

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde des A C, Adresse, vom 13.1.2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Neunkirchen Wr. Neustadt vom 5.1.2012, Sozialversicherungsnummer X, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für B C für den Zeitraum Oktober 2011 bis Dezember 2011 zurückgefördert werden, zu Recht erkannt:

- I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO) Folge geben.  
Der angefochtene Bescheid wird ersatzlos aufgehoben.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

### Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf), A C, bezog für seine im September 1990 geborene Tochter B Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Bei der Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen stellte das Finanzamt fest, dass B das Studium mehr als drei Mal gewechselt hat und forderte mit Bescheid vom 5.1.2012 die für den Zeitraum Oktober 2011 bis Dezember 2011 bezogenen Beträge unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 und § 17 StudFG zurück:

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

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

Der Bf. brachte mit zwei Schriftsätze vom 13.1.2012 gegen den Rückforderungsbescheid mit folgender Begründung Berufung ein, wobei er ausführte:

*Meine Tochter B begann im Oktober 2009 ein Publizistikstudium. Sie merkte allerdings im Laufe des 1. Semesters, dass dies nicht ihren Vorstellungen und Fähigkeiten entsprach und sah ihre Berufung im wirtschaftlichen Bereich an der Fachhochschule Campus02 in Graz, wo sie jedoch frühestens im Herbst 2010 anfangen konnte. Sehr hinderlich waren jedoch jahrelange und ständige Behandlungen und Therapien im Bereich ihres Unter- und Oberkiefers was sie nicht nur körperlich sondern auch psychisch sehr mitgenommen hat. Dieser Zustand fand dann seinen Höhepunkt in zusätzlich aufgetretenen Essstörungen/Bulimie und damit verbundenem starkem Gewichtsverlust, was zusätzliche Therapiesitzungen notwendig machte. Um sich zu beschäftigen und um den Lernrhythmus nicht zu verlieren, habe ich ihr geraten, zur Überbrückung und auch wegen der näheren Distanz, an der Uni Wien in Rechtswissenschaften zu inskribieren (März 2010). Aufgrund ihres fortdauernden Krankheitszustandes (Kieferbehandlungen und Bulimie), der zu einem späteren Zeitpunkt auch eine schwere Kieferoperation notwendig machte, konnte sie aber keine einzige Vorlesung in Rechtswissenschaften belegen und deshalb auch keine Prüfung ablegen – sh blg Bestätigung der Universität Wien.*

*Dieses "Studium" bestand aus diesem Grund nur auf dem Papier und beschränkte sich rein nur aus der Inskribierung, ohne weitere Tätigkeiten für die Rechtswissenschaften. Im Mai 2010 konnte sie dann - auch aufgrund der noch andauernden Kieferprobleme und der bevorstehenden Operation - leider die Aufnahmeprüfung für die FH Campus02 in Graz nicht positiv abschließen. Ihr wurde aber die Möglichkeit eingeräumt, ein Jahr später die Aufnahmeprüfung zu wiederholen. Um sich dafür fachlich vorzubereiten und weiterzubilden, inskribierte sie im Oktober 2010 an der Universität Graz in Betriebswissenschaften, wobei sie die Vorlesungen besuchte und die erforderlichen Prüfungen mit Erfolg ablegte. Im April 2011 fand nun endlich die lang ersehnte Kieferoperation statt was sich auch sehr positiv auf den psychischen Zustand meiner Tochter auswirkte. Im Juni 2011 konnte sie dann die Aufnahmeprüfung für die FH Campus02 in Graz positiv abschließen und wurde mit 03.10.2011 für die Studienrichtung "International Marketing and Sales Management" aufgenommen. Obwohl meiner Tochter B am 20. Jänner 2012 eine weitere Kieferoperation bevorsteht, legte sie bisher alle Prüfungen an der FH mit "Sehr Gut" und "Gut" ab.*

*Aufgrund der besonderen Umstände - Krankheiten und Studium "nur auf dem Papier" ohne Vorlesungen und Prüfungen - ersuche ich um Weitergewährung von Familienbeihilfe und Kindergeld für meine Tochter B C.*

Die beiden Schriftsätze unterscheiden sich nur dadurch, dass in einem das "Ersuchen um Weiterleitung an den Unabhängigen Finanzsenat" gestellt wurde.

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Aktenkundig ist folgende Darstellung der Chronologie:

*ab 2009 Kieferorthopädische Behandlungen*

*ab 29.10.2009 Bulimie-Behandlungen*

*01.10.2009 bis 26.10.2010 Publizistik (Wien) / Bulimie- und Kiefertherapien*

*04.03.2010 JUS (Wien) als Überbrückung für FH (aber aufgrund der bestehenden Krankheiten nicht angetreten) / Bulimie- und Kiefertherapien*

*Aufnahmeprüfung für FH-Graz aufgrund der bestehenden Krankheiten nicht bestanden*

*2010 bis 2011 Laufend Nachhilfestunden betreffend wirtschaftlicher Grundkenntnisse (Gymnasium-Matura)*

*06.10.2010 bis Kiefer-OP BWL als Vorbereitung für FH-Graz*

*April 2011 bis Sept. 2011 Therapien / positive Aufnahmeprüfung für FH-Graz / Ende Bulimie / Ferialpraktikum*

*09.09.2011 bis aktuell FH (Graz) - International Marketing & Sales*

Eine Erledigung der Berufung durch den Unabhängigen Finanzsenat erfolgte nicht.

Gemäß § 323 Abs. 38 BAO sind am 31.12.2013 beim Unabhängigen Finanzsenat anhängig gewesenen Berufungen vom Bundesfinanzgericht als Beschwerden im Sinn des Art. 130 Abs. 1 B-VG zu erledigen sind.

Am 28.7.2014 erfolgte auf Grund langanhaltender Erkrankung der zunächst zuständig gewesenen Richterin des BFG ein Wechsel der Richterin gemäß § 9 Abs. 9 BF GG.

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Folgender Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage:

Die Tochter des Bf, B, begann nach der Ablegung der Reifeprüfung an einem Gymnasium im Wintersemester 2009/10 an der Universität Wien mit dem Bakkalaureatsstudium Publizistik- u. Kommunikationswissenschaft und war bis 26.2.2010 gemeldet (15 ECTS, 6 SSt. am 1.2.2010).

Nach dem ersten Semester Publizistik beendete B dieses Studium und inskribierte im Sommersemester 2010 als ordentliche Studierende das Diplomstudium Rechtswissenschaften an der Universität Wien. Laut Bestätigung der Universität Wien vom 9. Jänner 2012 legte B keine Prüfungen für A101 Rechtswissenschaften ab. Auch dieses Studium wurde nach einem Semester beendet (keine ECTS).

In dieser Zeit verschaffte sich B auch wirtschaftliche Grundkenntnisse durch Selbststudium und Nachhilfe außerhalb der Universität.

Im Wintersemester 2010/11 inskribierte B als ordentliche Studierende der Studienrichtung Betriebswirtschaft (Bachelorstudium) an der Universität Graz zur Vorbereitung auf den Fachhochschulstudiengang und setzte dieses Studium bis zum Sommersemester 2011 fort (2.12.2010 bis 28.6.2011, 12 ECTS).

Schließlich inskribierte B im Wintersemester 11/12 als ordentliche Hörerin im "FH-Bachelorstudiengang Marketing & Sales" an der Campus 02 Fachhochschule der Wirtschaft GmbH in Graz.

B merkte bereits im Lauf des 1. Semesters (2009/2010), dass das Publizistikstudium nicht ihren Vorstellungen und Fähigkeiten entsprach und sah ihre Berufung im wirtschaftlichen Bereich an der Fachhochschule Campus02 in Graz, wo sie jedoch frühestens im Herbst 2010 anfangen konnte.

Seit dem Jahr 2009 stand B in kieferorthopädischen Behandlungen. Die starken Schmerzen führten zu jahrelangen und ständigen Behandlungen und Therapien im Bereich des Unter- und Oberkiefers. Diese nahmen B nicht nur körperlich, sondern auch psychisch sehr mit. Hinzu traten Essstörungen (Bulimie) mit starkem Gewichtsverlust, was zusätzliche Therapiesitzungen notwendig machte.

Um sich zu beschäftigen und um den Lernrhythmus nicht zu verlieren, riet ihr ihr Vater, zur Überbrückung und auch wegen der näheren Distanz, an der Uni Wien in Rechtswissenschaften zu inskribieren (März 2010), allerdings bestand dieses Studium nur "auf dem Papier" und wurden aufgrund ihres fortdauernden Krankheitszustandes weder Lehrveranstaltungen besucht noch Prüfungen abgelegt.

B erhielt in dieser Zeit auch Nachhilfestunden in Bezug auf wirtschaftliche Grundkenntnisse. Dass die Vermittlung dieser Grundkenntnisse B zeitlich in einem Umfang in Anspruch nahm, dass diesbezüglich von einer Berufsausbildung gesprochen werden kann, ist nicht feststellbar.

Im Mai 2010 konnte B - auch aufgrund der noch andauernden Kieferprobleme und einer bevorstehenden Operation - die Aufnahmeprüfung für die FH Campus02 in Graz nicht positiv abschließen. Ihr wurde aber die Möglichkeit eingeräumt, ein Jahr später die Aufnahmeprüfung zu wiederholen.

Um sich dafür fachlich vorzubereiten und weiterzubilden, inskribierte sie im Oktober 2010 an der Universität Graz in Betriebswissenschaften, wobei sie die Vorlesungen besuchte und die erforderlichen Prüfungen mit Erfolg ablegte.

Im April 2011 fand die (erste) Kieferoperation statt, die sich positiv auf den psychischen Zustand von B auswirkte.

Im Juni 2011 bestand B die Aufnahmeprüfung für die FH Campus02 in Graz und wurde mit 3.10.2011 für die Studienrichtung "International Marketing and Sales Management" aufgenommen.

An der FH Campus02 legte B - zumindest bis zur Einbringung der gegenständlichen Beschwerde - alle Prüfungen an der FH mit "Sehr Gut" und "Gut" ab.

Für B wurde durchgehend bis Dezember 2011 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bezogen.

## Beweiswürdigung

Das Bundesfinanzgericht folgt im Wesentlichen den von der belangten Behörde unwidersprochenen Angaben des Bf.

Soweit allerdings in der vom Bf vorgelegten "Chronologie" beim Studium der Publizistik der Zeitraum "1.10.2009 bis 26.10.2010" angegeben ist, handelt es sich offenkundig um einen Schreibfehler, da laut vom Bf vorgelegtem Sammelzeugnis der Universität Wien dieses Studium am 26.2.2010, also nach einem Semester, beendet wurde, und im Übrigen das Sommersemester 2010 nicht am 26.10.2010, sondern am 30.9.2010 geendet hat (§ 52 UG 2002).

Das Gericht folgt den Angaben des Bf auch hinsichtlich des - entscheidenden - Umstands, dass die Inskription an den Universität Wien im Sommersemester 2010 nur zum Schein erfolgte und diesbezüglich keine Berufsausbildung vorlag. Die Ausführungen des Bf sind glaubwürdig. Es steht angesichts des gesamten Ausbildungs- und Krankheitsverlaufes mit der Lebenserfahrung in Einklang, dass die Tochter das Studium der Rechtswissenschaften, das sie nur über Drängen inskribiert hatte, tatsächlich nicht betrieben hat. Gegenteilige Feststellungen hat das Finanzamt nicht getroffen.

Was die in der "Chronologie" angegebenen Nachhilfestunden in Bezug auf wirtschaftliche Grundkenntnisse anlangt, gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Vermittlung dieser Grundkenntnisse B zeitlich in einem Umfang (mindestens 30 Wochenstunden, vgl. Lenneis in Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 2 Rz 40) in Anspruch nahm, das diesbezüglich von einer Berufsausbildung gesprochen werden kann. Dies wurde vom Bf auch nicht behauptet.

## Rechtsgrundlagen

§ 2 Abs. 1 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. Gleches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,*

- 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, 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,*
- e) *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,*

f) (Anm.: 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,

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. Lebensjahrs ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahrs; 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. Lebensjahrs, 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. Lebensjahrs, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahrs 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 Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007 - 2013.“*

§ 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 gesamten Vorstudienzeiten für die Anspruchsdauer des nunmehr betriebenen Studiums berücksichtigt werden, weil sie dem nunmehr betriebenen Studium auf Grund der besuchten Lehrveranstaltungen und absolvierten Prüfungen nach Inhalt und Umfang der Anforderungen gleichwertig sind,*

*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 Doktoratsstudiums gemäß § 15 Abs. 3.*

*(3) Nicht als Studienwechsel im Sinne des § 17 Abs. 1 Z 1 und 2 gilt der Wechsel von der Studienrichtung Medizin zur Studienrichtung Zahnmedizin für Studierende, die die Studienrichtung Medizin vor dem Studienjahr 1998/99 aufgenommen haben und den Studienwechsel spätestens im Sommersemester 2001 vornehmen.*

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

## **Beschwerdevorbringen**

Der Bf bringt gegen den angefochtenen Bescheid zwei Argumente vor:

Erstens sei seine Tochter krankheitsbedingt beeinträchtigt gewesen und

zweitens habe das Studium der Rechtswissenschaften "nur auf dem Papier" bestanden.

Damit wird eine Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) des angefochtenen Bescheides aufgezeigt:

Wie ausgeführt, besteht gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung Anspruch auf Familienbeihilfe 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 nach dieser Bestimmung 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.

Das Bundesfinanzgericht bezweifelt nicht, dass die Tochter des Bf durch ihre Erkrankungen im Studium immer wieder beeinträchtigt war.

Die Berücksichtigung einer Krankheit als Verlängerungstatbestand bei einem bestehenden Studium ist hier allerdings nicht verfahrensgegenständlich, da das Fachhochschulstudium, das es in diesem Verfahren zu beurteilen gilt, im Rückforderungszeitraum gerade begonnen wurde.

Das Finanzamt hat den angefochtenen Bescheid vielmehr darauf gestützt, dass ein mehrfacher Studienwechsel vorliege.

Wie ausgeführt, gelten bei einem Studienwechsel die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 StudFG liegt ein günstiger Studienerfolg nicht vor (vgl. Wimmer in Czaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 2 Rz 93 ff), wenn der Studierende:

- das Studium öfter als zweimal gewechselt hat oder
- das Studium nach dem jeweils dritten inskribierten Semester gewechselt hat oder

- nach einem Studienwechsel aus dem vorhergehenden Studium keinen günstigen Studienerfolg nachgewiesen hat, bis zum Nachweis eines günstigen Studienerfolges aus dem neuen Studium.

Nach § 17 Abs. 2 StudFG gelten nicht als Studienwechsel im Sinne des Abs. 1

1. Studienwechsel, bei welchen die gesamten Vorstudienzeiten für die Anspruchsdauer des nunmehr betriebenen Studiums berücksichtigt werden, weil sie dem nunmehr betriebenen Studium auf Grund der besuchten Lehrveranstaltungen und absolvierten Prüfungen nach Inhalt und Umfang der Anforderungen gleichwertig sind.

2. Studienwechsel, die durch ein unabwendbares Ereignis ohne Verschulden des Studierenden zwingend herbeigeführt wurden.

Nach § 17 Abs. 4 StudFG ist ein Studienwechsel i.S.d. § 17 Abs. 1 Z 2 StudFG "nicht mehr zu beachten, wenn der Studierende in dem nunmehr gewählten Studium so viele Semester wie in den vor dem Studienwechsel betriebenen Studien zurückgelegt hat."

Unstrittig ist, dass B im Wintersemester 2009/2010 an der Universität Wien Publizistik studiert hat. Dies war das erste Studium.

Gleichermaßen unstrittig ist, dass B im Sommersemester 2010 das Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien - auf die Dauer dieses Semesters - inskripiert hat.

Allerdings hat den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen zufolge dieses Studium nur "auf dem Papier" bestanden, Lehrveranstaltungen wurden keine besucht, Prüfungen wurden nicht abgelegt.

Nun wird zwar der Begriff des Studiums nach dem StudFG jeweils durch die Inschriftion bestimmt (vgl. VwGH 15.10.2003, 98/12/0472 u.v.a), allerdings wird das in § 2 FLAG 1967 geforderte Tatbestandsmerkmal der überwiegenden Inanspruchnahme durch die Ausbildung - bezogen auf ein Universitätsstudium - nicht schon mit der bloßen Inschriftion erfüllt, sondern es ist erforderlich, dass das Studium tatsächlich in einem bestimmten Ausmaß ernsthaft betrieben wird (vgl. VwGH 17.11.1999, 99/08/0144 zu AlVG). Daher genügt die Inschriftion als reiner Formalakt nicht, der Besuch von Lehrveranstaltungen ist auch in den ersten beiden Semestern eines Studiums essentielle Voraussetzung dafür, dass von einer Berufsausbildung gesprochen werden kann (vgl. Wimmer in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 2 Rz 59 m.w.N.).

Daher hat es sich bei dem "Studium" der Rechtswissenschaften um kein Studium i.S.d. § 2 FLAG 1967 i.V.m. § 17 StudFG gehandelt.

Der Umstand, dass der Bf - voraussichtlich zu Unrecht - für den Zeitraum des "Studiums" Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bezogen hat, ist vom Finanzamt im Rahmen einer Prüfung des Anspruchs zu beurteilen und kann eine Rückforderung gemäß § 26 FLAG 1967 nach sich ziehen, dieser Umstand bindet jedoch weder das Gericht in seiner rechtlichen Beurteilung noch kann das Gericht anstelle der Behörde eine Rückforderung vornehmen.

Damit hat B mit dem Jus-"Studium" kein zweites Studium i.S.d. § 2 FLAG 1967 i.V.m. § 17 StudFG begonnen.

Im Wintersemester 2010/2011 wurde an der Universität Graz mit dem Bachelorstudium der Betriebswirtschaft begonnen. In Graz wurden im Wintersemester 2010/2011 und im Sommersemester 2011 auch Vorlesungen besucht und Prüfungen abgelegt.

Das - mit dem Sommersemester 2011 beendete - Bachelorstudium der Betriebswirtschaft somit erst das zweite Studium i.S.d. § 2 FLAG 1967 i.V.m. § 17 StudFG.

Das Fachhochschulstudium ist daher erst das dritte Studium i.S.d. § 2 FLAG 1967 i.V.m. § 17 StudFG.

Damit wurden die beiden nach § 17 Abs. 1 StudFG zulässigen Studienwechsel mit Beginn des Fachhochschulstudiums noch nicht konsumiert.

Mit dem Wechsel zu dem im Wintersemester 2011/2012 begonnenen Fachhochschulstudiengang "International Marketing and Sales Management" lag somit ab Oktober 2011 ein weiterer, aber erst der zweite Studienwechsel vor.

Da kein dritter Studienwechsel, der grundsätzlich nach § 17 Abs. 1 StudFG i.V.m. § 2 FLAG 1967 der Familienbeihilfe entgegensteht vorliegt, braucht nicht mehr geprüft werden, ob einer der Ausnahmetatbestände des § 17 Abs. 2 StudFG vorliegt.

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 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 (vgl. etwa VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

Da B in den Monaten Oktober bis Dezember 2011 einer Berufsausbildung nachging und ein sogenannter schädlicher Studienwechsel nicht vorliegt, ist für diesen Zeitraum die Rückforderung zu Unrecht erfolgt. Ob für einen anderen Zeitraum eine Rückforderung vorzunehmen ist, ist in diesem verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zu beurteilen.

Der angefochtene Bescheid erweist sich daher als mit Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) behaftet, der als Beschwerde weiterwirkende Berufung ist gemäß § 279 BAO Folge zu geben und der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben.

Gemäß § 25 Abs. 1 BFGG und § 282 BAO ist das Finanzamt verpflichtet, im gegenständlichen Fall mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesfinanzgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen und die entsprechenden Verbuchungen vorzunehmen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) eine Revision nicht zulässig, da der hier zu lösenden Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Der Bundesfinanzgericht folgt derdargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Wien, am 4. August 2014