



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Senat (Wien) 16

GZ. RV/2690-W/08

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 22. März 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 13. März 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum ab November 2007, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Strittig ist, ob ein Familienbeihilfenzuschuss nach Vollendung des 26. Lebensjahres besteht, wenn der Sohn des Berufungswerbers (Bw.) den Präsenzdienst krankheitsbedingt nicht ableisten konnte.

Mit Antrag vom 9. März 2008 ersuchte der Bw. um Verlängerung des Anspruches auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für seinen Sohn B11, bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres.

Die Familienbeihilfe wurde bis einschließlich Oktober 2007 (=Vollendung des 26. Lebensjahres) gewährt, wobei für den Zeitraum Oktober 1996 bis Oktober 2001 dem Bw. die erhöhte Familienbeihilfe gem. § 8 Abs. 4 FLAG 1967 zustand.

Herr B1 hat im Zeitraum vom 5. Februar 2002 bis Juli 2008 erfolgreich sein Studium der Internationalen Betriebswirtschaftslehre an der Wirtschaftsuniversität Wien absolviert.

Der Antrag des Bw. wurde vom Finanzamt mit Bescheid vom 13. März 2008 abgewiesen, da sich gem. § 2 Abs. 1 lit. g FLAG 1967 der Anspruch bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres für Kinder nur dann verlängere, wenn diese vor Vollendung des 26. Lebensjahres den Präsenz- oder Zivildienst leisten oder geleistet haben.

Der Bw. erhob gegen den o.a. Bescheid Berufung und begründet diese im Wesentlichen wie folgt:

- Die Nichtableistung des Präsenzdienstes sei nach Ansicht des Bw. nicht unbegründet erfolgt. So sei sein Sohn aufgrund einer Krebserkrankung in der Zeit von Oktober 1996 bis März 1997 zunächst operiert und in der Folge chemotherapeutisch behandelt worden. Er habe sowohl physisch als auch psychisch unter dieser schweren Erkrankung und der extrem aggressiven Behandlung sehr gelitten.
- Für seinen Sohn B1 sei vom Militärkommando Wien eine "Stellung in Abwesenheit" aufgrund der vorgelegten ärztlichen Befunde vorgenommen und letztendlich eine Bescheinigung der Stellungskommission per 22. Dezember 1999 mit Beschluss auf "untauglich" ausgestellt worden.
- Auch habe sein Sohn dadurch ein ganzes Schuljahr im Rahmen seiner Ausbildung verloren.
- Mit der Rechtsauslegung des Finanzamtes werde der verfassungsmäßig garantierte Gleichheits- und Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt.

Das Finanzamt wies die Berufung mittels Berufungsvorentscheidung vom 24. Juli 2008 als unbegründet ab, indem es erneut auf die gesetzliche Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. g FLAG 1967 verwies, wonach Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe über das 26. Lebensjahr hinaus die Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes sei.

Der Bw. stellte daraufhin gegen den o.a. Bescheid einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und ergänzte sein Berufungsbegehren im Wesentlichen folgendermaßen:

- Die Krebserkrankung von B1 sei mit einem länger andauernden Krankenhausaufenthalt (Oktober 1996 bis März 1997) sowie Rehabilitationsaufenthalt (Mai 1997) und einer Nachoperation im Dezember 1997 verbunden gewesen.
- Aufgrund dieser Erkrankung sei auch von der Stellungskommission die "Untauglichkeit" seines Sohnes festgestellt worden.

- Trotz der Überwindung dieser lebensbedrohenden Erkrankung müsse B1 alljährliche Nachuntersuchungen durchlaufen.
- Weiters sei es seinem Sohn gelungen, sich wieder erfolgreich in die (Leistungs-) Gesellschaft zu integrieren. Insbesondere habe er sein Universitätsstudium im Juli 2008 erfolgreich beenden können.

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

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt und ist den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen:

Herr B1 konnte wegen seiner Krebserkrankung keinen Präsenz- oder Zivildienst ableisten. Eine bloß vorübergehende Untauglichkeit wurde von der Stellungskommission nicht festgestellt.

Unter welchen Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe und in der Folge auf den Kinderabsetzbetrag besteht, ist in § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 abschließend geregelt.

Die erschöpfende Aufzählung lautet:

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 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (z.B. Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene

höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBl. Nr. 291/1986.

Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBl. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden 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 27. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,
- 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 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) 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, BGBl. 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 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; 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 27. 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 26. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 26. Lebensjahrs ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 26. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 27. 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.

Von allen hier genannten Tatbeständen kann im vorliegenden Fall nur der in der lit. g) genannte den in Streit stehenden Anspruch auf Familienbeihilfe begründen.

Mit dem Strukturanpassungsgesetz, BGBl. Nr. 201/1996, wurde die Altersgrenze für die Gewährung der Familienbeihilfe allgemein vom 27. auf das 26. Lebensjahr herabgesetzt. Allerdings sollten "Zeiten des Präsenz- bzw. Zivildienstes ... nach Vollendung des 26. Lebensjahres berücksichtigt werden, wenn sich das Kind weiterhin in Berufsausbildung befindet (Regierungsvorlage zu Artikel 72,72 d. B., XX. GP).

Daraus wird deutlich, dass im Wesentlichen nur der "Zeitverlust", der durch Absolvierung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder des Zivildienstes im Ausbildungsablauf entsteht, wettgemacht werden soll. Da dieser Zeitverlust unter Berücksichtigung der gesetzlich geregelten Dauer des Präsenz- und Ausbildungsdienstes und des Zivildienstes grundsätzlich sechs Monate bis ein Jahr, und damit bei Studierenden im Regelfall zwei Semester, beträgt, wurde durch § 2 Abs.1 lit. g FLAG 1967 der Beihilfenbezug bei Vorliegen der Voraussetzungen bis zum 27. Lebensjahr ermöglicht.

Aus dieser gesetzlichen Bestimmung ist eindeutig ableitbar, dass Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe über das 26. Lebensjahr hinaus die Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes ist.

Es kann daher unter der "Ableistung" des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes tatsächlich nur die vollständige Ableistung (zumindest des Grundwehrdienstes) verstanden werden (so auch die bisherigen Entscheidungen des unabhängigen Finanzsenats,

z. B. RV/0084-F/04, RV/0357-L/04, RV/0798-S/04 und RV/0265-G/05).

B1 hat den Präsenzdienst tatsächlich nicht abgeleistet, sodass die Voraussetzungen für die Weitergewährung der Familienbeihilfe über das vollendete 26. Lebensjahr hinaus nicht vorliegen.

Für eine Interpretation des § 2 Abs. 1 lit. g FLAG 1967 in dem Sinne, dass eine Entlassung wegen krankheitsbedingter Dienstunfähigkeit der Ableistung des Präsenzdienstes gleichzuhalten sei, findet sich im Gesetz kein Anhaltspunkt.

Der Grundsatz, dass während der Ableistung des Präsenz- oder Zivildienstes kein Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder besteht, da während dieser Zeit der Präsenzdiener von der öffentlichen Hand ausreichend versorgt werde, ist dem Regelungswerk des § 2 Abs. 1 FLAG 1967 zu entnehmen (vgl. VwGH vom 21.9.2006, 2004/15/0103).

Eine Schlechterstellung von B1 gegenüber jemanden, der seinen Präsenzdienst vor dem vollendeten 26. Lebensjahr abgeleistet hat, kann jedenfalls nicht erblickt werden, da während der Ableistung des Präsenzdienstes der Familienbeihilfenanspruch, wie o.a., ruht.

Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken des Bw. wird festgehalten, dass die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen grundsätzlich nicht dem unabhängigen Finanzsenat obliegt, der gem. § 1 Abs. 1 UFSG eine Verwaltungsbehörde ist, sondern den Höchstgerichten. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 10. März 2009