

GZ. RV/1488-W/03

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat am 9. März 2004 über die Berufung der Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes Mistelbach betreffend Abweisung des Antrages auf Weitergewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages ab Feber 2003 für den Sohn T nach in Wien durchgeföhrter Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) stellte beim Finanzamt am 11. Juni 2003 nachfolgenden Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe infolge Weiterführung des Hochschulstudiums ihres Sohnes T:

"Wie dem Finanzamt bereits bekannt ist, leistet mein Sohn T..., geb. am 2. März 1984, seit dem 7. Jänner 2003 seinen Präsenzdienst beim österreichischen Bundesheer. Das im Oktober 2002 begonnene Studium an der Universität ... wird von ihm, wie Sie aus beiliegender Studienbestätigung ersehen können, auch während dieser Zeit betrieben. Aus diesem Grund ersuche ich, die Familienbeihilfe weiterhin zu gewähren."

Gemäß der beigelegten Studienbestätigung war der Sohn der Bw. an der Universität "im Sommersemester 2003 als ordentlicher Studierender der Studienrichtung ... zur Fortsetzung gemeldet."

Das Finanzamt wies den Antrag der Bw. mit nachfolgender Begründung ab:

"Gem. § 2 Abs. 1 a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 besteht für die Zeit des Präsenzdienstes oder Zivildienstes nur Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres.

Da Ihr Sohn T... sein 18. Lebensjahr bereits vollendet hat, und ab 7. Jänner 2003 seinen Grundwehrdienst absolviert, ist der Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag mit 31. Jänner 2003 erloschen."

In der gegen den Abweisungsbescheid eingebrachten Berufung führt die Bw. zur Begründung des Finanzamtes Folgendes aus:

"§ 2 Abs. 1 lit. a FLAG 1967 besagt, dass Anspruch auf Familienbeihilfe für ein minderjähriges Kind für Personen besteht, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Ungleich zu Ihrer Behauptung besagt die benannte Vorschrift nicht, dass für die Zeit des Präsenzdienstes oder Zivildienstes Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag (den ich im übrigen gar nicht beantragt habe, denn bei Gewährung der Familienbeihilfe steht er mir laut § 33 EStG 1988 automatisch zu) nur bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres besteht.

Gemäß lit. a besteht der Anspruch jedenfalls für minderjährige Kinder.

Gemäß lit. b besteht der Anspruch jedenfalls auch für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet werden. Mein Sohn besucht eine der Einrichtungen, die in § 3 Abs. 1 Z. 1 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGB. 305 idF BGBl. I 76/2000 genannt werden, nämlich die Universität ... .

Gemäß lit. b gilt die Aufnahme als ordentlicher Hörer als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Diese Aufnahme habe ich nachgewiesen.

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b habe ich daher Anspruch auf Familienbeihilfe für meinen Sohn T... ."

Die abweisende Berufungsvorentscheidung wurde vom Finanzamt wie folgt begründet:

"Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,

gem. § 2 Abs. 1 lit. a für minderjährige Kinder,

gem. § 2 Abs. 1 lit. b für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet werden,

gem. § 2 Abs. 1 lit. f für volljährige Personen, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wenn sie weder den Präsenzdienst noch den Zivildienst leisten und bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitmarktservice als Arbeitssuchende vorgemerkt sind und weder Anspruch auf Leistungen nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz noch eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes erhalten.

Durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (BGBI I 200/135) wurde der Eintritt der Volljährigkeit herabgesetzt. Ab 1.7.2001 tritt die Volljährigkeit bereits mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein. Somit besteht ab diesem Zeitpunkt während der Ableistung des Präsenz- oder Zivildienstes kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da sich das Kind in dieser Zeit nicht in Berufsausbildung befindet.

Die Ableistung des Präsenzdienstes stellt für den Gesetzgeber des FLAG eine Unterbrechung des Ausbildung des Kindes dar, die während dieser Zeit den Anspruch auf Familienbeihilfe beseitigt. Der Umstand, dass Ihr Sohn während der Ableistung des Präsenzdienstes inskribiert gewesen ist und möglicherweise in dieser Zeit sogar Prüfungen positiv absolviert hat, kann nichts daran ändern, dass die Ableistung des Präsenzdienstes im Sinne der Bestimmungen des FLAG die Berufsausbildung unterbricht und einen Anspruch auf Familienbeihilfe während dieser Zeit nicht einräumt.

Erläuternd wird noch festgestellt, dass gem. § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des FLAG 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag in Höhe von 50,9 Euro für jedes Kind zusteht. Ein separater Antrag ist nicht vorgesehen."

Der Vorlageantrag enthält nachstehende Begründung:

Das Finanzamt habe in der Berufungsvorentscheidung feststellt, dass für den Gesetzgeber die Leistung des Präsenzdienstes eine etwaige Berufsausbildung unterbreche.

Die Bw. hingegen stelle fest, dass das Gesetz eine Vermutung dafür ausspricht, dass ihr Sohn seit Oktober 2002 in Berufsausbildung im Sinne des § 2 Abs. 1 lit b FLAG sich befindet.

Gemäß § 167 Abs. 1 BAO sei daher – grundsätzlich – keine weitere Prüfung notwendig und eine Berufsausbildung von Amts wegen als gegeben zu betrachten, es sei denn es bestehen Zweifel. Diese Zweifel bestünden seitens des Finanzamtes, da ihr Sohn seit dem 7. Jänner 2003 (bis zum 5. September 2003) den Präsenzdienst beim österreichischen Bundesheer abgeleistet hat. Anstatt allerdings ein ordnungsgemäßes Ermittlungsverfahren durchzuführen, behauptete das Finanzamt, für den Gesetzgeber stelle der Präsenzdienst eine Unterberechnung der Ausbildung dar.

Solches lasse sich aus dem FLAG keinesfalls entnehmen. Dadurch habe das Finanzamt wegen einer falschen Rechtsauffassung seine Ermittlungspflichten verkannt.

Selbst wenn das Gesetz die Vermutung ausspräche, während der Ableistung des Präsenz- oder Zivildienstes sei keine Berufsausbildung im Sinne der lit. b möglich, stünde es der Bw. offen, diese Vermutung zu widerlegen.

Der Bw. sei bekannt, dass der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 9. Juni 1978, ZI. 941/77, die Meinung vertreten hat, es hätte seitens des Gesetzgebers einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedurft, für einen Präsenzdiener einen durch Berufsausbildung vermittelten Anspruch auf Familienbeihilfe sehen zu können. Die damals maßgebliche Fassung des FLAG 1967 habe noch keine nähere Bestimmung enthalten, wann eine Berufsausbildung anzunehmen ist; erst mit BGBl. 311/1992 seien nähere Regelungen ins Gesetz (lit. b) aufgenommen worden, und zwar solche für Studenten an Universitäten und dergleichen. Auch der damalige Beschwerdeführer habe dieses Fehlen jeglicher Normierung thematisiert; er habe jedoch missachtet, dass die Behörde nach freier Überzeugung und unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Beihilfenverfahrens zu beurteilen hatte, ob die nämliche Tat- sache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (wobei allerdings auch Verfahrensmängel gerügt worden seien). Enthält das Gesetz keine weiteren Vorschriften, so liege die Entscheidung im Ermessen des Amtes, was aus der Bundesverfassung (Art. 130 Abs. 2) hervorgehe. Die Behörde habe ihre abweisende Entscheidung damit begründet, dass während des Präsenzdienstes keine Zeit für ein effektives Studium bliebe. Auch der Verfassungsgerichtshof sei dieser Beweiswürdigung gefolgt; er habe sich hiebei auch der gesetzlichen Bestimmungen u.a. des Wehrgesetzes bedient, die einen Aufschub des Präsenzdienstes wegen einer Fort-

setzung eines Studiums bzw. wegen Vorbereitung auf eine Prüfung ermöglichen. Der Gerichtshof habe erwogen, dass aus der Sicht des Gesetzgebers die Präsenz- bzw. Zivildienstleistung wohl in der Regel die Aufnahme einer neuen oder die Fortsetzung einer schon begonnenen Berufsausbildung hindere und es daher einer positiven Normierung bedurft hätte, um eine Berufsausbildung auch während der Ableistung des Präsenzdienstes annehmen zu können. Ungleich zur Behauptung des Verwaltungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 22. Oktober 1997, Zl. 96/13/0060, habe also der Verwaltungsgerichtshof in jenem Erkenntnis nicht ausgesprochen, dass die Ableistung des Präsenzdienstes jede Ausbildung unterbreche. Unrichtig sei es ebenso, dass in jenem Erkenntnis ausgedrückt sei, dass "die Ableistung des für den Gesetzgeber des FLAG eine Unterbrechung der Ausbildung des Kindes darstellt, die während dieser Zeit den Anspruch auf Familienbeihilfe beseitigt" (VwGH vom 22.4.1997, Zl. 98/13/0067), welcher Satz sich (jedoch ohne Verweis auf Judikatur) auch in der Berufungsvorentscheidung finde. Ja selbst im Falle, dass sich in jenem Erkenntnis tatsächlich solche Ausführungen finden ließen, so hätte das für die gegenwärtige Rechtslage keinerlei Bedeutung, da der Gesetzgeber den Maßstab nun vorgegeben habe, zumindest für Studenten. Wenn der Verwaltungsgerichtshof allerdings in den beiden später ergangenen Erkenntnissen (96/13/0060 und 98/13/0067) auf die übrigen Bestimmungen des § 2 Abs. 1 verweist, so sei der hier zuständigen Behörde diese Art der Beweiswürdigung schon deshalb versagt, weil die Beweiswürdigung zwar frei, jedoch nicht so frei ist, dass sie sich von den Gesetzen des logischen Denkens entfernen dürfte.

Die Bw. berücksichtige nun die einzelnen Bestimmungen für sich:

"§ 2 Abs. 1 FLAG 1967

lit. a

Man wollte mit der Herabsetzung der Minderjährigkeit auch eine Anpassung u.a. an das Wehrgesetz bezwecken. Die Behörde meint jedoch sinngemäß, dass während der Ableistung des Präsenzdienstes Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn das Kind das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Damit ist der Verdacht auf eine den Gleichheitsgrundsatz verletzende Anwendung des Gesetzes gegeben, weil der Gesetzgeber jenes einheitliche Ordnungssystem anscheinend gerade herstellen wollte, das beispielsweise der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 27. Juni 1979, VfSLg 8605, noch verneinen musste.

lit. b

Wann eine Berufsausbildung anzunehmen ist, hat der Gesetzgeber normiert, und zwar für Studierende an Universitäten ziemlich genau. Es ist daher äußerst unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber vergessen hat, hier anzuführen, dass während der Ableistung des Präsenz- oder Zivildienstes keine Berufsausbildung anzunehmen ist.

Auch wenn man behaupten mag, eine explizite Regelung in der lit. b sei nicht notwendig, um die Praxis der Behörden zu rechtfertigen, weil durch die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes die Rechtslage klargestellt ist, so ist dies irrelevant, da die Gesetzgebung des Bundes keinesfalls Sache der Vollziehung, sondern immer Angelegenheit des National- und Bundesrates ist.

lit. c

Dass eine körperliche Behinderung etwas über eine etwaige Berufsausbildung aussage, wurde bisher noch nicht behauptet.

lit. d

Nach Abschluss der Berufsausbildung besteht für drei Monate lang Anspruch auf Familienbeihilfe, ausgenommen das Kind hat das 26. Lebensjahr bereits vollendet. Da der Gesetzgeber hier keinen Anspruch auf Familienbeihilfe während des Präsenz- oder Zivildienstes einräumen will, hat er das auch ins Gesetz geschrieben.

Man hat sich bei der Einführung dieser Regelung gedacht, den Übertritt ins Berufsleben, der nicht immer sofort erfolgen kann, auch finanziell abzufedern. Die Ausschließung der Präsenz- und Zividiener ist allerdings in der Regierungsvorlage dadurch motiviert, dass man behauptete, ein solcher Anspruch verletze das Gleichheitsgebot, wo doch auch vor Abschluss der Berufsausbildung für einen volljährigen Präsenz- und Zividiener kein Anspruch zustehe.

Ebenso stellt sich heute die Meinung der Verwaltung dar, spricht doch der Durchführungs-erlass zum FLAG sogar davon, dass die "Zeit, in der ein volljähriges studierendes Kind den Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienst ableistet" im FLAG 1967 als Ausschließungsgrund angeführt sei. Das ist natürlich nicht der Fall, und aus dem gleichen Grund kommt auch den Ausführungen der genannten Regierungsvorlage in Bezug auf den Gehalt des Gesetzes keine Bedeutung zu.

lit. e

Wenn die Berufsausbildung nach der Ableistung des Präsenz- oder Zivildienstes zum frühestmöglichen Zeitpunkt begonnen oder fortgesetzt wird, besteht auch Anspruch für die Zeit dazwischen. Daraus entnimmt der Verwaltungsgerichtshof behufs Zirkelschlusses zwingend,

unmittelbar und mit aller Deutlichkeit des Verständnis, dass der Präsenzdienst eine etwaige Ausbildung des Kindes unterbreche. Dass aus einer Bestimmung, die die Unterbrechung eines Studiums durch den Präsenzdienst als Tatbestand anführt, schon folgen soll, dass der Präsenzdienst ganz grundsätzlich ein Studium oder eine Ausbildung unterbricht, ist eine logische Zumutung.

lit. f

Anspruch besteht für ein noch nicht 21 Jahre altes Kind dann, wenn es beim Arbeitsmarktservice als arbeitssuchend vorgemerkt ist und gewisse andere Voraussetzungen erfüllt sind. Da der Gesetzgeber hier keinen Anspruch auf Familienbeihilfe während des Präsenz- oder Zivildienstes einräumen will, hat er das auch ins Gesetz geschrieben.

lit. g

Hier soll anscheinend der Anspruch, der nach lit. b nur bis zur Vollendung des 26. Lebensjahres besteht, bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres verlängert werden, wenn der Präsenz- oder Zivildienst inzwischen abgeleistet wurde oder im Monat, wo das Kind 26 Jahre alt wird, gerade abgeleistet wird, und auch nach dem Präsenzdienst eine Berufsausbildung stattfindet. Es lässt sich auch hier aus dem Wortlaut des Gesetzes nicht folgern, dass während der Ableistung des Dienstes keine anspruchsvermittelnde Berufsausbildung möglich ist.

lit. h

Hier gilt selbiges wie für lit. c.

lit. i

Dies ist das Pendant zu lit. g für Frauen.

Nimmt man die Berufsausbildung (lit. b) an und schließt sie während des Präsenzdienstes nicht grundsätzlich aus, so erhält man folgendes:

Lit. d sagt über die Frage nicht aus, denn hier wird der Abschluss der Ausbildung schon vorausgesetzt. Bei einer Kontinuität der Ausbildung auch während des Präsenzdienstes kommt lit. e gar nicht zur Anwendung (weil nach der Verkehrsmeinung nur Unterbrochenes fortgesetzt werden kann). Ist das Kind gleichzeitig als arbeitssuchend vorgemerkt, besucht etwa die Universität (ist also inskribiert) und leistet auch den Präsenzdienst ab, so besteht kein Anspruch nach lit. f, wohl aber Anspruch nach lit. b. Lit. g setzt die Ausbildung nach dem Präsenzdienst voraus, dieser Regelung ist es gleich, ob die Ausbildung während des Präsenzdienstes fortgeführt oder unterbrochen wird; darüber wird nichts ausgesagt.

Dass lit. e in jenem Fall zur Anwendung kommen können muss, darf ich nicht voraussetzen. Tue ich es doch, muss ich auch anhand der lit. i folgern, dass Kinder im Sinne des FLAG nur weiblichen Geschlechts sind.

Es ergibt sich aus den Bestimmungen des § 2 Abs. 1 also nicht, dass eine Berufsausbildung im Sinne der lit. b während der Ableistung des Präsenz- oder Zivildienstes als unmöglich betrachtet werden kann oder dass dies sogar notwendig so sein müsse. Insbesondere ergibt die Annahme, ein Kind befände sich während dieser Ableistung in Berufsausbildung, keinen Widerspruch mit den Regelungen des Gesetzes.

Insoweit sich die Argumentation des Verwaltungsgerichtshofes auf den Wortlaut des FLAG stützt, ist sie als willkürlich und sachlich haltlos zu beurteilen.

Sollte bei der bloßen Berücksichtigung dieser Gesetzesstellen schließlich doch jemand auf einen Widerspruch damit geraten, während des Präsenz- oder Zivildienstes sei eine Berufsausbildung im Sinne der lit. b möglich, so muss das an einer Annahme liegen, die dieser Berücksichtigung notwendig vorausgeht.

Nachdem der Gesetzgeber eine Beweisregel verfügt hat, mit dem das Vorliegen einer Berufsausbildung bei Universitätsstudenten nun geprüft wird, kann man sich nicht mehr auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 9. Juni 1987, 941/77, beziehen, da der damaligen Rechtslage gerade jener Maßstab fehlte, mit dem heute der entsprechende Tatbestand zu prüfen ist. Nicht nur die umfangreiche Regelung in der lit. b spricht aber für die Unrechtmäßigkeit der vom Verwaltungsgerichtshof vorgezeigten Auffassung, während des Präsenzdienstes bestehe für volljährige Kinder niemals Anspruch auf Familienbeihilfe, sondern dafür sprechen auch die Regelungen der lit. d und g, die den Anspruch während des Präsenz- oder Zivildienstes ausschließen.

Auch das ins Treffen geführte Argument (wie zum Beispiel VwGH, 98/13/0067), der Gesetzgeber sehe keine Unterstützung für Personen vor, die nach dem Heeresgebührengesetz schon "versorgt" seien, kann nicht zum Durchbruch verhelfen, da bei der Berücksichtigung des Einkommens bei der Prüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe gerade auch die Bezüge außer Betracht bleiben, welche als einkommensteuerfrei erklärt sind. Schließlich verträgt sich diese Ansicht auch nicht mit der Rechtsauslegung, dass für Präsenzdienstleistende, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, Anspruch bestehe.

Dass es Praxis sein mag, für volljährige Kinder den Anspruch auf Familienbeihilfe während des Präsenzdienstes ohne weiteres zu entziehen – dies unter der Billigung des Verwaltungs-

gerichtshofes – ist, wie leicht einleuchtet, irrelevant. Relevant jedoch ist das Bundesgesetzblatt 311/1992.

Auf Auslegungen, die durch das Fehlen dieser Normierung gestützt waren, kann man sich nicht berufen, auf den Wortlaut des Gesetzes schon gar nicht.

Mein Sohn ist während der Ableistung des Präsenzdienstes vom 7. Jänner bis zum 5. September 2003 zu nachfolgenden Prüfungen angetreten und hat alle davon bestanden (siehe weiter unten stehende Tabelle):

Zusätzlich hat er am 3. März 2003 für das Pflichtfach P... eine Prüfung (zwei Semesterstunden) abgelegt, dies deshalb, um die Qualifikation auch für den im Jänner behandelten Stoff nachzuweisen (die Lehrveranstaltung hatte vom Oktober 2002 bis Jänner 2003 gedauert).

Aus dem Gesetz ist ersichtlich, dass ein Nachweis von abgelegten Prüfungen über bloß acht Semesterstunden im ersten Studienjahr dafür genügt, die Berufsausbildung so lange anzunehmen, als die vorgesehene Studienzeit für den ersten Studienabschnitt nicht um ein Semester überschritten wird. Es ist schwerlich vorstellbar, dass man eine Berufsausbildung für einen Zeitraum des ersten Studienjahres im Sinne der maßgeblichen Stelle auch dann verneinen könnte, wenn währenddessen über 12 Semesterstunden Prüfungen abgelegt wurden."

Dem Vorlageantrag wurden folgende Unterlagen beigelegt:

Bestätigung des Studienerfolges im Studienjahr 2002/2003:

Folgende Prüfungen wurden abgelegt:

Prüfungsgegenstand	Semesterstunden	Datum
2002W, Einführung ...	2	13.12.2002
2002W, Repetitorium ...	2	30.01.2003
2002W, ...	4	31.01.2003

Bestätigung des Studienerfolges im Studienjahr 2002/2003:

Folgende Prüfungen wurden abgelegt:

Prüfungsgegenstand	Semesterstunden	Datum
2002W, Einführung ...	2	08.01.2003
2002W, Einführung ...	2	13.12.2002

2002W, Repetitorium ...	2	30.01.2003
2002W, ...	4	31.01.2003
2002W, Proseminar ...	2	31.01.2003
2002W, Proseminar ...	2	03.03.2003

Lehrveranstaltungszeugnisse:

L...	WS 2002	4	13.06.2003
Einführung ...SS 2003		2	23.06.2003
VO ...	SS 2003	2	30.06.2003

Mit einem den Vorlageantrag ergänzenden Schreiben wurde vorgebracht, Prof. H... (Institut ...) habe im Sommersemester 2003 die Vorlesung ... abgehalten. Der Sohn der Bw. habe sich während dieser Zeit kontinuierlich auf die Prüfung darüber – ein Pflichtfach für das Studium, welches ihr Sohn betreibe – vorbereitet. Er sei zum zweiten Termin am 10. Oktober 2003 angetreten und habe die Prüfung bestanden, was mit beiliegendem Zeugnis belegt werde.

Gemäß dem beigelegten Lehrveranstaltungszeugnis wurde folgende Prüfung abgelegt:

VO ...	SS 2003	4	10.10.2003
--------	---------	---	------------

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

Zum vorliegend zu entscheidenden Fall haben nachfolgend wiedergegebene Bestimmungen des Wehrgesetzes 2001 Bezug:

§ 9 Abs. 1: In das Bundesheer dürfen nur österreichische Staatsbürger einberufen werden, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und die notwendige körperliche und geistige Eignung für eine im Bundesheer in Betracht kommende Verwendung besitzen.

§ 18 Abs. 4: ...Die Wehrpflichtigen sind grundsätzlich in dem Kalenderjahr zur Stellung heranzuziehen, in dem sie das 18. Lebensjahr vollenden...

§ 20 Abs. 1: Die Wehrpflichtigen sind, sofern militärische Rücksichten nicht entgegenstehen, nach Möglichkeit zum Grundwehrdienst innerhalb von sechs Monaten nach ihrer jeweiligen Heranziehbarkeit zu diesem Präsenzdienst einzuberufen.

§ 26 Abs. 1: Taugliche Wehrpflichtige sind, soweit zwingende militärische Erfordernisse nicht entgegenstehen, von der Verpflichtung zur Leistung eines Präsenzdienstes zu befreien

1. von Amts wegen, wenn und solange es militärische Rücksichten oder sonstige öffentliche Interessen erfordern, und

2. auf ihren Antrag, wenn und solange es besonders rücksichtswürdige wirtschaftliche oder familiäre Interessen erfordern.

Als sonstige öffentliche Interessen gelten insbesondere gesamtwirtschaftliche oder familienpolitische Interessen sowie die Tätigkeiten von Fachkräften der Entwicklungshilfe nach § 15 des Entwicklungshelfergesetzes. Eine Befreiung ist auch zulässig, wenn eine Voraussetzung nach Z 1 oder 2 während eines Präsenzdienstes eintritt. Befreiungen nach Z 1 hat der Bundesminister für Landesverteidigung zu verfügen.

Abs. 3: Tauglichen Wehrpflichtigen ist, sofern militärische Interessen nicht entgegenstehen, der Antritt des Grundwehrdienstes aufzuschieben, wenn

1. sie nicht zu einem innerhalb eines Jahres nach ihrer jeweiligen Heranziehbarkeit zum Grundwehrdienst gelegenen Termin zu diesem Präsenzdienst einberufen wurden und
2. die durch eine Unterbrechung einer bereits begonnenen Schul- oder Hochschulausbildung oder sonstigen Berufsvorbereitung einen bedeutenden Nachteil erleiden würden.

Ein Aufschub ist auf Antrag des Wehrpflichtigen zu verfügen. Der Aufschub darf bis zum Abschluss der jeweiligen Berufsvorbereitung gewährt werden, längstens jedoch bis zum

Ablauf des 15. September jenes Kalenderjahres, in dem diese Wehrpflichtigen das 28. Lebensjahr vollenden.

Abs 4: Mit Erlassung eines Bescheides, durch den einem Wehrpflichtigen eine Befreiung oder ein Aufschub gewährt wurde, wird eine bereits rechtswirksam verfügte Einberufung für den Zeitraum dieser Befreiung oder dieses Aufschubs für ihn unwirksam.

§ 27 Abs. 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.

Abs. 2: In die Dienstzeit sind nicht einzurechnen

1. die Zeit einer Desertion oder unerlaubten Abwesenheit, ... bis zum Ablauf des Tages, an dem sich der Soldat selbst stellt oder aufgegriffen wird,
2. die Zeit, während der sich ein Soldat dem Dienst entzogen hat durch
  - a) listige Umtriebe oder
  - b) die Nichtbefolgung des Einberufungsbefehles oder
  - c) die Herbeiführung der Dienstuntauglichkeit oder
  - d) grobe Täuschung,
3. die Zeit einer Haft oder sonstigen behördlichen Anhaltung, mit Ausnahme der Zeit eines Freiheitsentzuges nach dem Heeresdisziplinargesetz 1994 (HDG 1994), BGBl. Nr. 522,
4. die Zeit, während der ein Wehrpflichtiger aus sonstigen Gründen verhindert war, eine Truppenübung oder eine Kaderübung anzutreten,
5. die Zeit einer Dienstenthebung, mit Ausnahme einer vorläufigen Dienstenthebung, nach dem Heeresdisziplinargesetz 1994 und
6. im Ausbildungsdienst die Zeit eines Beschäftigungsverbotes nach dem Mutterschutzgesetz 1979 (MSchG), BGBl. Nr. 221.

§ 41 Abs. 2: Mit dem Tage des Dienstantrittes sind die Soldaten im Präsenz- und Ausbildungsdienst zum Dienst in allen Teilen des Bundesheeres verpflichtet.

§ 45 Abs. 3: Soldaten im Präsenz- und Ausbildungsdienst kann als Anerkennung für besondere dienstliche Leistungen eine Dienstfreistellung vom Kommandanten des Truppenkörpers auf Vorschlag des Kommandanten nach Abs. 2 und nach Anhörung des für sie zuständigen Soldatenvertreters gewährt werden. Diese Dienstfreistellung darf im einzelnen Fall unter

Bedachtnahme auf die jeweiligen militärischen Erfordernisse bis zu drei Werktagen umfassen. Die Gesamtdauer solcher Dienstfreistellungen darf innerhalb von sechs Monaten des jeweiligen Wehrdienstes sechs Werktagen nicht übersteigen. Sofern besondere dienstliche Leistungen eine höhere Anerkennung verdienen, kann der Bundesminister für Landesverteidigung anstelle von oder zusätzlich zu solchen Dienstfreistellungen ebenfalls Dienstfreistellungen bis zu drei Werktagen gewähren. Der Zeitpunkt aller Dienstfreistellungen für besondere Leistungen ist nach den dienstlichen Erfordernissen festzusetzen.

Weiters stehen folgende Bestimmungen des Heeresgebührengesetzes mit diesem Berufungsfall in einem Bezug:

§ 1 Abs. 1: Dieses Bundesgesetz ist, soweit darin nicht ausdrücklich anderes bestimmt ist, nur auf Soldaten anzuwenden, die Präsenz- oder Ausbildungsdienst leisten (Anspruchsberechtigte).

§ 3 Abs. 1: Anspruchsberechtigten gebührt für jeden Kalendermonat ihrer Wehrdienstleistung ein Monatsgeld in der Höhe von 8,46 vH des Bezugsansatzes.

§ 5 Abs. 1: Anspruchsberechtigten, die den Grundwehrdienst oder die ersten sechs Monate des Ausbildungsdienstes leisten, gebührt für jeden Kalendermonat einer solchen Wehrdienstleistung eine Grundvergütung in der Höhe von 4,41 vH des Bezugsansatzes.

§ 11 Abs. 1: Das Monatsgeld, die Dienstgradzulage, die Grundvergütung und die Monatsprämie sind am 15. jeden Monates auszuzahlen.

§ 12 Abs. 1: Anspruchsberechtigten gebührt die unentgeltliche Ausstattung mit den militärisch erforderlichen ..., Bekleidungs- und Ausrüstungsgegenständen. ....

Abs. 2: Anspruchsberechtigten gebührt nach Maßgabe militärischer Interessen die unentgeltliche Ausstattung mit den erforderlichen Gegenständen

1. für die Pflege ihrer Kleidung und
2. für ihren sonstigen persönlichen Bedarf.

Die Leistung nach Z 1 gebührt ausschließlich beim erstmaligen Antritt des Grundwehrdienstes oder Ausbildungsdienstes.

§ 13 Abs. 1: Anspruchsberechtigten gebührt unentgeltliche Unterbringung.

§ 14 Abs. 1: Anspruchsberechtigten gebührt unentgeltliche Verpflegung.

§ 2 Abs. 1 FLAG bestimmt:

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 (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, 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. 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....h.), i.)

Zur Literatur:

Ferieneinkünfte und Familienbeihilfe, Was Kinder in den Ferien verdienen dürfen, ohne die Beihilfe zu gefährden, SWK 1987, T 81:

Präsenzdienst (*Zivildienst*) schließt den Bezug von Familienbeihilfe bei Volljährigen grundsätzlich aus, auch wenn nebenbei eine Berufsausbildung aufrechterhalten wird.

Schredl, Ferialbeschäftigung und Familienbeihilfe, SWK 1992, A I 189:

Für die Zeit des *Präsenz*- oder *Zivildienstes* volljähriger Kinder wird Familienbeihilfe nicht gewährt. Diese Zeit gilt nicht als Berufsausbildung.

Wimmer, Änderungen bei der Familienbeihilfe im Jahr 2001, Neue Einkommensgrenzen für Kinder - Volljährigkeit bereits mit 18, SWK 2001, S 205:

Durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (BGBl I 2000/135) wurde der Eintritt der Volljährigkeit herabgesetzt. Ab 1.7.2001 tritt die Volljährigkeit bereits mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein. War bisher für minderjährige Kinder zwischen dem 18. und 19.

Lebensjahr grundsätzlich Anspruch gegeben (wenn kein Ausschließungsgrund durch eigenes Einkommen des Kindes über der Grenze vorlag), müssen ab Juli 2001 bereits ab der Vollendung des 18. Lebensjahres die Anspruchsvoraussetzungen "für volljährige Kinder" (§ 2 Abs. 1 FamLAG 1967) vorliegen. Somit besteht in Zukunft zB während der Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht bis zum 19. Lebensjahr, da sich das Kind in dieser Zeit nicht in Berufsausbildung befindet.

Zur Judikatur:

Verwaltungsgerichtshof vom 9.6.1978, Zl. 941/77 (ÖStZB 1979, 34):

"Bedenkt man nun, dass einerseits aus den Bestimmungen des Wehrgesetzes, sowie des Zivildienstgesetzes, BGBl 1974/187 (ZDG), und der ADV die klare Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet, der Soldat bzw der Zivildiener habe sich mit allen seinen Kräften der Erfüllung seiner Pflichten als Präsenz- bzw Zivildiener zu widmen und andererseits gerade aus diesem Grunde Hochschulstudierenden zwecks Fortsetzung ihres Studiums bzw Vorbereitung auf eine zugehörige Prüfung sowohl nach § 29 Abs 6 lit b WehrG als auch nach § 14 Z 2 ZDG der Dienstantritt aufgeschoben werden kann, so zeigt sich folgendes: Der Gesetzgeber sieht die Präsenz- bzw Zivildienstleistung als einen einschneidenden Abschnitt in der sonst der Berufsausbildung gewidmeten Zeit eines männlichen Staatsbürgers an, der die Aufgabe einer neuen oder die Fortsetzung einer schon begonnenen Berufsausbildung in der Regel hindert und deren Unterbrechung bewirkt (in diesem Sinne auch das die Weiterzahlung einer Waisenpension nach dem GSPVG betreffende U des OLG Wien v 19.10.1972, AZ 20 R 151/72, JBI 1973, S 539). Daran vermag auch ein allfälliges während des Präsenz- bzw Zivildienstes möglich gewesenes Studium nichts zu ändern, da einem solchen gegenüber der Haupttätigkeit, nämlich der Erfüllung der Wehrpflicht, keine entscheidende Bedeutung zukommen kann. Die Berücksichtigung eines nebenbei unternommenen Studiums als "Berufsausbildung" iS der hier maßgeblichen Gesetzesstelle hätte einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung bedurft".

Verwaltungsgerichtshof vom 22.10.1997, Zl. 96/13/0060, ÖStZB 1998, 736

"Die Ableistung des Präsenzdienstes aber unterbricht jede Ausbildung. Dies hat der GH schon in seinem E 9.6.1978, 941/77, ÖStZB 1979, 34, so ausgesprochen. Dies ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus den gesetzlichen Bestimmungen des FLAG 1967 unmittelbar. Normiert die

Bestimmung des § 2 Abs 1 lit e FLAG für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- 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, den Anspruch auf Familienbeihilfe, dann ist mit dieser gesetzlichen Regelung klargestellt, dass die Ableistung des Präsenzdienstes für den Gesetzgeber eine Unterbrechung der Ausbildung des Kindes darstellt. ... Die gegenteilige Auslegung des Bf muss am Wortlaut der Bestimmung des § 2 Abs 1 lit e FLAG scheitern, aus welchem die ausbildungsunterbrechende Wirkung der Leistung des Präsenzdienstes zwingend hervorgeht.

Verwaltungsgerichtshof vom 22.4.1998, Zl. 98/13/0067 (ÖStZB 1998, 736):

Sachverhalt:

Wie der Beschwerdeschrift und der ihr angeschlossenen Ablichtung des angefochtenen Bescheides entnommen werden kann, wurde der Bf mit dem angefochtenen Bescheid im Instanzenzug zur Rückforderung zu Unrecht bezogener Familienbeihilfe und zu Unrecht bezogenen Kinderabsetzbetrages für seinen am 22.4.1970 geborenen Sohn für die Zeit vom 1.10.1995 bis 31.5.1996 mit der Begründung verpflichtet, dass sein Sohn während des betroffenen Zeitraumes den ordentlichen Präsenzdienst abgeleistet habe. Dass der Sohn des Bf auch während der Ableistung des Präsenzdienstes inskribiert gewesen sei und in dieser Zeit auch Prüfungen abgelegt habe, könne nichts daran ändern, dass die Ableistung des Präsenzdienstes die Berufsausbildung iSd Bestimmungen des FLAG unterbreche und einen Anspruch auf Familienbeihilfe während dieser Zeit nicht einräume. ... In der gegen diesen Bescheid erhobenen Beschwerde wird vom Bf vorgebracht, dass sich die belangte Behörde nicht auf das "einzelne" Erkenntnis 9.6.1978, 941/77, ÖStZB 1979, 84, hätte stützen dürfen, weil sein Sohn während der Ableistung des ordentlichen Präsenzdienstes eine Reihe wesentlicher Prüfungen positiv absolviert habe. Von einer Unterbrechung der Berufsausbildung während der Ableistung des Präsenzdienstes könne demnach im Falle seines Sohnes nicht die Rede sein. .... .

Erkenntnis: Abweisung als unbegründet.

Entscheidungsgründe:

Dass die Ableistung des Präsenzdienstes für den Gesetzgeber des FLAG eine Unterbrechung der Ausbildung des Kindes darstellt, die während dieser Zeit den Anspruch auf Familienbeihilfe beseitigt, hat der VwGH nicht nur in seinem E 9.6.1978, 941/77, sondern in jüngster Zeit erneut auch in seinem E 22.10.1997, 96/13/0060, ÖStZB 1998, 487, unter Hinweis auf die maßgebenden Bestimmungen dieses Gesetzes im gegebenen Zusammenhang ausgesprochen,

weshalb es gem § 43 Abs 2 letzter Satz VwGG genügt, auf die Gründe dieses zuletzt genannten Erk zu verweisen. Gebietet der Wortlaut der maßgebenden Bestimmungen des FLAG zwingend die ausbildungsunterbrechende Wirkung der Leistung des Präsenzdienstes, dann kommt es auf den vom Bf ins Treffen geführten Umstand einer neben der Ableistung des ordentlichen Präsenzdienstes erfolgreich weitergeführten Ausbildung seines Sohnes durch Ablegung von Prüfungen für die Beurteilung des Anspruches auf Familienbeihilfe nicht mehr an. Der mit den Regelungen des FLAG verfolgte Zweck, der sich schon aus dem Namen dieses Gesetzes ergibt und auch aus den Bestimmungen des § 2 Abs 2 und des § 2 Abs 4 dieses Gesetzes hervorleuchtet, liegt in einem Beitrag zum Ausgleich der mit der Versorgung, Erziehung und Berufsausbildung von Kindern verbundenen Lasten durch die öffentliche Hand. Dass der Beitrag zum Ausgleich dieser Lasten während jener Zeit nicht zustehen soll, während der die Versorgung von Kindern im Zuge der Ableistung des ordentlichen Präsenzdienstes durch die öffentliche Hand selbst vorgenommen wird, ist ein auch unter dem Gesichtspunkt des dargestellten Gesetzeszweckes stimmiges Auslegungsergebnis der, wie im vorgenannten E 22.10.1997, 96/13/0060, dargelegt, eine andere Deutung ohnehin nicht zulassenden Wortinterpretation der maßgebenden Bestimmungen".

Nach übereinstimmender Literatur und Judikatur schließt also Präsenzdienst (Zivildienst) den Bezug von Familienbeihilfe bei Volljährigen aus, auch wenn nebenbei eine Berufsausbildung aufrechterhalten wird. Darüber hinaus geht entgegen der Ansicht der Bw. etwa aus § 2 Abs 1 e FLAG klar und eindeutig hervor (ua oa VwGH 96/13/0060), dass der Gesetzgeber für die Zeit des Präsenz- oder Zivildienstes einen Ausschließungsgrund für den Familienbeihilfenbezug beabsichtigt hat (so auch zufolge der Tatbestände lit. d, f und g. letztzitierter Norm) und dass durch die zitierte, ständige Rechtsprechung, die mit dem oa Erk. 98/13/0067 einen Zeitraum 1995/96 betrifft, auch die vom Bw. behauptete geänderte Rechtslage (BGBI 311/1992) mitberücksichtigt ist.

Zum im Vorlageantrag angesprochenen Zirkelschluss ist auszuführen, dass ein solcher unter Bedachtnahme auf die oben zitierten Gesetzesbestimmungen des Wehrgesetzes in Verbindung mit jenen des Heeresgebührengesetzes und die sich daraus für die den Präsenzdienst leistenden Wehrpflichtigen ergebenen Auswirkungen nicht vorliegt:

Die Ableistung des Präsenzdienstes verlangt den Wehrpflichtigen ihre volle Arbeitskraft ab; dementsprechend sieht der Gesetzgeber Befreiungs- und Aufschiebungsbestimmungen vor. Korrespondierend mit der Staatsbürgerpflicht der Soldaten, sich mit allen ihren Kräften der Erfüllung der Pflichten als Präsenzdienner zu widmen, bestimmte der Gesetzgeber, dass den Soldaten u.a. die unentgeltliche Unterbringung, unentgeltliche Verpflegung sowie eine monat-

liche Grundvergütung gebührt.

Seitens der Bw. wird im Lichte dieser Ausführungen im Grunde nur folgender Punkt übersehen: Die Bw. stellt bei ihrer Argumentation nicht auf eine dem Gesetzgeber gebotene Durchschnittsbetrachtung, welche anhand des üblichen Verlaufes der Dinge vorzunehmen ist, ab, sondern auf eine konkrete, besonders gelagerte Situation, welche im Rahmen des Präsenzdienstes bei ihrem Sohn vorlag und diesem soviel an zu Lernzwecken zur Verfügung stehender Zeit bot, dass es zur erfolgreichen Ablegung von Prüfungen während des Präsenzdienstes im oben angegebenen, durch Zeugnisvorlage bestätigten Ausmaß kommen konnte. Aus diesem Einzelfall ist jedoch bei verfassungskonformer Interpretation auch keine Gleichheitswidrigkeit zu erkennen, zumal die offensichtlich vorhandenen Zeitreserven des Sohnes während seines Präsenzdienstes auf eine Sonderstellung hindeuten, was doch nicht dazu führen kann, ihn ungleich zu anderen Präsenzdienstern zu fördern, indem für ihn gegen das Gesetz Familienbeihilfe gewährt werden sollte.

Das im Vorlageantrag erstattete Vorbringen betreffend das Argument, der Gesetzgeber sehe keine Unterstützung für Personen vor, die nach dem Heeresgebührengesetz schon "versorgt" seien, vermag nicht zu überzeugen. Liegen die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 1 lit. b FLAG während der Zeit der Ableistung des Präsenzdienstes nicht vor, so stellt sich die von der Bw. aufgeworfene Frage, welche (als einkommensteuerfrei erklärte) Bezüge bei einer Prüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe außer Betracht bleiben, nicht. Demgegenüber legen die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes im oa Erk. 98/13/0067 die sachliche Rechtfertigung der darin vertretenen Rechtsansicht im Zusammenhang mit der Versorgung der Kinder/Wehrpflichtigen durch die öffentliche Hand eindeutig dar.

Der ins Treffen geführte Einwand, wonach sich das Versorgungsargument auch nicht mit der Rechtsauslegung vertrage, dass für Präsenzdienstleistende, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, Anspruch bestehe, greift de facto nicht: § 18 Abs. 4 Wehrgesetz knüpft die Heranziehung zur Stellung an das Kalenderjahr, in dem die Wehrpflichtigen das 18. Lebensjahr vollenden und sind diese nach § 20 Abs. 1 Wehrgesetz nach Möglichkeit zum Grundwehrdienst innerhalb von sechs Monaten nach ihrer jeweiligen Heranziehbarkeit zu diesem Präsenzdienst einzuberufen.

Wien, 10. März 2004