

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Vorsitzende D und die weiteren Beisitzer M, R und L im Beisein der Schriftführerin W in der Beschwerdesache A, Adresse, vom 4. Dezember 2017, vertreten durch U, Adresse, gegen den Bescheid des Finanzamtes Z vom 30. November 2017, betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für die Tochter O für den Zeitraum Oktober 2015 bis September 2017 in der Sitzung am 27. Februar 2019 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

### **I.**

Der Beschwerde wird gemäß § 279 Abs. 1 Bundesabgabenordnung (BAO) teilweise stattgegeben.

A. Der angefochtene Bescheid wird hinsichtlich des Zeitraumes März bis September 2017 ersatzlos aufgehoben.

B. Im Übrigen, hinsichtlich des Zeitraumes Oktober 2015 bis Februar 2017, bleibt der Spruch des angefochtenen Bescheides unverändert.

### **II.**

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

## **Entscheidungsgründe**

### **1 Verfahren vor der Abgabenbehörde**

#### **1.1 Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe**

Im August 2017 wurde die Beschwerdeführerin zur Überprüfung des weiteren Anspruches auf Familienbeihilfe durch Übersendung eines „Überprüfungsschreibens“ aufgefordert ein Abschlusszeugnis, wie ein Diplomprüfungszeugnis oder Rigorosen Zeugnis, unter anderem für ihre Tochter O für das Studium „Wirtschaftsrecht“ sowie den Studiennachweis und die Fortsetzungsbestätigung/Inskriptionsbestätigung vorzulegen.

### **1.2 Beantwortung des Ersuchens**

In Beantwortung des Ersuchens übersandte die Beschwerdeführerin unter anderem Kopien der aktuellen Registrierungsbestätigungen der Universität Innsbruck für ihre Tochter O sowie den Studienerfolgsnachweis für das Bachelorstudium Pharmazie und führte aus, dass ein Diplomprüfungs- oder Rigorosen Zeugnis oder Abschlusszeugnis von O leider noch nicht vorhanden sei und daher nicht vorgelegt werden könne.

### **1.3 Vorhalt der Abgabenbehörde**

In der Folge erging an die Beschwerdeführerin ein Vorhalt der Abgabenbehörde, in dem unter anderem ausgeführt wurde, dass nach der Aktenlage O seit dem Wintersemester 2013 das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften-Management and Economist inskribiert habe. Der Studienerfolgsnachweis sei aber für das Bachelorstudium Pharmazie beigebracht worden. Es werde um Stellungnahme gebeten, ob es sich um einen Studienwechsel handle bzw. wann der Studienwechsel durchgeführt worden sei.

### **1.4 Beantwortung des Vorhaltes**

In Beantwortung des Vorhaltes führte die Beschwerdeführerin aus, dass ihre Tochter O als ursprüngliches erstes Studium Pharmazie in Innsbruck gewählt habe und gleichzeitig auch das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften (Management & Economics) inskribiert habe. Ein Wechsel des Studiums liege nach Ansicht der Beschwerdeführerin deshalb nicht vor, da die erste Inskriptionsbestätigung im Fach Pharmazie erfolgt sei. Ab September 2016 habe O ihren Schwerpunkt wieder auf das Pharmaziestudium verlagert und im anderen Bachelorstudium keine Lehrveranstaltungen mehr besucht und auch keine Prüfungen abgelegt.

### **1.5 Bescheid betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogener Beträge an Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag)**

Mit 30. November 2017 erging an die Beschwerdeführerin ein Bescheid betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogener Beträge an Familienleistungen in Höhe von € 5.610,30 (Familienbeihilfe € 4.208,70 und Kinderabsetzbetrag € 1.401,60).

In der Begründung wurde unter anderem ausgeführt:

*„Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b des Familienlastenausgleichsgesetzes 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 fortgesetzt 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 den vorherigen Studien, in denen eine Fortsetzungsmeldung vorgelegen ist und für die Familienbeihilfe bezogen wurde, in Bezug auf die Wartezeit bis zur Wiedergewährung der Familienbeihilfe für das neue Studium heranzuziehen.*

*Laut Aktenlage absolvierte O vom Oktober 2013 bis September 2015 das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften. Für das Studium Pharmazie war sie zwar gemeldet, sie hat aber in diesem Studium keine positiven Prüfungen absolviert.*

*Für den Bezug der Familienbeihilfe ist ausschließlich das Hauptstudium, das zweifelsohne das Studium Wirtschaftswissenschaften war, maßgebend.*

*Vom Oktober 2015 bis September 2016 war O zwar weiterhin für das Studium gemeldet, hat jedoch keine positiven Prüfungen absolviert. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass O in dieser Zeit die Ausbildung ernsthaft und zielstrebig absolviert hat, die ihre volle Zeit in Anspruch genommen hat. Es besteht daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe für diesen Zeitraum.*

*Seit Oktober 2016 betreibt O das Bachelorstudium Pharmazie. Da O das vorherige Studium bereits mehr als zwei Semester betrieben hat, liegt ein beihilfenschädlicher Studienwechsel vor. Es besteht daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe für eine Wartezeit von vier Semestern (WS 2016, SS 2017, WS 2017, SS 2018).*

*Die Familienbeihilfe für O war daher für den Zeitraum Oktober 2015 bis September 2017 zurückzufordern.“*

## **1.6 Beschwerde**

Gegen den Bescheid betreffend zu Unrecht bezogener Beträge an Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) wurde vom ausgewiesenen rechtsfreundlichen Vertreter eine Beschwerde eingebracht. In der Beschwerde wurde unter anderem Folgendes ausgeführt:

### **„ 1. Sachverhalt**

*Seit dem Wintersemester 2013/2014 war O beim Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften bei der Universität Innsbruck inskribiert und zwar bis ins Wintersemester 2016/17. Bei diesem Studium hat sie bis ins Wintersemester 2015/16 entsprechende Prüfungen abgelegt (vgl. beiliegende Studienbestätigungen und Bestätigung des Studienerfolges Wirtschaftswissenschaften). Gleichzeitig war O ab dem Wintersemester 2013/14 für das Diplomstudium Pharmazie inskribiert und zwar auch für die nachfolgenden Semester und ab dem Wintersemester 2016/17 für das*

*Bachelorstudium Pharmazie, zumal das Diplomstudium Pharmazie eingestellt wurde. Im Diplomstudium Pharmazie hat O entsprechende Lehrveranstaltungen von Beginn an besucht und zwar ab September 2013, jedoch vorerst keine Prüfungen abgelegt. Erst im Bachelorstudium Pharmazie ab September 2016 wurden seither umfassende Prüfungen abgelegt und zwar in den letzten beiden Semestern mit mehr als 40 ECTS Punkten (vgl. Bestätigung des Studienerfolges Pharmazie). Dies war nur deshalb möglich, da O von Beginn an auch Vorlesungen des Studiums Pharmazie besucht hat. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 30. November 2017 hat die belangte Behörde die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Oktober 2015 bis September 2017 rückgefordert mit der Behauptung, dass ein beihilfenschädlicher Studienwechsel vorliege und sie für eine Wartezeit von vier Semestern keinen Anspruch auf Familienbeihilfe habe.*

## **2. Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit.....**

### **3. Beschwerdeerklärung**

*Die Beschwerde richtet sich gegen die Rückforderung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für den Zeitraum Oktober 2015 bis September 2017 bezüglich O und gegen die Mitteilung auf Nichtweitergewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für O ab Oktober 2017.*

### **4. Gründe für die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides**

*Es werden inhaltliche Rechtswidrigkeit und wesentliche Verfahrensmängel geltend gemacht.*

*Einleitend ist zunächst festzuhalten, dass für den Fall eines Studienwechsels der Gesetzgeber des FLAG lediglich auf die Bestimmung des § 17 StudFG verwiesen hat, nicht aber auf den 4. Abschnitt des StudFG und auch nicht auf das StudFG insgesamt, weshalb sämtliche Fragen lediglich nach § 17 StudFG zu beantworten sind (VwGH 28.2.2017, Ro 2016/16/0005). In § 17 StudFG wird unter „Studienwechsel“ ein ungünstiger Studienerfolg wie folgt definiert, nämlich wenn der Studierende das Studium öfter als zweimal gewechselt hat oder das Studium nach dem jeweils dritten inskribierten Semester (nach dem zweiten Ausbildungsjahr) 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. Schon begrifflich ist im gegenständlichen Fall davon auszugehen, dass kein Studienwechsel vorliegt. Von Beginn an war O neben dem Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften auch für das Diplomstudium Pharmazie inskribiert und hat im Rahmen dessen auch entsprechende Lehrveranstaltungen besucht. Auch in der Studienbestätigung der Universität Innsbruck ergibt sich, dass ab dem Wintersemester 2016/2017 das Bachelorstudium Pharmazie als Folgestudium des Diplomstudiums Pharmazie zu bewerten ist, zumal ab diesem Zeitpunkt das Diplomstudium Pharmazie eingestellt wurde. Ein Studienwechsel würde schon begrifflich voraussetzen, dass zunächst ein anderes Studium studiert wurde und danach ein Wechsel in ein neues Studium erfolgt. Wenn jedoch von Beginn an das Studium*

*auch ohne entsprechende Prüfung betrieben wurde, kann schon begrifflich kein Wechsel stattgefunden haben. Ebenso sind die Voraussetzungen nach § 17 StudFG nicht erfüllt, sodass schon insofern der gegenständliche Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet ist. Im Hinblick auf den vorliegenden Studienerfolg im Studium Pharmazie in den letzten beiden Semestern mit über 40 ECTS-Punkten wäre auch die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag ab Oktober 2017 weiter zu gewähren gewesen, da selbst nach § 17 StudFG ein günstiger Studienerfolg im neuen Studium vorliegt, wenn man tatsächlich von einem Studienwechsel ausgehen würde, welcher jedoch aus Sicht des Beschwerdeführers schon begrifflich nicht vorliegt. Die von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen sind unvollständig und geben den tatsächlichen Sachverhalt nicht richtig wieder. Insofern ist das Verfahren auch mit wesentlichen Verfahrensmängeln behaftet. Schließlich hat auch der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass eine Zweitausbildung im Anwendungsbereich des FLAG ohne Einschränkung möglich ist. Da die belangte Behörde die Gesetze denkunmöglich anwendet, ist ihr auch Willkür vorzuwerfen. Wer von Beginn an zwei Studien beginnt, jedoch im zweiten Studium erst zu einem späteren Zeitpunkt Prüfungen absolviert, kann schon keinen Studienwechsel durchführen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass eben beide Studien gleichlaufend inskribiert waren, was die belangte Behörde völlig außer Acht lässt.*

## **5. Anträge**

*Aus all diesen Gründen werden daher nachstehende Anträge gestellt:*

*Das Bundesfinanzgericht möge*

- a) im Verfahren über diese Beschwerde eine mündliche Verhandlung durchführen,*
- b) die Entscheidung durch den gesamten Senat fällen,*
- c) den Bescheid über die Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Beträgen von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag im Gesamtbetrag von € 5.610,30 ersatzlos beheben und den Bescheid über die Mitteilung der Familienbeihilfe insoweit abändern, als der Beschwerdeführerin für O ab Oktober 2017 weiter die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag gewährt werde.“*

## **1.7 Beschwerdeverentscheidung**

Die Beschwerde gegen den Bescheid betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Beträgen an Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) wurde abgewiesen. In der Begründung wurde unter anderem Folgendes ausgeführt:

*„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.*

*Bei Kindern, die eine im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305/1992, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen,*

wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Die Aufnahme als ordentliche Hörerin oder ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b des 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 fortgesetzt gemeldeten Semester (nach dem zweiten Ausbildungsjahr) gewechselt hat und nicht die gesamten Vorstudienzeiten für die Anspruchsdauer des nunmehr betriebenen Studiums berücksichtigt werden.

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

Laut Aktenlage war ihre Tochter O in folgenden Studien gemeldet:

Wintersemester 2013	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Sommersemester 2014	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Wintersemester 2014	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Sommersemester 2015	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Wintersemester 2015	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Sommersemester 2016	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
Wintersemester 2016	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
	C033 305	Bachelorstudium Pharmazie
Sommersemester 2017	C033 305	Bachelorstudium Pharmazie

Nach der Rechtsprechung des VwGH (vgl. VwGH 20.6.2000, 98/15/0001) ist es Ziel einer Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs. 1 lit b FLAG, die fachliche Qualifikation für die Ausübung des angestrebten Berufes zu erlangen. Dazu gehört regelmäßig auch der Nachweis der Qualifikation. Das Ablegen von Prüfungen, die in einem Hochschulstudium

nach der jeweiligen Studienordnung vorgesehen sind, ist essenzieller Bestandteil des Studiums und damit der Berufsausbildung selbst. Der laufende Besuch einer der Berufsausbildung dienenden schulischen Einrichtung reicht für sich allein noch nicht aus, um das Vorliegen einer Berufsausbildung im hier maßgeblichen Sinn anzunehmen. Hierzu muss vielmehr das ernstliche und zielstrebige, nach außen erkennbare Bemühen um den Ausbildungserfolg treten, das sich im Antreten zu den erforderlichen Prüfungen zu manifestieren hat. Ihre Tochter O hat in folgenden Studiensemestern und Studienrichtungen keine einzige Prüfung abgelegt, sodass von keiner Berufsausbildung iSd § 2 Abs. 1 lit b FLAG auszugehen ist:

Wintersemester 2013	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Sommersemester 2014	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Wintersemester 2014	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Sommersemester 2015	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Wintersemester 2015	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
	C 449	Diplomstudium Pharmazie
Sommersemester 2016	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
Wintersemester 2016	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften

Bei diesen Studien hat sich ihre Tochter O nur zum Studium angemeldet (auch die Anmeldung zu zwei Kursen von 01.09.2013 bis 31.10.2013 des Pharmaziestudiums ändert nichts an der Tatsache, dass keine Berufsausbildung vorliegt). Wie oben ausgeführt, liegt aufgrund der Anmeldung zum Studium alleine keine Berufsausbildung iSd FLAG vor. § 17 Abs. 4 StudFG 1992 bezieht sich nur auf bisher betriebene und nicht nur inskribierte Semester. So hat der VwGH zu § 14 StudFG (Mehrfachstudien) im Erkenntnis vom 04.11.2002, ZI. 2002/17/0167 ausgeführt:

Zwar enthält das Studienförderungsgesetz – abgesehen vom § 14 Abs. 1 letzter Satz, der für den Sonderfall von Mehrfachstudien eine spezielle Regelung trifft – keine Definition, was unter einem Studienwechsel zu verstehen ist.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt ein Studienwechsel allerdings dann 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 Studienförderungsgesetzes fallendes Studium beginnt. Im Falle der gleichzeitigen Absolvierung mehrerer Studien (Mehrfachstudien) liegt ein Studienwechsel dann vor, wenn der Studierende an Stelle des bisher angegebenen Studiums ein anderes von ihm betriebenes Studium benennt (vgl. z.B. das Erkenntnis vom 2. September 1998, 97/12/0371, mit Hinweis auf Vorjudikatur).

Bei der weiteren Beurteilung, ob ein Studienwechsel vorliegt, können die oben angeführten Inskriptionen daher nicht berücksichtigt werden.

*Die Voraussetzungen für eine Berufsausbildung iSd § 2 Abs. 1 lit b FLAG liegen grundsätzlich für folgende Studien und Zeiträume vor:*

Wintersemester 2013	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
Sommersemester 2014	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
Wintersemester 2014	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
Sommersemester 2015	C033 571	Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften
Wintersemester 2016	C033 305	Bachelorstudium Pharmazie
Sommersemester 2017	C033 305	Bachelorstudium Pharmazie

*Daraus ersieht man, dass O das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften von Oktober 2013 bis September 2015, also 4 Semester betrieben hat. Ab Oktober 2016 betreibt O das Bachelorstudium Pharmazie.*

*Wie oben ausgeführt, liegt nach § 17 StudFG ein günstiger Studienerfolg nicht vor, wenn die oder der 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. Da O das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften nach 4 Semestern gewechselt hat, liegt ein beihilfenschädlicher Studienwechsel vor. Ein Studienwechsel ist gemäß § 17 Abs. 4 StudFG nicht mehr zu beachten, wenn die oder der Studierende in dem nunmehr gewählten Studium so viele Semester wie in den vor dem Studienwechsel betriebenen Studien zurückgelegt hat. Nach einer Wartezeit von vier Semester (das sind WS 2016, SS 2017, WS 2017, SS 2018), also ab Oktober 2018 bestünde bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe (da O im Jänner 2018 das 24. Lebensjahr vollendet, besteht ab Februar 2018 kein Anspruch auf Familienbeihilfe mehr).“*

### **1.8 Vorlageantrag**

Gegen die Abweisung der Beschwerde wurde betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Beträgen an Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) rechtzeitig ein Antrag auf Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Senat beantragt.

In der Begründung wurde ausgeführt:

*„Hinsichtlich der Beschwerdevorentscheidung bezüglich zu Unrecht bezogener Beträge, ist auszuführen, dass entgegen den Sachverhaltsfeststellungen auch im Sommersemester 2016 die Tochter O für das Diplomstudium Pharmazie inskribiert war. Ab dem Wintersemester 2016 wurde das Diplomstudium Pharmazie von der Universität Innsbruck eingestellt und in ein Bachelorstudium Pharmazie umgewandelt. Daraus ergibt sich aber zwingend, dass von Beginn an die Tochter O für beide Studien inskribiert war. Schon begrifflich scheidet daher ein Studienwechsel aus. Wenn im Rahmen der*



*Beschwerdevorentscheidung ausgeführt wird, dass die Tochter O im Wintersemester 2015 im Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften keine Prüfung abgelegt hat, so verkennt das Finanzamt, dass am 14.09.2015 die Prüfung Politikwissenschaft abgelegt wurde, welche dem Wintersemester 2015 zuzurechnen ist. Im Hinblick auf die gleichzeitige Inskription für zwei Studien kann kein beihilfenschädlicher Studienwechsel vorliegen, auch wenn in einem Studium über mehrere Semester keine Prüfung abgelegt wurde. Die vom Finanzamt zugrunde gelegte Regelung für einen Studienwechsel stellt eine unzulässige Analogie zu Lasten der Beschwerdeführerin dar. Sämtliche in der Beschwerde gestellten Anträge werden daher uneingeschränkt aufrecht erhalten.*

*Das Bundesfinanzgericht möge daher den Bescheid über die Rückforderung von zu Unrecht bezogener Beträge von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag im Gesamtbetrag von € 5.610,30 ersatzlos beheben.“*

## **2. Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht**

An die Beschwerdeführerin sowie an die Abgabenbehörde ergingen Beschlüsse auf Verfahrensergänzung und die eingegangenen Stellungnahmen wurden zur Wahrung des Parteiengehörs den Parteien übersandt.

### **I Beschlüsse auf Verfahrensergänzung an die Beschwerdeführerin**

#### **I.I Beschluss vom 7. Juni 2018**

Der Beschwerdeführerin wurde aufgetragen, zu folgenden Punkten Stellung zu nehmen:

##### **„1) Keine Inskription**

*Nach den vorliegenden Bestätigungen hat O im Wintersemester 2013 das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften sowie das Diplomstudium Pharmazie inskribiert und diese beiden Studien auch in den folgenden Jahren bis zum Wintersemester 2015 inskribiert.*

*Im Sommersemester 2016 wurde nur das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften nicht aber das Diplomstudium Pharmazie inskribiert. Im Wintersemester 2016 wurden sowohl das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften als auch das Bachelorstudium Pharmazie (Nachfolgestudium des Diplomstudiums Pharmazie) inskribiert.*

*Aus welchen Gründen erfolgte im Sommersemester 2016 keine Inskription des Studiums der Pharmazie?*

*Im Sommersemester 2017, Wintersemester 2017 und Sommersemester 2018 wurde das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften nicht inskribiert.*

*Aus welchen Gründen erfolgte in diesen Semestern keine Inskription dieses Studiums?*

##### **2) Keine Prüfungen**

*Wie der Beschwerdevorentscheidung zu entnehmen, wurden über einen sehr langen Zeitraum keine Prüfungen abgelegt auch nicht in dem vorrangig betriebenen Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften.*

*Aus welchen Gründen wurden keine Prüfungen abgelegt?*

*Lag eine Studienbehinderung vor?*

*Wenn ja, welche?*

*Wenn ja, in welchem Zeiträumen lag eine Studienbehinderung vor?*

*Sollte eine Studienbehinderung vorgelegen sein, werden Sie gebeten zweckdienliche Nachweise für eine vorgelegene Studienbehinderung zu erbringen.“*

### **I.I.I Stellungnahme des rechtsfreundlichen Vertreters**

In der Stellungnahme führte der rechtsfreundliche Vertreter unter anderem Folgendes aus:

*„Im Sommersemester 2016 erfolgte keine Inskription des Studiums Pharmazie, da bis zu diesem Zeitpunkt die Tochter O keine Prüfung im Studium Pharmazie abgelegt hat und mitgeteilt wurde, dass ohnehin im Wintersemester 2016/17 ein neues Studium, nämlich das Nachfolgestudium Bachelorstudium Pharmazie eingerichtet werde, und sie in dieses wechseln müsse. Allein aus diesem Grund wurde im Sommersemester 2016 das Diplomstudium Pharmazie nicht inskribiert.*

*Ab dem Sommersemester 2017 wurde das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften nicht mehr inskribiert, zumal die Tochter O ihren Schwerpunkt nunmehr auf das Pharmaziestudium gelegt hat und im Übrigen im Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften Management & Economics, Studiengebühren angefallen wären. Dennoch ist beabsichtigt zu einem späteren Zeitpunkt das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften abzuschließen.*

*Ergänzend wird dazu angeführt, dass die Tochter O im Wintersemester 2015/16 und im Sommersemester 2016 am Management Center Innsbruck, kurz MCI, für Lebensmittel- & Rohstofftechnologie inskribiert war. Sie hat in diesen beiden Semestern am MCI insgesamt 11 Prüfungen mit 24 ECTS-Punkten in den beiden Semestern abgelegt, jedoch das Studium Lebensmittel- und Rohstofftechnologie nach dem Sommersemester 2016 wieder beendet. Damit ist nachvollziehbar, warum sie in diesen beiden Semestern in den beiden anderen Studien nämlich Wirtschaftswissenschaften und Pharmazie beinahe keine Prüfungen abgelegt hat (Ausnahme: Grundzüge der Politikwissenschaft 14.09.2015).*

*Die einzelnen Prüfungszeugnisse wurden auch dem Finanzamt Z im Rahmen der Weitergewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages im September 2016 übermittelt und müssten daher bereits im Akt erliegen. Unter Einem werden die Inskriptionsbestätigungen des MCI und die einzelnen Prüfungszeugnisse noch einmal vorgelegt.“*

Diese Stellungnahme des rechtsfreundlichen Vertreters wurde zur Wahrung des Parteiengehörs der Abgabenbehörde übersandt.

### **I.I.II Stellungnahme der Abgabenbehörde**

Die Vertreterin der Abgabenbehörde nahm zu den Ausführungen des rechtsfreundlichen Vertreters, unter anderem die wie folgt Stellung:

*Es wird zu den Ausführungen der Beschwerdeführerin noch folgende Stellungnahme übermittelt, da das von der Tochter O im Wintersemester 2015/16 und Sommersemester 2016 inskribierte Studium Lebensmittel- & Rohstofftechnologie am Management Center Innsbruck (MCI) bei der Bescheiderstellung durch das Finanzamt nicht berücksichtigt wurde.*

*Im Wintersemester 2015/16 war O im Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften und Diplomstudium Pharmazie inskribiert. Im Sommersemester 2016 nur mehr im Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften. Der Familienbeihilfenanspruch für diesen Zeitraum wurde vom Finanzamt verneint, da O in diesen beiden Semestern keine einzige Prüfung abgelegt hat und somit keine Berufsausbildung iSd § 2 Abs. 1 lit b FLAG vorliegt.*

*Bei Berücksichtigung des Studiums Lebensmittel- & Rohstofftechnologie am MCI ergibt sich, dass sich O im WS 2015/16 und SS 2016 in Berufsausbildung befand (Prüfungen im Ausmaß von 24 ECTS wurden abgelegt). Ein Familienbeihilfenanspruch ist dennoch nicht gegeben, da in diesem Fall mit 01.10.2015 ein Wechsel vom Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften auf das Bachelorstudium Lebensmittel- & Rohstofftechnologie erfolgte. Das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften wurde zu diesem Zeitpunkt bereits 4 Semester lang betrieben und eine Anrechnung von 4 Semestern (mindestens 91 ECTS) ist nicht möglich, da O im Vorstudium insgesamt nur Prüfungen im Ausmaß von 37 ECTS abgelegt hat und daher eine Anrechnung im Ausmaß von maximal 2 Semestern erfolgen könnte.*

*Es besteht daher aufgrund eines beihilfenschädlichen Studienwechsels für das WS 2015/16 und SS 2016 kein Anspruch auf Familienbeihilfe.*

*Beim Studienwechsel vom Bachelorstudium Lebensmittel- & Rohstofftechnologie auf das Bachelorstudium Pharmazie mit 01.10.2016 (WS 16) handelt es sich daher um den zweiten familienbeihilfenschädlichen Studienwechsel. Dem Finanzamt liegen keine Unterlagen über die Anrechnung von Prüfungen aus den Vorstudien für das Bachelorstudium Pharmazie vor."*

### **I.II Beschluss vom 6. Juli 2018**

Der Beschwerdeführerin wurde unter anderem aufgetragen, zur Anrechnung von eventuellen Vorstudienzeiten ihrer Tochter Stellung zu nehmen, sowie zur Wahrung des Parteiengehörs die Stellungnahme der Abgabenbehörde vom 2. Juli 2018 übersandt und gegebenenfalls um Stellungnahme ersucht.

„1) Anrechnung von Vorstudienzeiten

1.1 Management Center Innsbruck (MCI)

*Nach den vorgelegten Unterlagen hat O im Wintersemester 2015 von der Universität Innsbruck an das Management Center Innsbruck (MCI) eine unternehmerische Hochschule in Innsbruck gewechselt und dort Lebensmittel & Rohstofftechnologie inskribiert. Es wurden Prüfungen im Ausmaß von 24 ECTS- Punkten abgelegt. Dieses Studium wurde im Sommersemester 2016 wieder beendet.*

*Wurden vom Management Center Innsbruck (MCI) bei Beginn des Studiums am MCI im Wintersemester 2015 Vorstudienzeiten, die O an der Universität Innsbruck absolviert hat, angerechnet?*

*Sollten vom Management Center Innsbruck (MCI) Vorstudienzeiten, die O an der Universität Innsbruck absolviert hat angerechnet worden sein, wird um Vorlage der Unterlagen des MCI über die Anrechnung der Vorstudienzeiten ersucht.*

## **1.2 Universität Innsbruck**

*Im Wintersemester 2016 wurde an der Universität Innsbruck das Bachelorstudium Pharmazie inskribiert und in diesem Semester Prüfungen im Ausmaß von 20 ECTS-Punkten abgelegt sowie im Sommersemester 2017 Prüfungen im Ausmaß von 11 ECTS-Punkten.*

*Wurden von der Universität Innsbruck bei Beginn des Bachelorstudiums Pharmazie (Studienkennzahl C 033 305) Vorstudienzeiten, die O an der Universität Innsbruck sowie Vorstudienzeiten, die im Wintersemester 2015 und Sommersemester 2016 am Management Center Innsbruck (MCI) absolviert hat, angerechnet?*

*Sollten von der Universität Innsbruck Vorstudienzeiten, die O an der Universität Innsbruck bzw. am Management Center Innsbruck (MCI) absolviert hat angerechnet worden sein, wird um Vorlage der Unterlagen der Universität Innsbruck über die Anrechnung der Vorstudienzeiten ersucht.“*

### **I.II.I Stellungnahme des rechtsfreundlichen Vertreters**

Der rechtsfreundliche Vertreter führte in seiner Stellungnahme unter anderem Folgendes aus:

*„Bei Beginn des Studiums am MCI im Wintersemester 2015 wurden keine Vorstudienzeiten, die O an der Universität Innsbruck absolviert hat, angerechnet. Eine Anrechnung einzelner Fächer hätte allenfalls erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen können. Bei Beginn des Bachelorstudiums Pharmazie wurden von der Universität Innsbruck ebenfalls keine Vorstudienzeiten die O an der Universität Innsbruck sowie am MCI absolviert hat, angerechnet. Eine diesbezügliche Anfrage wurde jedoch mehrfach gestellt, zumal zum Teil gleiche Prüfungen und sogar gleiche Prüfer vorgesehen waren. Der Studiendekan hat diesbezüglich jedoch im Vorfeld bereits abgelehnt und wurde aus diesen Gründen kein formeller Antrag gestellt bzw. kein Bescheid erwirkt. Es ist jedoch laut Curriculum beabsichtigt im Bereich der freien Wahlfächer des Bachelorstudiums Pharmazie noch eine absolvierte Prüfung aus dem Bachelorstudium*

*Wirtschaftswissenschaften im Rahmen von 2,5 ECTS anrechnen zu lassen. Diesbezüglich wurde eine mündliche Zusage erteilt.*

*Zur Stellungnahme des Finanzamtes Z wird ausgeführt, dass jeweils sämtliche vorhandene Unterlagen dem Finanzamt vorgelegt wurden und von daher das Finanzamt auch über das Studium am MCI informiert war. Ursprünglich hat das Finanzamt Z auch die Weitergewährung der Familienbeihilfe bewilligt. Wenn im Nachhinein nunmehr eine andere Rechtsansicht vom Finanzamt Z vertreten wird, so hat dies die Behörde selbst zu verantworten, wenn hier von einzelnen Mitarbeitern eine andere Rechtsansicht vertreten wird. Jedenfalls kann eine derartige Vorgangsweise nicht der Beschwerdeführerin zur Last fallen.*

*Im Übrigen wird noch einmal darauf verwiesen, dass sowohl für O als auch für G ein Antrag auf Weitergewährung der Familienbeihilfe gestellt wurde und lediglich für G bis Juni 2018 die Familienbeihilfe gewährt worden ist. Wird einem Antrag vollinhaltlich Rechnung getragen, ist gemäß § 11 FLAG die Familienbeihilfe auszus zahlen, worüber gemäß § 12 FLAG eine Mitteilung zu ergehen hat. Wird jedoch einem Antrag nicht vollständig stattgegeben, ist gem. § 13 FLAG ein Bescheid zu erlassen. Offensichtlich wurde mit dem angefochtenen Bescheid über die Rückforderung zu Unecht bezogener Beträge auch der Antrag auf Weitergewährung der Familienbeihilfe für O abgewiesen. Damit ist der angefochtene Bescheid aber mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet.“*

Die Stellungnahme des rechtfreundlichen Vertreters wurde der Abgabenbehörde zur Kenntnisnahme übersandt, um gegebenenfalls eine Stellungnahme abzugeben.

## **II Beschluss auf Verfahrensergänzung an die Abgabenbehörde vom 7. Juni 2018**

An die Abgabenbehörde erging ein Beschluss auf Verfahrensergänzung, die dazu Stellung nahm bzw. weitere Aktenunterlagen vorlegte. Der Abgabenbehörde wurde aufgetragen zu folgenden Punkten Stellung zu nehmen und die geforderten Unterlagen vorzulegen.

*„Nach den vorliegenden Bestätigungen hat O im Wintersemester 2013 das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften sowie das Diplomstudium Pharmazie inskribiert und diese beiden Studien auch in den folgenden Jahren bis zum Wintersemester 2015 inskribiert.*

*Im Sommersemester 2016 wurde nur das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften nicht aber das Diplomstudium Pharmazie inskribiert. Im Wintersemester 2016 wurden sowohl das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften als auch das Bachelorstudium Pharmazie (Nachfolgestudium des Diplomstudiums Pharmazie) inskribiert.*

*In dem den Bundesfinanzgericht vorgelegten elektronischen Akt ist unter anderem der im Jahr 2013 gestellte Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe nicht enthalten.*

*Der Datenbank der Abgabenbehörde (DB 7), in die auch das Bundesfinanzgericht berechtigt ist, Einsicht zu nehmen, ist durch vorgenommene Vermerke zu entnehmen, dass vermutlich am 07.08.2013 und 11.12.2013 von der Beschwerdeführerin Unterlagen der Abgabenbehörde vorgelegt wurden, bzw. am 21.10.2014 wurde Folgendes vermerkt:*

*„19 ECTS, Punkte UNI Innsbruck, Bachelor Wirtschaftswissenschaften“.*

### **1)      *Unterlagen, Stellungnahme***

*Es wird um Übermittlung von Kopien folgender Unterlagen, die bei der Abgabenbehörde aufliegen müssten, gebeten bzw. sofern keine Unterlagen vorliegen sollten dazu Stellung zu nehmen:*

- a)      Vermerk im DB 7: „7.8.13 – v. 14.6.13 - best.- ab Herbst 2013 Studium“*
- b)      Vermerk im DB 7: „11.12.13 – WS 2013/2014 Bach. Wirtschaftswissenschaften-Management und Economics Uni Innsbruck“*
- c)      Vermerk im DB 7: „21.10.14 – 19 ECTS-Punkte, UNI Innsbruck, Bachelor-Wirtschaftswissenschaften“*

### **„2)      *Antrag***

*Wurden von der Beschwerdeführerin bei der Beantragung der Gewährung der Familienbeihilfe für ihre Tochter O Angaben zu den von der Tochter inskribierten Studien gemacht?*

*Wenn ja, welche?*

*Es wird um Übersendung einer Kopie des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Tochter O gebeten.*

### **II.I Stellungnahme der Abgabenbehörde:**

Die Abgabenbehörde legte in Beantwortung des Ersuchens eine Kopie des Antrages vor und führte ergänzend aus:

*„Der Beschwerdeführerin wurde die Familienbeihilfe für Ihre Tochter O ab Juli 2013 aufgrund folgender Angaben in den eingereichten Schreiben „Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe“ gewährt:*

***Überprüfungsschreiben vom 28.6.2013*** , eingelangt am 5.7.2013, vom Finanzamt erledigt am 7.8.2013 (= Beilage a):

*Angaben von Frau A auf Seite 4:*

*„Voraussichtliches Studium Wirtschaftswissenschaften oder Medizin“*

*FB-Gewährung: 7/2013 – 11/2013*

***Überprüfungsschreiben vom 31.10.2013*** , eingelangt am 12.11.2013, vom Finanzamt erledigt am 11.12.2013 (= Beilage b):

*Angaben von Frau A auf Seite 3 zum Kind O:*

*derzeitige Tätigkeit des Kindes: Studentin*

*Bezeichnung und Anschrift der Universität: Universität Innsbruck*

*Studienrichtung: Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften – Management and Economics*

Kennzahl: C 033 571

Studienbeginn (in diesem Abschnitt): 27.8.2013

FB – Gewährung: 12/2013 – 10/2014

Am 1.10.2013 langte bei der Abgabenbehörde ein Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 30.9.2013 ein, wonach die beigelegte Registrierungsbestätigung der Tochter O zum Diplomstudium Pharmazie an der Universität Innsbruck zur Kenntnis genommen und bei der Berechnung der Familienbeihilfe berücksichtigt werden soll (ebenfalls Beilage b)

**Überprüfungsschreiben vom 30.9.2014** , eingelangt am 15.10.2014, vom Finanzamt erledigt am 21.10.2014 (= Beilage c):

Angaben von Frau A auf Seite 3 zum Kind O:

Studentin, voraussichtliche Dauer dieser Tätigkeit: 3 Jahre

Bezeichnung der Universität: Universität Innsbruck

Studienrichtung: Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften

Kennzahl: C 033 571

FB-Gewährung: 11/2014 – 9/2016

Am **3.10.2014** langte beim Finanzamt ein Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 30.9.2014 ein, wonach die Bestätigung des Studienerfolges der Tochter O für das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften übermittelt wird und bekanntgegeben wird, dass das ursprünglich angestrebte Pharmaziestudium in Innsbruck von O nicht mehr fortgesetzt wird (ebenfalls Beilage c)

**Überprüfungsschreiben vom 31.8.2015** mit Schreiben vom 24.9.2015, eingelangt am 24.9.2015, vom Finanzamt erledigt am 12.11.2015 (= Beilage d):

Hinweis auf die Vorlage der Bestätigung für den Studienerfolg der Tochter O für das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften an der Universität Innsbruck mit dem Ersuchen um Kenntnisnahme und Berücksichtigung bei der Berechnung der Familienbeihilfe.

Keine FB-Verlängerung (FB-Gewährung bereits laut Vorakt bis 9/2016)

**Überprüfungsschreiben vom 21.8.2016** mit Schreiben vom 29.9.2016, eingelangt am 3.10.2016, vom Finanzamt erledigt am 22.11.2016 (= Beilage e):

Vorlage der Bestätigung des Studienerfolges für O für das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften sowie der Studienbestätigungen der Universität Innsbruck für das Wintersemester 2016/2017 für das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften und das Bachelorstudium Pharmazie.

FB-Gewährung: 10/2016 - 09/2017

### 3) **Hauptstudium**

*Im Schriftsatz der Beschwerdeführerin an die Abgabenbehörde vom 23.11.2017 wird behauptet, dass die Tochter O als ursprüngliches Studium Pharmazie gewählt haben soll.*

*Diese Behauptung der Beschwerdeführerin steht nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes im Widerspruch zu den unter Punkt 1) in der Datenbank der Abgabenbehörde angeführten Vermerken, in denen das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften - Management und Economics angeführt ist.*

*Wurde die Beschwerdeführerin von der Abgabenbehörde aufgefordert bekannt zu geben, welches der beiden Studien ihrer Tochter O das Hauptstudium sei?*

*Wenn ja, wann wurde die Beschwerdeführerin ersucht bekannt zu geben, welches der beiden von ihrer Tochter im Herbst 2013 inskribierten Studien das Hauptstudium sei?*

*Es wird um Vorlage einer Kopie eines möglichen Ersuchens der Abgabenbehörde an die Beschwerdeführerin und einer denkbaren Stellungnahme der Beschwerdeführerin gebeten.“*

Die Abgabenbehörde legte in Beantwortung des Ersuchens die angeforderten Unterlagen vor und führte unter anderem weiters aus:

*„Wie unter Punkt 2 ausgeführt, hat die Beschwerdeführerin in keinem der o.a. Überprüfungsschreiben das Studium Pharmazie als Hauptstudium bekanntgegeben. Lediglich mit Schreiben vom 30.9.2013, eingelangt am 01.10.2013, wurde die Registrierungsbestätigung für das Diplomstudium Pharmazie vorgelegt und im Schreiben um Kenntnisnahme und Berücksichtigung bei der Berechnung der Familienbeihilfe ersucht (siehe Beilage b).*

*Mit Schreiben vom 30.09.2014, eingelangt am 02.10.2014, wurde mitgeteilt, dass das ursprünglich angestrebte Pharmaziestudium von O nicht mehr fortgesetzt wird (siehe Beilage c).*

*Da in den Überprüfungsschreiben von der Beschwerdeführerin immer nur ein Studium – Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften – angegeben wurde und die Bestätigungen des Studienerfolges ebenfalls nur für das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften vorgelegt wurden, ergaben sich für das Finanzamt keine Widersprüche und es bestanden keine Zweifel am Hauptstudium „Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften“ der Tochter O.*

*Aus diesem Grund wurde die Beschwerdeführerin nie aufgefordert, das Hauptstudium bekanntzugeben.“*

#### **4) Rückforderung der Familienleistungen**

Die Abgabenbehörde wurde ersucht, die Höhe der der rückgeforderten Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) in Höhe von € 5.610,30 aufzugliedern.

Die Abgabenbehörde legte eine Aufgliederung der Höhe der nachgeforderten Familienleistungen vor und führte ergänzend aus:



*„Zur Vervollständigung ihres Aktes werden Ihnen die am 28.11.2016 eingelangten Unterlagen (Schreiben vom 25.11.2016 betreffend Unterlagen zum Bachelorstudium Lebensmittel- & Rohstofftechnologie am MCI Management Center Innsbruck von O) übermittelt (Beilage f).“*

In diesem Zusammenhang wurde von der Abgabenbehörde die Kopie eines Schriftsatzes des rechtsfreundlichen Vertreters vom 25. November 2016, eingelangt am 28. November 2016 vorgelegt, worin dieser darauf hinweist, dass die Tochter O noch ein weiteres Studium am MCI Management Centers Innsbruck absolviere und die erforderlichen ECTS Punkte erlangt habe. In der Anlage wurden Kopien der Lehrveranstaltungszeugnisse vorgelegt.

### **III Auskunftersuchen an die Studienabteilung der Universität Innsbruck**

An die Studienabteilung der Universität Innsbruck wurde in Anwendung der §§ 158 und 269 BAO) folgendes Auskunftersuchen gerichtet:

*„Dem Bundesfinanzgericht (BFG) liegen im Zusammenhang mit der zur angeführten Geschäftszahl des BFG anhängigen Beschwerde unter anderen Inskriptionsbestätigungen von O, geb. Tag, Matrikelnummer 1. vor.*

*Nach den vorliegenden Bestätigungen hat O im Wintersemester 2013 das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften sowie das Diplomstudium Pharmazie inskribiert und diese beiden Studien auch in den folgenden Jahren bis zum Wintersemester 2015 inskribiert.*

*Im Sommersemester 2016 wurde nur das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften nicht aber das Diplomstudium Pharmazie inskribiert. Im Wintersemester 2016 wurden sowohl das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften als auch das Bachelorstudium Pharmazie (Nachfolgestudium des Diplomstudiums Pharmazie) inskribiert.*

*Auf Grund einer mit 1. Oktober 2015 in Kraft getretenen Änderung durfte im Wintersemester 2015/2016 keine Zulassung mehr zu dem Diplomstudium Pharmazie erfolgen (§ 11 des Mitteilungsblattes der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck, vom 12. Mai 2015, 37. Stück).*

*In den Übergangsbestimmungen (§ 12 des Mitteilungsblattes) war vorgesehen, dass ordentlich Studierende, die das Diplomstudium Pharmazie vor dem 1. Oktober 2015 begonnen haben, berechtigt waren einerseits dieses Studium beginnend ab 1. Oktober 2015 innerhalb von 15 Semestern abzuschließen sowie sich jederzeit freiwillig dem Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie zu unterstellen. Bei Überschreitung der Fristen für die einzelnen Studienabschnitte wurde die/der Studierende dem Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie unterstellt.*

#### **1) Keine Inskription im Sommersemester 2016**

*Im Sommersemester 2016 wurde weder das Diplomstudium Pharmazie noch das Bachelorstudium Pharmazie (Nachfolgestudium des Diplomstudiums Pharmazie) inskribiert.*

Wäre es für die Studierende möglich gewesen, das Diplomstudium Pharmazie in diesem Semester zu inskribieren?

Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

Waren mit der nicht vorgenommenen Inskription des Diplomstudium Pharmazie in diesem Semester Konsequenzen für die Studierende verbunden?

Wenn ja, welche?“

#### **Stellungnahme des Leiters der Studienabteilung:**

**„1a) Wäre es für die Studierende möglich gewesen, das Diplomstudium Pharmazie in diesem Semester zu inskribieren? \*)**

NEIN. Frau A stellte einen Antrag auf Schließung des Diplomstudiums Pharmazie, dem mit 03. September 2015 stattgegeben wurde. Eine neuerliche Zulassung\*) zum Diplomstudium Pharmazie im Sommersemester 2016 wäre aufgrund des mit 01. Oktober 2015 in Kraft getretenen Nachfolgecurriculums für das Bachelorstudium Pharmazie nicht mehr möglich gewesen (vgl. § 12 des MBl. der Leopold-Franzens Universität Innsbruck (LFUI) vom 12. Mai 2016, 37. Stück).

Waren mit der nicht vorgenommenen Inskription des Diplomstudium Pharmazie in diesem Semester Konsequenzen für die Studierende verbunden?

Wenn ja, welche?

1b) Wenn ja, unter welchen Voraussetzungen?

1c) Waren mit der nicht vorgenommenen Inskription des Diplomstudiums Pharmazie in diesem Semester Konsequenzen für die Studierende verbunden?

NEIN (keine studienrechtliche).“

#### **2) Inskription im Wintersemester 2016**

Im Wintersemester 2016 wurde das Bachelorstudium Pharmazie (Nachfolgestudium des Diplomstudiums Pharmazie) von O inskribiert.

##### **2.1 Unterstellung der Studierenden unter das Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie**

Wurde die Studierende dem Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie unterstellt?

Wenn ja, wer hat dies veranlasst und durch welche Maßnahme wurde dies vorgenommen?

Welche Konsequenzen waren für die Studierende durch die Unterstellung der Studierenden unter das Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie verbunden?

##### **2.2 Freiwillige Unterstellung der Studierenden unter das Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie**

Hat sich die Studierende freiwillig dem Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie unterstellt?

*Wenn ja, in welcher Form und durch welche Maßnahme hat sie dies vorgenommen?*

*Ist die Unterstellung der Studierenden unter das Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie eine erstmalige Inskription dieses Studiums obwohl bereits das Diplomstudiums Pharmazie im Oktober 2013 von der Studierenden inskribiert wurde?*

*Sie werden höflichst ersucht, innerhalb von vier Wochen, ab Zustellung dieses Ersuchens, die erbetenen Auskünfte zu erteilen sowie zum Punkt 2) des Ersuchens zweckdienliche Unterlagen vorzulegen.“*

#### **Stellungnahme des Leiters der Studienabteilung:**

*„2.1. a) Unterstellung unter das Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie*

*NEIN, da die Zulassung zum Diplomstudium nicht mehr aufrecht war.*

*2.2. a bis c) Hat sich die Studierende dem Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie freiwillig unterstellt.*

*Es liegt keine Form der „Unterstellung“ vor. Frau A hat um Neuzulassung zum Bachelorstudium Pharmazie angesucht und sich dabei am 14. Juli 2016 auch für das Aufnahmeverfahren registriert, obwohl sie dazu als ehemalige Diplomstudierende nicht verpflichtet gewesen wäre (vgl. § 2 Abs. 1 Z 1 der Verordnung über das Aufnahmeverfahren vor der Zulassung für das Bachelorstudium Pharmazie an der Universität Innsbruck. Stammfassung verlautbart im MBl. LFUI vom 11. April 2013, 25. Stück, Nr. 236; Änderung verlautbart im Mbl. der LFUI vom 24. März 2016, 16. Stück, Nr. 289).*

*Aufgrund des Entfalls der zweiten Stufe des Aufnahmeverfahrens (vgl. § 8 der Verordnung über das Aufnahmeverfahren vor der Zulassung für das Bachelorstudium Pharmazie an der Universität Innsbruck) wurde dem Zulassungsantrag von Frau A am 06. September 2016 stattgegeben.*

*Es handelt sich dabei wie schon angeführt um die Zulassung zu einem neuen Studium. Die im vorangegangenen Diplomstudium Pharmazie abgelegten Prüfungen können aber nach den Vorgaben einer Äquivalenzliste für das neue Bachelorstudium anerkannt werden (vgl. Anlage 1 des Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie an der Fakultät für Chemie und Pharmazie der Universität Innsbruck. MBl. der LFUI vom 12. Mai 2016, 37. Stück).“*

*\*) Die Begriffe Immatrikulation und Inskription wurden seit dem Inkrafttreten des Universitäts-Studiengesetzes 1997 und des nachfolgenden Universitätsgesetzes 2002 durch die Begriffe Erstzulassung und Zulassung ersetzt.*

Kopien des Auskunftersuchens sowie die Beantwortung des Auskunftersuchens des BFG wurden nachweislich sowohl der Beschwerdeführerin als auch der Abgabenbehörde zur Wahrung des Parteiengenhörs übermittelt.

#### **IV Ergänzendes Vorbringen des rechtsfreundlichen Vertreters vom 9. Juli 2018**

In einem ergänzenden Schriftsatz führte der rechtsfreundliche Vertreter unter anderem aus, dass im Rückforderungszeitraum Oktober 2015 bis September 2017 die von der Beschwerdeführerin für ihre Tochter O bezogenen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) in Höhe des jeweiligen auf die Tochter entfallenden Teilbetrages von € 135,00 überwiesen worden sei. Es hätten daher € 3.240,00 nicht von der Beschwerdeführerin, sondern von der Tochter zurückgefordert werden müssen, sodass schon aus diesem Grund der Rückforderungsanspruch an die Beschwerdeführerin nicht zu Recht bestehe.

Dieses ergänzende Vorbringen wurde der Abgabenbehörde zur Wahrung des Parteiengehörs übermittelt und gegebenenfalls um Stellungnahme ersucht.

### **V Mündliche Verhandlung 21. August 2018**

Die mündliche Verhandlung wurde für den 21. August 2018 anberaumt und die Parteien nachweislich geladen.

Zu Beginn der mündlichen Verhandlung wurden die anwesenden Parteien sowie der rechtsfreundliche Vertreter aufgefordert anzugeben, ob gegen die Abfassung der Niederschrift über den Verlauf der mündlichen Verhandlung mittels Schallträgers Einwände bestehen. Es wurden weder von den anwesenden Parteien noch dem rechtsfreundlichen Vertreter Einwände gegen die Abfassung der Niederschrift über den Verlauf der mündlichen Verhandlung mittels Schallträgers erhoben.

Ferner sei vom Bundesfinanzgericht beabsichtigt, die nachträgliche Übertragung der Schallträgeraufnahme in Vollschrift zu unterlassen und die Aufnahme auf einem Datenträger aufzubewahren. Gegen diese Vorgangsweise des Bundesfinanzgerichtes wurden weder von den anwesenden Parteien noch dem rechtsfreundlichen Vertreter Einwände gegen diese Vorgangsweise des Bundesfinanzgerichtes erhoben.

In der mündlichen Verhandlung stellte der rechtsfreundliche Vertreter den Antrag das Bundesfinanzgericht möge einen Antrag an den Verfassungsgerichtshof auf Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens des § 26 Abs. 1 und 3 FLAG 1967 stellen, da diese gesetzlichen Bestimmungen nach Ansicht der Beschwerdeführerin verfassungswidrig seien. Zur sachlichen Rechtfertigung seines Antrages führte der rechtsfreundliche Vertreter aus, dass studierende Kinder faktisch nicht im gemeinsamen Haushalt leben würden, obwohl das Kind zwar vom Hauptwohnsitz her bei den Eltern gemeldet bleibe, aber überwiegend natürlich während der Studienzeit am Studienort aufhältig sei. Der Elternteil fungiere daher für das Finanzamt bezüglich der Familienbeihilfe nur als Zahlstelle, dies heisse, es liege ein unzulässiger Eingriff in das Eigentumsrecht nach Art 5 Staatsgrundgesetz vor und auch ein Verstoß gegen Art 2 Staatsgrundgesetz, also bezüglich des Gleichheitsgrundsatzes, insofern seien daher sowohl 26 (1) als auch 26 (3) FLAG, wo auch der zweite Elternteil hafte, verfassungswidrig und daher werde beantragt zur Überprüfung dieser Bestimmung ein Gesetzesprüfungsverfahren beim Verfassungsgerichtshof zu stellen, da es nach den Recherchen des rechtsfreundlichen

Vertreters bisher keine Überprüfung des § 26 durch den Verfassungsgerichtshof gegeben habe.

Die Vorsitzende ersuchte unter Hinweis auf die Stellungnahme des rechtsfreundlichen Vertreters vom 13. Juli 2018, in der unter anderem ausgeführt wurde, dass im Bereich der freien Wahlfächer des Bachelorstudiums Pharmazie noch eine im Bereich der Wirtschaftswissenschaften abgelegte Prüfung im Ausmaß von 2,5 ECTS Punkten anrechenbar wäre, den rechtsfreundlichen Vertreter bekanntzugeben, ob er bereits einen Anerkennungsbescheid erhalten habe oder es absehbar sei, wann dieser vorliegen könnte. Denn sollte dieser vorliegen, würde sich bei einer Anerkennung die Wartefrist von derzeit vier auf drei Semester verkürzen. Der rechtsfreundliche Vertreter gab an, dass dieser frühestens Anfang Oktober 2018 ausgestellt werden könnte. Die Vorsitzende führte aus, dass die Zeit bis zum Vorliegen des Anerkennungsbescheides absehbar sei und daher zugewartet werden könne.

Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung wurde weder von den anwesenden Parteien noch dem rechtsfreundlichen Vertreter die Zustellung einer Niederschrift über den Verlauf der mündlichen Verhandlung beantragt.

In der Folge wurde der Beschluss gefasst die Verhandlung auf unbestimmte Zeit zu vertagen.

## **VI Beschluss auf Verfahrensergänzung – 21. August 2018**

Der Beschwerdeführerin wurde auf Grund des Vorbringens ihres rechtsfreundlichen Vertreters, wonach die Bestimmung des § 26 Abs. 1 und 3 FLAG 1967 verfassungswidrig seien sowie des noch nicht Vorliegens der behaupteten Anrechnung von 2,5 ECTS Punkten innerhalb von acht Wochen, ab Zustellung des Beschlusses Folgendes aufgetragen:

„1) *Vorlage des Nachweises der Universität Innsbruck über die Anrechnung von 2,5 ECTS Punkten*

*In der Stellungnahme vom 11. Juli 2018, eingelangt am 13. Juli 2018, wurde unter anderem ausgeführt, dass beabsichtigt sei eine von O im Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften absolvierte Prüfung im Ausmaß von 2,5 ECTS Punkten im Bereich der freien Wahlfächer des Bachelorstudiums Pharmazie anrechnen zu lassen.*

*Es wird Ihnen daher, wie in der mündlichen Verhandlung am 21. August 2018, die auf unbestimmte Zeit vertagt wurde, vereinbart, innerhalb der gewährten Frist die Bestätigung der Universität Innsbruck über die vorgenommene Anrechnung vorzulegen.*

2) *Antrag auf Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens*

*In der mündlichen Verhandlung am 21. August 2018, die auf unbestimmte Zeit vertagt wurde, stellte der rechtsfreundliche Vertreter den Antrag das Bundesfinanzgericht möge beim Verfassungsgerichtshof einen Antrag auf Einleitung eines Gesetzprüfungsverfahrens der Bestimmung des § 26 Abs. 1 und 3 FLAG 1967 stellen, da nach ihrer Ansicht diese Bestimmungen verfassungswidrig seien.*

*Zur Prüfung, ob die Bestimmungen des § 26 Abs. 1 und 3 FLAG 1967 verfassungswidrig sein könnten, wird daher ersucht, innerhalb der gewährten Frist, ausführlich darzulegen, aus welchen Gründen eine Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung gegeben sein könnte. Die bloße Behauptung der Verfassungswidrigkeit genügt dafür nicht.“*

## **VI.I Stellungnahme des rechtsfreundlichen Vertreters**

In der Stellungnahme legte der rechtsfreundliche Vertreter die Kopie des Antrages von O an das Prüfungsreferat der Universität Innsbruck vom 9. Oktober 2018 vor, in dem die Anerkennung von Prüfungen beantragt wurde. Der Kopie des Bescheides sowie einer Kopie der Universität Innsbruck über den Studienerfolg ist zu entnehmen, dass 3 ECTS Punkte für das Bachelorstudium Pharmazie (C 033 305) für „Außerfachliche Kompetenzen“ angerechnet wurden. Dabei handle es sich nach Angaben des rechtsfreundlichen Vertreters um Prüfungen aus Grundlagen der Betriebswirtschaft und Grundlagen der Volkswirtschaft.

Zu seinem Antrag auf Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens führte der rechtsfreundliche Vertreter unter anderem aus, dass zunächst beantragt werde, ihm das Verhandlungsprotokoll der mündlichen Verhandlung vom 21. August 2018 zuzustellen, damit er prüfen könne, ob sein im Rahmen der mündlichen Verhandlung erstattetes Vorbringen auf Einleitung eines Gesetzprüfungsverfahrens entsprechend protokolliert worden sei.

Ergänzend wurde dazu Folgendes ausgeführt:

*„Die Rückzahlungsverpflichtungen nach § 26 Abs. 1 und 26 Abs. 3 FLAG durch einen Elternteil, obwohl das Geld an das volljährige Kind weitergeleitet wurde, ist verfassungswidrig und verstößt jedenfalls gegen den verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentumsrechtes. Der VfGH hat in seiner Judikatur ausgeführt, dass auch sonstige Geldleistungsverpflichtungen in die verfassungsrechtlich geschützte Eigentumsposition eingreifen. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrecht sieht einen Schutz von Vermögenswerten schlechthin vor, ohne Rücksicht darauf, ob diese im öffentlichen Recht oder im privaten Recht ihre Grundlage haben (vgl. zB. 8.1.2013 Efe; ÖJZ 2013, 795).*

*Die in 26 Abs. 3 FLAG angeführte sachliche Rechtfertigung, dass das Kind mit den Eltern im gemeinsamen Haushalt lebe, ist faktisch nicht gegeben, zumal das Kind zwar meist bei den Eltern zu Hause gemeldet bleibt, aber überwiegende am Studienort anwesend ist. Die Eltern fungieren eben für den Fall, dass die Familienbeihilfe an das Kind weiterbezahlt wird, nur als Zahlstelle. In diesem Fall stellt die Rückforderung der Familienbeihilfe gegenüber dem Elternteil einen unzulässigen Eingriff in das Eigentumsrecht dar. Dafür gibt es auch kein öffentliches Interesse und ist der Eingriff auch nicht verhältnismäßig, wäre es doch ein Leichtes, die Familienbeihilfe direkt vom Kind, das bei Ablegung eines Studiums idR volljährig ist, wieder zurückzufordern. Da § 26 Abs. 3 FLAG quasi eine „Sippenhaftung“ für den andern Elternteil normiert, liegt jedenfalls ein unzulässiger Eigentumseingriff vor.*

*Die Regelungen in § 26 Abs. 1 und 3 FLAG verstoßen ebenso gegen das allgemeine Sachlichkeitsgebot, weshalb auch ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegt, zumal nach der Judikatur des VfGH eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung notwendig ist. Dies bedeutet im gegenständlichen Fall, dass zwingend unterschieden werden muss, ob die Familienbeihilfe letztendlich tatsächlich dem Kind alleine oder den Eltern bzw. einem Elternteil zugekommen ist. Für den Fall, dass die Familienbeihilfe entweder direkt vom Finanzamt oder aber von einem Elternteil – wenn auch nur teilweise – an das Kind weiter bezahlt wurde, so kann eine Rückforderung sachlich gerechtfertigt nur vom volljährigen Kind erfolgen.*

*Zusammenfassend ergibt sich, dass die Bestimmungen des § 26 Abs. 1 und 3 FLAG verfassungswidrig sind, zumal sie einerseits einen unzulässigen Eingriff in das Eigentumsrecht vorsehen und daher sowohl gegen Art. 5 StGG und Art. 1 1. ZP EMRK verstoßen und ebenso gegen den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 2 StGG. Es wird daher neuerlich beantragt, ein entsprechendes Gesetzprüfungsverfahren einzuleiten.“*

## **VII Anberaumung der mündlichen Verhandlung für den 30. Jänner 2019**

Die mündliche Verhandlung wurde für den 30. Jänner 2019 anberaumt und die Parteien nachweislich geladen.

Mit Schriftsatz vom 21. Dezember 2018, eingelangt am 28. Dezember 2018, stellte der rechtsfreundliche Vertreter einen Antrag auf Vertagung, weil am gleichen Tag eine Verhandlung am Bezirksgericht Salzburg anberaumt wurde, und er diesen Termin mangels eines Substituten selbst wahrnehmen muss.

## **VIII Mündliche Verhandlung 27. Februar 2019**

Die mündliche Verhandlung wurde für den 27. Februar 2019 anberaumt und die Parteien nachweislich geladen.

Zu Beginn der mündlichen Verhandlung wurden die anwesenden Parteien sowie der rechtsfreundliche Vertreter aufgefordert anzugeben, ob gegen die Abfassung der Niederschrift über den Verlauf der mündlichen Verhandlung mittels Schallträgers Einwände bestehen. Es wurden weder von den anwesenden Parteien noch dem rechtsfreundlichen Vertreter Einwände gegen die Abfassung der Niederschrift über den Verlauf der mündlichen Verhandlung mittels Schallträgers erhoben.

Ferner sei vom Bundesfinanzgericht beabsichtigt, die nachträgliche Übertragung der Schallträgeraufnahme in Vollschrift zu unterlassen und die Aufnahme auf einem Datenträger aufzubewahren. Gegen diese Vorgangsweise des Bundesfinanzgerichtes wurden weder von den anwesenden Parteien noch dem rechtsfreundlichen Vertreter Einwände gegen diese Vorgangsweise des Bundesfinanzgerichtes erhoben.

Der rechtsfreundliche Vertreter verwies auf seine schriftlichen Ausführungen zu seinem Antrag auf Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens durch das Bundesfinanzgericht und beantragte die Übersendung des Datenträgers über den Verlauf der mündlichen Verhandlung. Die Vertreterin der Abgabenbehörde führte aus, dass sich durch die

Anerkennung von drei ECTS Punkten, der Beschwerde das Sommersemester 2017, die Monate 3/2017 bis 9/2017 betreffend statt zu geben wäre ansonsten die Beschwerde die drei Semester betreffend wegen Vorliegens eines schädlichen Studienwechsels abzuweisen wäre.

Der rechtsfreundliche Vertreter führte aus, dass er annehme, dass hinsichtlich seines Antrages auf Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens der Bestimmungen des § 26 Abs.1 und 3 das Bundesfinanzgericht keinen gesonderten Beschluss fassen werde und daher im Erkenntnis dazu Stellung genommen bzw. dass kein Zwischenbeschluss gefasst werde. Die Vorsitzende führte aus, dass heute die Verhandlung geschlossen werde und der Senat heute entscheiden werde, nachdem der Nachweis der Anrechnung der Punkte nun erbracht wurde und dies der Grund für die Vertagung der Verhandlung gewesen sei. Der rechtsfreundliche Vertreter beantragte die Stattgabe der Beschwerde.

Nach der Beratung der Mitglieder des Senates, verkündete die Vorsitzende die Entscheidung des Senates.

Dem rechtsfreundlichen Vertreter wurde nachweislich ein Datenträger (USB-Stick) mit den Aufnahmen der mündlichen Verhandlung übermittelt.

Einwendungen oder wegen Unvollständigkeit oder Richtigkeit der Übertragung wurden innerhalb der Frist von zwei Wochen nicht erhoben.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen**

#### **A) Festgestellter Sachverhalt**

Inskribierte Studienrichtungen der Tochter O an der Universität Innsbruck sowie am Management Center Innsbruck (MCI) beginnend mit dem Wintersemester 2013 bis zum Sommersemester 2018:

<b>SM</b>		<b>Bachelorstudium Wirtschafts- wissenschaften C 033 571</b>	<b>Diplomstudium Pharmazie C 449</b>	<b>MCI FH IBK Lebensmittel- &amp; Rohstofftechnologie</b>	<b>Bachelorstudium Pharmazie C 033 305</b>
1	WS 2013	inskribiert	inskribiert		
2	SS 2014	inskribiert	inskribiert		
3	WS 2014	inskribiert	inskribiert		



4	SS 2015	inskribiert	inskribiert		
			Schließung des Studiums mit 03.09.2015		
5	WS 2015	inskribiert		inskribiert	
6	SS 2016	inskribiert		inskribiert	
				beendet nach dem Sommersemester 2016	
7	WS 2016	inskribiert			Neuzulassung
8	SS 2017				inskribiert
9	WS 2017				inskribiert
10	SS 2018				inskribiert

SM - Semester

WS - Wintersemester

SS - Sommersemester

Die Tochter der Beschwerdeführerin – O – inskribierte im Wintersemester 2013 an der **Universität Innsbruck** das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften (Studienkennzahl C 033 571) und das Diplomstudium Pharmazie (Studienkennzahl C 449). Im September und Oktober 2013 besuchte die Tochter Vorlesungen beider Studienrichtungen. Prüfungen wurden in den folgenden vier Semestern (Winter- und Sommersemester 2014 und 2015) nur in der Studienrichtung Wirtschaftswissenschaften abgelegt. In der vorliegenden Bestätigung des Studienerfolges sind für diese Studienrichtung insgesamt 41,5 ECTS Punkte angeführt. Die letzte Prüfung aus der Studienrichtung Wirtschaftswissenschaften wurde im Sommersemester 2015 (14. September 2015) abgelegt. In der Studiendatenbank sind für die Studienrichtung Wirtschaftswissenschaften ab dem Wintersemester 2015 keine ECTS Punkte mehr vermerkt. Im Sommer- und Wintersemester 2016 wurde die Studienrichtung Wirtschaftswissenschaften inskribiert, aber keine Prüfungen abgelegt. In den Sommer- und Wintersemestern 2017 und 2018 wurde die Studienrichtung Wirtschaftswissenschaften nicht mehr inskribiert.

Das Diplomstudium Pharmazie (Studienkennzahl C 449) wurde nach der Erstzulassung im Wintersemester 2013 bis zum Sommersemester 2015 inskribiert. Prüfungen wurden keine abgelegt. Im Sommersemester 2015 (3. September 2015) wurde dieses Studium endgültig beendet.

Mit 1. Oktober 2015 trat an der Universität Innsbruck das Curriculum für das Bachelorstudium Pharmazie (Studienkennzahl C 033 305) als Nachfolgestudium des Diplomstudiums Pharmazie (Studienkennzahl C 449) in Kraft. O stellte im Jahr 2015 einen Antrag auf Schließung des Diplomstudiums Pharmazie (Studienkennzahl C 449), dem mit 3. September 2015 stattgegeben wurde.

Im Wintersemester 2015 hat sich die Tochter – O – für einen Studienplatz als Studierende am **Management Center Innsbruck (MCI)** – einer „unternehmerischen Hochschule“ – für das Bachelorstudium Lebensmittel- & Rohstofftechnologie beworben und im Wintersemester 2015 und Sommersemester 2016 dieses Studium inskribiert sowie Lehrveranstaltungen im Ausmaß von insgesamt 24 ECTS Punkten belegt. Eine Anrechnung von Vorstudienzeiten an der Universität Innsbruck durch das Management Center Innsbruck (MCI) erfolgte nicht. Dieses Studium hat die Tochter nach zwei Semestern ohne dieses abzuschließen im Sommersemester 2016 wieder beendet.

Im Juli 2016 hat O um Neuzulassung des Bachelorstudium Pharmazie (Studienkennzahl C 033 305) an der **Universität Innsbruck** angesucht. Dem Zulassungsantrag für dieses Studium wurde im September 2016 stattgegeben, welches in den Winter- und Sommersemester 2016, 2017 und 2018 inskribiert wurde.

Der Tochter der Beschwerdeführerin wurden auf Grund ihres Antrages an das Prüfungsreferat der Universität Innsbruck vom 9. Oktober 2018 drei ECTS Punkte für außerfachliche Kompetenzen aus ihrem Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften – Management and Economics auf das Bachelorstudium Pharmazie (C 033 305) angerechnet.

## **B) Beweiswürdigung**

### **1) Allgemein**

Gemäß § 2a BAO gelten die Bestimmungen der BAO (Bundesabgabenordnung) sinngemäß im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, soweit sie im Verfahren vor der belangten Abgabenbehörde gelten. Die Bestimmung des § 2a (idF FVwGG 2012) erweitert den Anwendungsbereich der BAO, der bisher in den §§ 1 und 2 auf Abgabenbehörden abstellt, auf Verwaltungsgerichte und auf Verfahren, soweit die belangte Abgabenbehörde die BAO anzuwenden hat (Ritz, BAO<sup>5</sup>, § 2a, Tz 1).

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweislastregeln (keine gesetzliche Rangordnung, keine formalen Regeln) gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen (Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 167 Tz 6).

Nach dem im § 167 Abs. 2 BAO verankerten Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat sich das Bundesfinanzgericht – zwar ohne an formale Regeln gebunden zu sein, aber unter Wahrung aller Verfahrensgrundsätze (ordnungsgemäß und vollständig durchgeführtes Ermittlungsverfahren, Parteiengehör) – Klarheit über den maßgebenden Sachverhalt zu verschaffen (vgl. VwGH vom 08.09.2005, 2001/17/0141).

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Beschwerdeverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (siehe VwGH vom 06.07.2006, 2006/15/0183 und vom 24.10.2005, 2001/13/0263).

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten weniger wahrscheinlich erscheinen lassen oder nahezu ausschließen.

Die Beweiswürdigung muss den Denkgesetzen entsprechen (siehe VwGH vom 31.10.1991, 90/16/0176) und darf den allgemeinen menschlichen Erfahrungsgut nicht widersprechen (VwGH vom 22.02.2007, 2006/14/0040). Die Beweiswürdigung dient der Bildung der Überzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache.

Zur freien Beweiswürdigung gehört insbesondere auch, ob die im Laufe eines Verfahrens gemachten Angaben mit den Erfahrungen des täglichen Lebens übereinstimmen oder nicht.

Es entspricht den Erfahrungen des täglichen Lebens, dass jene Ausführungen, die zu Beginn eines Verfahrens gemacht werden, der Wahrheit am nächsten kommen als spätere (VwGH vom 10.02.1987, 85/14/0142) bzw. anders lautende Angaben, die später gemacht wurden (VwGH vom 15.12.1987, 87/14/0016, 0017). Eine für den Abgabepflichtigen günstigere Darstellung, die erst nach und nach im Zuge eines Verfahrens gegeben wird, kann nur verminderte Glaubwürdigkeit für sich beanspruchen (VwGH vom 04.09.1986, 86/16/0080).

## **2) Beweiswürdigung im gegenständlichen Verfahren**

Das Bundesfinanzgericht nimmt im Rahmen der freien Beweiswürdigung mit Gewissheit an, dass die Tochter der Beschwerdeführerin – O – durch den im Wintersemester 2015 vorgenommenen Wechsel von der Leopold-Franzens-Universität, Innsbruck und das an der Universität Innsbruck betriebene Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften (C 033 571) an das MCI, Management Center Innsbruck das an der Universität Innsbruck betriebenen Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften (C 033 571) im Wintersemester 2015 endgültig abgebrochen hat. Die letzte Prüfung aus der Studienrichtung Wirtschaftswissenschaften wurde im Sommersemester 2015 (14. September 2015) abgelegt. Im Sommer- und Wintersemester 2016 wurde die Studienrichtung Wirtschaftswissenschaften zwar inskribiert, aber keine Prüfungen abgelegt. In der Studiendatenbank sind ab dem Wintersemester 2015 keine ECTS Punkte mehr für die Studienrichtung Wirtschaftswissenschaften vermerkt. Die Tochter – O – hat daher im fünften Semester nach ihrem Studienbeginn an der Universität Innsbruck einen Studienwechsel vollzogen.

Das Bundesfinanzgericht nimmt im Rahmen der freien Beweiswürdigung mit Gewissheit an, dass die Tochter der Beschwerdeführerin – O – durch den im Sommersemester 2016 vorgenommenen Wechsel der Studieneinrichtung vom Management Center

Innsbruck (MCI) – einer unternehmerischen Hochschule – und das dort betriebene aber ohne Abschluss beendete Bachelorstudium Lebensmittel- und Rohstofftechnologie an die Leopold-Franzens-Universität, Innsbruck zum Bachelorstudium Pharmazie (Studienkennzahl C033 305), in dem grundlegende wissenschaftliche Kenntnisse und Methoden in den wichtigsten Teilgebieten der Pharmazie sowie fachlichen Gebieten vermittelt werden, einen Wechsel der Studieneinrichtung und der Studienrichtung vorgenommen hat. Sie hat im dritten Semester nach dem im Wintersemester 2015 vorgenommenen Wechsel der Studieneinrichtung und der Studienrichtung im Wintersemester 2016 einen weiteren Studienwechsel vollzogen.

Diese durch Ermittlungen des Bundesfinanzgerichtes untermauerten Fakten haben nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes gegenüber der vom rechtsfreundlichen Vertreter angeführten Möglichkeit, dass die Tochter der Beschwerdeführerin – O – das Studium der Pharmazie seit dem Wintersemester 2013 durchgehend betrieben hat und nur deshalb im Diplomstudium der Pharmazie (Studienkennzahl 449) keine Prüfung abgelegt hat, weil ihr mitgeteilt wurde, dass ohnehin im Wintersemester 2016/17 ein neues Studium, nämlich das Nachfolgestudium Bachelorstudium Pharmazie eingerichtet werde, bzw. die Behauptung, dass allein aus diesem Grund im Sommersemester 2016 das Diplomstudium Pharmazie nicht inskribiert wurde, die Gewissheit für sich, dass O im September 2015 das Bachelorstudium Wirtschaftswissenschaften (C 033 571) endgültig abgebrochen hat und daher sowohl im Wintersemester 2015 einen Studienwechsel als auch im Wintersemester 2016 einen Studienwechsel vollzogen ha.

### **C) Rechtslage**

#### **1) Zu Unrecht bezogene Familienleistungen (Familienbeihilfe, Kinderabsetzbetrag)**

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen (§ 26 Abs. 1 FLAG 1967 idF BGBl I Nr. 103/2007).

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. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden (§ 33 Abs. 3, Satz 1 und 3, EStG 1988 idF BGBl I Nr. 118/2015).

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 (zB VwGH 24.06.2009, 2007/15/0162).

Die Rückzahlungspflicht nach § 26 Abs. 1 FLAG trifft somit ausschließlich den Bezieher der bezogenen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag). Diese Bestimmung normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist somit lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat.

Ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (siehe VwGH 19.12.2013, 2012/16/0047 unter Hinweis auf VwGH 31.10.2000, 96/15/0001 sowie 16.02.1988, 85/14/0130 und 15.05.1963, 904/62).

Zu Unrecht bezogene Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) sind von den Beziehern der Familienleistungen (im gegenständlichen Verfahren die Beschwerdeführerin) auch dann zur Gänze von diesen zurück zu fordern, auch wenn diese die bezogenen Familienleistungen dazu verwendet haben, diese zur Gänze oder teilweise an das Kind (im gegenständlichen Verfahren an die Tochter) weiter zu geben.

Bei einer Rückforderung von zu Unrecht bezogenen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) ist daher objektiv zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin im Rückforderungszeitraum Oktober 2015 bis September 2017 einen Anspruch auf Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) für ihre Tochter – O – hatte oder nicht.

## **2) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe im Zeitraum Oktober 2015 bis Februar 2017**

Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, 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. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe (§ 2 Abs. 1 lit b, Satz 1, 2 und 10 FLAG 1967 idFBGBl I Nr. 144/2015).

Für den Fall eines Studienwechsels hat der Gesetzgeber des FLAG nur auf die Bestimmung des § 17 Studienförderungsgesetz 1992 (StudFG) verwiesen, nicht aber auf den 4. Abschnitt des Studienförderungsgesetzes oder auf das Studienförderungsgesetz insgesamt, weshalb sich bei einem Studienwechsel die Fragen im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Familienbeihilfe nur nach § 17 StudFG beantworten lassen.

Ein Studienwechsel im Sinne des § 17 StudFG liegt 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 Studium beginnt (VwGH 26. Mai 2011, 2011/16/0060).

Ein günstiger Studienerfolg im Sinne des Studienförderungsgesetzes 1992 liegt unter anderem nicht vor, wenn das Studium nach dem jeweils dritten inskribierten Semester (nach dem zweiten Ausbildungsjahr) gewechselt hat (§ 17 Abs. 1 Z 2 Studienförderungsgesetz 1992 in der im Streitzeitraum geltenden Fassung BGBl I Nr. 54/2016).

Ein im Sinne der gesetzlichen Bestimmung des Familienlastenausgleichsgesetzes schädlicher Studienwechsel liegt daher durch den Verweis auf § 17 StudFG 1992 unter anderem vor, wenn das Studium nach dem jeweils dritten inskribierten Semester gewechselt hat.

### **3) Anspruch auf Familienbeihilfe im Zeitraum März 2017 bis September 2017**

Ein Studienwechsel im Sinne des § 17 Abs. 1 und 2 Studienförderungsgesetz 1992 ist nicht mehr zu beachten, wenn die Studierenden danach so viele Semester zurückgelegt haben, wie sie in dem gemäß § 17 Abs. 1 Z 2 Studienförderungsgesetz 1992 zu spät gewechselten Studium verbracht haben. Anerkannte Prüfungen aus dem verspätet gewechselten Vorstudium verkürzen die Wartezeit für die Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 1 lit b iVm § 17 Abs. 4 StudFG (VwGH 28.02.2017, Ro 2016/16/0005; dabei ist auf ganze Semester aufzurunden (§ 17 Abs. 3 Studienförderungsgesetz 1992)).

Diese durch das BGBl I Nr. 47/2008 vorgenommene Änderung des § 17 Abs. 4 StudFG, hatte den Sinn den Studierenden die Wiedereingliederung in das Studienfördersystem nach einem verspäteten Studienwechsel zu erleichtern (405 der Beilagen XXIII.GP) und so die Durchlässigkeit des Studienförderungssystems zu erhöhen.

Mit BGBl I Nr. 54/2016 wurde neben der vorgenommenen Streichung des Absatzes 3 - der bisherige Absatz 4 wurde zum Absatz 3 - auch eine inhaltlichen Änderung vorgenommen. Diese Änderung brachte Verbesserungen für die Studierenden dadurch, dass nur die Studienzeiten eines verspätet – also nach dem dritten Semester – gewechselten Studiums für die sogenannte Wartezeit bis zur Wiedererlangung des Beihilfenanspruches berücksichtigt werden. Studienzeiten aus allfälligen Vorstudien, die nicht zu spät gewechselt wurden, verlängern daher die Wartezeit nicht. Dies entspricht der Intention der Regelung, dass nur verspätete Studienwechsel zu negativen Konsequenzen für den Beihilfenanspruch führen sollen (siehe 1122 der Beilagen XXV. GP).

### **4) Antrag auf Übermittlung des „Verhandlungsprotokolles“ vom 21. August 2018**

Die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung (BAO) gelten sinngemäß im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten, soweit sie im Verfahren der belangten Abgabenbehörde gelten (siehe § 2a, Satz 1 BAO idF BGBl I Nr. 70/2013).

Die Bestimmung des § 2a (idF FVwGG 2012) erweitert den Anwendungsbereich der BAO, der in den §§ 1 und 2 auf Abgabenbehörden abstellt, auf Verwaltungsgerichte und auf Verfahren, sowie die belangte Behörde die BAO anzuwenden hat (Ritz BAO<sup>6</sup>, § 2a, Rz 1).

Die Behörde kann sich für die Abfassung der Niederschrift eines Schallträgers bedienen oder die Niederschrift in Kurzschrift abfassen, wenn weder von der vernommenen noch von einer sonst beigezogenen Person dagegen Einwand erhoben wird. Die Schallträgeraufnahme und die in Kurzschrift abgefasste Niederschrift sind nachträglich in Vollschrift zu übertragen. Die vernommene oder sonst beigezogene Person kann spätestens bei Beendigung der betreffenden Amtshandlung die Zustellung einer Abschrift der Niederschrift, zu deren Abfassung sich die Behörde eines Schallträgers bedient hat, beantragen und innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung Einwendungen wegen behaupteter Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit der Übertragung der Schallträgeraufnahme erheben (§ 87 Abs. 6, Satz 1 und 2 BAO).

Eine nachträgliche Übertragung der Schallträgeraufnahme in Vollschrift kann unterbleiben, wenn keine der in Abs. 6 erster Satz genannten Personen spätestens bei Beendigung der betreffenden Amtshandlung dagegen Einwand erhoben hat (§ 87 Abs. 6a, Satz 1, BAO).

Um feststellen zu können, dass gegen die Abfassung der Niederschrift mittels Schallträger kein Einwand erhoben wurde (§ 87 Abs. 6 BAO), muss die beabsichtigte Vorgangsweise den verfahrensbeteiligten Personen vorher mitgeteilt werden (VwGH 30.04.1985, 84/14/0169). Das Bundesfinanzgericht hat daher die verfahrensbeteiligten Personen und deren Vertreter auf die Art der Abfassung der Niederschrift über den Verlauf der mündlichen Verhandlung durch Verwendung eines Schallträgers aufmerksam zu machen und dies zu protokollieren. Liegt diese Voraussetzung vor, steht die Verwendung von Schallträgern im Ermessen des Bundesfinanzgerichtes. Schließlich wird bestimmt, dass bei Verwendung von Schallträgergeräten die verfahrensbeteiligten Personen und deren Vertreter spätestens bis zum Schluss der „Amtshandlung“, wie im gegenständlichen Verfahren bis zum Schluss der mündliche Verhandlung vor den Bundesfinanzgericht am 21. August 2018, die vertagt wurde, die Zustellung der Niederschrift beantragen.

Der durch das Abgabenänderungsgesetz 2014 (BGBl I Nr. 14/2014) eingefügte § 86 Abs. 6a, wodurch die Verpflichtung weggefallen ist, jede Schallträgeraufnahme in Vollschrift zu übertragen, dient dem Grundsatz der Sparsamkeit und der Vermeidung von Verwaltungsaufwand (ErläutRV 24, BlgNR 25, GP 23) und ist den verfahrensbeteiligten Personen vorher mitzuteilen (Fischerlehner, Abgabenverfahren<sup>2</sup> (2016), § 87, Anm 7).

## **5) Antrag auf Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens**

Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auf Antrag eines Gerichtes (Art 140 Abs. 1, Z 1 lit a B-VG idF BGBl I Nr. 114/2013).

Hat ein ordentliches Gericht gegen die Anwendung einer Verordnung aus dem Grund der Gesetzwidrigkeit, einer Kundmachung über die Wiederverlautbarung eines Gesetzes (Staatsvertrages) aus dem Grund der Gesetzwidrigkeit, eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit oder eines Staatsvertrages aus dem Grund der Rechtswidrigkeit Bedenken, so hat es den Antrag auf Aufhebung dieser Rechtsvorschrift beim Verfassungsgerichtshof zu stellen (Art 89 Abs. 2 B-VG, idF BGBl I Nr. 114/2013).

Von einem Gericht oder einer Person gemäß § 62a kann der Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes oder von bestimmten Stellen eines solchen nur dann gestellt werden, wenn das Gesetz vom Gericht in der anhängigen Rechtssache unmittelbar anzuwenden bzw. wenn die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes eine Vorfrage für die Entscheidung der beim Gericht anhängigen Rechtssache ist oder nach Ansicht der Antragsteller wäre. Der Antrag hat darzulegen, inwiefern das Gericht das Gesetz anzuwenden und welche Auswirkungen die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes auf die beim Gericht anhängige Rechtssache hätte (§ 62 Abs. 2 VfGG, idF BGBl I Nr. 101/2014).

### **Anwendung der Norm im gegenständlichen Verfahren (Präjudizialität)**

Ein von Amts wegen oder auf Antrag eines Gerichtes eingeleitetes Gesetzesprüfungsverfahren dient der Herstellung einer verfassungsrechtlich einwandfreien Rechtsgrundlage für das Anlassverfahren (vgl. VfSlg 11.506/1987, 13.701/1994). Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfenden Gesetzesbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden.

Dieser Grundposition folgend hat der Verfassungsgerichtshof die Rechtsauffassung entwickelt, dass im Gesetzesprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. VfSlg 16.212/2001, 16.365/2001, 18.142/2007, 19.496/2011; VfGH 14.3.2017, G 311/2016).

Das antragstellende Gericht hat all jene Normen anzufechten, die für das anfechtende Gericht präjudiziell sind und vor dem Hintergrund der Bedenken für die Beurteilung der allfälligen Verfassungswidrigkeit der Rechtslage eine untrennbare Einheit bilden.

Eine zu weite Fassung des Antrages macht diesen nicht in jedem Fall unzulässig. Zunächst ist ein Antrag nicht zu weit gefasst, soweit das Gericht solche Normen anfecht, die denkmöglich eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bilden und damit präjudiziell sind; dabei darf aber nach § 62 Abs. 1 VfGG nicht offen bleiben, welche Gesetzesvorschrift oder welcher Teil einer Vorschrift nach Auffassung des antragstellenden Gerichtes aus welchem Grund aufgehoben werden soll (siehe mwN VfGH 02.03.2015, G 140/2014 ua.; vgl. auch VfGH 10.12.2015, G 639/2015; 15.10.2016, G 103 -104/2016 ua.).

Umfasst der Antrag auch Bestimmungen, die für das antragstellende Gericht offenkundig keine Voraussetzung seiner Entscheidung im Anlassfall bilden und die somit nicht präjudiziell sind (insofern ist der Antrag zu weit gefasst), die mit den präjudiziellen (und nach Auffassung des antragstellenden Gerichtes den Sitz der Verfassungswidrigkeit bildenden) Bestimmungen aber vor dem Hintergrund der Bedenken in einem



Regelungszusammenhang stehen, so ist zu differenzieren: Sind diese Bestimmungen von den den Sitz der verfassungsrechtlichen Bedenken des antragstellenden Gerichtes bildenden präjudiziellen Bestimmungen offensichtlich trennbar, so führt dies zur teilweisen Zurückweisung des Antrages (siehe VfGH 07.03.2018, G 136/2017).

Der Verfassungsgerichtshof erachtet sich zur Verneinung der Präjudizialität nur dann berechtigt, wenn diese „ganz offenbar“ fehlt (VfSlg 9906, 9911, 10.066, 12.286, 12.419, 13.424, 15.035, 15.199, VfGH 12.12.2013, G 60/2013; Bernard ÖJZ 1997, 163) oder wenn es „denk unmöglich“ ist, dass der angefochtene Gesetz im Rahmen der gerichtlichen Entscheidung anzuwenden ist (siehe Mayr/Muzak, B-VG<sup>5</sup> (2015) Art 89, II,1 und II.2 und die dort zitierte Judikatur und Literatur).

### **Rechtspolitischer Spielraum des Gesetzgebers im Beihilfenrecht**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist dem (Familien)-Gesetzgeber im Bereich der Familienpolitik im Allgemeinen sowie im Beihilfenrecht im Besonderen generell ein weiter rechtspolitischer Spielraum zuzubilligen (VfSlg 19.411/2011). So hat der Verfassungsgerichtshof zusammenfassend im Erkenntnis VfSlg 14.694/1996 (Punkt 4.2.) ua ausgeführt, dass der Gesetzgeber nicht gehalten ist, Beihilfen in unbeschränkter Weise zu gewähren (VfSlg 5972/1969). Der Verfassungsgerichtshof hat in ständiger Judikatur zum Ausdruck gebracht, dass der Gesetzgeber bei Verfolgung familienpolitischer Ziele frei ist (VfSlg 8541/1979). Der dem Gesetzgeber grundsätzlich zustehende Gestaltungsspielraum wird durch das Gleichheitsgebot nur insofern beschränkt, als es ihm verwehrt ist, Regelungen zu treffen, für die eine sachliche Rechtfertigung nicht besteht (VfSlg 8073/1977).

Der Gleichheitsgrundsatz gebietet dem Gesetzgeber, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln und setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er es verbietet, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zwischen den Normadressaten zu schaffen (vgl. VfSlg 17.315/2004, 17.500/2005, 19.791/2013). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von Verfassungswegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (VfSlg 16.176/2001, 16.504/2002; VfGH 14.10.2016, G 121/2016).

Rückforderungsvorschriften, die lediglich auf den objektiven Umstand des Nichtvorliegens der Anspruchsvoraussetzungen abstellen, sind in der österreichischen Rechtsordnung nicht ungewöhnlich (zB § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967).

Verfassungsrechtliche Bedenken sind im Allgemeinen dagegen nicht entstanden; sie wären auch nur bei Vorliegen besonderer Umstände gerechtfertigt (VfGH 26.02.2009, G 128/08ua).

### **D) Erwägungen**

#### **1) Kein Anspruch auf Familienleistungen im Zeitraum Oktober 2015 bis Februar 2017**

Die Tochter (O) der Beschwerdeführerin hat im Rückforderungszeitraum Oktober 2015 bis September 2017 sowohl an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck als auch

im Winter- und Sommersemester 2016 an der MCI Fachhochschule Innsbruck Studien belegt. Der im fünften Semester (Wintersemester 2015) vorgenommene Studienwechsel ist ein unter Hinweis auf § 17 Abs. 1 Z 2 StudFG 1992 schädlicher Studienwechsel, da er nach dem dritten inskribierten Semester erfolgte.

Auf Grund dieses schädlichen Studienwechsels ergeben sich insgesamt vier Semester („Stehsemester“) und somit besteht - ohne Anrechnung von ECTS Punkten - bis zum Ende des Sommersemesters 2017 kein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag), sofern nicht eine Verkürzung dieser Wartefrist durch Anerkennung von Prüfungen eintritt.

Da von der Universität aus der Studienrichtung Wirtschaftswissenschaften (Studienkennzahl C 033 571) zwei Prüfungen im Ausmaß von drei ECTS Punkten für das Bachelorstudium Pharmazie (Studienkennzahl C 033 305) angerechnet wurden, kommt eine Verkürzung der Wartefrist für einen möglichen Bezug der Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) um ein Semester zum Tragen, weil bei einer Anrechnung auf volle Semester aufzurunden ist (§ 17 Abs. 3 StudFG 1992).

Durch die von der Universität Innsbruck vorgenommene Anrechnung von drei ECTS Punkten verkürzt sich die Wartefrist für den Bezug der Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) daher um ein Semester.

Im Zeitraum Oktober 2015 bis Februar 2017 besteht auf Grund des von der Tochter – O – im fünften Semester vorgenommenen und damit schädlichen Studienwechsels von der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck an die MCI Fachhochschule, Innsbruck kein Anspruch auf Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag).

Die Beschwerde den Zeitraum Oktober 2015 bis Februar 2017 war daher abzuweisen.

## **2) Anspruch auf Familienleistungen im Zeitraum März 2017 bis September 2017**

Auf Grund der von der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck vorgenommenen Anrechnung von drei ECTS Punkten und der damit vorzunehmenden Aufrundung auf ein Semester, besteht für den Zeitraum März 2017 bis September 2017 ein Anspruch auf Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag). Dadurch verringert sich die Höhe des Rückforderungsbetrages der zu Unrecht bezogenen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) um den Rückforderungsbetrag, der auf den Zeitraum März 2017 bis September 2017 entfällt.

Der Beschwerde den Zeitraum März 2017 bis September 2017 betreffend, war daher statt zu geben und der angefochtene Bescheid für diesen Zeitraum aufzuheben.

## **3) Verspäteter Antrag auf Übermittlung des „Verhandlungsprotokolles“ der mündlichen Verhandlung vom 21. August 2018**

Da bis zum Schluss der am 21. August 2018 durchgeführten mündlichen Verhandlung, weder die anwesende Beschwerdeführerin noch der rechtsfreundliche Vertreter einen Antrag auf Ausfolgung der Niederschrift über den Verlauf der mündlichen Verhandlung stellten, sondern erst mit Schriftsatz vom 19. Oktober 2018 ein diesbezüglichen Antrag

einbrachten, wurde vorerst keine Übermittlung des „Verhandlungsprotokolles“ der mündlichen Verhandlung vom 21. August 2018 vorgenommen.

#### **4) Antrag auf Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens**

Ein Antrag des Bundesfinanzgerichtes auf Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens der Bestimmungen des § 26 Abs. 1 und 3 FLAG 1967, an den Verfassungsgerichtshof wird vom Bundesfinanzgericht nicht gestellt.

Das Bundesfinanzgericht hat im gegenständlichen Verfahren § 26 Abs. 3 FLAG 1967 nicht anzuwenden. Damit fehlt es nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes an einer Norm, die für das anfechtende Gericht im gegenständlichen Verfahren präjudiziell wäre.

Eine Rückforderung von Familienleistungen, wie dies § 26 Abs. 1 FLAG 1967 vorsieht, für bereits ausbezahlte Familienleistungen, wie die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag, wenn die Anspruchsberechtigte für die Auszahlung dieser Transferleistungen objektiv betrachtet keinen Anspruch auf diese bereits bezogenen Familienleistungen mehr hat, ist nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes von dem im Beihilfenrecht im Besonderen zugewilligten Gestaltungsraum des Gesetzgebers umfasst.

Außerdem hat der Verfassungsgerichtshof bereits ausgesprochen, dass verfassungsrechtliche Bedenken gegen Rückforderungen von Transferleistungen, wie die bereits bezogenen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag), die lediglich auf den objektiven Umstand des Nichtvorliegens der Anspruchsvoraussetzungen abstellen, wie dies im § 26 FLAG 1967 vorgesehen ist, nur bei Vorliegen besonderer Umstände gerechtfertigt wäre.

Das Bundesfinanzgericht hat weder verfassungsrechtliche Bedenken im Allgemeinen gegen die Bestimmung des § 26 Abs. 1 FLAG 1967 noch liegen nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes im gegenständlichen Verfahren besondere Umstände vor, somit bestehen nach Ansicht des Bundesfinanzgerichtes keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 26 Abs. 1 FLAG 1967, die eine Antragstellung rechtfertigen würden.

Ein Antrag des Bundesfinanzgerichtes auf Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens der Bestimmungen des § 26 Abs. 1 FLAG 1967, an den Verfassungsgerichtshof wird daher vom Bundesfinanzgericht nicht gestellt.

#### **5) Teilweise Stattgabe der Beschwerde**

Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben.

Der angefochtene Bescheid bleibt hinsichtlich des Zeitraumes Oktober 2015 bis Februar 2017 unverändert und hinsichtlich des Zeitraumes März bis September 2017 ersatzlos aufgehoben.

#### **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.

Im gegenständlichen Verfahren war weder eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu lösen noch ist das Bundesfinanzgericht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen.

Salzburg-Aigen, am 27. Februar 2019