

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B, Adresse, vom 20.10.2017 gegen den Bescheid des Finanzamts Wien 2/20/21/22, 1220 Wien, Dr. Adolf Schärf-Platz 2, vom 19.10.2017, mit welchem Familienbeihilfe (€ 527,40) und Kinderabsetzbetrag (€ 175,20) für den im Mai 1998 geborenen C B gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 für den Zeitraum Juli 2017 bis September 2017 zurückgefordert werden (Gesamtrückforderungsbetrag € 702,60), Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision betreffend des Abspruches über die Zeiträume Juli und August 2017 nicht zulässig, betreffend des Abspruches über den Zeitraum September 2017 zulässig.

## Entscheidungsgründe

### Rückforderungsbescheid

Das Finanzamt forderte mit Bescheid vom 19.10.2017 von der Beschwerdeführerin (Bf) A B Familienbeihilfe (€ 527,40) und Kinderabsetzbetrag (€ 175,20) für den im Mai 1998 geborenen C B gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 und § 33 Abs. 3 EStG 1988 für den Zeitraum Juli 2017 bis September 2017 zurück (Gesamtrückforderungsbetrag € 702,60). Die Begründung dazu lautet:

*Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) steht Familienbeihilfe nur dann zu, wenn das Kind in Berufsausbildung steht.*

*Die wesentlichen Merkmale einer Berufsausbildung im Sinne des Gesetzes sind praktischer und theoretischer Unterricht, bei dem fachspezifisches, nicht auf Allgemeinbildung ausgerichtetes Wissen vermittelt wird, eine angemessene Unterrichtsdauer, sowie die Verpflichtung zur Ablegung einer Abschlussprüfung.*

Des weiteren leistet C seit 01. September 2017 laufend seinen Zivildienst ab. Ein Beihilfenanspruch ist auch während dieser Zeit nicht gegeben.

## **Beschwerde**

Die Bf legte gegen den Rückforderungsbescheid mit am selben Tag in den Einwurfkasten des Finanzamts eingeworfenem Schreiben vom 20.10.2017 "Beschwerde/Einspruch" ein:

*Ich erhebe Einspruch gegen die Entscheidung betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag von der Meldung vom 20.10.2017. Außerdem bitte ich um Aussetzung der Einhebung.*

*Grund:*

*Ich habe im Juni 2017 dem Finanzamt mitgeteilt das mein Sohn C B die Matura nicht bestanden hat! Außerdem habe ich mitgeteilt das er ab 4.9.2017 beim Zivildienst ist und im laufenden und kommenden Jahr seine Matura fertig machen wird damit er im Herbst 2018 sein Lehramt Studium beginnen kann. Ich habe die Meldung, der nicht bestanden Matura, an das Finanzamt geleitet warum es nie angekommen ist kann ich nicht sagen, ich erledige solche Sachen immer pünktlich und mit Sorgfalt.*

*Außerdem habe ich telefonisch nachgefragt und auch hier nochmals alles erklärt, auf das die Dame von Finanzamt mir erklärt hat es geht alles so in Ordnung und daher C erst am 4.9.2017 seinen Zivildienst antritt bekomme er die Kinderbeihilfe auch noch für das Monat September! Mit Oktober bis Ende des Zivildienstes erhält er keine Beihilfe erst wieder mit Studiumsbeginn! Ich ging davon aus, dass alles somit erledigt sei und nun heute ihre Mitteilung auf Rückzahlung! Ich habe nichts Falsches getan und werde daher nochmals alle Unterlage an sie senden.*

*Betreffend Matura letzter Stand:*

*Englisch leider wieder nicht bestanden um 5 % (was an reinstes Mobbing grenzt)!*

*Psychologie war gestern (19.10.2017)... bestanden ... er hat aber noch keine schriftliche Mitteilung erhalten!*

*Mathematik und Biologie sowie nächster Englisch Termin sind Jänner bis Februar 2018!*

*Ich erwarte eine positive Erledigung der Angelegenheit!*

## **Beschwerdevorentscheidung**

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 22.11.2017 als unbegründet ab:

*Ihr Sohn hat laut Reifeprüfungszeugnis vom 19.Juni 2017 die Reifeprüfung nicht bestanden .*

*Er ist gemäß Schulunterrichtsgesetz zur Wiederholung folgender Prüfungsgebiete der Hauptprüfung berechtigt : Klausurprüfung lebende Fremdsprache Englisch , Mündliche Prüfung Mathematik , Biologie und Umweltkunde + Psychologie und Philosophie .*

*Laut Benachrichtigung vom 03.0ktober 2017 wurde die Teilbeurteilung der Klausurprüfung in Englisch mit der Note "Nicht genügend " festgesetzt .*

*Antritt zur mündlichen Psychologieprüfung am 19.0ktober 2017 — noch keine schriftliche Mitteilung vorhanden . Die restlichen Antritte in Mathematik , Biologie und nochmals Englisch sind im Jänner und Februar 2018 vorgesehen .*

*Laut Bescheid der Zivildienstagentur vom 10.05.2017 Zuweisung zur Leistung des ordentlichen Zivildienstes für den Zuweisungszeitraum 01.September 2017 bis 31.Mai 2018 .*

*Gesetzliche Grundlagen :*

*Gemäß § 2 Abs.1 lit.b Familienlastenausgleichsgesetz 1967 ( FLAG 1967) 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 oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden , wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist .*

*Der Verwaltungsgerichtshof vertritt in ständiger Rechtsprechung ( vgl.zB VwGH v.21.10.1999 , 97/15/0111 ) die Ansicht , es müsse das ernstliche und zielstrebige , nach außen erkennbare Bemühen um den Ausbildungserfolg gegeben sein .*

*Die Ausbildung muss ernsthaft und zielstrebig betrieben werden .*

*Dies wird dann anzunehmen sein , wenn die Vorbereitung auf die Prüfungen die volle Zeit des Kindes in Anspruch nimmt und das Kind innerhalb eines angemessenen Zeitraumes zu den Prüfungen antritt .*

*Würdigung :*

*Es besteht kein Zweifel daran , dass bei der Absolvierung einer Schule mit dem Ziel der Ablegung der Matura grundsätzlich eine Berufsausbildung gegeben ist .*

*Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung ( vgl.bspw VwGH 16.11.1993 , 90/14/0108) ausführt , reicht der laufende Besuch einer Schule nicht aus um das Vorliegen einer Berufsausbildung annehmen zu können . Vielmehr muss das ernstliche und zielstrebige , nach außen erkennbare Bemühen um den erfolgreichen Abschluss gegeben sein , das sich im Antreten zu den erforderlichen Prüfungen manifestiert .*

*Ihr Sohn hat die Reifeprüfung zum vorgesehenen Termin nicht bestanden , weil er in vier Prüfungsgebieten negativ beurteilt wurde . Nach dem verbindlichen Hinweis im Reifeprüfungszeugnis war er berechtigt , zum nächstfolgenden Termin zur Wiederholung der Reifeprüfung in den entsprechenden Prüfungsgebieten anzutreten .*

*Um in diesem Zusammenhang von der geforderten Ernsthaftigkeit und Zielstrebigkeit ausgehen zu können, hätte ihr Sohn zum ehestmöglichen Termin zu den Wiederholungsprüfungen in allen vier Gegenständen antreten müssen.*

*Da Dies nicht der Fall war und somit die Ernsthaftigkeit und Zielstrebigkeit im Sinne des FLAG nicht mehr gegeben war, war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.*

## **Vorlageantrag**

Am 28.11.2017, Einwurf des Schreibens in den Einwurfkasten 29.11.2017, stellte die Bf Vorlageantrag:

**Grund:**

*Ich habe im Juni 2017 dem Finanzamt mitgeteilt, dass mein Sohn C B die Matura nicht bestanden hat! Außerdem habe ich mitgeteilt, dass er ab 4.9.2017 beim Zivildienst ist und im laufenden und kommenden Jahr seine Matura fertigmachen wird damit er im Herbst 2018 sein Lehramt Studium beginnen kann. Ich habe die Meldung, der nicht bestanden Matura, an das Finanzamt geleitet warum es nie angekommen ist kann ich nicht sagen, ich erledige solche Sachen immer pünktlich und mit Sorgfalt.*

*Außerdem habe ich telefonisch nachgefragt und auch hier nochmals alles erklärt, auf das die Dame von Finanzamt mir erklärt hat es geht alles so in Ordnung und daher C erst am 4.9.2017 seinen Zivildienst antritt bekomme er die Kinderbeihilfe auch noch für das Monat September! Mit Oktober bis Ende des Zivildienstes erhält er keine Beihilfe erst wieder mit Studiums beginn! Ich ging davon aus das alles somit erledigt sei und nun heute ihre Mitteilung auf Rückzahlung! Ich habe nichts Falsches getan und werde daher nochmals alle Unterlage an sie senden.*

*Da mein Sohn nicht der 1. In meinem Bekanntenkreis ist der die Matura nicht bestanden hat, und alle diese Familien ebenfalls die Kinderbeihilfe weiterbezahlt bekommen haben verstehe ich überhaupt nicht was sie nun von mir wollen! Ich habe wie schon mehrmals erwähnt im Frühjahr alles telefonisch am Finanzamt bekannt gegeben und alle Unterlagen nun schon mehrmals an sie gesendet. Keine Ahnung was da nun abläuft!!!!*

*Ich erwarte eine positive Erledigung der Angelegenheit!*

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 18.1.2018 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung. Dazu wurde ausgeführt:

Inhaltsverzeichnis zu den vorgelegten Aktenteilen (Aktenverzeichnis)

Beschwerde

1 Beschwerde 20.10.2017

Bescheide

2 Familienbeihilfe (Zeitraum: 07.2017-09.2017) (Rückforderung FB und KG) 19.10.2017

Beschwerdevorentscheidung

3 Beschwerdevorentscheidung 22.11.2017

Vorlageantrag

4 Vorlageantrag 28.11.2017

Vorgelegte Aktenteile

5 2016.06.07\_Uberprüfungsschreiben 07.06.2016

6 2016.09.06\_Schulbestätigung BRG ... 06.09.2016

7 2017.09.11\_Uberprüfungsschreiben 11.09.2017

8 Prüfungsbestätigung 11.12.2017

9 2018.01.04\_Sozialversicherungsdatenauszug C 04.01.2018

...

*Sachverhalt:*

*Der Sohn der Beschwerdeführerin (Bf.), C, geb. ....05.1998 schloss seine Reifeprüfung am 19.06.2017 in den Gegenständen Englisch, Mathematik, Biologie und Umweltkunde, sowie Psychologie und Philosophie mit negativer Beurteilung ab. Gem. § 40 des Schulunterrichtsgesetzes ist er zur Wiederholung dieser Prüfungsgebiete berechtigt.*

*Von 01.09.2017 bis 31.05.2018 ist er laut Bescheid der Zivildienstagentur vom 10.05.2017 zur Leistung des ordentlichen Zivildienstes zugelassen. Dienstantritt war der 04.09.2017.*

*Das Gymnasium ... bestätigt, dass C am 03.10.2017, also während der Ableistung seines Zivildienstes, zur Englischprüfung angetreten ist, diese aber nicht bestanden hat. Weiters bestätigt die Schule, dass C am 19.10.2017 die Prüfung in Psychologie und Philosophie bestanden hat ist und dass er zum mündlichen Reifeprüfungstermin für Biologie und Umweltkunde am 16.02.2018 angemeldet ist. Die Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2017 bis September 2017 wurde mit Bescheid vom 19.10.2017 rückgefordert. Die dagegen am 20.10.2017 eingebrachte Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 22.11.2017 abgewiesen. Am 29.11.2017 wurde ein Vorlageantrag eingebracht.*

*Beweismittel:*

*Siehe Inhaltsverzeichnis.*

*Stellungnahme:*

*Nach ständiger Rechtsprechung kann bei Betreiben einer Externistenreifeprüfung oder Berufsreifeprüfung Familienbeihilfe für die intensivste Zeit der Prüfungsvorbereitung*

*zuerkannt werden. Als Zeit der intensiven Prüfungsvorbereitung kann ein Zeitraum von maximal vier Monaten pro Prüfungsgegenstand angenommen werden. Diese Regelung kann nach Ansicht des Finanzamtes auch auf die nach § 40 Schulunterrichtsgesetzes abzulegenden Prüfungen angewendet werden. Dass sich C um einen Prüfungserfolg bemüht hat, in dem er sogar in den ersten zwei Monaten des Zivildienstes zu Prüfungen angetreten ist, kann nicht abgesprochen werden. Für die Zeit der Ableistung des Zivildienstes steht aber trotz des Ablegens von Prüfungen keine Familienbeihilfe zu (vgl. VwGH 21.09.2006, 2004/15/0103).*

*Es ist davon auszugehen, dass C zu weiteren Prüfungen antreten wird, weshalb in den Monaten Juli und August 2017 Familienbeihilfe aus den Titel „Berufsausbildung“ zusteht.*

*§ 11 Abs. 2 Zivildienstgesetz normiert: Mit dem Tag, an dem der Zivildienstpflichtige den Dienst anzutreten hat, wird er Zivildienstleistender. Hat der Dienstantritt zum ordentlichen Zivildienst erst nach dem Monatsersten zu erfolgen, so gilt dieser Monatserste als Beginn der Ableistung des ordentlichen Zivildienstes. Dieser Bestimmung entsprechend war C bereits ab dem 01.09.2017 als Zivildiener sozialversichert, auch wenn er erst am 04.09.2017 seinen Dienst angetreten hat.*

*Da gemäß § 10 Abs. 2 FLAG der Anspruch auf Familienbeihilfe erst mit Ablauf des Monats erlischt, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund (hier der Zivildienst) hinzukommt, kann die Familienbeihilfe auch für den Monat September 2017 zuerkannt werden.*

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Der Sohn der Bf A B, C B, ging in Wien zur Schule und trat im Juni 2017 zur Reifeprüfung an.

In den Gegenständen Englisch, Mathematik, Biologie und Umweltkunde, und Psychologie und Philosophie wurde er mit "nicht genügend" beurteilt. Mit Bescheid der Zivildienstagentur vom 10.5.2017 wurde C B von 1.9.2017 bis 31.5.2018 zur Leistung des ordentlichen Zivildienstes zugelassen, der Dienst wurde am (Montag) 4.9.2017 angetreten.

In der Zeit des Zivildienstes trat C B am 3.10.2017 zur Teilprüfung aus dem Fachgebiet Englisch an, aber bestand diese nicht. Am 19.10.2017 legte er Teilprüfung aus Psychologie und Philosophie erfolgreich ab. Darüber hinaus meldete er sich zur Teilprüfung aus Biologie und Umweltkunde am 16.2.2018 an. Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag wurden in dem im Spruch genannten Umfang für die Monate Juli, August und September 2017 von der Bf bezogen.

## Beweiswürdigung

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus dem Vorlagebericht des Finanzamts und sind nicht strittig.

## Rechtsgrundlagen

§ 2 Abs. 1 FLAG 1967 lautet in der für den Beschwerdezeitraum maßgebenden Fassung:

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

*a) für minderjährige Kinder,*

*b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBI. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden.*

*Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBI. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBI. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBI. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des*

*betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,*

- c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,*
- d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,*
- e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,*
- f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)*
- g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*
- h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25 Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,*
- i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,*

- j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie
- aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und
- bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und
- cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,
- k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am
- aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- dd) Europäischen Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007 - 2013.
- § 10 FLAG 1967 lautet:
- § 10. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 10a, nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) ist besonders zu beantragen.
- (2) Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.
- (3) Die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) werden höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl. Nr. 194/1961, anzuwenden.
- (4) Für einen Monat gebührt Familienbeihilfe nur einmal.

(5) *Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, bedürfen zur Geltendmachung des Anspruches auf die Familienbeihilfe und zur Empfangnahme der Familienbeihilfe nicht der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.*

§ 26 FLAG 1967 lautet:

§ 26. (1) *Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.*

(2) *Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.*

(3) *Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.*

(4) *Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.*

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

(3) *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. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.*

§ 11 Zivildienstgesetz lautet:

§ 11. (1) *Im Zuweisungsbescheid sind auch der Zeitpunkt, zu dem der Zivildienstpflichtige seinen Dienst anzutreten hat, weiters der Zeitpunkt, in dem der Zivildienst endet, die Bezeichnung und der Sitz der Einrichtung und ihres Rechtsträgers sowie die Art der Dienstleistung anzuführen. Ferner ist die Verpflichtung auszusprechen, in den im § 21 Abs. 1 genannten Anlaßfällen erforderlichenfalls Dienstleistungen nach Maßgabe des § 8a Abs. 1 bis 5 zu erbringen.*

(2) *Mit dem Tag, an dem der Zivildienstpflichtige den Dienst anzutreten hat, wird er Zivildienstleistender. Hat der Dienstantritt zum ordentlichen Zivildienst erst nach dem Monatsersten zu erfolgen, so gilt dieser Monatserste als Beginn der Ableistung des ordentlichen Zivildienstes.*

§ 27 Abs. 1 Wehrgesetz 2001 lautet:

§ 27. (1) *Die Dienstzeit der zur Leistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes Einberufenen beginnt mit dem Tag, für den sie einberufen sind. Sie endet mit Ablauf des Tages, mit dem sie entlassen werden.*

## **Zeitraum Juli 2017 und August 2017**

Fest steht, dass C B nach der nicht bestandenen Reifeprüfung im Juni 2017 zu zwei Wiederholungsprüfungen im Oktober 2017 angetreten ist. Davon hat er eine nicht bestanden.

Die Schulausbildung am Gymnasium endete mit der Matura im Juni 2017. Gemäß § 33 Abs. 1 SchUG war danach C B nicht mehr Schüler (vgl Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 30a Rz 21). Für die Zeit ab Juni 2017 sind die Regelungen anzuwenden, die für das Vorliegen einer Berufsausbildung etwa bei Maturaschülern gelten.

Der Begriff "Berufsausbildung" ist im Gesetz nicht näher umschrieben. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fallen unter diesen Begriff alle Arten schulischer oder kursmäßiger Ausbildungen, in deren Rahmen noch nicht berufstätigen Personen ohne Bezugnahme auf die spezifischen Tätigkeiten an einem konkreten Arbeitsplatz für das künftige Berufsleben erforderliches Wissen vermittelt wird (vgl. VwGH 30.3.2017, Ra 2017/16/0030; VwGH 18.11.2008, 2007/15/0050, VwGH 27.8.2008, 2006/15/0080, VwGH 20.2.2008, 2006/15/0076 u.a.).

Damit Berufsausbildungsvorliegt, ist außerhalb des im § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 besonders geregelten Besuchs einer Einrichtung im Sinn des § 3 Studienförderungsgesetz nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes das ernstliche, zielstrebige und nach außen erkennbare Bemühen um einen Ausbildungserfolg erforderlich. Ziel einer Berufsausbildung in diesem Sinn ist es, die fachliche Qualifikation für die Ausübung des angestrebten Berufes zu erlangen. Das Ablegen von Prüfungen, die in einer Ausbildungsvorschrift vorgesehen sind, ist essenzieller Bestandteil der Berufsausbildung. Berufsausbildung liegt daher nur dann vor, wenn die Absicht zur erfolgreichen Ablegung der vorgeschriebenen Prüfungen gegeben ist. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die erfolgreiche Absicht tatsächlich gelingt (vgl. VwGH 26.5.2011, 2011/16/0077, VwGH 22.12.2011, 2009/16/0315).

Ob ein Kind eine Berufsausbildung absolviert, ist eine Tatfrage, welche die Behörde in freier Beweiswürdigung zu beantworten hat (vgl. VwGH 18.11.2008, 2007/15/0050, VwGH 21.1.2004, 2003/13/0157). Jede Berufsausbildung i.S.d. FLAG 1967 weist ein qualitatives und ein quantitatives Element auf (vgl. VwGH 30.3.2017, Ra 2017/16/0030; VwGH 14.12.2015, Ro 2015/16/0005): Entscheidend ist sowohl die Art der Ausbildung als auch der zeitliche Umfang (vgl. Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 2 Rz 36).

Zur Qualifikation als Berufsausbildung im Sinn des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 kommt es nicht nur auf das (ernstliche und zielstrebige) Bemühen um den Studienfortgang an, sondern die Berufsausbildung muss auch in quantitativer Hinsicht die volle Zeit des Kindes in Anspruch nehmen (vgl. etwa VwGH 14.12.2015, Ro 2015/16/0005, m.w.N.) Die Lehre (Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 2 Rz 40) geht von einer Berufsausbildung

i.S.d. FLAG 1967 dann aus, wenn ein wöchentlicher Zeitaufwand für Kursbesuch und Vorbereitungszeit außerhalb des Kurses von mindestens 30 Stunden anfällt.

Das Bundesfinanzgericht nimmt bei Schulen für Berufstätige einen erforderlichen wöchentlichen Zeitaufwand von durchschnittlich 20 bis 25 Stunden zuzüglich Hausaufgaben an (vgl. BFG 6.7.2016, RV/5101257/2015), insgesamt von mindestens 30 Wochenstunden (vgl. BFG 23.5.2016, RV/7101739/2014; "Echtstunden" zu 60 Minuten, BFG 29.2.2016, RV/7105391/2014), um von einer Berufsausbildung i.S.d. FLAG 1967 auszugehen. Die Qualifizierung als Berufsausbildung kann auch bei einem Fernstudium vorliegen, wenn ein Schulunterricht von bloß zehn Wochenstunden durch verstärkte "Hausausgaben" und Vorbereitungszeit sowie E-Learning kompensiert wird (vgl. BFG 6.7.2015, RV/7102197/2013), das ist hier allerdings nicht der Fall.

Auf Grund des Antritts zu zwei Teilprüfungen der Reifeprüfung im Oktober 2017, wovon eine dieser Prüfungen erfolgreich abgelegt wurde, teilt das Bundesfinanzgericht die Auffassung, dass sich C B im Sommer 2017 intensiv auf diese (und andere) Teilprüfungen vorbereitet und Berufsausbildung seine wesentliche Zeit in Anspruch genommen hat.

Der Beschwerde ist daher für den Zeitraum Juli und August 2017 Folge zu geben.

## **Zeitraum September 2017**

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erlischt der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt. Gemäß § 11 Abs. 2 ZDG gilt der Monatserste als Beginn der Ableistung des ordentlichen Zivildienstes, wenn der Dienstantritt erst nach dem Monatsersten zu erfolgen hat.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in den Erkenntnissen VwGH 21.9.2006, 2004/15/0103, und VwGH 28.5.2008, 2007/15/0068 seine in ständiger Rechtsprechung vertretene Auffassung bekräftigt, dass 1. die Ableistung des Präsenz(Zivil)dienstes nicht als Ausbildung für einen Beruf im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 anzusehen sei und daher während der Leistung dieses Dienstes kein Anspruch auf Familienbeihilfe nach dieser Gesetzesstelle bestehe, 2. dass die Ableistung dieses Dienstes eine Unterbrechung der Ausbildung eines volljährigen Kindes darstelle und während der Dauer dieses Dienstes kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, und 3. dass die Leistung des Präsenz(Zivil)dienstes bei gleichzeitiger Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen der Berufsausbildung nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 diesen Anspruch beseitige.

Der Gesetzgeber hat mit § 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967 klargestellt, dass die Ableistung des Präsenzdienstes (Zivildienstes) für den Gesetzgeber eine Unterbrechung der Ausbildung des Kindes darstellt. Andernfalls könnte nicht von einer "Fortsetzung der Berufsausbildung" die Rede sein (vgl. VwGH 21.9.2006, 2004/15/0103).

Dies steht außer Streit.

Im gegenständlichen Fall ist fraglich, ob auf den Tag des tatsächlichen Dienstantritts, den 4.9.2017, oder den Tag, der gemäß § 11 Abs. 2 ZDG als Beginn der Ableistung des ordentlichen Zivildienstes gilt, nämlich den 1.9.2017 abzustellen ist. Im ersten Fall fiele der Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erst mit Ende September 2017 weg, im zweiten Fall schon mit Ende August 2017. Das Wehrgesetz 2001 stellt bei Präsenzdienern auf den Tag, für den sie einberufen worden sind ab, das Zivildienstgesetz stellt eine Rückwirkungsfiktion vom Dienstantrittstag auf den vorangehenden Monatsersten, wenn dieser nicht der Tag des tatsächlichen Dienstantritts ist, auf.

Nicht zu ersehen ist, dass der Gesetzgeber im Bereich des FLAG 1967 zwischen Grundwehrdienstleistenden und Zivildienstleistenden unterscheiden wollte. Es ist also ist unbeschadet der Rückwirkungsfiktion des § 11 Abs. 2 ZDG bei Zivildienern in Bezug auf § 10 Abs. 1 FLAG 1967 auf den Tag des tatsächlichen Dienstantritts abzustellen. Vor dem tatsächlichen Dienstantritt sind Zivildiener in ihrer zeitlichen Disposition nicht eingeschränkt, sie können zum Beispiel weiterhin einer Berufsausbildung nachgehen. Das Bundesfinanzgericht stimmt daher der Auffassung der belangten Behörde im Vorlagebericht zu, dass der Bf für ihren Sohn auch für den Zeitraum September 2017 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zugestanden hat.

## **Objektive Rückerstattungspflicht**

Aus § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ergibt sich eine objektive Erstattungspflicht zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe. Subjektive Momente, wie Verschulden, Gutgläubigkeit oder die Verwendung der Familienbeihilfe, sind nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge unerheblich. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat (vgl. etwa VwGH 24.6.2009, 2007/15/0162).

## **Stattgabe**

Da sich der Sohn der Bf im Rückforderungszeitraum in Berufsausbildung i.S.d. FLAG 1967 befand, die Bf somit nicht zu Unrecht Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bezogen hat, erweist sich der angefochtene Bescheid als rechtswidrig (Art. 132 Abs. 1 Z 2 B-VG) und ist gemäß § 279 BAO ersatzlos aufzuheben.

## **Teilweise Revisionszulassung**

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.

Die Revision wird hinsichtlich des Zeitraums September 2017 zugelassen, da Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 11 Abs. 2 ZDG i.V.m. § 10 Abs. 1 FLAG 1967 nicht ersichtlich ist. Im Übrigen wird die Revision nicht zugelassen, da das Bundesfinanzgericht der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes folgt und daher keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zu lösen ist.

Wien, am 6. Mai 2019