



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Dr. A. B., Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. November 2006 bis 31. Juli 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezog für seinen Sohn X, geb. am 00.00.1983, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag. X war im Wintersemester 2006/07 und im Sommersemester 2007 als ordentlicher Studierender an der Universität Wien zur Fortsetzung gemeldet. Vom 1. November 2006 bis 31. Juli 2007 leistete er den ordentlichen Zivildienst.

Mit Bescheid vom 14. November 2007 forderte das Finanzamt vom Bw. die für den Zeitraum 1. November 2006 bis 31. Juli 2007 bereits ausbezahlten Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen mit der Begründung zurück, dass während der Ableistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes keine Berufsausbildung angenommen werden könne, da die Erfüllung der Wehrpflicht eine Haupttätigkeit darstelle.

Der Bw. erhob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und begründete diese wie folgt:

„Die Familienbeihilfe (FBH) soll nach den (ursprünglichen) Intentionen des Gesetzgebers gem. § 2 Abs. 4 FLAG einen finanziellen Ausgleich für die Kosten des Unterhaltes inklusive Erziehungs- und Ausbildungskosten für das Kind/die Kinder darstellen, sie ist somit ein familienpolitisches Steuerungsinstrument. Der Gesetzgeber hat es durch insgesamt 78 Novellen fertig gebracht, den in § 1 FLAG normierten Sinn, nämlich einen Lastenausgleich im Interesse der Familie herbeizuführen und genau aus diesem Grund die vorgesehenen Leistungen (FBH, Kindergeld etc.) zu gewähren, völlig zu verwässern

und das Gesetz in seiner Anwendung für den Normadressaten unlesbar zu machen, er hat es auch in verfassungswidriger Weise gegen den Intention des Gesetzes erreicht, das FLAG zu einem Pönalisierungsgesetz zu entwickeln. So wird der an sich völlig unzuständigen Finanzverwaltung die Aufgabe übertragen den Ausbildungsfortschritt der Kinder zu überwachen, und ohne Kenntnisse der Vorgänge an den völlig überforderten Universitäten und ohne Prüfung des Verschuldensgrades des aus der Sicht der Finanzverwaltung als „säumig“ einzustufenden Kindes nach Gutdünken und ausschließlich unter Berufung auf das FLAG wahllos und vor allem bescheidlos gewährte Beihilfen einzustellen.

Berufsausbildung und Leistungen aus dem FLAG zu verknüpfen widerspricht daher den Intentionen des FLAG als familienpolitisches Steuerungselement und ist somit verfassungswidrig. Die Leistungen gehören beim Auszubildenden ausschließlich mit dem Alter begrenzt, der Studienfortgang hingegen ist über die entsprechenden gesetzlichen Regelungen im Wissenschaftsbereich zu regeln, beispielsweise über dementsprechend gestaffelte Studienbeiträge.

Im gegenständlichen Fall besteht die Ungerechtigkeit auch darin, dass von mir für den Studierenden zwei Semester Studiengebühr bezahlt wurde, umgekehrt das Finanzamt wegen der Zwangsverpflichtung zum Zivildienst jetzt zusätzlich die gewährten Beihilfen zurückerhalten will.

Abgesehen von der grundsätzlich verfassungswidrigen Wegentwicklung vom familienunterstützenden und familienfördernden Gesetz hin zu einem Ausbildungspönalisierungsinstrument, ergeben sich noch folgende verfassungsrechtlich bedenkliche Passagen im FLAG:

1. Das FLAG enthält eine derartige Fülle von Ausnahmetatbeständen, dass die Gleichheit vor dem Gesetz keinesfalls nachvollzogen werden kann. Alleine wer sich als Akteur in der Hochschülerschaft betätigt, besitzt bereits unnachvollziehbare Privilegien, obwohl es sich im Gegensatz zum Zivildienst um ein freiwilliges Engagement handelt.
2. Ein Einkommen von nicht mehr als 8.725 Euro im Kalenderjahr des Kindes gilt nach dem FLAG als unschädlich für den Bezug der Leistungen aus dem FLAG. Es kann daher nicht nachvollzogen werden, warum ein Zivildienstleistender, dem nach wie vor der volle Unterhalt gewährt werden muss, da er weiterhin voll im Familienhaushalt integriert ist und der etwa die Hälfte dieses Betrages als Aufwandsentschädigung verteilt auf zwei Kalenderjahre bezogen hat, keinen Anspruch auf FBH auslöst. Auch hier ist eine nicht nachvollziehbare Ungleichheit vor dem Gesetz gegeben.
3. Nach dem FLAG steht offenbar auch nicht österreichischen Staatsbürgern unter bestimmten Bedingungen ein Anspruch auf FBH zu. Auch daraus ergibt sich einen verfassungsrechtlich bedenkliche Situation, da der Ausländer wohl nicht verpflichtet ist Zivildienst zu leisten und dadurch gegenüber dem österreichischen Staatsbürger einen Vorteil besitzt, der eindeutig eine Benachteiligung österreichischer Staatsbürger darstellt.

Festgehalten wird auch, dass der Antritt des Zivildienstes nicht freiwillig und geplant erfolgte sondern durch skandalöse Verhältnisse bei der Zivildienstkommission. Diese hatte nämlich vergessen den seinerzeit gestellten Aufschubantrag durch einen Bescheid zu bestätigen. Dies führte dazu, dass in einer Art Panikreaktion mein Sohn während des Studiums plötzlich und unvorbereitet einberufen wurde, nur der Hinweis auf die rechtlich unklare Situation ermöglichte einen Aufschub von einem (!) Monat, um einen für den Studienfortgang nicht noch schädlicheren Abbruch eines Pflichtseminars mit umfassendem persönlichem Arbeitseinsatz eintreten zu lassen. Solche Fälle zeigen deutlich, dass es nicht an der Finanzverwaltung liegen kann, den Berufsausbildungsfortschgang oder dessen Umstände zu bewerten, auch die Pönalisierung zögerlichen Studienfortgangs hat daher anderswo anzusetzen. Der Antritt des Zivildienstes während eines laufenden inskribierten Semesters erfolgte somit nicht freiwillig sondern unter Zwang, zumal die Zivildienstkommission einem Rechtsmittel dagegen jeglichen Erfolg versagte.

Formatrechtlich erachte ich die Vorgangsweise der Finanzverwaltung als verfassungsrechtlich bedenklich:

1. Rechtserhebliche Bescheide werden ohne Zustellnachweis verschickt, offenbar auf Gefahr des Empfängers. Wenn selbst die Bundespolizeidirektion in der Lage ist Anonymverfügungen über 70 Euro mit Zustellnachweis zu verschicken, wird es wohl der Finanz zumutbar sein eine Forderung von immerhin 1.883,60 Euro ebenfalls mit Zustellnachweis einzufordern. Dieser formale Mangel muss als Versuch gewertet werden, den Staatsbürger und Steuerzahler gegebenenfalls in Beweisnotstand zu bringen und dann womöglich noch Verzugszinsen vorzuschreiben, für einen Rechtsstaat ein völlig inadäquates Verhalten.
2. Die Begründung stimmt mit der Realität nicht überein. Wie sich aus der von mir an das FA geschickten Entlassungsbestätigung aus dem Zivildienst zeigt, hat mein Sohn eben nicht, wie in der Begründung

formuliert wird, die Wehrpflicht erfüllt. Gerade darin besteht auch ein wesentlicher Unterschied, der verfassungsrechtlich bedenklich gleichgestellt wird, da sich der Zivildienstpflichtige in keiner militärischen Hierarchie unterzuordnen hat und grundsätzlich seinem häuslichen Leben nachgehen kann. Er ist somit durchaus in der Lage vergleichbar einem Werkstudent oder einem politischen Akteur in der Hochschülerschaft, auch im Studium sinnvolle Tätigkeiten auszuüben, weshalb auch im zweiten Semester eine Inskription erfolgte.

3. Die Rechtsmittelbelehrung klärt den Bittsteller zwar darüber auf, dass er neben der Berufung einen Aufschub der Zahlung beantragen kann, dass er aber im Falle des Nichtstattgebens der Berufung mit Zinsen zu rechnen hat. Auch diese Rechtsmittelbelehrung ist verfassungs- bzw. gesetzwidrig. Weder wird dem Steuerzahler die Höhe der Verzinsung bekannt gegeben, noch wird er darüber aufgeklärt, ob im Falle der Stattgebung auch eine Verzinsung des vorausbezahlten Betrages erfolgt, was, sollte dies nicht der Fall sein, eine weitere Verfassungswidrigkeit darstellt. Darüber hinaus hat es die Finanzverwaltung in der Hand die Dauer des Verfahrens zu bestimmen und damit die Zinseinnahmen zu Lasten des Berufungswerbers und zu Gunsten des Staates zu steuern. Diese Vorgangsweise soll offenbar von vornherein potentielle Berufungswerber vor der Ergreifung eines Rechtsmittels abschrecken und bedeutet nichts anderes als einen Versuch das (verfassungsmäßige) Recht auf den gesetzlichen Richter möglichst einzuschränken.“

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Sachverhaltsmäßig ist unbestritten, dass der Sohn des Bw. im Rückforderungszeitraum Zivildienst geleistet hat. In ständiger Rechtsprechung vertritt der Verwaltungsgerichtshof die Rechtsansicht, dass die Ableistung des Präsenz- oder Zivildienstes den Anspruch auf Familienbeihilfe für ein volljähriges Kind beseitigt. Im Erkenntnis vom 21.9.2006, 2004/15/0103, hat der Gerichtshof wörtlich ausgeführt:

„Die Beschwerdeführerin macht geltend, § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 umschreibe eindeutig den Begriff der Berufsausbildung an Universitäten. Durch die Ablegung von Prüfungen im ersten Studienjahr sei zweifelsfrei anzunehmen, dass ihr Sohn sich auch während der Ableistung des Präsenzdienstes in Berufsausbildung befunden habe. Entgegen der Auffassung der belangten Behörde gehe aus § 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967 nicht hervor, dass der Präsenz(Zivil)dienst einen Ausschließungsgrund für den Bezug für Familienbeihilfe darstelle. Diese Bestimmung sei auf Personen, die sich während des Präsenzdienstes in einer Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. b leg. cit. befinden, nicht anwendbar.“

Nach einhelliger Auffassung der Literatur (Wittmann/Papacek, Kommentar zum Familienlastenausgleich, C, 10/9; Schredl, SWK 1992, Seite 189 ff; Wimmer, SWK 2001, 249), der Judikatur (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. Mai 2002, 2002/15/0022) und auch der Verwaltungspraxis (Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967, Stand September 2005, Punkte 16.1., 20.6.), ist die Ableistung des Präsenz(Zivil)dienstes nicht als Ausbildung für einen Beruf iSd § 2 Abs. 1 lit. b FLAG anzusehen. Während der Leistung des Präsenz(Zivil)dienstes besteht sohin kein Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967. Auf die in der Beschwerde zitierte Literaturstelle (Franz Urban, Familienlastenausgleichsgesetz, 3. Auflage, Seite 18), in der ein gegenteiliger Standpunkt eingenommen wurde, ist nicht einzugehen, weil dieser Autor in der 4. Auflage seines Werkes die von der herrschenden Meinung abweichende Auffassung nicht mehr vertritt. Darüber hinaus ist den Tatbeständen des § 2 Abs. 1 lit. d, e, f und g FLAG 1967 zu entnehmen, dass einerseits die Ableistung des Präsenz(Zivil)dienstes eine Unterbrechung der Ausbildung eines volljährigen Kindes darstellt und andererseits während der Dauer dieses Dienstes kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht. Diese Bestimmungen (in der anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 23/1999) lauten:

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

d) für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Dauer von drei Monaten nach Abschluss der Berufsausbildung, sofern sie weder den Präsenz- oder Ausbildungsdienst

noch den Zivildienst leisten,

- e) für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und den Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- und Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,
- f) für volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wenn sie
  - aa) weder den Präsenz- oder Ausbildungsdienst noch den Zivildienst leisten und
  - bb) bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice als Arbeitsuchende vorgemerkt sind und weder einen Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, BGBI. Nr. 609, haben noch eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes durch das Arbeitsmarktservice erhalten; das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist durch eine Bestätigung des Arbeitsmarktservice nachzuweisen,
- g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 26. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor abgeleistet haben, dies längstens zur Vollendung des 27. Lebensjahrs, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer, ..."

Nach dem klaren Wortlaut der zitierten lit. d besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die die Berufsausbildung vor Vollendung des 26. Lebensjahrs abgeschlossen haben und nicht sofort eine Erwerbstätigkeit aufnehmen können für die Dauer von drei Monaten. Wird dagegen nach Abschluss der Berufsausbildung vor Vollendung des 26. Lebensjahrs der Präsenz(Zivil)dienst geleistet, besteht kein Anspruch. Die Leistung des Präsenz(Zivil)dienstes innerhalb der 3-Monats-Frist hebt den Anspruch auf Familienbeihilfe auf. Die lit. e leg. cit. normiert für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz(Zivil)dienstes und den Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz(Zivil)dienstes begonnen oder fortgesetzt wird, den Anspruch auf Familienbeihilfe. Diese Regelung stellt klar, dass die Ableistung des Präsenzdienstes für den Gesetzgeber eine Unterbrechung der Ausbildung des Kindes darstellt. Andernfalls könnte nicht von einer "Fortsetzung der Berufsausbildung" die Rede sein. Nach der lit. f leg. cit. besteht ein Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wenn sie arbeitslos gemeldet sind und keine Geldleistungen aus der Arbeitslosenversicherung erhalten. Dieser Anspruch wird wiederum aufgehoben, wenn sie den Präsenz(Zivil)dienst leisten. Schließlich wird nach der lit. g leg. cit. der Anspruch für volljährige Kinder bis längstens zur Vollendung des 27. Lebensjahrs erstreckt, wenn sie in dem Monat, in dem sie das 26. Lebensjahr vollenden, den Präsenz(Zivil)dienst leisten, sofern sie nach der Ableistung dieses Dienstes u.a. für einen Beruf ausgebildet werden; für Kinder, die eine im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der im § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 vorgesehenen Studiendauer. Gemeinsames Element dieser Bestimmungen ist, dass ein Anspruch normiert wird, der aber durch die Ableistung des Präsenz(Zivil)dienstes aufgehoben wird (lit. d, f) bzw. nach Ableistung des Präsenz (Zivil)dienstes - unter bestimmten weiteren Voraussetzungen - weiterbesteht. Aus diesem Regelungswerk des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 ergibt sich einerseits der Grundsatz, dass während der Ableistung des Präsenz(Zivil)dienstes kein Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder besteht und andererseits die Ableistung dieses Dienstes eine Unterbrechung der Ausbildung des Kindes darstellt.

Im Beschwerdefall ist strittig, ob dieser beihilfenschädliche Tatbestand bei gleichzeitiger Erfüllung der hier in Rede stehenden Anspruchsvoraussetzungen der Berufsausbildung nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 diesen Anspruch beseitigt. Dies ist - wie die belangte Behörde zutreffend hervorhebt - zu bejahen:

Die Familienbeihilfe will den Unterhaltsbelasteten entlasten und den Mindestunterhalt des Kindes sichern (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 22. April 1998, 98/13/0067, und Mair, Österreichische Richterzeitung 2006, 162). Die belangte Behörde hat zutreffend hervorgehoben, dass der Präsenzdienner während dieser Zeit von der öffentlichen Hand ausreichend versorgt wird. Eine Belastung der Beschwerdeführerin mit Unterhaltsleistungen für ihren Sohn, während er den Präsenzdienst leistet, besteht daher nicht. Für die Zeit des Präsenzdienstes bestehen grundsätzlich auch keine Ansprüche nach den sozialrechtlichen Bestimmungen (vgl. OGH vom 5. Dezember 2000, 10 ObS 144/00z, und JBI 1973, 539). Der Verwaltungsgerichtshof sieht sich daher nicht veranlasst, von seiner in ständiger Rechtsprechung

vertretenen Auffassung, dass die Ableistung des Präsenzdienstes den Anspruch auf Familienbeihilfe für ein volljähriges Kind beseitigt, abzugehen (vgl. das Erkenntnis vom 22. April 1998, 98/13/0067, mwN). Ob der Präsenz(Zivil)diener auf Grund einer besonders gelagerten Situation oder durch besonderen Fleiß während der Ableistung seines Dienstes seine Ausbildung an einer Universität auch durch Ableistung von Prüfungen und nicht nur durch die Meldung zur Fortsetzung weiterführt, ist für den Anspruch auf Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) nicht entscheidend.“

Der Verwaltungsgerichtshof differenziert in obigem Erkenntnis nicht, ob Präsenz- oder Zivildienst abgeleistet wird. Der unabhängige Finanzsenat teilt die schlüssigen Ausführungen des VwGH; auch im Berufungsfall ist somit durch die Ableistung des Zivildienstes die Ausbildung des Sohnes des Bw. unterbrochen worden.

Was die vom Bw. relevierten verfassungsrechtlichen Bedenken anlangt, so ist darauf hinzuweisen, dass gemäß Art. 18 Abs. 1 B-VG die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf (Legalitätsprinzip). Das Legalitätsprinzip impliziert, dass die Verwaltung in ihrem hoheitlichen Handeln an die von den gesetzgebenden Organen beschlossenen und gehörig kundgemachten Gesetze gebunden ist. Eine Beurteilung der Frage, inwieweit durch Bestimmungen des FLAG verfassungsmäßig gewährleistete Rechte des Bw. verletzt werden, steht dem unabhängigen Finanzsenat nicht zu. Dieser ist an die bestehenden und ordnungsgemäß kundgemachten Gesetze gebunden. Die Berufung war daher als unbegründet abzuweisen, ohne dass auf das weitere wenig sachdienliche Vorbringen des Bw. einzugehen war.

Wien, am 6. Mai 2008