

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. März 2004 bis 30. September 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) bezog im Zeitraum März bis September 2004 für seinen Sohn C., geb. am 10. Jänner 1985, Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge.

Strittig ist, ob das Finanzamt obige Beträge zu Recht rückgefordert hat.

Der Sohn des Bw. leistete vom 2. Februar 2004 bis 31. Jänner 2005 Zivildienst.

Der Bw. richtete am 11. November 2004 folgendes Schreiben an das Finanzamt:

„Beiliegend eine Bestätigung über den Hochschulbesuch meines Sohnes C. für das Wintersemester 2003/2004.

Vor einigen Tagen erhielt ich einen Anruf einer Mitarbeiterin der Familienbeihilfendienststelle, bei dem sie „mit Entsetzen“ feststellte, dass mein Sohn seit Februar 2004 zu Unrecht Familienbeihilfe bezogen hätte.

Ich hatte schon vorher festgestellt, dass die Überweisung der Familienbeihilfe ab Oktober 2004 eingestellt worden war und „mit Entsetzen“ erfahren, dass für die Zeit des Zivildienstes kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hätte. Ich mache das Finanzamt dafür nicht verantwortlich, möchte aber dennoch festhalten, dass ich diese Regelung als Zumutung, ja geradezu als „Schweinerei“ empfinde: nicht nur, dass Sozialdienst dadurch abgewertet und bestraft wird, dass er länger dauert als der überflüssige Wehrdienst (den in vernünftigen Staaten Berufssoldaten übernehmen), wird das Taschengeld der Zivildiener auch als ausreichend für den Lebensunterhalt angesehen, dass man die Familienbeihilfe streicht.

Ich bin es gewohnt, auf Schreiben des Finanzamtes prompt und pflichtgemäß zu reagieren und habe auf Ihr Schreiben im Vorjahr hin festgestellt, dass mein Sohn studieren werde, worauf ich von Ihnen die

Verständigung erhielt: „Nach Überprüfung Ihres Anspruches ... wird Ihnen ... bis Sept. 2004 Familienbeihilfe für C.F. gewährt“. Ich wurde darin auch ersucht, „Tatsachen, die bewirken können, dass der Anspruch auf Beihilfe erlischt (z.B. Beendigung der Berufsausbildung oder eigene Einkünfte des Kindes) mitzuteilen, um Rückforderungen zu vermeiden“.

Nicht im Traum habe ich daran gedacht, dass Zivildienst eine solche Beendigung der Berufsausbildung wäre, zumal die Universität von einer „Beurlaubung“ spricht. Das Taschengeld als Zivildiener sehe ich auch nicht als ernsthaftes Einkommen, zudem wohl unter der Zuverdienstgrenze.

Es ist wohl so, dass Sie auf gesetzlicher Basis agieren und wir die Beihilfe zu Unrecht bezogen haben. Ich weise Sie jedoch darauf hin, dass die Judikatur im Falle ähnlicher „Missverständnisse“ bei Arbeitsverhältnissen eindeutig ist: wurden von einem Arbeitgeber über Monate infolge eines Irrtums oder Missverständnisses teilweise unrichtig-überhöht Gehälter überwiesen, ohne dass dem Arbeitnehmer der Irrtum bekannt war oder bekannt sein musste, kann eine Rückforderung infolge des „guten Glaubens des Empfängers“ nicht erfolgen.

Es wäre wert, einen Musterprozess zu führen, zumal die schriftliche Information des Finanzamtes gerade den häufigen und markanten Fall des „Militär- bzw. Zivildienstes“ **NICHT** anführt! Die „Schuld“ liegt bei den Formulargestaltern des Finanzamtes!

Politisch zu diskutieren wäre auch der Stellenwert eines (heute verpflichtenden, später vielleicht freiwilligen) Sozialdienstes. Politisch Verantwortliche scheint es nicht zu kümmern, dass Sozial-Diener quasi selbst zu Sozial-Fällen werden – oder soll man mit dem Zivildiener-Taschengeld seinen Lebensunterhalt bestreiten? Bedenklich ist, dass – anders als bei einer freiwilligen finanziellen elterlichen Unterstützung studierender Kinder! – Eltern von Zivildienern gar nicht anders können, als den obligatorischen Zivildienst ihrer Kinder anstelle des Staates zu subventionieren!...“

Das Finanzamt erließ am 2. Dezember 2004 einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum März bis September 2004 und führte zur Begründung aus, dass gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 für volljährige Kinder nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, wenn sie sich in einer Schul- oder Berufsausbildung befinden.

Der Bw. er hob mit Schreiben vom 9. Dezember 2004 fristgerecht Berufung und führte dazu Folgendes aus:

„Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967 „besteht für volljährige Kinder nur dann Anspruch auf die Familienbeihilfe, wenn sie sich in einer Schul- oder Berufsausbildung befinden“. Ich stelle fest, dass sich mein Sohn C.F. auch seit seiner Matura im Juni 2003 mit Aufnahme eines Studiums im Sept. 2003 in einer Ausbildung befindet und diese mit Antritt des Zivildienstes im Februar 2004 weder vorzeitig abgebrochen oder beendet wurde. Er wurde von der Hochschule formell „für die Dauer des Zivildienstes beurlaubt“, worin ebenso wie bei Krankheit keine Unterbrechung oder Beendigung der Ausbildung zu sehen ist.“

Das FLAG stammt aus dem Jahre 1967 als es ausschließlich die Präsenzdienstpflicht männlicher Bürger gab, die bei deren Ableistung mit Unterkunft, Verpflegung und Taggeld voll unterhaltsversorgt waren. Mit Einführung des Zivildienstes, bei dem Tätigkeiten ausgeübt werden, die einer Berufsausbildung (Rot-Kreuz-Fahrer, Krankenpfleger, Kindergartenhelfer etc.) entsprechen, hätte der Zivildienst einer Berufsausbildung gleichgesetzt werden müssen. Der Wehrdienst hingegen wird zu Recht nicht aus Berufsausbildung betrachtet, weil es kein Berufs-Heer gibt, dessen Ausbildung vom FLAG einer zivilen Berufs-Ausbildung gleichzusetzen wäre. Unzweifelhaft aber steht **allen** Zivildienern, die seit Einführung des Zivildienstes diesen absolviert **und** anschließend einen verwandten Beruf ergriffen und, sei es auch nur vorübergehend, ausgeübt haben, **die rückwirkende Auszahlung der Familienbeihilfe zu, da der Zivildienst als Zeit ihrer Berufsausbildung im Sinne des FLAG zu werten ist und die Familienbeihilfe offenbar entgegen der gesetzlichen Regelung nicht ausgezahlt wurde!**

Da mein Sohn nach seinem Zivildienst jedoch keinen einschlägigen Beruf ausüben, sondern sein Studium fortsetzen wird und somit nicht unter die sichere, sondern nur unter die wahrscheinliche Anspruchsvariante fällt, erkläre ich im Vorhinein meinen Anspruchsverzicht unter der Bedingung, dass dieser Verzicht nicht einem Musterprozess im Wege steht...“

Das Finanzamt erließ am 18. Mai 2005 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung unter Verweis auf § 2 Abs. 1 lit. b FLAG mit der Begründung ab, dass der Sohn vom 2. Februar bis 31. Jänner 2005 seinen Zivildienst geleistet hat, weshalb ab März 2004 kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

Der Bw. erhob am 30. Mai 2005 "Berufung gegen die Berufungsvorentscheidung" und führte dazu aus:

„Vorweg stelle ich als Nichtjurist fest, dass mir nicht verständlich ist, warum auf meine Berufung nicht mit einer „Entscheidung“, sondern mit einer „Berufungsvorentscheidung“, die „wie eine“ Entscheidung wirkt, reagiert wurde. Sollte dies damit zu tun haben, dass die Qualität Ihrer Begründung nicht strengen Anforderungen einer „echten“ Entscheidung genügen sollte?“

Ihre Begründung, dass für volljährige Kinder unter anderem dann ein Familienbeihilfensanspruch besteht, wenn sich diese in Berufsausbildung befinden, besteht in dem offenkundig in einem rechtlichen Vakuum frei schwebenden Satz „Der Wehr- oder Zivildienst gilt nicht als Berufsausbildung“.

Findet sich in irgendeinem Gesetz, einer Verordnung oder in einem höchstgerichtlichen Urteil eine Definition über die Rechtsnatur des Wehr- oder Zivildienstes, die den Schluss zulässt, ob dieser Wehr- oder Zivildienst rechtlich als Berufsausbildung zu sehen ist oder nicht? Meines Erachtens hätte genau dieser Satz („Der Wehr- oder Zivildienst gilt nicht als Berufsausbildung“) bei Erlass des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 hinzugefügt werden sollte, um nicht eine Rechtsunklarheit entstehen zu lassen, die bisher noch niemandem aufgefallen ist.

Sollte sich, was ich vermute, eine rechtliche Definition des Wehr- oder Zivildienstes nirgends finden, wäre der OGH am Zug, nachträglich deren Rechtsnatur zu bestimmen. Meine Rechtsmeinung dazu ist folgende: grundsätzlich gibt es keine Tätigkeit, und sei sie noch so einfach, die ausgeübt werden könnte, ohne dass zumindest eine Einschulung oder Einweisung stattfinden müsste. Am Beginn des Wehrdienstes ist explizit von einer (sechswöchigen) „Grundausbildung“ die Rede. Ob diese Grundausbildung als Ausbildung im Sine des FLAG zu werten ist, hängt wohl davon ab, ob man die Tätigkeit in einem Heer als Berufsausübung wertet – grundsätzlich immer oder nur bei Bestehen eines Berufsheeres? Ob die Tatsache der Unfreiwilligkeit bereits genügt, um dieser Tätigkeit die Rechtsnatur einer „Berufsausübung“ abzusprechen, ist sehr zu bezweifeln.

Folgt man der Rechtsansicht mancher Präsenzdiener, empfinden sie den Wehrdienst als eine Art „Zwangsarbeit“ – was wieder die Frage aufwirft, ob Zwangsarbeit als Berufsausübung zu werten ist? Das jüngste „Zwangsarbeiterentschädigungsgesetz“ lässt darauf schließen, dass heute sehr wohl von einer – nachträglich zu entlohnenden, wenn auch damals unfreiwilligen – „Berufsausübung“ ausgegangen wird.

Meine Berufung hat als Motiv das rechtliche Unbehagen, dass in einer „Berufungsvorentscheidung“ des (wenn auch sehr ehrenwerten, aber doch untergeordneten) Finanzamtes für den 11. Bezirk mit dem Satz „Der Wehr- oder Zivildienst gilt nicht als Berufsausbildung“ indirekt, aber rechtlich bindend eine Aussage über die Rechtsnatur des Wehr- oder Zivildienstes getroffen wird, nämlich keine Berufsausübung zu sein. Möglicherweise ließe sich aus anderen Rechtsfolgen doch eine Berufseigenschaft des Wehr- oder Zivildienstes ableiten – etwa aus der Kranken- und Pensionsversicherungszeitenanrechnung?...

Wehr- oder Zivildienst ist legal, unfreiwillig und bezahlt. Berufsausübung oder nicht?

Wenn Berufsausübung, dann ist auch eine Ausbildung zwingend – obige Ausnahme gilt dabei sicher nicht! Ein wahrhaft rechtlicher Gordischer Knoten, den man vermieden hätte, wäre Ihr genialer Satz „Der Wehr- oder Zivildienst gilt nicht als Berufsausbildung“ schon im FLAG enthalten gewesen. So aber stehen wir von einem gähnenden rechtlichen schwarzen Loch...“

Das Finanzamt wertete das Schreiben als Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Über die Berufung wurde erwogen:

Wenn der Bw. zunächst beanstandet, dass das Finanzamt auf seine Berufung mit einer Berufungsvorentscheidung reagiert hat, so ist er auf § 276 Abs. 1 BAO hinzuweisen,

demzufolge das Finanzamt das Recht auf Erlassung einer solchen Berufungsvorentscheidung hat. Es kann somit dahingestellt bleiben, welche Qualität deren Begründung aufweisen soll.

Anspruch auf Familienbeihilfe haben gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, 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.

Für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, werden nähere Regelungen jener Bedingungen getroffen, bei deren Vorliegen eine Berufsausbildung anzunehmen ist.

Nach § 2 Abs. 1 lit. d FLAG besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe 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 Präsenzdienst noch den Zivildienst leisten.**

§ 2 Abs. 1 lit. e FLAG normiert schließlich einen Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, 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 Ausbildungs- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird.

Fest steht im vorliegenden Fall, dass der Sohn des Bw. von Februar 2004 bis Jänner 2005 den Zivildienst leistete.

Dass die Ableistung des Präsenz- bzw. Zivildienstes 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- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühest möglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird, den Anspruch auf Familienbeihilfe, dann sei mit dieser gesetzlichen Regelung eindeutig klargestellt, dass die Ableistung des Präsenz- bzw. Zivildienstes 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).

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG erlischt der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt.

Auf Grund der obigen Ausführungen steht somit eindeutig fest, dass dem Bw. für seinen Sohn ab dem Monat, der auf den Zeitpunkt der Ableistung des Zivildienstes folgt (März 2004) bis zur Beendigung desselben keine Familienbeihilfe zusteht.

Die Meinung des Bw., dass die Ableistung des Zivildienstes von männlichen Staatsbürgern für viele Familien eine zusätzliche Belastung darstellt, mag zwar richtig sein, doch ist der unabhängige Finanzsenat wie die übrigen Verwaltungsbehörden auf Grund des Legalitätsprinzips an die geltenden gesetzlichen Bestimmungen gebunden.

Darauf hingewiesen sei weiters, dass der Gesetzgeber nicht jede Unterhaltsverpflichtung seitens der Eltern durch die Gewährung von Familienbeihilfe berücksichtigt.

Die Berufung musste somit abgewiesen werden.

Wien, am 24. Oktober 2005