



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der M.T., vom 4. Juli 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck vom 12. Juni 2007 betreffend Familienbeihilfe für den Sohn T.T., ab Mai 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) ersuchte mit Eingabe an das Finanzamt vom 29.04.2007 um „Weitergewährung der Familienbeihilfe (FB) für den Sohn Th.T. ab Mai 2007. Trotz der seinerzeitigen Wehrdienstuntauglichkeit habe ihr Sohn den Präsenzdienst abgeleistet und daher Anspruch auf die FB bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres.

Ihr Sohn sei zunächst wehrdiensttauglich gewesen (Beilage: Bescheinigung der Stellungskommission vom 23.09.1999), habe auf Grund des Einberufungsbefehles (Beilage: Einberufungsbefehl vom 22.05.2000) am 30.10.2000 den Wehrdienst angetreten, sei jedoch auf Grund einer ärztlichen Untersuchung am 3.11.2000 vorzeitig entlassen worden (Beilage: Entlassungsbescheinigung vom 3.11.2000). Anlässlich einer weiteren Stellung (Beilage: Ladung zur Stellung vom 20.12.2000) sei ihr Sohn wehrdienstuntauglich befunden worden (Beilage: Bescheinigung der Stellungskommission vom 20.12.2000), weshalb er mit diesem Zeitpunkt den Wehrdienst abgeleistet habe.

Infolge Ablaufes der Inskriptionsfrist für das Herbstsemester 2000 und der Streichung der FB wegen des verpassten Studienbeginnes habe ihr Sohn zwischenzeitig nach Arbeit suchen müssen. In der Folge habe er erst 2002 mit dem Studium begonnen. Es bestehe somit ein

schlüssiger Zusammenhang zwischen dem abgeleisteten Präsenzdienst und der Studiendauer über das 26. Lebensjahr hinaus.

Die Judikatur spreche auch dann von einem „abgeleisteten Präsenzdienst“, wenn nur ein Teil desselben geleistet worden sei und auch der Gesetzgeber verlange keine Mindestdauer für den abgeleisteten Präsenzdienst, sodass um Verlängerung der FB ersucht werde.

Aus der in Kopie vorgelegten „Entlassungsbescheinigung (nur für Zwecke der Sozialversicherung.....)“ geht Folgendes hervor.

*„Rekr. T., Schüler.....hat vom 30.10.00 bis 03.11.00 den ordentlichen Präsenzdienst geleistet bzw. wurde auf Grund der Einstellungsuntersuchung am 03.11.00 aus dem Präsenzdienst entlassen.“*

Aus der „Bescheinigung der Stellungskommission“ vom 20.12.2000 geht u.a. Folgendes hervor:

*Herr T.C., .....geboren am XX, .....hat sich den ärztlichen und psychologischen Untersuchungen für die Eignung zum Wehrdienst unterzogen. Der Beschluss lautet: Untauglich.....“*

Angemerkt wird, dass im Vordruck für diese Bescheinigung eine Rubrik „tauglich“, eine Rubrik „untauglich“ und eine Rubrik „vorübergehend untauglich“ vorgesehen ist und die Rubrik „untauglich“ angekreuzt ist.

Mit Bescheid vom 12.06.2007 wies das Finanzamt den Antrag der Bw. auf FB für ihren Sohn Th für den Zeitraum ab Mai 2007 ab und begründete dies im Wesentlichen wie folgt:

Nach der Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit g FLAG bestehe für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 26. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder den Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 27. Lebensjahres Anspruch auf FB, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- Ausbildungs- 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.

Unter „Ableistung“ des Präsenzdienstes könne tatsächlich nur die vollständige Ableistung (zumindest des Grundwehrdienstes) verstanden werden (Hinweis auf die Entscheidung des UFS vom 23.01.2007, GZ RV/0265-G/05). Da der Sohn der Bw. schon nach wenigen Tagen wegen Dienstunfähigkeit aus dem Präsenzdienst entlassen worden sei, bestehe ab Mai 2007 kein Anspruch auf FB mehr.

In der gegen den angeführten Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung (vom 4.07.2007) führte die Bw. im Wesentlichen Folgendes aus:

Die im bekämpften Bescheid zitierte Entscheidung des UFSG sei inzwischen überholt. Der UFSK habe nämlich am 18.04.2007 zur selben Frage – wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung für das Familienbeihilfenrecht durch den gesamten Berufungssenat – wie folgt entschieden: Aus dem klaren Gesetzeswortlaut sei kein Hinweis darauf zu erkennen, dass als

Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung der FB über das 26. Lebensjahr hinaus die Ableistung eines gesamten Präsenz(Zivil-)dienstes gefordert werde. Ebenso ergebe sich aus der ausdrücklichen Gesetzesformulierung „....bis längstens zur Vollendung des 27" Lebensjahres....." die Konsequenz, dass damit nur ein allgemeiner familienbeihilfenanspruchsverlängernder Zeitraum gemeint sein könne.

Zum schlüssigen Zusammenhang zwischen dem abgeleisteten Präsenzdienst und der Studierendauer über das 26. Lebensjahr hinaus werde noch bemerkt, dass durch die Unmöglichkeit des Studienbeginnes und die bekannte Untunlichkeit, im Zwischensemester ein Studium zu beginnen, die Berufsausbildung ihres Sohnes jedenfalls für ein Jahr unmöglich gemacht worden sei.

Ihr Sohn sei durch das Abwarten der weiteren Stellung, durch die Streichung der FB und die zwischenzeitige Arbeitssuche in arge finanzielle Turbulenzen geraten, von denen er sich erst allmählich und mit Unterstützung der Bw. erholen habe können und die zu einem Zeitverlust von sogar zwei Jahre geführt hätten. Dies sei zwar rechtlich nicht relevant, solle aber die gravierenden Auswirkungen des Präsenzdienstes verdeutlichen. Vorgelegt werde eine weitere Bestätigung über den abgeleisteten Präsenzdienst.

Die mit der Berufung vorgelegte „Bestätigung über geleistete Dienstzeiten“ ausgestellt am 4.05.2007 vom Militärkommando Oberösterreich, Ergänzungsabteilung, hat folgenden Wortlaut:

*"Es wird bestätigt, dass Herr Tr., geb. 99, folgende Präsenzdienstzeiten beim Österreichischen Bundesheer geleistet hat:  
Zeitraum 30.10.2000 – 03.11.2000, anrechenbare Monate/Tage: 0/5, Art des Dienstes: Grundwehrdienst....."*

Mit Eingabe vom 22.08.2007 hat die Bw. noch folgende weitere Ergänzungen ihrer Berufung erstattet:

Strittig sei die Frage, ob unter „Ableistung“ des Präsenzdienstes tatsächlich nur die vollständige Ableistung verstanden werden könne. Ausgangspunkt für jede Gesetzesauslegung sei der Gesetzeswortlaut, jedenfalls finde jede Auslegung im Wortlaut ihre Grenzen. Der fragliche Gesetzestext laute auszugsweise: „Kinder die den Präsenzdienst geleistet haben, sofern sie nach Ableistung des Präsenzdienstes ausgebildet werden.“ Die Wortfolge „Ableistung des Militär (Wehr- oder Präsenz-) dienstes“ sei eine allgemein gebräuchliche Redewendung die eine Tätigkeit beschreibe (den ursprünglichen Ausdruck „Dienen“ ersetzt habe) und daher auch so verstanden werde (sie werde auch aus anderen Sprachen so übersetzt).

„Abgeleistet“ sei daher nicht gleich bedeutend mit „vollständig abgeleistet“, genau so wenig, wie „abgespielt“ (bei einer Schallplatte, einem Videoband, einer Nationalhymne) nicht

„vollständig abgespielt“ und „verbüßt“ (bei einer Strafe) nicht „vollständig verbüßt“ bedeute (z.B. vorzeitige Haftentlassung bei einer Amnestie).

Der Sohn der Bw. werde sich künftig auch bei den Stellenausschreibungen bewerben bei denen der „abgeleistete Präsenzdienst“ als Voraussetzung angeführt werde, weil auch in diesem Fall damit gemeint sei, dass kein weiterer Präsenzdienst mehr zu erfolgen habe. Der Wortlaut sei völlig klar könne nicht nach Belieben des Finanzamtes erweiternd interpretiert werden (aus „Ableistung“ werde „vollständige Ableistung“). Überdies kenne die Rechtsordnung sehr wohl den Begriff „nach vollständiger Ableistung“ (§ 6 Abs. 1 ZDG Novelle 1996) und den Wortlaut „vollständig“ abgeleistet (§ Abs. 1 Z 5 ÜbertragungsVO 2002).

Bei Ableistung des Präsenzdienstes (egal in welcher Dauer) ergebe sich der Anspruch auf FB bis längstens zur Vollendung des 27. Lebensjahres. Eine Verkürzung dieses Zeitraumes etwa auf die Dauer (1 : 1) des Präsenzdienstes sei im Gesetz nicht vorgesehen und daher unzulässig. Selbst der vollständig abgeleistete Präsenzdienst dauere nur sechs Monate und verlängere den Anspruch auf FB ebenfalls um ein ganzes Jahr.

Mit dem Berufungsbegehren werde lediglich ein Äquivalent für die seinerzeitigen Verluste durch die Wirrnisse im Gefolge des abgeleisteten Präsenzdienstes gefordert und keinesfalls ein gesetzlich nicht gedeckter FB-Bezug.

Über (telefonische) Anfrage teilte die Studienabteilung der zuständigen Universität (Johannes Kepler Universität Linz; im Folgenden kurz: JKU) mit, dass die allgemeine Zulassungsfrist für ein Studium an der JKU für das Wintersemester 2000/2001 vom 18.09.2000 bis 27. 10. 2000 gedauert habe und nach der damaligen Rechtslage keine Nachfrist für Nachinskriptionen vorgesehen gewesen sei; die Möglichkeit einer Nachinskription (für ein Wintersemester jeweils der 30. November) sei erst mit dem Budgetbegleitgesetz 2000 (BGBl. 142/2000) mit erstmaliger Geltung für das Wintersemester 2001/2002 eingeführt worden. Mangels einer gesetzlichen Grundlage seien damals allfällige Ansuchen um Verlängerung der Inskriptionsfrist abgewiesen worden.

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

Strittig ist, ob der Sohn der Bw. den Präsenzdienst iSd. § 2 Abs. 1 lit g FLAG abgeleistet hat und somit der in dieser gesetzlichen Bestimmung normierte Verlängerungstatbestand für den Bezug der FB über die Vollendung des 26. Lebensjahres des Kindes hinaus bis längstens zur Vollendung des 27. Lebensjahres verwirklicht wurde.

Unstrittig ist, dass der Sohn der Bw. lediglich vom 31.10.2000 bis 3.11.2000, also fünf Tage, Präsenzdienst geleistet hat. Er wurde am 3.11.2000 „auf Grund der Einstellungsuntersuchung“ aus dem Präsenzdienst entlassen. Auf Grund eines weiteren Stellungstermines wurde er schließlich am 20.12.2000 für (nicht nur vorübergehend) untauglich befunden.

Die Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit g FLAG lautet:

*"Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen ..... für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 26. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 27. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; ....."*

Strittig ist, wie der gesetzliche Begriff „Leistung des Präsenzdienstes“ auszulegen ist: Die Bw. vertritt (unter Hinweis auf die Entscheidung des UFSK vom 18.04.2007, RV/0487-K/06) die Auffassung, dass darunter jede Leistung eines derartigen Dienstes unabhängig von dessen tatsächlichen Dauer zu verstehen ist, das Finanzamt vermeint hingegen (unter Verweis auf die Entscheidung des UFSG vom 23.01.2007, RV/0265-G/05), dass darunter nur die tatsächliche Ableistung zumindest des (sechsmonatigen) Grundwehrdienstes verstanden werden kann.

Nach Ansicht der Berufungsbehörde muss die strittige gesetzliche Bestimmung unter Berücksichtigung des Normzweckes ausgelegt werden der zweifelsohne darin liegt, den durch die Ableistung des Präsenzdienstes eintretenden zeitlichen Verlust bei der beruflichen Ausbildung durch eine Verlängerung des Zeitraumes, für den FB beansprucht werden kann, auszugleichen (siehe die Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Strukturanpassungsgesetzes 1996, zu Art. 72, 72 d.B. XX. GP). Wenn das anspruchsvermittelnde Kind (Jugendliche) bereits eine bestimmte Berufsausbildung (z.B: Studium) begonnen hat, wird es durch die Ableistung des Präsenzdienstes an deren Fortsetzung gehindert, oder es kann - falls es erst beabsichtigt, eine Ausbildung zu beginnen - zu einer zeitlichen Verzögerung des Ausbildungsbeginnes (Beginn des Studiums) kommen. Auf Grund der regulären Dauer des Präsenzdienstes von – zumindest sechs Monaten Grundwehrdienst – ist der Gesetzgeber offenbar davon ausgegangen, dass die dadurch eintretende zeitliche Verzögerung bei der Berufsausbildung ein Jahr (bei Studierenden zwei Semester) beträgt (siehe auch UFSG vom 23.01.2007, RV/0265-G/05).

Unter Berücksichtigung des angeführten Gesetzeszweckes kann daher bei Leistung des Präsenzdienstes von lediglich fünf Tagen nicht davon ausgegangen werden, dass dadurch eine Verzögerung beim Studienbeginn von einem Jahr (von zwei Semestern) eintritt. Zwar haben Ermittlungen bei der zuständigen Studienbehörde ergeben, dass nach der damaligen Rechtslage eine Nachinskription des Sohnes der Bw. nach der vorzeitigen Entlassung aus dem Präsenzdienst im November 2000 für das Wintersemester 2000/2001 nicht mehr möglich gewesen wäre, doch hätte er jedenfalls für das Sommersemester 2001 inskribieren können, zumal auf Grund des Stellungstermines im Dezember 2000 festgestanden ist, dass er auf Dauer für den Präsenzdienst für untauglich befunden wurde. Tatsächlich hat er das Studium aber erst im Wintersemester 2002/2003 begonnen. Die Verzögerung beim Studienbeginn ist demnach nur im Ausmaß von einem Semester auf Leistung des Präsenzdienstes (im Ausmaß

von fünf Tagen) zurückzuführen; die Verzögerung im Zeitraum März 2001 bis Herbst 2002 (tatsächlicher Studienbeginn) ist auf offenbar im privaten Bereich gelegene Ursachen zurückzuführen.

Die Berufungsbehörde schließt sich daher grundsätzlich der in der Berufungsentscheidung des UFSG vom 23.01.2007, RV/0265-G/05, zum Ausdruck kommenden Rechtsansicht insofern an als sie die Auffassung vertritt, dass nach dem oben näher ausgeführten Gesetzeszweck für eine anspruchsverlängernde Wirkung eine Mindestdauer des tatsächlich geleisteten Präsenzdienstes in einem Ausmaß notwendig ist, der in der Regel die Unterbrechung einer bereits laufenden oder die Verzögerung des Beginnes einer Ausbildung im Ausmaß von einem Jahr (bei nach Semestern gegliederten Studien von zwei Semestern) bewirkt. Dies trifft jedoch im Berufungsfall – wie oben aufgezeigt – nicht zu, sodass die Berufung abzuweisen war. Die von der Bw. ins Treffen geführte Berufungsentscheidung des UFSK vom 18.04.2007, RV/0487-K/06, steht dazu insofern nicht im Widerspruch, als im Falle jener Entscheidung das anspruchsvermittelnde Kind bis zur krankheitsbedingten (vorzeitigen) Entlassung aus dem Zivildienst diesen Dienst in einem Ausmaß von mehr als acht Monaten geleistet hatte. Daher konnte in diesem Fall zu Recht davon ausgegangen werden, dass durch die Leistung des Zivildienstes die Ausbildung um ein Jahr verzögert wurde.

Doch selbst wenn man die Auffassung vertreten würde, dass die anspruchsverlängernde Wirkung des § 2 Abs. 1 lit g FLAG unabhängig von der tatsächlichen Dauer des geleisteten Präsenzdienstes jedenfalls eintritt (sofern überhaupt eine derartiger Dienst – im Extremfall von nur einem Tag – geleistet wird), wäre die Berufung auch mangels Erfüllung einer weiteren Tatbestandsvoraussetzung abzuweisen:

Die strittige gesetzliche Bestimmung setzt nämlich weiters voraus, dass das anspruchsvermittelnde Kind "nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet" wird. Nun hat im Berufungsfall – wie schon oben aufgezeigt – der Sohn der Bw. seine Berufsausbildung (Studium der Wirtschaftswissenschaften) erst rund zwei Jahre nach Leistung des strittigen Präsenzdienstes begonnen. In der Zeit dazwischen – jedenfalls ab März 2001 - hätte er das beabsichtigte Studium bereits beginnen können. Er hat dies aber tatsächlich nicht getan, sondern während dieser Zeit nach Angaben in der Berufung und in den Berufungsergänzungen eine unselbständige Tätigkeit ausgeübt. Die Absicht, eine bestimmte Berufsausbildung (hier: ein Studium) zu beginnen kann jedoch nicht mit einer tatsächlichen Ausbildung für einen Beruf gleichgesetzt werden (vergleiche VwGH vom 14.12.1995, 93/15/0133 und die dort zitierte Judikatur). Da der Sohn der Bw. somit nach Leistung des Präsenzdienstes nicht sogleich die beabsichtigte Berufsausbildung (Studium) begonnen hat, ist mangels Vorliegen die gesetzliche Voraussetzung der Ausbildung für einen Beruf oder der Fortbildung in einem

erlernten Beruf in einer Fachschule nach Leistung des Präsenzdienstes nicht erfüllt.  
Die Berufung daher auch aus diesem Grund abzuweisen.

Linz, am 10. Jänner 2008