

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF, über die Beschwerde vom 09.06.2017 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr vom 16.05.2017 zu VNR 001 über die Rückforderung zu Unrecht für das Kind K (VNR 002) für den Zeitraum November 2016 bis Mai 2017 bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von insgesamt 1.766,00 € zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Sachverhalt

Der Sohn des Beschwerdeführers besuchte in Linz das Bischöfliche Gymnasium Petrinum, konnte dort die 12. Schulstufe aufgrund vorheriger negativer Leistungsbeurteilungen jedoch erst am 13.9.2016 abschließen und die Reifeprüfung am 25.10.2016 erfolgreich ablegen.

In der Beihilfendatenbank sind zwei Gutachten des Bundessozialamtes gespeichert, denen zufolge das Kind an einer einfachen Aufmerksamkeits- und Aktivitätsstörung (Gutachten vom 19.6.2010) bzw. einer auf den familiären Rahmen beschränkten Störung des Sozialverhaltens leidet (Gutachten vom 10.4.2012). Der Grad der Behinderung wurde in beiden Gutachten mit 30 % festgestellt. Laut dem im zweiten Gutachten zitierten Befund des Dr. D, WJKH Linz, liege kein Hinweis auf eine Entwicklungsstörung vor, die Intelligenz des Kindes sei im Normbereich.

Erst am 18.11.2016 und damit bereits geraume Zeit nach Beginn des Wintersemesters 2016/2017 inskribierte der Sohn des Beschwerdeführers an der JKU Linz im Diplomstudium Rechtswissenschaften.

Laut den in der Beihilfendatenbank gespeicherten, von der JKU Linz übermittelten Daten erlosch die Zulassung für dieses Studium am 30.4.2017.

Am 18.4.2017 teilte der Beschwerdeführer dem Finanzamt via FinanzOnline mit, dass sein Sohn die Berufsausbildung im April 2017 abgebrochen habe.

Daraufhin forderte das Finanzamt den Beschwerdeführer mit Vorhalt vom 18.4.2017 auf, Nachweise dafür vorzulegen, dass sein Sohn im abgebrochenen Studium Prüfungen abgelegt habe. Werde kein ernsthaft betriebenes Studium nachgewiesen, werde die (bis Mai 2017 ausbezahlte) Familienbeihilfe zurückgefordert.

In einer Stellungnahme vom 9.5.2017 gab der Beschwerdeführer an, dass er seinen Sohn mit dem Schreiben des Finanzamtes konfrontiert und von ihm die beigelegte (unten wiedergegebene) Stellungnahme, nicht jedoch die vom Finanzamt geforderten Beilagen (Prüfungszeugnisse) erhalten habe. Sein Sohn habe die Matura gesundheitsbedingt (ADHS) erst im Herbst 2016 ablegen und zwangsbedingt erst viel später, nämlich Anfang November 2016, in das Studium einsteigen können, als es für einen erfolgreichen Start notwendig gewesen wäre. Aus seiner Sicht habe er sich redlich bemüht, habe aber immer wieder mit dem Umstand zu kämpfen gehabt, dass zielführende Lehrveranstaltungen wie Übungen und Repetitorien überbucht waren und er so gar keine Gelegenheit geboten erhalten hatte, im Studium richtig Fuß zu fassen. Im Nachhinein betrachtet wäre ein Start erst im Sommersemester 2017 sinnvoller gewesen; der mit den Erstsemestrigen zwangsläufig verbundene Wirbel hätte sich gelegt gehabt und der Zugang zu den Lehrveranstaltungen wäre einfacher gewesen. So aber sei eine Frustration auf die andere gefolgt, die seinen Sohn letztlich im April 2017 dazu bewogen hätten, dieses Studium nicht mehr fortzusetzen. Dennoch wäre er auch bei einem Einstieg erst im Sommersemester mit dem Studium nicht weiter, als er jetzt gekommen sei. Er sei seinem Sohn so verblieben, dass er ihm entsprechend der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Kindesunterhalt (die Judikatur zum FLAG dürfte - soweit überblickbar - synchron verlaufen) eine zweite Chance gebe, sich in einem anderen Studium zu bewähren, würden doch zur Beurteilung des Bestehens eines Anspruchs auf Familienbeihilfe und Gewährung der Studienbeihilfe in der Regel zwei Toleranzsemester für das Bachelorstudium akzeptiert. Nach ständiger Rechtsprechung verliere ein Kind nicht schon deshalb seinen Unterhaltsanspruch, weil es aus subjektiven oder objektiven Gründen ein Studium - etwa aufgrund eines entschuldbaren Irrtums über seine persönlichen Voraussetzungen oder über die mangelnden Berufsaussichten - wechselt, weil einerseits für die Wahl eines den Neigungen und Fähigkeiten entsprechenden Studiums eine gewisse Überlegungszeit (im Allgemeinen höchstens ein Jahr) nötig sei und andererseits sich erst im späteren Verlauf des Studiums die Unrichtigkeit der zunächst getroffenen Studienwahl herausstellen könne. Ein erstmaliger Studienwechsel sei aber nur dann als entschuldbare Fehleinschätzung zu werten, wenn das neue Studium ernsthaft und zielstrebig betrieben wird. Letzteres sei entscheidende Voraussetzung für die Fortdauer bzw. das Wiederaufleben des Unterhaltsanspruchs nach einem Studienwechsel. Sei diese Voraussetzung erfüllt, schade es auch nicht, wenn das erste Studium nicht ernsthaft und zielstrebig betrieben wurde, weil gerade ein mangelnder Studienfortgang sehr oft den Grund für den Wechsel der Studienrichtung bilde. Er habe sich in diesem Sinn mit seinem Sohn dahingehend

verständigt, dass er ab sofort bis zum Beginn des neuen Studiums in Wien im Herbst 2017 auch selbst einen Mitbeitrag für seinen Unterhalt zu leisten habe und werde daher auch ab sofort keine Familienbeihilfe für ihn beansprucht; die beiden Toleranzsemester würden dennoch bei weitem nicht ausgeschöpft. Im Herbst biete er ihm ein Semester Gelegenheit zu beweisen, das neue Studium ernsthaft und zielstrebig zu verfolgen. Er ersuche daher, von der in Aussicht gestellten Rückforderung Abstand zu nehmen. Im Sinne eines sparsamen Umgangs mit Steuermitteln werde für die Zeit des zweiten Semesters ohnehin keine Familienbeihilfe für seinen Sohn beansprucht.

Dieser Eingabe war die darin erwähnte Stellungnahme des Sohnes des Beschwerdeführers angeschlossen. Dieser gab am 8.5.2017 an:

„Mein Name ist K und ich würde mich sehr gerne zu meiner Studienzeit im Bereich Rechtswissenschaften an der JKU äußern.

Nachdem ich im Herbst 2016 meine Matura abgeschlossen habe, habe ich mich sofort an der Johannes-Kepler-Universität (JKU) in Linz für Rechtswissenschaften inskribiert. Aufgrund der Ursache, dass ich meine Matura erst im Oktober 2016 absolviert habe, musste ich mich nachträglich (Nachfrist) in den Kurs inskribieren. Für den Kurs Rechtswissenschaften hatten infolge dessen leider schon zu viele andere Studenten inskribiert, deshalb wurde ich aufgrund der ausgelasteten Kapazitäten des Hörsaals daran gehindert, an den jeweiligen Lesungen teilzunehmen. Da ich mir über meinen Ausbildungs- und Berufsweg damals noch nicht im Klaren war, war es mir von Anfang an sehr wichtig, schnell Erfahrung zu sammeln und damit am eigenen Leib zu erfahren, wo meine Stärken und Schwächen liegen. Dies sollte den Grundstein für meinen späteren Berufsweg legen, sprich, das Studium Rechtswissenschaften sollte mir verhelfen, die richtige Wahl bezüglich meiner Ausbildung zu treffen, um in naher Zukunft Passion mit Beruf kombinieren zu können.

Da ich aber, wie schon zuvor ausdrücklich erwähnt, daran gehindert wurde, an den Lesungen teilzunehmen, habe ich mich dazu entschlossen, das Studium Rechtswissenschaften an der JKU in Linz abubrechen und mit BWL in Wien durchzustarten.

Ich bitte Sie sehr um Verständnis, ich habe versucht ernsthaft und zielstrebig ein Studium zu verfolgen, jedoch wurde ich aufgrund der zuvor erwähnten Gründe nicht an den jeweiligen Lesungen teilnehmen.“

Daraufhin forderte das Finanzamt **mit Bescheid vom 16.5.2017** die für die Monate November 2016 bis Mai 2017 ausbezahlten Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von 1.766,00 € vom Beschwerdeführer zurück und sprach aus, dass die Rückforderung durch Anrechnung des zu Unrecht bezogenen Betrages auf die fälligen und fällig werdenden Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge erfolge. Begründet wurde die Rückforderung damit, dass ein Familienbeihilfenanspruch nur dann bestehe, wenn die Ausbildung ernsthaft und zielstrebig betrieben wird. Dies werde dann anzunehmen sein, wenn die Vorbereitung auf die Ablegung der Prüfungen die volle

Zeit des Kindes in Anspruch nimmt und das Kind zu den Prüfungsterminen innerhalb eines angemessenen Zeitraums antritt. Die Inskription an der Universität alleine sei nicht ausreichend, um das Vorliegen einer Berufsausbildung anzunehmen. Hierzu müsse das ernstliche und zielstrebige, nach außen erkennbare Bemühen treten, das Studium abzuschließen. Dies erfordere den Antritt zu den einschlägigen Prüfungen innerhalb angemessener Zeit.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die **Beschwerde vom 9.6.2017**. Darin brachte der Beschwerdeführer vor, dass sein Sohn erst zum Herbsttermin 2016 die schriftliche und mündliche Reifeprüfung abgelegt habe. Zu diesem Zeitpunkt hätte das Wintersemester 2016/2017 bereits begonnen gehabt und sein Sohn hätte sich erst in der Nachfrist anmelden können. Da es sich bei den in § 2 Abs. 1 lit b FLAG angesprochenen Zeiträumen durchwegs um Semester oder das Mehrfache von Semestern bzw. Studien- oder Ausbildungsjahren handle, sei davon auszugehen, dass es sich auch bei den in § 17 StudFG angesprochenen Zeiträumen, auf die in dieser Bestimmung Bezug genommen wird, um vollständige Semester handeln müsse. Das Wintersemester 2016/2017 sei für seinen Sohn kein vollständiges Semester gewesen. Weil dieses daher bei der Prüfung eines günstigen Studienerfolges noch gar nicht zu berücksichtigen sei, werde seinem Sohn zu Unrecht vorgeworfen, er hätte in diesem ersten Semester keine Prüfungen abgelegt. Die Nichtablegung von Prüfungen im Wintersemester 2016/2017 sei daher unschädlich. Unter Berücksichtigung der Regelung, dass im ersten Studienjahr die Aufnahme als ordentlicher Hörer die einzige Anspruchsvoraussetzung sei und dies auf seinen Sohn zutrefte, sei schon allein deshalb die Familienbeihilfe zu Recht bezogen und der Kinderabsetzbetrag zu Recht in Anspruch genommen worden. Sein Sohn befinde sich zurzeit in einem Aufnahmeverfahren für das Bachelorstudium Wirtschafts- und Sozialwissenschaften der WU Wien und sei zur Teilnahme an der Aufnahmeprüfung am 11.07.2017 zugelassen worden. Ein Wechsel zum Sommersemester 2017 sei nicht möglich gewesen, da das Aufnahmeverfahren schon im Sommer 2016 abgeschlossen war. Es könne seinem Sohn auch nicht als zu wenig ernsthaft oder zielstrebig angelastet werden, dass er seinen Studienwechsel erst mit Wintersemester 2017/2018 durchführen konnte. Aufgrund des schon Ende des Wintersemesters 2016/2017 manifestierten Studienwechselwillens könne ihm nicht vorgeworfen werden, er hätte im bisherigen Studium der Rechtswissenschaften an der JKU Linz trotzdem noch das Sommersemester 2017 inskribieren und dann zu Prüfungen antreten müssen. Es könne wohl nicht ernsthaft vertreten werden, dass angesichts eines ohnehin nicht mehr intendierten Studiums bei – dann mit Sicherheit – negativ abgelegten Prüfungen noch immer ein günstiger Studienerfolg vorläge und bei verständlicherweise nicht mehr einmal versuchten Prüfungen aber nicht mehr. Dies liefe auf eine reine Formalität hinaus, wolle man allein im Antreten zu Prüfungen einen Unterschied sehen. Dies entspreche nicht dem Gesetzeszweck. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liege ein Studienwechsel iSd § 17 StudFG vor, wenn der Studierende das von ihm begonnene und bisher betriebene, aber noch nicht abgeschlossene Studium nicht mehr fortsetzt und an dessen Stelle ein anderes unter den Geltungsbereich des StudFG fallendes Studium

beginnt. Es liege daher derzeit insofern erst ein „beabsichtigter Studienwechsel“ vor, sodass ein schädlicher Studienwechsel auch noch nicht vorliegen könne. Aber auch bei analoger Heranziehung der Tatbestände für einen nicht günstigen Studienerfolg nach § 17 Abs. 1 Zif. 1 - 3 StudFG liege kein Grund vor, der der Gewährung der Familienbeihilfe im genannten Zeitraum entgegen stünde. Weder sei das Studium öfter als zweimal oder nach dem dritten inskribierten Semester gewechselt worden. Das Wintersemester 2016/2017 sei für seinen Sohn kein volles Semester gewesen. Die Forderung nach Inskription und Prüfungen im Sommersemester 2017 im alten Studium stelle aufgrund des schon zuvor manifestierten Studienwechselwillens eine inhaltlose Formalität dar. Da der Studienwechsel zum frühestmöglichen Zeitpunkt eingeleitet worden sei, also vor Beginn des ersten für einen Studienerfolg maßgeblichen Semesters, habe kein günstiger Studienerfolg aus dem vorhergehenden Studium nachgewiesen werden könne. Das Finanzamt hätte sich mit der Frage, warum es nicht zu Prüfungen gekommen sei, auseinandersetzen müssen. Es hätte dabei seiner Darstellung und der Darstellung seines Sohnes folgen müssen – anderslautende Beweisergebnisse wären nicht vorhanden – und feststellen müssen, dass sämtliche Widrigkeiten und Erschwernisse darin begründet gewesen wären, dass sein Sohn aufgrund des Herbsttermines 2016 erst zu einem späteren Zeitpunkt in das Studium eingestiegen sei, zu dem schon alle relevanten Lehrveranstaltungs- und Prüfungstermine vergeben waren. Trotz zielstrebigster und ernsthafter Bemühungen sei es seinem Sohn nicht möglich gewesen, entscheidende Fortschritte im Studium zu machen, was ihn letztlich auch zum beabsichtigten Studienwechsel bewogen habe. Die Absicht zur erfolgreichen Ablegung der vorgeschriebenen Prüfungen sei daher jedenfalls gegeben gewesen, dass die Zielverfolgung nicht nach außen hin erkennbar war, sei nicht in der Sphäre seines Sohnes gelegen. Eine Befragung seines Sohnes hätte ergeben, dass es sich beim ursprünglichen Studium keinesfalls um Wunschvorstellungen oder bloße Gedanken gehandelt habe. Obwohl aufgrund der genannten Besonderheiten (Wintersemester 2016/17 nicht zu berücksichtigen; Manifestation des Studienwechselwillens schon vor Sommersemester 2017; keine Möglichkeit zum Studienwechsel im Sommersemester 2017) für den Rückforderungszeitraum kein ernstliches und zielstrebiges, nach außen erkennbares Bemühen um den Ausbildungserfolg im Studium Rechtswissenschaften an der JKU Linz als Anspruchsvoraussetzung für die Familienbeihilfe und den Absetzbetrag zu fordern sei, habe sein Sohn dem ohnehin soweit als möglich entsprochen: also Besuch vereinzelt noch möglicher Lehrveranstaltungen, Absicht zur Ablegung von Prüfungen und Inanspruchnahme der vollen Zeit. Der unterbliebene Antritt zu Prüfungen liege in der unverschuldeten Unmöglichkeit entsprechender Vorbereitung begründet. Bei objektiver Betrachtung könnten zwar durchaus Zweifel an der Ernsthaftigkeit und Zielstrebigkeit bestehen, diese könnten aber – wie sich aus dem bekannten Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe ergebe – ausreichend mit der damals nachgewiesenen Erkrankung an ADHS ausgeräumt werden. Bei Berücksichtigung dieser subjektiven Umstände sei die Ernsthaftigkeit und Zielstrebigkeit betreffend seine Ausbildung jedenfalls gegeben.

In Beantwortung eines Ergänzungsersuchens des Finanzamtes legte der Beschwerdeführer mit **Beschwerdeergänzung vom 12.7.2017** das Jahreszeugnis der 12. Schulstufe und das Reifeprüfungszeugnis samt einer Bestätigung, dass sein Sohn im September 2017 zu Wiederholungsprüfungen zum Abschluss der 12. Schulstufe angetreten war, vor. Ferner wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass sich sein Sohn am 11.7.2017 der Aufnahmeprüfung an der WU Wien unterzogen habe und mit 1.10.2017 dort das Studium „Management“ beginnen wolle.

In einer weiteren **Beschwerdeergänzung vom 14.7.2017** teilte der Beschwerdeführer mit, dass sein Sohn das Aufnahmeverfahren für das Bachelorstudium Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der WU Wien für das kommende Studienjahr erfolgreich absolviert habe und legte dazu eine entsprechende E-Mail der WU Wien vor.

Mit **Beschwerdevorentscheidung vom 25.7.2017** wies das Finanzamt die gegenständliche Beschwerde zusammengefasst mit der Begründung ab, dass das Jus-Studium an der der JKU Linz nicht ernsthaft und zielstrebig betrieben worden sei, sodass kein Beihilfenanspruch nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG bestehe. Dazu wurde eingehend die allgemeine und auch in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG Kommentar, § 2 Tz 35 ff, näher dargestellte allgemeine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage des Vorliegens einer Berufsausbildung im Sinne des FLAG zitiert. Ferner führte das Finanzamt aus, dass aber auch die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. d FLAG nicht vorlägen. Begründet wurde dies wie folgt: „K hat seine Reifeprüfung erst mit Oktober 2016 abgelegt. Die Anmeldung zu den einzelnen Lehrveranstaltungen endet im WS an dem meisten Universitäten zumeist bereits mit Ende September des jeweiligen Studienjahres (laut Homepage der Universität Linz für das Diplomstudium der Rechtswissenschaften für eine Vielzahl der im ersten Semester vorgesehenen Lehrveranstaltungen mit 23.9.2016). Ein ehestmöglicher Beginn eines Studiums wäre demnach auf Grund der Ablegung der Reifeprüfung im Oktober 2016 mit SS 2017 möglich gewesen. Daran ändert auch die Tatsache, dass eine Aufnahmeprüfung in der gewählten Studienrichtung nur einmal im Jahr, nämlich im Juli des jeweiligen Studienjahres, stattfindet, nichts. Selbst bei Berücksichtigung der Umstände, dass K die achte Klasse Gymnasium im Mai 2016 vorerst negativ abgeschlossen hat, muss für den weiteren Anspruch auf Familienbeihilfe nach Beendigung der Schulausbildung davon ausgegangen werden können, dass bei Bestehen der Nachprüfungen und der daran anschließenden Ablegung der Reifeprüfung zum nächstmöglichen Termin (= Herbst 2016) die angestrebte Studienrichtung ehestmöglich begonnen werden kann. Demnach hätte die Aufnahmeprüfung für die gewählte Studienrichtung *[Anmerkung: gemeint damit dürfte das Bachelorstudium an der WU Wien gewesen sein]* bereits im Juli 2016 gemacht werden können, welche bei Bestehen der ausständigen Prüfungen für den Abschluss der Schulausbildung einen Studienbeginn im SS 2017 ermöglicht hätte“.

Im **Vorlageantrag vom 19.8.2017** brachte der Beschwerdeführer vor, dass sein Sohn die Reifeprüfung erst im Oktober 2016 abgelegt habe. Die Anmeldemöglichkeit zu den einzelnen Lehrveranstaltungen des von seinem Sohn dennoch mit Wintersemester

2016/17 inskribierten Diplomstudiums der Rechtswissenschaften habe für eine Vielzahl der im ersten Semester vorgesehenen Lehrveranstaltungen jedoch bereits mit 23.9.2016 geendet. Der daraus gezogene Schluss, seinem Sohn wäre erst im Sommersemester 2017 ein ehestmöglicher Beginn dieses Studiums möglich gewesen, sei zutreffend und decke sich mit der Beschwerdeargumentation. Dass sein Sohn trotz dieser Widrigkeiten bereits im Wintersemester 2016/17 versucht habe, dieses Studium zu beginnen, dürfe nicht zu seinen Lasten gehen. Sein Sohn habe erst im Lauf des Wintersemesters 2016/17 erkannt, dass das von ihm seit jeher ausschließlich angestrebte Diplomstudium der Rechtswissenschaften nicht seinen persönlichen Neigungen und Fähigkeiten und auch nicht seinen späteren Berufswünschen in der Privatwirtschaft, dort insbesondere im Automobilhandel, entsprach und er daher noch vor Beginn des Sommersemesters 2017 aufgrund von in der Automobilbranche anlässlich von Vorstellungsgesprächen erhaltenen Vorschlägen einen Studienwechsel auf das Bachelorstudium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften vornehmen wolle, sich deswegen am „Vorausscheidungsverfahren“ der WU Wien beteiligt habe und nach positiver Absolvierung der Aufnahmeprüfung am 11.7.2017 zur Inskription für das Bachelorstudium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften im Wintersemester 2017/18 zugelassen worden sei. Eine derartige Aufnahmeprüfung finde nur einmal im Jahr, nämlich im Juli statt und beziehe sich auf die darauffolgenden zwei Semester, nämlich Winter- und Sommersemester. Das Einschreibeverfahren zur Aufnahme bei der WU Wien sei nur Bewerbern mit Reifezeugnis möglich. In der Beschwerdeentscheidung werde die Ansicht vertreten, dass seinem Sohn trotz einer notwendigen Aufnahmeprüfung ein ehestmöglicher Studienbeginn bereits im Sommersemester 2017 möglich gewesen wäre, weil er ja die Aufnahmeprüfung – noch vor seiner Matura – bereits im Juli 2016 hätte machen können. Im Ergebnis werde also von seinem Sohn verlangt, er hätte sich im Juli 2016 trotz zweier negativ abgeschlossener Fächer in der 8. Klasse Gymnasium und einer zu diesem Zeitpunkt nach höchst ungewissen Prognose betreffend einen positiven Maturaabschluss bereits auf die Aufnahmeprüfung zum Bachelorstudium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften vorbereiten und an dieser teilnehmen müssen, obwohl dieses Studium zu diesem Zeitpunkt - weil er damals ausschließlich das Diplomstudium der Rechtswissenschaften verfolgte - nicht einmal im Ansatz zur Diskussion stand; das Bachelorstudium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften sei erst im Laufe des Wintersemesters aufgrund von Vorstellungsgesprächen ein Thema geworden. Die Rechtsansicht des Finanzamtes stelle eine Überspannung der aus § 2 FLAG abgeleiteten Anforderungen dar und lasse sich auch nicht in Einklang mit einem sonst beihilfenunschädlichen Studienwechsel nach § 17 StudFG bringen. Abgesehen davon sei die Teilnahme an einer entsprechenden Aufnahmeprüfung erst nach abgeschlossener Matura möglich. Es werde also Unmögliches verlangt. Ein im Sinne der Rechtsprechung frühestmöglicher Beginn des Bachelorstudiums der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften liege daher erst mit dem Wintersemester 2017/18 vor.

Am 21.11.2017 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und beantragte eine Abweisung derselben.

In einem **Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes vom 28.1.2019** wurde dem Beschwerdeführer zur Wahrung des Parteiengehörs Gelegenheit geboten, zu folgenden Punkten Stellung zu nehmen:

„1) Laut den von der JKU Linz gemäß § 46a Abs. 2 Zif. 4 lit. a FLAG übermittelten Daten erfolgte die Zulassung Ihres Sohnes zum Diplomstudium der Rechtswissenschaften am 18.11.2016 und erlosch diese Zulassung am 30.4.2017.

2) Im Beschwerdeverfahren wurde vorgebracht, Ihr Sohn werde ab dem Wintersemester 2017/18 das Bachelorstudium Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der WU Wien betreiben. Von der WU Wien wurden bislang jedoch keine diesbezüglichen Studiendaten übermittelt.

Wurde dieses Studium von Ihrem Sohn überhaupt begonnen? Allfällige Bestätigungen der WU Wien (Beginn des Studiums, Meldungen zur Fortsetzung des Studiums) mögen in Ablichtung vorgelegt werden.

3) Laut Versicherungsdatenauszug und Lohnzetteldaten ist Ihr Sohn seit 5.9.2017 bei der Fa. F GmbH vollzeitbeschäftigt.

4) Der Rückforderungsbetrag wurde zwischenzeitlich zur Gänze abgedeckt (zum Teil durch Aufrechnung mit fällig gewordenen Beihilfenansprüchen und zum Teil durch Verwendung des Guthabens aus Ihrer Veranlagung zur Einkommensteuer 2016).“

In seiner **Stellungnahme vom 6.2.2019** gab der Beschwerdeführer an:

„1. Die von Ihnen unter Punkt 1) angeführten Daten sind korrekt. Von entscheidender Bedeutung ist das Zulassungsdatum 18.11.2016; die Inskription konnte bedingt vom Herbsttermin der Matura nicht früher erfolgen; die Zulassung war daher nur nach Ausnahmetatbeständen erst in der Inskriptionsnachfrist möglich.

2. Die von Ihnen in ihren Punkten 2) und 3) angesprochenen Themen betreffen Zeiträume nach Verfassung meiner Beschwerde vom 9.6.2017; aus der damaligen Sicht zukünftige Vorgänge konnte ich naturgemäß nicht in meine Beschwerde aufnehmen. Ich bedanke mich daher für die Möglichkeit, dazu Stellung nehmen zu dürfen:

a) Zum besseren Verständnis der nachfolgenden Argumente möchte ich nochmals die ADHS-Erkrankung meines Sohnes hervorheben. Auch wenn diese seitens des Finanzamtes als unbekannt abgetan wird, müsste sie dort doch aufgrund zumindest eines Antrags auf erhöhte Familienbeihilfe aktenkundig sein. Dieser Antrag führte zu einer medizinischen Untersuchung in den Räumlichkeiten des Bundessozialamts; es wurde tatsächlich ADHS bestätigt, allerdings der Grad der Behinderung als zu gering für einen Anspruch auf erhöhte Familienbeihilfe bewertet.

Als Nachweis für die ADHS-Erkrankung lege ich Ihnen die Kopie zweier Seiten eines Arztbriefes bei; die anderen Seiten habe ich aufgrund der darin erwähnten, doch sehr persönlichen Umstände ausgenommen. Sollten Sie jedoch zur Verifizierung der ADHS-Diagnose weitere Unterlagen benötigen, werde ich Sie Ihnen gerne vorlegen; sie füllen mittlerweile einen Aktenordner. Eine illustrative Zusammenfassung wäre etwa einem

gerichtlichen Sachverständigengutachten aus dem Jahr 2010, ergangen zu einem sozialgerichtlichen Verfahren, zu entnehmen.

Was ich mit der Betonung der ADHS-Erkrankung zum Ausdruck bringen will, ist, dass sich K im Vergleich mit gesunden Mitschülern immer weitaus mehr anstrengen musste, um halbwegs denselben Erfolg zu erzielen. Er musste daher schon immer ernsthafter und zielstrebig an die ihm gestellten Anforderungen herangehen als seine Mitschüler, obwohl paradoxerweise das gerade sein Handicap darstellte. Es bedurfte daher zur Bewältigung der Aufgaben zusätzlich ständiger und intensiver Motivation.

Ich erachte es als eine bemerkenswerte Leistung, dass K trotz seiner beachtlichen Einschränkung die Matura, wenngleich erst im Herbsttermin, erfolgreich absolvieren konnte. Für den Präsenzdienst wurde er ohnehin als untauglich erachtet. Zum Beweis seiner Einschränkungen und des dadurch bedingten größeren Einsatzes zur Erzielung des gleichen Erfolgs gesunder Vergleichspersonen beantrage ich hilfsweise die Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens.

b) Nachdem K an der JKU Linz erkennen musste, dass es aufgrund des verspäteten Studienbeginns extrem schwierig war, freie Plätze in Lehrveranstaltungen zu ergattern, verlor er frustriert - auch dabei hatte sein ADHS maßgeblichen Einfluss - immer mehr das Interesse am Diplomstudium der Rechtswissenschaften. Es gelang uns als Eltern jedoch, ihn für eine andere Studienrichtung, nämlich für das Bachelorstudium Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der WU Wien zu motivieren und bei ihm eine Neuorientierung zu bewirken. Eine große Hürde auf den Weg dorthin stellte jedoch die Zugangsbeschränkung, die ua eine Aufnahmeprüfung in Form einer (glaublich) vierstündigen Klausur in der Messe Wien vorsah, dar. Sie setze ein umfangreiches und detailliertes Studium zahlreicher dazu von der WU Wien angebotener Skripten und Unterlagen voraus. Für einen AHS-Abgänger wie K bedeutete das im Vergleich zu "Kandidaten, die eine HAK oder andere berufsbildende höhere Schulen besucht hatten, das Erlernen eines völlig neuen Stoffes, nämlich wirtschaftlicher Themen und auch Grundzüge der Buchhaltung. Eine erfolgreiche Absolvierung dieser Aufnahmeprüfung, wie es K geschafft hat, gelingt schon einem Gesunden nur mit entsprechend ernsthafter und zielstrebigem Vorbereitung, umso mehr musste sich K anstrengen.

Wie ich nun aus dem im WS 2018/19 begonnenen Studium meines weiteren Sohnes T an der Universität Wien, Diplomstudium Rechtswissenschaften (das keine Aufnahmeprüfung voraussetzt), erkennen durfte, erfordern die dortigen Klausuren etwa im Römischen Recht oder in der Einführung in die Rechtswissenschaften weitaus weniger Aufwand als die Aufnahmeprüfung von K an der WU Wien, reichen aber für die Beurteilung des Finanzamtes, das Kind betreibe sein Studium ernsthaft und zielstrebig, aus. Ließe man den notwendigen Aufwand für die Aufnahmeprüfung an der WU bei der Beurteilung der Ernsthaftigkeit und Zielstrebigkeit außer Acht, stellte dies eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dar.

Wie allgemein bekannt, stellen Zugangsbeschränkungen an den österreichischen Universitäten, vor allem in Form von Aufnahmeprüfungen, nunmehr die Regel und nicht mehr eine Ausnahme dar und dürfen bei der Prüfung der Ernsthaftigkeit und Zielstrebigkeit einer Ausbildung nicht außer Betracht bleiben, schon gar nicht, wenn sie positiv erledigt werden. Diese Aufnahmeprüfungen finden zudem nur einmal jährlich, und zwar am Ende des jeweiligen Sommersemesters statt; ein Studienwechsel bereits zu Beginn des Sommersemesters 2017 war K selbst bei bestem Willen faktisch nicht möglich. Ein „schiefsemestriger“ Einstieg in eine neue Studienrichtung wie die von K angestrebte ist - wie auch bei den meisten Studien - angesichts der von den autonomen Universitäten vorgegebenen Strukturen nicht mehr umsetzbar. Ein Studierender so wie K ist daher bei einem nach FLAG zulässigen Studienwechsel während der ersten beiden Semester und selbst dann, wenn er frühest möglichst eingeleitet wurde, gezwungen, ein Semester ausschließlich der Vorbereitung zur Aufnahmeprüfung zu widmen. Früher als im darauffolgenden Wintersemester kann er die neue Studienrichtung nicht beginnen, und dies auch nur, wenn er die entsprechende Aufnahmeprüfung positiv absolviert hat.

Ohne erfolgreiche Aufnahmeprüfung ist der Beginn eines Studiums also weitgehend nicht mehr möglich. Eine allfällige anderslautende Vorjudikatur ist daher aufgrund der geänderten Sachlage als überholt zu betrachten und widerspräche auch dem Gleichbehandlungsgebot.

Die Bescheinigung der erfolgreichen Aufnahmeprüfung an der WU Wien habe ich bereits dem Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr zum Verfahren betreffend Familienbeihilfe für K von Juni bis September 2017 vorgelegt. Über meinen Antrag vom 22.6.2017 ist der Abweisungsbescheid vom 25.7.2017 ergangen. Die Entscheidung über meine dagegen erhobene Beschwerde vom 19.8.2017 wurde wegen Präjudizialität dieses Verfahrens mit Bescheid vom 27.3.2018 ausgesetzt.

c) Das weitere Aufnahmeverfahren bei der WU Wien sah vor, dass man sich per Internet einen persönlichen Termin zur Inskription reserviert. Das machte K und reservierte - er konnte sich nicht mehr an das genaue Datum erinnern – einen Termin (wohl) für die erste Septemberwoche, an dem er persönlich an der WU inskribieren wollte. Auch mit einem absolvierten Wirtschaftsstudium wollte K immer schon danach in der Auto(verkaufs)branche tätig werden und hatte den Sommer über immer die Fühler danach ausgestreckt. In der ersten Septemberwoche 2017 bekam er über Vermittlung des Vaters seiner Freundin das Angebot, sofort bei der Fa. F GmbH (Skoda-Händler) als Verkaufsassistent tätig werden zu können. Dieses Beschäftigungsverhältnis ist nach wie vor aufrecht.

Aufgrund dieser überraschenden und plötzlichen Wendung - bis zuletzt hatte K seinen Studienbeginn vorgehabt und ich als Vater war intensiv in die Wohnungssuche in Wien eingebunden - sagte er (wohl) in dieser ersten Septemberwoche 2017 den Inskriptionstermin bei der WU Wien ab und gleichzeitig der Fa. F GmbH zu. Die von Ihnen erwähnten Bestätigungen wie Beginn des Studiums und Meldungen zur Fortsetzung des Studiums können daher nicht vorgelegt werden. Zum Beweis dieser Vorgänge beantrage

ich jedoch - sofern diese Stellungnahme nicht ausreichen sollte - die Einvernahme meines Sohnes K und von mir.

3. Es trifft zu dass der Rückforderungsbetrag zur Gänze abgedeckt wurde.

Während des gesamten Beurteilungszeitraumes verfolgte K seine Ausbildungen - dies sowohl bei einer vorzunehmenden ex-ante Betrachtung, aber auch bei einer kritischen ex-post Beurteilung (nachher weiß man es immer besser) - ernsthaft und zielstrebig. Ich ersuche daher, meiner Beschwerde Folge zu geben.“

Der Stellungnahme war auszugsweise ein Arztbrief der Nervenlinik Linz, Abteilung für Kinder- und Jugendpsychiatrie, vom 27.3.2012 angeschlossen. Darin wurde bei der Entlassung nach mehreren Aufenthalten des Sohnes des Beschwerdeführers ebendort folgende Diagnose gestellt:

„ADHS, Störung des Sozialverhaltens auf den familiären Bereich beschränkt, kein Hinweis auf umschriebene Entwicklungsstörung, keine körperliche Erkrankung, keine belastenden psychosozialen Umstände erhebbar.“

In der Zusammenfassung des klinisch-psychologischen Berichtes wird unter Punkt A betreffend die intellektuelle Leistungsfähigkeit, Teilleistungsstörungen festgestellt:

„Bei der differenzierten Analyse der intellektuellen Leistungsfähigkeit befindet sich der Gesamt-IQ mit einem Wert von 95 im durchschnittlichen Bereich. Es ergeben sich somit keine Hinweise auf eine Teilleistungsschwäche oder -stärke. Sowohl in der kurzfristigen als auch bei der langfristigen selektiven Aufmerksamkeit und Konzentration erreicht K unterdurchschnittliche Werte. Dieses Ergebnis kann als Hinweis auf eine beeinträchtigte Konzentrationsfähigkeit [erg.: gewertet werden]. Es zeigen sich keine Hinweise auf eine Interferenzneigung bzw. Störanfälligkeit in der Informationsverarbeitung. Weiters zeigt sich kein impulsiver Arbeitsstil. Auffällig ist, dass K abwesend wirkt, die einfache Instruktion während der gesamten Testung nachfragt und verlangsamt erscheint. Auch zeigt er wenig Ehrgeiz.“

Beweiswürdigung

1) Zu klären ist im vorliegenden Fall in sachverhältnismäßiger Hinsicht zunächst die Frage, ob der Sohn des Beschwerdeführers im beschwerdegegenständlichen Zeitraum während der Zeit, in der er zum Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der JKU Linz zugelassen war, Aktivitäten in Richtung eines Studiums gesetzt hat. Solche Aktivitäten bestehen typischerweise im Besuch der von der Universität angebotenen Lehrveranstaltungen, da diese der wissenschaftlichen Berufsvorbildung und der Qualifizierung für die angestrebte berufliche Tätigkeit dienen.

Der Sohn des Beschwerdeführers gab dazu am 8.5.2017 an, dass er sich aus den dargestellten Gründen erst nachträglich in den „Kurs Rechtswissenschaften inskripiert“ habe können. Infolge dessen hätten sich leider schon zu viele andere Studenten für diesen „Kurs“ inskribiert, weshalb er „aufgrund der ausgelasteten Kapazitäten des Hörsaals daran gehindert“ gewesen sei, „an den jeweiligen Lesungen teilzunehmen“.

Da er gehindert worden sei, an den „Lesungen“ teilzunehmen, habe der sich dazu entschlossen, das Studium der Rechtswissenschaften an der JKU Linz abzubrechen.

Schon aus dieser Verantwortung geht hinreichend deutlich hervor, dass der Sohn des Beschwerdeführers keine Aktivitäten in Richtung eines tatsächlichen Studiums der Rechtswissenschaften gesetzt hat. Dass er sich in irgendeiner anderen Form mit den Lehrinhalten des rechtswissenschaftlichen Studiums auseinandergesetzt hätte, behauptet der Sohn des Beschwerdeführers nicht.

Insgesamt gesehen hat er damit aber keinerlei Aktivitäten in Richtung eines tatsächlich betriebenen Studiums der Rechtswissenschaften gesetzt. Auch der Beschwerdeführer räumt in der Beschwerde ein, dass „bei objektiver Betrachtung durchaus Zweifel an der Ernsthaftigkeit und Zielstrebigkeit“ des vorgeblich betriebenen Studiums bestehen könnten. Für den Zeitraum ab Februar 2017 wird vom Beschwerdeführer indirekt bestätigt, dass von vorneherein keinerlei Interesse seines Sohnes an einem Betrieb des rechtswissenschaftlichen Studiums mehr bestand. Der Beschwerdeführer hat wiederholt darauf hingewiesen dass sich der „Studienwechselwille“ bei seinem Sohn schon „Ende des Wintersemesters 2016/17“ bzw. schon „vor dem Sommersemester 2017“ manifestiert habe, und der Studienwechsel zum frühestmöglichen Zeitpunkt, „also vor Beginn des ersten für einen Studienerfolg maßgebenden Semesters“ (Sommersemester 2017) eingeleitet worden sei. Das Wintersemester 2016/17 endete an der JKU Linz am 31.1.2017, vom 1.2.2017 bis 28.2.2017 waren Semesterferien, am 1.3.2017 begann das Sommersemester.

Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf die aktienkundige Erkrankung seines Sohnes verweist, wird zunächst festgestellt, dass die dargestellte Beeinträchtigung des Sohnes des Beschwerdeführers unstrittig ist. Auch die in der Stellungnahme vom 6.2.2019 zum Ausdruck gebracht Tatsache, dass aufgrund der Beeinträchtigung ein größerer Einsatz zur Erzielung des gleichen Erfolges einer „gesunden Vergleichsperson“ notwendig ist, wird als richtig anerkannt. Von der beantragten Einholung eines medizinischen Sachverständigengutachtens wird daher gemäß § 183 Abs. 3 zweiter Satz BAO abgesehen.

Von diesem durch die Beeinträchtigung bedingten, zum Betrieb eines Studiums notwendigen persönlichen Mehraufwand zu unterscheiden ist die Frage, ob im beschwerdegegenständlichen Zeitraum vom Sohn des Beschwerdeführers überhaupt Aktivitäten in Richtung eines rechtswissenschaftlichen Studiums an der JKU Linz gesetzt werden hätten können. Dies wird vom Beschwerdeführer weder in Abrede gestellt, noch ist dies den eingangs zitierten Gutachten zu entnehmen. In diesen wurde eine einfache Aufmerksamkeits- und Aktivitätsstörung bzw. eine auf den familiären Rahmen beschränkten Störung des Sozialverhaltens festgestellt. Keinen anderen Befund liefert auch der vom Beschwerdeführer vorgelegt Arztbrief. Die Beeinträchtigungen des Sohnes des Beschwerdeführers hätten diesen daher nicht gehindert, konkrete Aktivitäten in Richtung eines Studiums der Rechtswissenschaften zu setzen.

Es steht für das Bundesfinanzgericht in freier Würdigung aller Umstände ausreichend fest, dass der Sohn des Beschwerdeführers an der JKU Linz tatsächlich kein Studium der Rechtswissenschaften im oben aufgezeigten Sinn betrieben hat.

2) Beabsichtigter Studienwechsel

Dass der in der Beschwerde vorgebrachte „beabsichtigte Studienwechsel“ zum Studium der Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der WU Wien tatsächlich nicht stattgefunden hat, wird vom Beschwerdeführer in der Stellungnahme vom 6.2.2019 eingeräumt. Von der WU Wien wurden demzufolge auch keine diesbezüglichen Daten gemäß § 46a Abs. 2 Zif. 4 lit. a FLAG an das Finanzamt übermittelt.

3) Im Übrigen sind die oben getroffenen Sachverhaltsfeststellungen unstrittig und ergeben sich aus den zitierten Aktenteilen, dem Vorbringen des Beschwerdeführers und seines Sohnes, den Eintragungen in der Behilfendatenbank, dem Abgabensinformationssystem sowie den Versicherungsdaten der Österreichischen Sozialversicherung.

Rechtslage

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG in der für den beschwerdegegenständlichen Zeitraum anzuwendenden Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 144/2015 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, 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 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; Gleiches gilt, wenn alle Lehrveranstaltungen und Prüfungen der Studieneingangs- und Orientierungsphase nach § 66 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, erfolgreich absolviert wurden, sofern diese mit mindestens 14 ECTS-Punkten bewertet werden. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. d FLAG idF BGBl I Nr. 144/2015 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird.

Nach § 2 Abs. 1 lit. e FLAG idF BGBl I Nr. 144/2015 besteht ein Anspruch für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird.

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen (§ 26 Abs. 1 FLAG). Dies gilt gemäß § 33 Abs. 3 EStG iVm § 26 FLAG auch für zu Unrecht bezogene Kinderabsetzbeträge.

Erwägungen

1) Betrieb eines rechtswissenschaftlichen Studiums an der JKU Linz

In der Beschwerde wurde zutreffend darauf hingewiesen, dass in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG als alleinige Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr die Aufnahme als ordentlicher Hörer gefordert wird. Die vom Finanzamt im angefochtenen Bescheid sinngemäß zitierte und in der Beschwerdevorentscheidung eingehend dargestellte allgemeine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage des Vorliegens einer Berufsausbildung im Sinne des FLAG wendet dieser nur mehr in den Fällen an, die außerhalb des in § 2 Abs. 1 lit. b FLAG besonders geregelten Bereichs des Besuchs einer Einrichtung im Sinne des § 3 StudFG liegen (vgl. VwGH 28.1.2003, 2000/14/0093, VwGH 1.3.2007, 2006/15/0178, sowie ausdrücklich VwGH 26.5.2011, 2011/16/0077, VwGH 22.12.2011, 2009/16/0315, VwGH 27.9.2012, 2010/16/0013, und VwGH 14.12.2015, Ro 2015/16/0005).

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes bezieht sich die Aussage, dass die Aufnahme als ordentlicher Hörer als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr gilt, aber nur auf das Erfordernis eines Studiennachweises, der für das erste Studienjahr ex-ante nicht erbracht werden kann. Der Entfall eines Kriteriums für den Studienfortgang im ersten Studienjahr lässt aber das Erfordernis, dass ein Studium überhaupt betrieben wird, um von einer Berufsausbildung sprechen zu können, unberührt. Wenn über die Aufnahme als ordentlicher Hörer hinaus keine Aktivitäten in Richtung eines Studiums gesetzt werden, liegt keine Berufsausbildung im Sinne des FLAG vor (VwGH 30.6.2016, Ro 2015/16/0033).

Die jedem Studenten eingeräumte und auch vom Gesetzgeber in den Materialien zum Bundesgesetz BGBl. Nr. 311/1992 (Änderung des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG) erwähnte akademische Freiheit, ein Studium und den Studienfortgang völlig frei zu bestimmen, bedeutet zwar einerseits nicht, dass detaillierte Nachweise zu erbringen wären, ob und wie in einem bestimmten Monat studiert wird. Andererseits kann diese akademische Freiheit aber nicht dahingehend aufgefasst werden, dass eine Berufsausbildung im Sinne des FLAG durch Besuch einer in § 3 des StudFG genannten Einrichtung auch dann vorläge, wenn tatsächlich keine Aktivitäten in Richtung eines Studiums gesetzt werden.

Gemäß § 51 Abs. 3 Zif. 3 UG sind Diplomstudien - wie das Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der JKU - ordentlichen Studien, die sowohl der wissenschaftlichen und künstlerischen Berufsvorbildung und der Qualifizierung für berufliche Tätigkeiten, welche die Anwendung wissenschaftlicher und künstlerischer Erkenntnisse und Methoden erfordern, als auch deren Vertiefung und Ergänzung dienen. Da nach den Feststellungen des Bundesfinanzgerichtes der Sohn des Beschwerdeführers im beschwerdegegenständlichen Zeitraum keine in diese Richtung zielenden Tätigkeiten gesetzt hat, lag keine Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG vor.

2) Beabsichtigtes Bachelorstudium an der WU Wien

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes erfordert der Tatbestand des § 2 Abs. 1 lit. e FLAG den *tatsächlichen* Beginn der Berufsausbildung nach Ende des Präsenz-, Zivil- oder Ausbildungsdienstes. Einer tatsächlichen Ausbildung vorangehende Schritte einer Bewerbung einschließlich eines Tests und eines Bewerbungsgespräches stellen noch keine Ausbildung dar, wenn diese eben nicht iSd § 2 Abs. 1 lit. e FLAG begonnen wird (VwGH 26.5.2011, 2011/16/0057).

Nichts anderes gilt für den Tatbestand des § 2 Abs. 1 lit. d FLAG. Auch diese Bestimmung stellt auf den Beginn einer weiteren Berufsausbildung ab; gemeint ist auch hier – ebenso wie bei der Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. e FLAG – der *tatsächliche* Beginn.

Der „beabsichtigte“ Beginn des Bachelorstudiums Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der WU Wien genügt daher nicht für die Erfüllung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. d FLAG.

Insgesamt gesehen lagen daher für die vom Rückforderungsbescheid umfassten Monate weder die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG noch jene des § 2 Abs. 1 lit. d FLAG vor.

Aus § 26 Abs. 1 FLAG ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 26 Rz 3 mit Hinweis auf VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

Aus den angeführten Gründen erweist sich der angefochtene Rückforderungsbescheid als rechtmäßig, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Da im gegenständlichen Verfahren die entscheidungsrelevanten Rechtsfragen bereits ausreichend durch die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt sind, und die Entscheidung von dieser Rechtsprechung nicht abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Linz, am 12. Februar 2019