



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 26. Jänner 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, vertreten durch ADir. Pablee, vom 12. Jänner 2009 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag, soweit diese die Monate April 2008 und Oktober 2008 betrifft, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag stehen für den Sohn C für den Monat April 2008 und für den Monat Oktober 2008 zu.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) lebt und arbeitet in Wien.

Im Zuge einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe gab er dem Finanzamt am 2.12.2008 bekannt, dass sein im Jahr 1987 geborener Sohn C bis zum 3.3.2008 Schüler gewesen sei, vom 7.4.2008 bis zum 6.10.2008 Präsenzdienst abgeleistet habe und seit 3.11.2008 berufstätig sei. Ab diesem Zeitpunkt bestehe kein Anspruch auf Familienbeihilfe mehr.

Beigelegt war eine Dienstzeitbestätigung der Landesverteidigungsakademie Wien vom 30.6.2008, aus der hervorgeht, dass C vom 7.4.2008 bis zum 6.10.2008 seinen ordentlichen Präsenzdienst als Grundwehrdiener beim österreichischen Bundesheer leisten werde.

Auch liegt eine Bestätigung der Höheren Technischen Bundes-, Lehr- und Versuchsanstalt bei. Christoph habe demnach in der Zeit vom 3.9.2007 bis zum 3.3.2008 ein Semester des Kollegs für Hochbau besucht.

Am 12.1.2009 erließ das Finanzamt einen Bescheid über die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum April 2008 bis Oktober 2008.

Begründend führte das Finanzamt an, dass während der Ableistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes keine Berufsausbildung angenommen werden könne, da die Erfüllung der Wehrpflicht eine Haupttätigkeit darstelle.

Am 22.1.2009 erhob der Bw. gegen den genannten Bescheid das Rechtsmittel der Berufung und führte aus, dass das Geld in gutem Glauben bereits verbraucht worden sei. C sei am 5.3.2008 und zwei Wochen später noch einmal im SMZ-Ost in der Zahnklinik operiert worden (Entfernung aller Weisheitszähne), sei aber per 3.3.2008 (statt mit 6.4.2008) bereits von der Schule abgemeldet worden. Nach dem Präsenzdienst (vom 7.4. bis zum 6.10.2008) habe sich C persönlich beim AMS gemeldet, sei aber dort mit der Begründung abgewiesen worden, er würde sowieso kein Arbeitslosengeld bekommen, außerdem hatte er damals schon eine Stellenzusage und habe am 3.11.2008 zu arbeiten begonnen.

Am 9.2.2005 erließ das Finanzamt betreffend der genannten Berufung eine abweisende Berufungsvorentscheidung und begründete diese wie folgt:

„Gem. § 2 Abs 1 lit. f FLAG 1967 haben Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wenn sie weder den Präsenz- oder Ausbildungsdienst noch den Zivildienst leisten. Während der Ableistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes kann keine Berufstätigkeit angenommen werden, da die Erfüllung der Wehrpflicht eine Haupttätigkeit darstelle. Gem. § 26 Abs 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Die Verpflichtung zur Rückzahlung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge kann nicht mit dem Hinweis abgewendet werden, dass die Beihilfe in gutem Glauben bezogen und verbraucht worden sei“.

Am 24.2.2009 erhob der Bw. ersichtlich einen Vorlageantrag betreffend der Berufung gegen den Bescheid über Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Monate April **und** Oktober 2008. Aus seinem Schreiben vom 22.1.2009 sei nicht klar hervorgegangen, dass sich die Berufung nicht gegen die gesamte Rückforderung richte, sondern nur gegen die Rückforderung für die Monate April und Oktober 2008. Die AMS-Bestätigung könne nicht vorgelegt werden, da das AMS eine Aufnahme von C letztendlich mit dem Argument verweigerte, dass er keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld habe und sich bereits selbst eine Arbeitsstelle gesucht habe. Der Bw. sehe es als seine Pflicht eines jeden Menschen, sich bei

der Arbeitssuche aktiv zu beteiligen und verstehe deshalb nicht, dass daraus ein Nachteil gegenüber Menschen entstehe, die passiv warteten, was denn so komme- oder auch nicht.

Die Missverständnisse zwischen AMS und Finanzamt (ein Amt verlange eine Bestätigung „arbeitssuchend ohne Arbeitslosengeldbezüge“, das andere Amt aber verweigere eine Aufnahme der Daten für den Fall, dass sich der junge Mensch bereits selbst um einen potentiellen Arbeitsplatz, C sei sogar bereit gewesen, in die Steiermark zu pendeln, kümmern) sollten unter den Ämtern geklärt werden und nicht zum Nachteil arbeitswilliger Menschen führen. Bei diesem hohen Anteil an Arbeitslosen.

C habe am 3.11.2008 in der Steiermark zu arbeiten begonnen, bis zur Überweisung seines ersten Gehaltes Ende November 2008 habe der Bw. für seinen Lebensunterhalt gesorgt.

Beigelegt war dem Vorlageantrag eine am 21.2.2009 von C unterzeichnete Erklärung folgenden Inhaltes:

Er habe nach Beendigung seines Präsenzdienstes das AMS Floridsdorf aufgesucht um sich arbeitssuchend zu melden. Nachdem er eine Nummer gezogen hatte und nach der Wartezeit zu der für ihn zuständigen Beraterin (mittleres Alter, kurze dunkle Haare, normale Figur, erkenne er jederzeit wieder) gekommen sei, welche seine Daten aufgenommen habe, habe sich herausgestellt, dass Unterlagen fehlten. So sei er am anderen Tag wieder zur selben Beraterin gekommen. Bei diesem Termin habe sie ihm mitgeteilt, dass er keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld habe, da er noch kein Jahr gearbeitet habe. Dass er kein Geld bekommen werde, sei ihm bewusst gewesen, was er der Beraterin auch mitgeteilt habe. Er habe sich „nur“ arbeitssuchend melden wollen, um später nicht irgendwelche Schwierigkeiten zu bekommen. Im weiteren Gespräch habe er mitgeteilt, dass er ab 3.11.2008 eine Aussicht auf eine Stelle in der Steiermark habe. Daraufhin habe die Beraterin eine weitere Aufnahme des Ansuchens abgelehnt. Den Einwand, die Stelle sei noch nicht zu 100% sicher, habe die Beraterin nicht gelten lassen. Sie habe erklärt, da er sowieso keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld habe, würden die Daten nicht aufgenommen werden. Die bis dahin aufgenommenen Daten seien offensichtlich wieder gelöscht worden.

Der Bw. bzw. die Eltern seien bis Ende November 2008 zur Gänze für den Unterhalt aufgekommen, da das erste Gehalt mit Ende November 2008 überwiesen worden sei.

Am 5.3.2008 und noch einmal zwei Wochen später sei er im SMZ- Ost in der Zahnklinik operiert worden. Es hätten jeweils beide Weisheitszähne einer Seite operativ entfernt werden müssen, da diese schräg zusammengewachsen seien und starke Beschwerden verursacht hätten. Weiters beschädigten schräg wachsende Weisheitszähne die jeweils benachbarten Zähne. Die Operation sei daher dringend nötig gewesen. Unter den Folgen der Operation

habe er bis Antritt des Präsenzdienstes gelitten, wodurch ein Schulbesuch nicht möglich gewesen sei.

Am 25.2.2009 erließ das Finanzamt eine 2. Berufungsvorentscheidung „betreffend die Berufung vom 24.2.2009 vom 24.2.2009 gegen die Berufungsvorentscheidung vom 9.2.2009“. Die Berufung werde als unbegründet abgewiesen. Gem. § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 hätten Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet würden. Gem. § 2 Abs 1 lit f FLAG 1967 hätten Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten, wenn sie weder den Präsenz- oder Ausbildungsdienst noch den Zivildienst leisteten und bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservices als Arbeitsuchender vorgemerkt seien.

Gem. § 10 Abs 2 FLAG 1967 ende der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung weg falle oder ein Ausschließungsgrund hinzukomme.

Laut Bestätigung der Höheren Technischen Bundes-, Lehr- und Versuchsanstalt vom 26.11.2008, habe C die HTL vom 3.9.2007 bis zum 3.3.2008 besucht. Weiters werde von der Landesverteidigungsakademie bestätigt, dass C vom 7.4.2008 bis voraussichtlich 6.10.2008 den ordentlichen Präsenzdienst leiste bzw. leisten werde. Ab 3.11.2008 ist C beschäftigt.

Da C mit 3.3.2008 vom Schulbesuch in der HTL abgemeldet wurde, ende der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats März 2008. Während der Ableistung des Präsenzdienstes vom 7.4.2008 bis zum 6.10.2008 könne keine Berufsausbildung angenommen werden, da die Erfüllung der Wehrpflicht eine Haupttätigkeit darstelle.

Am 6.3.2009 stellte der Bw. ersichtlich einen Vorlageantrag gegen „die FBH-Rückforderung April und Oktober 2008“

Er erhebe „Einspruch zweiter Instanz“ gegen die Berufungsvorentscheidung vom 9.2.2009 und vom 25.2.2009.

Erklärung zu April 2008: C sei im März 2008 zwei Mal im SMZ- Ost operiert worden. Die Nähte seien 10 bis 12 Tage danach entfernt worden. Durch die Schmerzen sei es ihm nicht möglich gewesen, die Schule zu besuchen. C hätte sich in der Schule krank melden müssen ohne bekannt zu geben, dass er nach den Operationen nicht mehr kommt, sondern den Präsenzdienst ableisten werde.

Erklärung zu Oktober 2008: C habe sich am AMS Floridsdorf gemeldet. Er sei zwei Mal dort gewesen, da beim ersten Vorsprechen Unterlagen gefehlt hätten. Beim zweiten Gespräch

habe ihm die Betreuerin vom AMS mitgeteilt, dass sie seine Daten nicht mehr aufnehmen könne, da er sowieso keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld habe (war ihm/uns schon vorher klar) und außerdem bereits einen Arbeitsplatz ab November 2008 hätte. Sein Einwand, dass diese Arbeitsstelle noch nicht 100% fix sei und er weiter eine Arbeit suche, lies sie nicht gelten. Die Betreuerin vom AMS habe die weitere Aufnahme seiner Daten verweigert und alle bis dahin in den PC eingegebenen Daten gelöscht. Aus diesem Grund könne keine Meldung vom AMS für Christoph vorgelegt werden.

Es sei eine Diskriminierung gegenüber Menschen, die sich selbst nicht aktiv an der Suche nach einem Arbeitsplatz beteiligten. C habe am 3.11.2008 in der Steiermark zu arbeiten begonnen und der Bw. sei bis zur Überweisung des ersten Gehaltes für seinen Lebensunterhalt aufgekommen.

Am 23.4.2009 lege das Finanzamt die Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Zunächst ist festzuhalten, dass gemäß § 276 Abs 5 BAO eine zweite Berufungsvorentscheidung nur erlassen werden darf wenn sie dem Berufungsbegehren vollinhaltlich Rechnung trägt oder wenn alle Parteien, die einen Vorlageantrag gestellt haben, zustimmen und die Antragsfrist für alle Antragsberechtigten abgelaufen ist. Dass diese Voraussetzungen hinsichtlich der zweiten Berufungsvorentscheidung vom 25.2.2009 gegeben waren, lässt sich nicht erkennen.

Da auf Grund des Vorlageantrags gemäß § 276 Abs 3 die Berufung wiederum als unerledigt gilt und mit dieser Berufungsentscheidung über die Berufung des Bw. abgesprochen wird, erübrigt sich eine Aufhebung der unzulässig ergangenen zweiten Berufungsvorentscheidung.

§ 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 lit a EStG 1988 in der für den Berufungszeitraum maßgebenden Fassung lautet:

„Einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ab dem Jahr 2000 ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 50,90 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes anzuwenden.“

Strittig ist, ob hinsichtlich der Monate April und Oktober 2008 der Rückforderungsbescheid des Finanzamtes betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag zu Recht ergangen ist.

1. April 2008:

Unstrittig ist, dass der am 15.10.1987 geborene, im Berufungszeitraum also noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet habende C bis 3.3.2008 eine Berufsausbildung an der HTL in Wien absolviert und von 7.4.2008 bis 6.10.2008 den Präsenzdienst abgeleistet hat.

Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) steht gemäß § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 ua zu 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.“

Dies war bei C bis 3.3.2008 der Fall.

Familienbeihilfe (und Kinderabsetzbetrag) steht gemäß § 2 Abs 1 lit d FLAG 1967 ua ferner zu für „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“.

Dies war bei C im Zeitraum 4.3.2008 bis 6.4.2008 der Fall.

Gemäß § 10 Abs 2 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe (der Kinderabsetzbetrag) „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 Ausschlussgrund hinzukommt“, wobei gemäß § 10 Abs 4 FLAG 1967 für einen Monat Familienbeihilfe nur einmal gebührt, auch wenn Anspruch nach zwei oder mehreren Tatbeständen des FLAG 1967 für ein Monat bestünde.

Der Anspruch auf Familienbeihilfe (Kinderabsetzbetrag) für C gemäß § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 infolge Berufsausbildung erlosch, da die Berufsausbildung am 3.3.2008 beendet wurde, somit mit Ablauf des Monats März 2008.

Allerdings, und das übersieht das Finanzamt, bestand nach Abschluss der Berufsausbildung – die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag vermittelte - gemäß § 2 Abs 1 lit d FLAG 1967 für einen Übergangszeitraum von bis zu drei Monaten ein Familienbeihilfen- bzw. Kinderabsetzbetragsanspruch, wenn weder Wehr- noch Zivildienst geleistet wird.

Unter Abschluss der Berufsausbildung ist nicht nur der erfolgreiche Abschluss der letzten nach den jeweiligen Ausbildungsvorschriften erforderlichen Prüfung (vgl. UFS 18.3.2009, RV/0317-I/08; UFS 31.3.2008, RV/2856-W/07; 25.1.2008, RV/0635-W/07) zu verstehen, sondern – wie hier der Fall - auch die Beendigung der Berufsausbildung infolge deren vorzeitigen Abbruchs.

Auch wenn Entscheidungen des UFS unter Abschluss der Berufsausbildung offenbar nur deren erfolgreichen Abschluss verstehen (zB UFS 10.12.2008, RV/0557-S/08), lässt sich diese Auslegung nach Ansicht der Referentin dem Gesetz nicht entnehmen. „Abschluss“ ist synonym mit „Beendigung“ oder „Ende“; wenngleich der Sprachgebrauch „Abschluss“ meist mit dem erfolgreichen Ende einer Ausbildung gleichsetzt (zB „Hochschulabschluss“), ist diese Auslegung hier nicht zwingend und stünde hier im Widerspruch zum Gesetzeszweck.

§ 2 Abs 1 lit d FLAG 1967 will nicht erfolgreiche Schüler und Studenten (bzw. deren Eltern) mit einer Verlängerung des Familienbeihilfenbezugs gleichsam belohnen, sondern vielmehr die Zeit zwischen Beendigung der Berufsausbildung und der Aufnahme einer Beschäftigung überbrücken helfen, da typischerweise ein bestimmter Zeitraum zur Arbeitssuche erforderlich ist. Hier kann es keinen Unterschied machen, ob mit einer Arbeitssuche nach dem erfolgreichen Abschluss einer Berufsausbildung oder nach dem vorzeitigen Abbruch einer Berufsausbildung begonnen wird. Die Referentin folgt daher nicht der gegenteiligen Entscheidung des UFS vom 24.3.2006, RV/0743-W/03.

Dieser Anspruch entstand mit Beginn des Monats April 2008 (im März bestand noch ein Anspruch nach § 2 Abs 1 lit b leg cit, zu Beginn des Monats April war C noch nicht beim Bundesheer) und endete – da ab 7.4.2008 Präsenzdienst geleistet wurde – gemäß § 10 Abs 2 FLAG mit Ablauf des Monats April 2008.

Der Bw. ist daher im Recht, wenn er die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Monat April 2008 bekämpft.

2. Oktober 2008

Wie oben ausgeführt, dauerte der Präsenzdienst bis 6.10.2008.

Am 3.11.2008 begann C zu arbeiten.

Gemäß § 2 Abs 1 lit f FLAG 1967 besteht ferner ein Familienbeihilfen- bzw. Kinderabsetzbetragsanspruch, für volljährige Kinder, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, wenn sie weder den Präsenz- oder Ausbildungsdienst noch den Zivildienst leisten und „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; dabei bleiben ein zu versteuerndes Einkommen (§ 33 Abs. 1 EStG 1988) sowie Leistungen nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 und Beihilfen durch das Arbeitsmarktservice im Sinne dieses Absatzes in einem Kalendermonat bis zur Geringfügigkeitsgrenze nach § 5 Abs. 2 Z 1 ASVG außer Betracht“.

C hat im Monat Oktober 2008 nach Beendigung des Grundwehrdienstes das 21. Lebensjahr vollendet.

Auch wenn der Unabhängige Finanzsenat an der Darstellung des Bw. und seines Sohnes hinsichtlich der Vorsprachen beim AMS keinen Zweifel hat und dieser folgt, ändert dies jedoch nichts daran, dass die vom Gesetz geforderte Bestätigung vom Arbeitsmarktservice nicht vorliegt. Diese Bestätigung ist eine materielle Voraussetzung für den Familienbeihilfenbezug nach § 2 Abs 2 lit f FLAG 1967; sie kann durch andere Beweismittel nicht ersetzt werden.

Befindet sich ein volljähriges Kind in keiner Berufsausbildung, ist für den Familienbeihilfenbezug unabdingbare Voraussetzung, dass das Kind beim Arbeitsmarktservice als arbeitsuchend gemeldet ist (vgl. zB UFS 30.4.2004, RV/0034-F/04; UFS 16.2.2005, RV/0244-G/04; UFS 12.6.2006, RV/0652-G/05). Die Erbringung des Nachweises (zB anhand von Bewerbungsschreiben), dass das Kind in Eigeninitiative Arbeit gesucht hat, reicht in Anbetracht des klaren und eindeutigen Gesetzeswortlautes für den Anspruch auf Familienbeihilfe nicht aus (vgl. UFS 25.3.2004, RV/0024-F/04; UFS 8.6.2004, RV/0832-W/04; UFS 3.11.2005, RV/0111-G/05; UFS 25.9.2006, RV/1814-W/06).

Solange diese Bestätigung nicht vorliegt, kommt daher ein Familienbeihilfen- bzw. Kinderabsetzbetragsbezug nach § 2 Abs 2 lit f FLAG 1967 nicht in Betracht.

Allerdings ist zu prüfen, ob dem Bw. nicht – wie zu 1. – gemäß § 2 Abs 1 lit d FLAG 1967 ein Anspruch auf die strittigen Familienleistungen zukommt.

Der Wortlaut der Bestimmung lässt mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu.

Zum einen kann § 2 Abs 1 lit d FLAG 1967 dahingehend verstanden werden, dass die drei Monate Überbrückungszeit unmittelbar an das Ausbildungsende anschließen müssen.

Ferner kann die Wortgruppe „sofern sie weder den Präsenz- oder Ausbildungsdienst noch den Zivildienst leisten“ dahingehend interpretiert werden, dass der Anspruch nach § 2 Abs 1 lit d FLAG 1967 mit Antritt des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes endgültig verloren geht.

Entscheidungen der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts oder des Unabhängigen Finanzsenats hierzu sind nicht ersichtlich.

Hält man sich den unter 1. dargestellten Gesetzeszweck, nämlich die Zeit der Arbeitssuche zwischen Ende der Ausbildung und Aufnahme einer Beschäftigung – für drei Monate – zu überbrücken, so kann es keinen Unterschied machen, ob diese drei Monate zur Gänze zwischen Ausbildungsende und Präsenzdienst liegen oder wie hier teilweise vor und teilweise nach dem Präsenzdienst.

Nach Ansicht der Referentin ist § 2 Abs 1 lit d FLAG 1967 so zu verstehen, dass zwar – wie hier zu Recht unstrittig – während der Zeit der Ableistung des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes kein Familienbeihilfen(Kinderabsetzbetrags)anspruch besteht; die Drei-Monats-Frist jedoch durch den Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienst nicht endgültig beendet, sondern nur gehemmt wird. Soweit diese drei Monate Überbrückungshilfe noch nicht konsumiert sind, ist daher ein Familienbeihilfen- bzw. Kinderabsetzbetragsbezug auch nach dem Ende des Präsenz-, Ausbildungs- oder Zivildienstes möglich.

Nun endete der Präsenzdienst am 6.10.2008. Ab 7.10.2008 (gemäß § 10 Abs 2 FLAG 1967 rückwirkend auf den Monatsbeginn) waren daher die Voraussetzungen für den Familienbeihilfen(Kinderabsetzbetrags)bezug nach § 2 Abs 1 lit d FLAG 1967 gegeben, sodass eine Rückforderung an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag auch für das Monat Oktober 2008 zu Unrecht erfolgt ist.

Der Berufung war daher Folge zu geben und der angefochtene Bescheid im Umfang der Anfechtung – hinsichtlich der Monate April und Oktober 2008 – gemäß § 289 Abs 2 BAO aufzuheben.

Wien, am 19. Mai 2009