkt der Erreichung der Altersgrenze der Beginn oder die Fortsetzung der Berufsausbildung infolge der COVID-19-Krise nicht möglich ist,*
- d) *für volljährige Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes genannte Einrichtung besuchen möchten (Abs. 1 lit. d bis g), abweichend von lit. a über die Altersgrenze und die Studiendauer, für die nach Abs. 1 Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, hinaus um ein Semester oder um ein Ausbildungsjahr, wenn zum Zeitpunkt der Erreichung der Altersgrenze der Beginn oder die Fortsetzung des Studiums infolge der COVID-19-Krise nicht möglich ist.*

§ 8 FLAG 1967 lautet:

§ 8. (1) Der einer Person zustehende Betrag an Familienbeihilfe bestimmt sich nach der Anzahl und dem Alter der Kinder, für die ihr Familienbeihilfe gewährt wird.

(2) Die Familienbeihilfe beträgt monatlich

(Anm.: Z 1 mit Ablauf des 31.12.2015 außer Kraft getreten)

(Anm.: Z 2 mit Ablauf des 31.12.2017 außer Kraft getreten)

3. *ab 1. Jänner 2018*

- a) *114 € für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats der Geburt,*
- b) *121,9 € für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem es das 3. Lebensjahr vollendet,*
- c) *141,5 € für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem es das 10. Lebensjahr vollendet,*
- d) *165,1 € für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem es das 19. Lebensjahr vollendet.*

(3) Die Familienbeihilfe erhöht sich monatlich für jedes Kind

(Anm.: Z 1 mit Ablauf des 31.12.2015 außer Kraft getreten)

(Anm.: Z 2 mit Ablauf des 31.12.2017 außer Kraft getreten)

3. *ab 1. Jänner 2018, wenn sie*

- a) *für zwei Kinder gewährt wird, um 7,1 €,*
- b) *für drei Kinder gewährt wird, um 17,4 €,*
- c) *für vier Kinder gewährt wird, um 26,5 €,*
- d) *für fünf Kinder gewährt wird, um 32 €,*
- e) *für sechs Kinder gewährt wird, um 35,7 €,*
- f) *für sieben und mehr Kinder gewährt wird, um 52 €.*

(4) Die Familienbeihilfe erhöht sich monatlich für jedes Kind, das erheblich behindert ist,

(Anm.: Z 1 mit Ablauf des 31.12.2015 außer Kraft getreten)

(Anm.: Z 2 mit Ablauf des 31.12.2017 außer Kraft getreten)

3. ab 1. Jänner 2018 um 155,9 €.

(5) Als erheblich behindert gilt ein Kind, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muß mindestens 50 vH betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind § 14 Abs. 3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBI. Nr. 22/1970, in der jeweils geltenden Fassung, und die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) vom 18. August 2010, BGBI. II Nr. 261/2010, in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

(6) Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen. Die diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.

(6a) Für eine Person, bei der eine dauernde Erwerbsunfähigkeit nach § 2 Abs. 1 lit. c festgestellt wurde, besteht kein Anspruch auf die erhöhte Familienbeihilfe, wenn sie in einem Kalenderjahr ein Einkommen bezieht, das die in § 5 Abs. 1 festgelegte Grenze übersteigt. Wenn das Einkommen in einem nachfolgenden Kalenderjahr unter der in § 5 Abs. 1 festgelegten Grenze liegt, lebt der Anspruch auf die erhöhte Familienbeihilfe wieder auf. Wenn die Erwerbsunfähigkeit nach § 2 Abs. 1 lit. c als Dauerzustand festgestellt wurde, ist kein weiteres Sachverständigengutachten erforderlich.

(7) Die Abs. 4 bis 6 gelten sinngemäß für Vollwaisen, die gemäß § 6 Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

(8) Für jedes Kind, das in einem Kalenderjahr das 6. Lebensjahr bereits vollendet hat oder vollendet und das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, erhöht sich die Familienbeihilfe für den September dieses Kalenderjahres um 100 €.

(9) Die Familienbeihilfe erhöht sich für den September 2020 um eine Einmalzahlung von 360 € für jedes Kind. Der Aufwand für die Auszahlung dieser Einmalzahlung im September 2020 ist aus Mitteln des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds zu tragen.

(10) Die Familienbeihilfe erhöht sich für den August 2022 um eine Einmalzahlung von 180 Euro für jedes Kind.

§ 9. Zusätzlich zur Familienbeihilfe haben Personen unter folgenden Voraussetzungen (§§ 9a bis 9d) Anspruch auf einen Mehrkindzuschlag. Der Mehrkindzuschlag steht für jedes ständig im Bundesgebiet lebende dritte und weitere Kind zu, für das Familienbeihilfe gewährt wird. Ab 1. Jänner 2011 beträgt der Mehrkindzuschlag 20 € monatlich für das dritte und jedes weitere Kind.

§ 10 FLAG 1967 lautet:

§ 10. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, 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.

§ 11 FLAG 1967 lautet:

§ 11. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 4, monatlich durch das Finanzamt Österreich automationsunterstützt ausgezahlt.

(2) Die Auszahlung erfolgt durch Überweisung auf ein Girokonto bei einer inländischen oder ausländischen Kreditunternehmung. Bei berücksichtigungswürdigen Umständen erfolgt die Auszahlung mit Baranweisung.

(3) Die Gebühren für die Auszahlung der Familienbeihilfe im Inland sind aus allgemeinen Haushaltsmitteln zu tragen.

§ 12 FLAG 1967 lautet:

§ 12. (1) Das Finanzamt Österreich hat bei Entstehen oder Wegfall eines Anspruches auf Familienbeihilfe eine Mitteilung auszustellen. Eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe ist auch über begründetes Ersuchen der die Familienbeihilfe beziehenden Person auszustellen.

(2) Wird die Auszahlung der Familienbeihilfe eingestellt, ist die Person, die bislang die Familienbeihilfe bezogen hat, zu verständigen.

§ 13 FLAG 1967 lautet:

§ 13. Über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe hat das Finanzamt Österreich zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen.

§ 15 FLAG 1967 lautet:

§ 15. (1) Für Personen, die im Zeitraum von einschließlich März 2020 bis einschließlich Februar 2021 für zumindest einen Monat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind haben, finden die während dieses Zeitraumes vorliegenden Anspruchsvoraussetzungen im unmittelbaren Anschluss an den Anspruchszeitraum bis März 2021 in Bezug auf dieses Kind weiter

Anwendung, solange während dieses Zeitraumes keine andere Person anspruchsberechtigt wird.

(2) Für die Maßnahme nach Abs. 1 ist ein Betrag von höchstens 102 Mio. Euro aus Mitteln des COVID 19-Krisenbewältigungsfonds bereitzustellen.

§ 25 FLAG 1967 lautet:

§ 25. Personen, denen Familienbeihilfe gewährt oder an Stelle der anspruchsberechtigten Person ausgezahlt (§ 12) wird, sind verpflichtet, Tatsachen, die bewirken, daß der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt, sowie Änderungen des Namens oder der Anschrift ihrer Person oder der Kinder, für die ihnen Familienbeihilfe gewährt wird, zu melden. Die Meldung hat innerhalb eines Monats, gerechnet vom Tag des Bekanntwerdens der zu meldenden Tatsache, beim Finanzamt Österreich zu erfolgen.

§ 26 FLAG 1967 lautet:

§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.

(4) Die Oberbehörde ist ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes das zuständige Finanzamt anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.

§ 17 StudFG lautet:

§ 17. (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.

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

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

§ 235 BAO lautet:

§ 235. (1) Fällige Abgabenschuldigkeiten können von Amts wegen durch Abschreibung gelöscht werden, wenn alle Möglichkeiten der Einbringung erfolglos versucht worden oder Einbringungsmaßnahmen offenkundig aussichtslos sind und auf Grund der Sachlage nicht angenommen werden kann, daß sie zu einem späteren Zeitpunkt zu einem Erfolg führen werden.

(2) Durch die verfügte Abschreibung erlischt der Abgabenanspruch.

(3) Wird die Abschreibung einer Abgabe widerrufen (§ 294), so lebt der Abgabenanspruch wieder auf. Für die Zahlung, die auf Grund des Widerrufes zu leisten ist, ist eine Frist von einem Monat zu setzen.

§ 236 BAO lautet:

§ 236. (1) Fällige Abgabenschuldigkeiten können auf Antrag des Abgabepflichtigen ganz oder zum Teil durch Abschreibung nachgesehen werden, wenn ihre Einhebung nach der Lage des Falles unbillig wäre.

(2) Abs. 1 findet auf bereits entrichtete Abgabenschuldigkeiten sinngemäß Anwendung.

(3) Die Bestimmungen des § 235 Abs. 2 und 3 gelten auch für die Nachsicht von Abgabenschuldigkeiten.

Rückzahlung zu Unrecht bezogener Familienleistungen

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 ergibt sich eine objektive Rückzahlungspflicht desjenigen, der Familienbeihilfe (allenfalls in Form einer Ausgleichszahlung

/ Differenzzahlung) und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. die bei *Wanke* in *Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 26 Rz 12 zitierte Rechtsprechung).

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

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

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

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

Zur Rückzahlung eines unrechtmäßigen Bezuges an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ist nach § 26 Abs. 1 FLAG 1967 derjenige verpflichtet, der Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen hat (vgl. VwGH 19. 12. 2013, 2012/16/0047). Die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag müssen demjenigen, von dem sie zurückgefördert wird, tatsächlich ausbezahlt worden sein.

Es ist daher zu prüfen, ob die Bf im Beschwerdezeitraum zu Unrecht Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag erhalten hat.

Studienwechsel

Nach den unstrittigen Sachverhaltsfeststellungen in der Beschwerdevorentscheidung und im Vorlagebericht, betrieb die Tochter der Bf ***9*** ***10*** ***11*** ***3*** an der Universität Wien das Studium UA 033 630 Bachelorstudium Biologie Hauptstudium von Oktober 2017 bis September 2020 und wechselte im Oktober 2020, also nach sechs Semestern im ursprünglichen Studium, auf das FH-Bachelorstudium 0543 Molekulare Biotechnologie, wobei nicht feststeht, dass ihr beim Studium an der Fachhochschule Prüfungen aus dem Studium an der Universität Wien angerechnet worden sind, da von der Bf trotz diesbezüglicher Aufforderung durch das Finanzamt keine Unterlagen über eine Prüfungsanrechnung vorgelegt worden sind.

Ein dem Anspruch auf Familienbeihilfe entgegenstehender Studienwechsel liegt grundsätzlich vor, wenn das Studium nach dem jeweils dritten inskribierten Semester gewechselt wird (§ 17 Abs. 1 Z 2 StudFG). Wird nach dem dritten inskribierten Semester das Studium gewechselt, liegt gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 StudFG ein günstiger Studienerfolg nicht vor. Das bedeutet, dass gemäß § 2 FLAG 1967 i. V. m. § 17 Abs. 3 StudFG im neuen Studium grundsätzlich für so viele Semester des neuen Studiums keine Familienbeihilfe auszuzahlen ist, wie das zu spät gewechselte Studium gedauert hat.

Das heißt, dass die Bf ***1*** ***2*** ***3*** im Rückforderungszeitraum April 2021 bis Februar 2022 zufolge des Studienwechsels ihrer Tochter ***9*** ***10*** ***11*** ***3*** im Oktober 2020 (unter Berücksichtigung der Regelung des § 15 FLAG 1967) für diese keinen Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag hatte.

Keine Rechtskraft von „Mitteilungen“

Für das Verständnis des § 26 FLAG 1967 ist es wesentlich, sich das System der Auszahlung von Familienbeihilfe vor Augen zu halten: Das FLAG 1967 kennt keine bescheidmäßige Zuerkennung von Familienbeihilfe (vgl. BFG 14. 6. 2022, RV/1100003/2022).

Über eine bereits entschiedene Sache darf grundsätzlich nicht nochmals ein Bescheid ergehen. Ist ein Bescheid in Rechtskraft erwachsen, so bedeutet dies grundsätzlich Unwiderrufbarkeit, Unwiederholbarkeit und Verbindlichkeit des Bescheides (vgl. BFG 14. 8. 2015, RV/7105142/2014; BFG 19. 10. 2016, RV/7106018/2015).

Das Familienbeihilfeverfahren kennt keine Zuerkennung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag mittels rechtskraftfähigen Bescheids (§§ 92 ff BAO). Ist Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag auszubezahlen (§ 11 FLAG 1967), hat hierüber eine bloße Mitteilung (§ 12 FLAG 1967) zu ergehen. Nur insoweit, als einem Antrag nicht Rechnung getragen wird, hat das Finanzamt einen Bescheid (§ 13 FLAG 1967) zu erlassen (vgl. BFG 19. 10. 2016, RV/7106018/2015):

§ 13 FLAG 1967 Satz 2 ist in Verbindung mit §§ 11, 12 FLAG 1967 grundsätzlich so zu verstehen, dass der Bescheidspruch im Familienbeihilfeverfahren bei erstmaliger Erlassung eines Bescheides nur auf (gänzliche oder teilweise) Abweisung eines Beihilfenantrags bezogen auf einen bestimmten Zeitraum lauten kann, während die (gänzliche oder teilweise) Stattgabe eines Beihilfenantrags bezogen auf einen bestimmten Zeitraum grundsätzlich im Wege der Auszahlung nach § 11 FLAG 1967, verbunden mit einer Mitteilung nach § 12 FLAG 1967, zu erfolgen hat. Ist für einen Kalendermonat ein Antrag nicht zur Gänze abzuweisen oder einem Antrag nicht zur Gänze Folge zu geben, sondern einem Antrag nur teilweise Folge zu geben, ist insoweit, als dem Antrag nicht Folge gegeben wird, ein Abweisungsbescheid zu erlassen, ansonsten mit Auszahlung vorzugehen. Die meritorische Erledigung einer gegen einen Abweisungsbescheid erhobenen Beschwerde mittels Beschwerdevorentscheidung oder Erkenntnisses kann, jeweils für einen bestimmten Zeitraum, entweder auf (gänzliche oder teilweise) Abweisung des Familienbeihilfenantrags für Monate, in denen Familienbeihilfe nicht zusteht, oder auf (gänzliche oder teilweise) ersatzlose Aufhebung des den Antrag abweisenden Bescheides für Monate, in denen (ganz oder teilweise) Familienbeihilfe zusteht, lauten (vgl. BFG 16. 10. 2015, RV/7100657/2015; BFG 13. 7. 2016, RV/7102305/2016; BFG 19. 10. 2016, RV/7106018/2015).

Die Mitteilungen über den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag stehen daher einer Rückforderung (§ 26 FLAG 1967) nicht entgegen (vgl. BFG 19. 10. 2016, RV/7106018/2015).

Es ist somit auch nicht erforderlich, dass die Tatsachen, auf die sich ein Rückforderungsbescheid stützt, der Behörde bei der Auszahlung der Familienbeihilfe und der Ausstellung einer Mitteilung hierüber nicht bekannt gewesen sind (vgl. BFG 8. 8. 2018, RV/7103025/2018).

Würdigt das Finanzamt einen ihm bekannt gewesenen Sachverhalt im Rückforderungsverfahren anders als im Auszahlungsverfahren, ist dies - anders als etwa bei der Wiederaufnahme eines durch Bescheid abgeschlossenen Verfahrens nach § 303 BAO - im Familienbeihilfeverfahren zulässig (vgl. BFG 8. 8. 2018, RV/7103025/2018).

Abstandnahme von der Rückforderung

Gemäß § 26 Abs. 4 FLAG 1967 kann die Oberbehörde, das ist derzeit die zur Vollziehung des FLAG 1967 gemäß Anlage zu § 2 Bundesministeriengesetz 1986, Teil 2, A. Bundeskanzleramt, Punkt 19 i. V. m. Abs. 1 Z 12 Entschließung des Bundespräsidenten, mit der die sachliche Leitung bestimmter, zum Wirkungsbereich des Bundeskanzleramtes gehörender Angelegenheiten einer eigenen Bundesministerin übertragen wird, BGBl. II Nr. 3/2022, zuständige Bundesministerin im Bundeskanzleramt MMag. Dr. Susanne Raab, in Ausübung des Aufsichtsrechtes das zuständige Finanzamt anweisen, von der Rückforderung des

unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre. Hierbei handelt es sich nach den Durchführungsrichtlinien (zitiert nach *Wanke in Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 26 Rz 73) um eine Maßnahme der Dienstaufsicht.

Die Abstandnahme von der Rückforderung nach § 26 Abs. 4 FLAG 1967 erfolgt nicht durch einen verfahrensrechtlichen Bescheid, sondern dadurch, dass es die Behörde über Weisung der Oberbehörde unterlässt, einen Rückzahlungsbescheid zu erlassen (*Wanke in Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 26 Rz 74).

Eine derartige Weisung wäre grundsätzlich auch in einem Beschwerdeverfahren gegen einen Rückforderungsbescheid möglich und gegebenenfalls in einem Verfahren nach § 300 BAO umzusetzen (vgl. BFG 15. 1. 2018, RV/7102979/2017).

Das FLAG 1967 räumt der jeweiligen Partei des Verwaltungsverfahrens keinen Anspruch auf Ausübung des im § 26 Abs. 4 FLAG 1967 genannten Aufsichtsrechtes ein (vgl. VwGH 16. 2. 1988, 85/14/0130; VwGH 28.10.2009).

Die Oberbehörde ist nach dem Vorbringen im Vorlageantrag in Kenntnis des gegenständlichen Rückforderungsverfahrens. Laut Vorlagebericht des Finanzamts ist eine Anweisung auf Abstandnahme von der Rückforderung nicht erfolgt.

Nachsicht

Das behördeneinterne Verfahren nach § 26 Abs. 4 FLAG 1967 ist vom Nachsichtsverfahren nach § 236 BAO zu unterscheiden (vgl. BFG 14. 6. 2022, RV/1100003/2022).

Eine Nachsicht gemäß § 236 BAO (Abschreibung von Abgabenschuldigkeiten) ist ein von der Rückforderung getrenntes Verfahren. Die Gewährung einer Nachsicht liegt im Ermessen des Finanzamts und kann bei Versagung der beantragten Nachsicht in einem Rechtsmittelverfahren angefochten werden. Die Nachsicht setzt keine Weisung der Oberbehörde nach § 26 Abs. 4 FLAG 1967 voraus (vgl. *Wanke in Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. § 26 Rz 78).

Wird der entscheidungsrelevante Sachverhalt dem Finanzamt offengelegt, aber dennoch Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag ausbezahlt, kann eine sachliche Unbilligkeit nach § 236 BAO vorliegen (vgl. BFG 14. 10. 2016, RV/7101355/2016).

Nach der Rechtsprechung kann eine sachliche Unbilligkeit vorliegen, wenn durch die Beihilfenbehörde der Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. VwGH 22. 7. 1999, 98/13/0101) dadurch verletzt wurde, dass der Nachsichtserwerber auf ein unrichtiges Verhalten der Behörde, das eindeutig und unzweifelhaft für ihn zum Ausdruck kam, vertraut und danach disponiert hat (vgl. BFG 14. 6. 2022, RV/1100003/2022). Ein derartiges Verhalten der Behörde kann sich nicht nur aus telefonischen Rechtsauskünften, die in der Praxis schwer nachweisbar sind, sondern

grundsätzlich auch aus Mitteilungen über den Familienbeihilfebezug bei zuvor durch den Beihilfebezieher vollständig offengelegtem Sachverhalt ergeben.

Ob dies hier der Fall war, ist im gegenständlichen Verfahren nicht zu beurteilen.

Über eine Nachsicht ist nicht im gegenständlichen Beschwerdeverfahren gegen den Rückforderungsbescheid zu befinden, das Nachsichtsverfahren ist ein eigenes Verwaltungsverfahren.

Über den im Vorlageantrag gestellten „Eventualantrag auf Nachsicht des Rückforderungsbetrages von 2.614,70 für den Fall des Unterliegens im Rechtsmittelverfahren wird daher das Finanzamt gesondert zu entscheiden haben.

Revisionsnichtzulassung

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 Voraussetzungen, unter denen Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge gewährt werden bzw. bei zu Unrecht erfolgtem Bezug zurückzufordern sind, waren bereits Gegenstand der höchstgerichtlichen Rechtsprechung und lassen sich zudem in klarer Weise aus dem Gesetz ableiten. Es liegt daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

Wien, am 12. September 2022