

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R in der Beschwerdesache BF, über die Beschwerde vom 08.11.2018 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt Amstetten Melk Scheibbs vom 29.10.2018 zu VNR 001 über die Rückforderung zu Unrecht für das Kind K (VNR 002) für den Zeitraum Juli 2018 bis August 2018 bezogener Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von insgesamt 399,80 € zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

Entscheidungsgründe

Sachverhalt

Die am Datum1 geborene Tochter der Beschwerdeführerin legte die Reifeprüfung am 21.6.2018 mit ausgezeichnetem Erfolg ab.

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe gab die Beschwerdeführerin dem Finanzamt auf dem am 28.6.2018 rückgelangten Überprüfungsbogen bekannt, dass ihre Tochter ab 1.10.2018 an der JKU Linz studieren werde.

In einem elektronischen Aktenvermerk vom 28.8.2018 hielt das Finanzamt fest, dass laut Telefonat mit der Beschwerdeführerin ihre Tochter das Studium nicht beginnen, sondern einen Ausbildungsdienst beim Bundesheer leisten werde.

Dem aktenkundigen Einberufungsbefehl des Heerespersonalamtes vom 8.8.2018 ist zu entnehmen, dass die Tochter der Beschwerdeführerin mit Wirkung vom 3.9.2018 zur Leistung des Ausbildungsdienstes in der Dauer von zwölf Monaten beim österreichischen Bundesheer einberufen wurde (Ausbildungsende: 2.9.2019; Rechtsgrundlage: §§ 37 ff Wehrgesetz 2001).

Diesem Einberufungsbefehl sind auch Auszüge aus Informationen des Bundesheeres auf seiner Homepage (<http://karriere.bundesheer.at/Bezahlung-215>) zum Ausbildungsdienst angeschlossen. In dem von der Beschwerdeführerin vorgelegten Ausdruck wird dabei zu den mit der Ausbildung verbundenen „Extras“ für die ersten sechs Monate des

Ausbildungsdienstes ausgeführt: „Kostenlose Verpflegung & Unterkunft, Freifahrt mit den ÖBB, Anspruch auf Familienbeihilfe“. In der aktuellen Fassung dieser Informationsseite wurde der „Anspruch auf Familienbeihilfe“ geändert in „Anspruch auf Familienunterhalt“ – was immer auch damit gemeint sein soll.

Daraufhin forderte das Finanzamt von der Beschwerdeführerin mit **Bescheid vom 29.10.2018** die zu Unrecht für ihre Tochter für den Zeitraum Juli 2018 bis August 2018 ausbezahlten Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen in Höhe von insgesamt 399,80 € zurück. In der Begründung wurde ausgeführt: „Dass die Ableistung des Präsenz-/Zivil-/Ausbildungsdienstes für den Gesetzgeber des FLAG eine Unterbrechung jeder Ausbildung des Kindes darstellt, wodurch während dieser Zeit der Anspruch auf Familienbeihilfe beseitigt wird, hat der Verwaltungsgerichtshof unter Hinweis auf die maßgebenden Bestimmungen dieses Gesetzes mehrmals ausgesprochen. Dies ergebe sich mit aller Deutlichkeit aus den gesetzlichen Bestimmungen des FLAG 1967 unmittelbar. Normiert die Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967 für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz-/Zivil- oder Ausbildungsdienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühest möglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz-/Zivil- oder Ausbildungsdienstes begonnen oder fortgesetzt wird, den Anspruch auf Familienbeihilfe, dann sei mit dieser gesetzlichen Regelung eindeutig klargestellt, dass die Ableistung des Präsenz-/Zivil- oder Ausbildungsdienstes für den Gesetzgeber eine (beihilfenschädliche) Unterbrechung der Ausbildung des Kindes darstelle (vgl. u.a. VwGH 9.6.1978, 941/77; 22.10.1997, 96/13/0060). Es besteht aus diesem Grund kein Anspruch auf Familienbeihilfe für die Dauer des Ausbildungsdienstes.“

Gegen diesen Bescheid richtet sich die **Beschwerde vom 8.11.2018**. In der Begründung führte die Beschwerdeführerin aus: „Mit dem angefochtenen Bescheid vom 29.10.2018 wurden die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für meine Tochter K für die Zeit Juli 2018-August 2018 von insgesamt € 399,80 mit der Begründung zurückgefordert, dass die Ableistung des Präsenz-/Zivil-/Ausbildungsdienstes für den Gesetzgeber des FLAG eine Unterbrechung jeder Ausbildung des Kindes darstellt, wodurch während dieser Zeit der Anspruch auf Familienbeihilfe beseitigt wird. Da der Ausbildungsdienst meiner Tochter K erst mit 3.9.2018 begonnen hat (siehe den dem Finanzamt bereits vorliegenden Einberufungsbefehl des Heerespersonalamtes vom 8.8.2018) und daher durch diesen Ausbildungsdienst keine Unterbrechung während des angegebenen Zeitraums (Juli 2018-August 2018) vorliegen kann, ist die Rückforderung aufgrund vorstehender Begründung nicht möglich. K hat im Übrigen den Ausbildungsdienst zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach der von ihr im Juni 2018 abgelegten Matura angetreten. Es wird daher beantragt, den angefochtenen Bescheid aufzuheben.“

Das Finanzamt wies diese Beschwerde mit **Beschwerdevorentscheidung vom 25.4.2019** ab und begründete dies im Wesentlichen damit, dass der Ausbildungsdienst beim Bundesheer ein „freiwilliger Grundwehrdienst“ für Frauen sei. Die Ableistung des Grundwehrdienstes als solchen sei nach Lehre und Rechtsprechung keine

Berufsausbildung iSd FLAG 1967 (vgl. VwGH 22.5.2002, 2002/15/0022; VwGH 21.9.2006, 2004/15/0103; VwGH 22.4.1998, 98/13/0067). Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 1 lit b FLAG 1967 stehe während des Präsenzdienstes beim Bundesheer somit nicht zu. Für die Zeit des Präsenzdienstes komme auch kein anderer Anspruchstatbestand in Betracht. Da der Ausbildungsdienst keine Berufsausbildung iSd § 2 Abs. 1 lit b FLAG 1967 darstelle, komme auch der Tatbestand des § 2 Abs. 1 lit d FLAG 1967 nicht zur Anwendung, da der Anspruch auf Familienbeihilfe für die Zwischenzeit (Juli und August 2018) nicht gegeben sei, weil nach dem Ende der Schulausbildung eben keine weitere Berufsausbildung, sondern der Ausbildungsdienst begonnen wurde.

Dagegen richtet sich der **Vorlageantrag vom 7.5.2019**, in dem die Beschwerdeführerin ergänzend vorbrachte: „Anspruch auf Familienbeihilfe haben gemäß § 2 (1) lit. d FLAG 1967 Personen 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. Meine Tochter K hat am 21.06.2018 die Matura bestanden und sodann am 3.9.2018 den Ausbildungsdienst beim Bundesheer angetreten. Genauer betrachtet handelt es sich dabei um die Kaderausbildungen I und II, deren positive Beendigung eine unbedingte Voraussetzung für die Aufnahme an die Militärakademie zwecks Absolvierung des FH-Studienganges „Militärische Führung“ und des „Truppenoffizierslehrganges“ ist, welche Berufsausbildung meine Tochter K anstrebt und derzeit als beste Frau auch auf einem sehr guten Weg dazu ist. Bei der Ausbildung an der Militärakademie handelt es sich um ein Studium an einer Fachhochschule mit möglichen Abschlüssen eines Bachelors und Masters, siehe die entsprechende Information im Internet „www.bundesheer.at/karriere/offizier/“, und daher eindeutig um eine Berufsausbildung im Sinne des FLAG 1967. Wenn man schon der Meinung ist, dass der Ausbildungsdienst keine Berufsausbildung darstellt, was man durchaus auch anders sehen könnte, wenn man weiß, welche außergewöhnlichen Leistungen dabei gefordert werden und zu erbringen sind bzw. welche Fähigkeiten geschult werden, die insbesondere auch im Berufsleben gebraucht werden, so ist der Ausbildungsdienst - wie bereits erwähnt - eine unbedingte Voraussetzung für die Aufnahme an die Militärakademie. Meine Tochter K wird sofort nach positivem Abschluss ihres Ausbildungsdienstes im Herbst dieses Jahres - daher zum frühestmöglichen Zeitpunkt - die Berufsausbildung an der Militärakademie beginnen und daher auch in diesem Punkt die Voraussetzungen der obigen Gesetzesbestimmung erfüllen. Eine unbedingt notwendige Voraussetzung für die Berufsausbildung - wie im konkreten Fall die Ableistung des Ausbildungsdienstes - als anspruchshindernd zu betrachten, liegt hoffentlich nicht im Sinne des Erfinders (Gesetzgebers).“

Am 12.6.2019 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und beantragte eine Abweisung derselben.

Seit dem Wintersemester 2019/20 studiert die Tochter der Beschwerdeführerin an der Universität Wien Rechtswissenschaften (Diplomstudium, gemeldet seit 2.9.2019), weshalb seit Oktober 2019 auch wieder Familienbeihilfe ausbezahlt wird.

Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ist unstrittig und ergibt sich aus den zitierten Aktenteilen, dem Vorbringen der Beschwerdeführerin und den in der Beihilfendatenbank gespeicherten Daten einschließlich der von der Universität Wien gemäß § 46a Abs. 2 Zif. 4 FLAG übermittelten Daten. Zu klären ist im vorliegenden Fall die Rechtsfrage, ob für die Monate Juli und August 2018 ein Beihilfenanspruch der Beschwerdeführerin bestand.

Rechtslage

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe 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 werden.

Nach der Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. d FLAG 1967 besteht ferner ein Anspruch auf Familienbeihilfe 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.

§ 37 Wehrgesetz 2001 normierte in der bis 30.11.2019 in Geltung gestandenen Fassung des BGBl I Nr. 111/2010 (Hervorhebungen durch das BFG):

(1) Frauen und Wehrpflichtige können auf Grund **freiwilliger** Meldung nach den jeweiligen militärischen Erfordernissen einen Ausbildungsdienst in der Dauer von mindestens zwölf Monaten bis zu insgesamt vier Jahren leisten. Eine über zwölf Monate hinausgehende Dauer des Ausbildungsdienstes ist unter Bedachtnahme auf die jeweilige Ausbildung anlässlich der Einberufung oder während des Ausbildungsdienstes zu verfügen. Nach Maßgabe zwingender militärischer Interessen darf eine Verlängerung des Ausbildungsdienstes mit schriftlicher Zustimmung der Betroffenen um bis zu zwei Jahre verfügt werden. Der Ausbildungsdienst dient Ausbildungszwecken. Eine freiwillige Meldung zum Ausbildungsdienst ist beim Heerespersonalamt einzubringen und bedarf der Annahme (Annahmebescheid). Dabei ist auch die Eignung der Betroffenen zum Ausbildungsdienst zu prüfen (Eignungsprüfung).

(2) Die freiwillige Meldung zum Ausbildungsdienst kann schriftlich ohne Angabe von Gründen zurückgezogen werden. Die Zurückziehung ist beim Heerespersonalamt einzubringen. Sie wird wirksam, wenn sie spätestens bis zum Ablauf des dem Einberufungstag vorangehenden Tages eingelangt ist. Mit ihrem rechtzeitigen Einlangen tritt ein Einberufungsbefehl **zu diesem Wehrdienst** außer Kraft.

(3) Personen im Ausbildungsdienst können ihren Austritt aus diesem **Wehrdienst** schriftlich ohne Angabe von Gründen bei jener militärischen Dienststelle erklären, der sie

angehören oder sonst zur Dienstleistung zugewiesen sind. Die Austrittserklärung wird, sofern nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, mit Ablauf des Kalendermonates wirksam, in dem sie abgegeben wurde. Die Erklärung kann spätestens bis zu ihrem Wirksamwerden bei der genannten Dienststelle schriftlich widerrufen werden. Mit Wirksamkeit einer Austrittserklärung gelten Personen im Ausbildungsdienst als vorzeitig aus diesem **Wehrdienst** entlassen.

Erwägungen

Nach einhelliger Auffassung der Literatur, der Judikatur und auch der Verwaltungspraxis ist die Ableistung des Präsenz(Zivil)dienstes nicht als Ausbildung für einen Beruf im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG anzusehen. Während der Leistung des Präsenz(Zivil)dienstes besteht sohin kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Gleiches gilt für den Ausbildungsdienst nach § 37 ff WehrG 2001 (Lenneis/Wanke, FLAG, 2. Auflage, § 2 Tz 45 mit zahlreichen Judikurnachweisen; vgl. auch § 2 Tz 30, erster Absatz, letzter Satz). Der Ausbildungsdienst wird in § 37 Abs. 2 und 3 WehrG 2001 ausdrücklich als „Wehrdienst“ bezeichnet, und ist daher nicht anders als der Präsenzdienst zu behandeln (vgl. dazu auch § 38b Abs. 3 zweiter Satz WehrG 2001: Der Ausbildungsdienst gilt, sofern er mindestens sechs Monate gedauert hat, als vollständig geleisteter Grundwehrdienst in der Dauer von sechs Monaten).

Begründet wird das Fehlen eines Anspruches auf Familienbeihilfe damit, dass in diesen Fällen die öffentliche Hand überwiegend oder grundsätzlich für den Unterhalt des Kindes sorgt, auch wenn die Eltern zum Teil Unterhalt leisten. So hat der Gesetzgeber etwa mit den Bestimmungen der §§ 3 Abs. 4 FLAG 1967 und § 6 Abs. 5 FLAG 1967 ausgedrückt, dass die Deckung der typischen Unterhaltsansprüche durch die öffentliche Hand den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließt. In eben diesen rechtlichen Rahmen fällt auch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Ausschluss der Familienbeihilfe für Kinder, die den Präsenzdienst, Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten (VwGH 29.4.2013, 2011/16/0173 mwN).

Eine solche überwiegende Tragung des Unterhaltes des Kindes durch die öffentliche Hand wird auch auf der eingangs zitierten Informationsseite des Bundesheeres auf seiner Homepage bestätigt, wenn dort auf die kostenlose Verpflegung und Unterkunft hingewiesen wird.

Da der Ausbildungsdienst beim Bundesheer keine Berufsausbildung im Sinne des FLAG darstellt, besteht kein Anspruch gemäß § 2 Abs. 1 lit. d FLAG für die Zeit zwischen Abschluss der Schulausbildung und Antritt des Ausbildungsdienstes. § 2 Abs. 1 lit. d FLAG idF des Budgetbegleitgesetzes 2011 regelt nach dem eindeutigen Wortlaut den Zeitraum zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung. Der Zeitraum zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn eines Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes ist davon ausdrücklich nicht erfasst (VwGH 2.7.2015, 2013/16/0153; BFG 29.6.2017, RV/5100439/2016).

Im Vorlageantrag wurde eingewendet, dass der Ausbildungsdienst unbedingte Voraussetzung für die Aufnahme an der Militärakademie sei. Abgesehen davon, dass als Zugangsvoraussetzung zum FH-Bachelorstudiengang Militärische Führung (FH-BaStG MilFü) an der Theresianischen Militärakademie nur die allgemeine Universitätsreife als fachliche Zugangsvoraussetzung gemäß § 4 Abs. 4 und 5 FHStG verlangt wird (<https://www.milak.at/ausbildung-an-der-milak/aus-und-weiterbildung/studieren-an-der-milak/aufnahmeverfahren>; https://www.milak.at/fileadmin/milak/Ausbildung/2018/Aus-_und_Weiterbildung/Studieren_an_der_MilAk/Information_Zulassung_AufnVerf.pdf), welche die Tochter der Beschwerdeführerin mit der erfolgreichen Ablegung der Reifeprüfung erlangte, hat diese nach Beendigung des Ausbildungsdienstes keine Ausbildung an der Militärakademie begonnen, sondern studiert seit dem Wintersemester 2019/20 Rechtswissenschaften an der Universität Wien.

Da nach der oben aufgezeigten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes der Zeitraum zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn des Ausbildungsdienstes von der Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. d FLAG nicht erfasst ist, kann dieser auch dann nicht unter den Anwendungsbereich dieser Norm fallen, wenn auf das nach Beendigung des Ausbildungsdienstes begonnene Universitätsstudium Bedacht genommen wird. Dazu kommt, dass ein im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. d FLAG frühestmöglicher Beginn dieses Universitätsstudiums nach Abschluss der Schulausbildung schon deswegen nicht vorläge, weil es sich beim zwischen Reifeprüfung und Studienbeginn absolvierten Ausbildungsdienst um einen freiwilligen Dienst handelt. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind persönliche oder andere nicht unmittelbar mit der Berufsausbildung im Zusammenhang stehende Gründe bei der Beurteilung, ob eine Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt begonnen werde, unbeachtlich. Der frühestmögliche Zeitpunkt ist nach rein objektiven Kriterien zu beurteilen (VwGH 19.10.2017, Ro 2016/16/0018 zur insoweit gleichlautenden Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967). Da die Tochter der Beschwerdeführerin durch die Ablegung der Reifeprüfung am 21.6.2018 die allgemeine Universitätsreife erlangte, wäre ein Beginn mit dem Rechtswissenschaftlichen Studium an der Universität Wien objektiv bereits im Wintersemester 2018/19 möglich gewesen. Der tatsächliche Beginn im Wintersemester 2019/20 wäre daher nicht mehr frühestmöglich im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. d FLAG. Den subjektiven Gründen für den späten Studienbeginn (Absolvierung des freiwilligen Ausbildungsdienstes) kommt in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu.

Da somit insgesamt gesehen für den beschwerdegegenständlichen Zeitraum kein Beihilfenanspruch bestand, erweist sich der angefochtene Rückforderungsbescheid als rechtmäßig und war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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. Da im gegenständlichen Verfahren die entscheidungsrelevanten Rechtsfragen bereits ausreichend durch die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt sind, und die Entscheidung von dieser Rechtsprechung nicht abweicht, ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

Linz, am 12. Februar 2020