



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der T, 2453, vom 28. Oktober 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck an der Leitha vom 19. Oktober 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 19. Oktober 2009 wies das Finanzamt den Antrag der Berufungswerberin (Bw.) auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für den Zeitraum März bis September 2009 mit der Begründung ab, dass M nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Zivildienstes mit der Ausbildung (das wäre das Sommersemester 2009) an der Wirtschaftsuniversität Wien begonnen habe.

Die Berufung gegen den Abweisungsbescheid wurde von der Bw. wie folgt begründet:

"Punkt 1:

Ich berufe mich auf den [§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967](#). Dieser besagt unter anderem, dass die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschritten werden darf. Ich fasse Ihre Begründung daher so auf, dass sich mein Sohn M im März 2009 an der WU Wien inskribieren hätte sollen, um die Familienbeihilfe zu erhalten. Somit hätte er ja ein Semester für den § 2 Abs. 1 lit. b verschenkt; **da für ihn im März 2009 nur die FH in**

Frage kam. Oder was wäre gewesen, wenn er die Aufnahmeprüfung nicht geschafft bzw. geschafft hätte, aber trotzdem nicht aufgenommen worden wäre. Dann hätte er auch bei dieser Möglichkeit ein ganzes Semester verschenkt, da er nur zum Erhalt der Familienbeihilfe inskribiert hätte, daher keine Prüfungen abgelegt hätte, da ihn sowieso nur die FH Campus 02 interessiert. Und dieses Semester wäre ihm später abgegangen und er müsste in 1-3 Jahren die Familienbeihilfe zurückerstatten, da er gegen den [§ 2 Abs. 1 lit. b FLAG 1967](#) verstoßen hat.

Des Weiteren steht im § 2 Abs. lit. b FLAG 1967, dass der Anspruch ab dem zweiten Studienjahr nur dann besteht, 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 oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Somit müsste er im 2. Semester alles nachholen, da er das 1. Semester verschenkt hat, um den Anspruch auf die Familienbeihilfe nicht zu verlieren bzw. Rückzahlungen leisten zu müssen.

Für seine spätere Entscheidung haben viele Faktoren eine Rolle gespielt. Erstens die Distanz zw. Graz und Sommerein, zweitens die Abschaffung der Studiengebühren für die Unis, aber nicht für die Fachhochschulen, drittens die doch wesentlich breitere Ausbildung an der WU, etc.

Ich bitte Sie daher, diese Möglichkeiten zu berücksichtigen und Ihre Entscheidung aufgrund dessen zu revidieren.

Punkt 2:

Als mein Sohn am 25. Februar 2009 persönlich bei Ihnen bezüglich der Beziehung der Familienbeihilfe für die Dauer seiner Arbeitslosigkeit (1.3.-30.6.2009) anfragte, gaben Sie ihm als Antwort, dass er für die Zeit beim AMS keinen Anspruch auf den Erhalt der Familienbeihilfe hätte. Daher habe ich im Februar auch keinen Antrag gestellt. Erst nachdem ihm eine Kollegin ihrerseits im September das Gegenteil mitgeteilt hat, habe ich den Antrag am 25.09 gestellt. Und nun berufen Sie sich auf den § 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967, der gänzlich von dem abweicht; was Sie meinem Sohn am 25.2. mitgeteilt haben. Leider habe ich im Februar Ihre Aussage nicht überprüft, da ich einen solchen Paragraphen im Familienlastenausgleichsgesetz 1967 gar nicht gefunden habe. Vielleicht hätten Sie damals dann anders entschieden.

Zum Schluss möchte ich an Ihr Mitgefühl/Einfühlungsvermögen appellieren. Ich bin eine alleinerziehende Mutter dreier Kinder (18, 19; 20), die allesamt Akademiker werden wollen. Mein eher bescheidenes Einkommen reicht alleine nicht aus, von Seiten meines Ex-Mannes erhalten meine Kinder nur die Alimente als Unterstützung. Und zu guter Letzt haben meine

Kinder keinen Anspruch auf Studienbeihilfe, da mein Ex-Mann zu viel verdient. Ob ich geschieden bin; wir getrennt leben und er nur die Alimente zur Unterstützung zahlt, spielt keine Rolle. Ich brauche daher jeden Euro; um meinen Kindern ein Studium zu ermöglichen, bei dem sie sich nur aufs Lernen konzentrieren müssen.

Ich bitte Sie daher, meine Berufung genauestens zu prüfen, bevor Sie neuerlich einen Abweisungsbescheid ausstellen."

Das Finanzamt legte die Berufung an den Unabhängigen Finanzsenat vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Dem gegenständlichen Verfahren liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Sohn der Bw. leistete vom 1. September 2008 bis 28. Februar 2009 seinen Präsenzdienst. Mit dem Winter-Semester 2009/10 begann er das Bachelorstudium Wirtschafts- und Sozialwissenschaften an der Wirtschaftsuniversität Wien ab 24. September 2009.

Gem. § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, welche das 26. Lebensjahr (in der ab 1. Juli 2011 geltenden Fassung das 24. Lebensjahr) noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet werden oder in einem erlernten Beruf in einer Fachhochschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung des Berufes nicht möglich ist.

Für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung normiert § 2 Abs. 1 lit. e FLAG nur dann einen Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr ebenfalls noch nicht vollendet haben, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG wird die Familienbeihilfe 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.

Weiters besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die sich nicht in Berufsausbildung befinden und die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 2 Abs. 1 lit. f) FLAG), wenn sie weder den Präsenz- oder Ausbildungsdienst noch den Zivildienst leisten und bei der regionalen Geschäftsstelle des Arbeitsmarktservice (AMS) als Arbeitsuchende vorgemerkt sind und weder einen Anspruch auf eine Leistung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz haben, noch eine Beihilfe zur Deckung des Lebensunterhaltes

durch das Arbeitsmarktservice erhalten; das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist durch eine Bestätigung des AMS nachzuweisen.

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob M nach Beendigung des Präsenzdienstes seine Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt im Sinne des Gesetzes fortgesetzt hat. Während das Finanzamt die Ansicht vertritt, er hätte bereits im Sommersemester 2009 ein Studium beginnen können, hält dem die Bw. entgegen, dass die von ihrem Sohn ursprünglich geplante Ausbildung an der Fachhochschule frühestens im Wintersemester 2009/2010 begonnen werden konnte.

Im Zeitpunkt der Berufungsvorlage lag - soweit ersichtlich - Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu der Frage, was unter "frühestmöglichem Zeitpunkt" im Sinne von [§ 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967](#) zu verstehen ist, nicht vor.

Ist bei Beendigung des Präsenz- oder Zivildienstes nach Beginn des Wintersemesters, aber vor Beginn des Sommersemesters der Beginn eines Studiums im Sommersemester möglich, ist nach der Entscheidungspraxis des Unabhängigen Finanzsenates "frühestmöglicher Zeitpunkt" der Beginn des Sommersemesters (UFS 14.3.2008, RV/0582-S/07; UFS 2.2.2006, RV/1329-W/03; UFS 25.8.2004, RV/0920-W/04; UFS 7.12.2011, RV/3278-W/11; UFS 1.12.2011, RV/3940-W/08).

Zu einem mit dem vorliegenden Fall weitgehend vergleichbaren Fall (Abschluss des Präsenzdienstes Feber 2007, Aufnahmetest für eine Fachhochschule März 2007, Absage Juli 2007, Studierender an der Wirtschaftsuniversität Wien ab Wintersemester 2007/2008) hat der Unabhängige Finanzsenat (UFS 29.2.2008, RV/0438-W/08) entschieden, dass für den Zeitraum März bis September 2007 ein Familienbeihilfenanspruch nicht bestehe:

"...Der Sohn des Bw. hatte somit seine Berufsausbildung, das Studium an der Wirtschaftsuniversität, nicht im Sinne des [§ 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967](#) zum frühestmöglichen Zeitpunkt (1. März 2008) nach dem Ende des Präsenzdienstes begonnen.

Die Bestimmung des [§ 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967](#) stellt nämlich auf den Beginn bzw. die Fortsetzung der Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt ab. Allein das Bestreben des volljährigen Kindes, zum frühestmöglichen Zeitpunkt eine bestimmte Berufsausbildung zu beginnen ohne diesen Plan infolge einer geforderten jedoch erfolglosen Bewerbung in die Wirklichkeit umzusetzen, erfüllt jedoch nicht die genannte gesetzliche Voraussetzung.

Somit ergibt sich einerseits aus dem vorliegenden Umstand des tatsächlichen Beginns des Studiums an der Wirtschaftsuniversität im Wintersemester 2007/2008 angesichts der Möglichkeit bereits im Sommersemester 2007 zu inskribieren, dass dem [§ 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967](#) - wie oben ausgeführt - nicht entsprochen wurde, weshalb die Abgabenbehörde erster Instanz zu Recht dem Bw. für den strittigen Zeitraum keine Familienbeihilfe gewährt hat.

Andererseits ist festzuhalten, dass die vom Bw. ins Treffen geführte Bewerbung für die Fachhochschule W G. insoweit im Berufungsfall bei der Beurteilung der Zuerkennung der Familienbeihilfe irrelevant ist, als der Beginn eines Studiums an der Wirtschaftsuniversität kein solches Aufnahmeverfahren zur Voraussetzung hat und aus diesem Grund diese Bewerbung keineswegs als Berufsausbildung im Sinne des FLAG 1967 zu beurteilen war.

Weshalb nach Ansicht des Bw. sich für seinen Sohn erst nach Ablehnung durch die Fachhochschule am Ende des Sommersemesters 2007, die Möglichkeit für das Wintersemester 2007/2008 zu inskribieren ergeben hätte, ist für den unabhängigen Finanzsenat angesichts der Vielzahl möglicher Doppelstudien nicht nachvollziehbar."

Gegen diese Entscheidung wurde Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben, die dort zunächst zur Zahl 2008/13/0075 protokolliert wurde.

Der im Frühjahr 2011 erschienene Gamlitzer Kommentar zum Familienbeihilfenrecht erläutert zu der gegenständlichen Rechtsfrage unter Hinweis auf diese Entscheidung des UFS sowie auf UFS 3.4.2008, RV/0449-L/07, dass das alleinige Streben, mit einer besonderen Berufsausbildung zu beginnen, ohne diese Absicht - aus welchen Gründen immer - in die Tat umzusetzen, nicht die Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe erfülle (*Hebenstreit* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG (Gamlitzer Kommentar), § 2 Rz 132).

Mit Erkenntnis VwGH 26.5.2011, [2011/16/0057](#), wies der VwGH die gegen die Berufungsentscheidung UFS 29.2.2008, RV/0438-W/08, erhobene Beschwerde als unbegründet ab.

Der Gerichtshof führte hierin unter anderem aus:

"Die Möglichkeit, eine bestimmte gewünschte Berufsausbildung zu einem bestimmten (frühen) Zeitpunkt zu beginnen, war auch im Jahr 1980 zur Zeit der Schaffung des § 2 Abs. 1 lit. e FLAG bereits fallweise von einer Bewerbung, von einem Auswahlverfahren und von einer Zulassung zur Ausbildung oder von einer Aufnahme in eine Ausbildungseinrichtung abhängig. Beschränkungen des Zugangs zu einer Berufsausbildung - auch bei Erfüllen der von der Ausbildungseinrichtung geforderten Leistung im Zuge eines Aufnahme- oder Bewerbungsverfahrens - durch die Zahl der zu vergebenden Ausbildungsplätze mögen zwar im Streitzeitraum des Jahres 2007 weit mehr verbreitet gewesen sein als im Jahr 1980, waren aber auch aus der Sicht des Gesetzgebers des Jahres 1980 bereits vorhersehbar und nicht auszuschließen. Fälle, in denen zwar der gewünschte und angestrebte Beginn der frühestmögliche nach dem Ende des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes ist, der tatsächliche Beginn der Berufsausbildung aber wegen der erwähnten Beschränkung später erfolgt, oder Fälle, in denen die iSd § 2 Abs. 1 lit. e FLAG frühestmögliche Berufsausbildung zwar gewünscht und angestrebt wird, aber dieser Wunsch nach einem Aufnahme- oder Bewerbungsverfahren tatsächlich nicht oder nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt umgesetzt

werden kann, bilden daher keine planwidrige Lücke, die durch Ausdehnen des Tatbestandes des § 2 Abs. 1 lit. e FLAG auch auf jene Fälle (durch Analogie) geschlossen werden müsste. Soweit der Beschwerdeführer die von seinem Sohn angestrebte Ausbildung an der Fachhochschule ins Treffen führt, ist der belangten Behörde im Ergebnis Recht zu geben, dass einer tatsächlichen Ausbildung vorangehende Schritte einer Bewerbung einschließlich eines Tests und eines Bewerbungsgespräches noch keine Ausbildung darstellen und im Falle des Unterbleibens der Ausbildung (weil der Bewerber nicht aufgenommen wurde - wobei es unerheblich ist, ob mangels hinreichender Qualifikation etwa auf Grund eines negativen Testergebnisses bei der Bewerbung oder "lediglich infolge Platzmangels" -) diese Berufsausbildung eben nicht iSd § 2 Abs. 1 lit. e FLAG begonnen wird.

Das Risiko, für einen begehrten Ausbildungsplatz nach einer zeitlich vorgestaffelten Bewerbung nicht aufgenommen zu werden, ist Berufsausbildungen, welche keinen unbeschränkten Zugang haben, immanent. Die von der belangten Behörde angesprochene Möglichkeit, eine andere als die bevorzugte Ausbildung zu beginnen, für welche keine solche Beschränkung besteht, im Beschwerdefall etwa bereits mit dem Sommersemester 2007 an der Wirtschaftsuniversität zu inskribieren, wäre nur eine von mehreren Möglichkeiten gewesen, einem solchen Risiko zu begegnen. Die andere als die bevorzugte Ausbildung erst dann zu beginnen, nachdem sich eine solche Beschränkung als schlagend erwiesen hatte und das Risiko verwirklicht war, stellt lediglich eine weitere Möglichkeit dar, auf solch ein Risiko zu reagieren.

Im Beschwerdefall wurde die tatsächliche Berufsausbildung jedenfalls mit der Inskription an der Wirtschaftsuniversität mit dem Wintersemester 2007/2008 begonnen. Diese Berufsausbildung wäre im Beschwerdefall bereits mit dem Sommersemester 2007 möglich gewesen, weshalb der belangten Behörde nicht mit Erfolg entgegengetreten werden kann, dass sie den Tatbestand des § 2 Abs. 1 lit. e FLAG als nicht erfüllt ansah, weil diese Berufsausbildung nicht zum frühestmöglichen Zeitpunkt begonnen wurde."

Gleiches gilt für den hier zu entscheidenden Fall:

Im vorliegenden Fall ist unstrittig, dass der Sohn der Bw. in der Zeit vom September 2008 bis Februar 2009 den Präsenzdienst absolviert hat.

Tatsächlich wurde ein Studium an der Fachhochschule nicht begonnen.

Begonnen wurde im Oktober 2009 (Wintersemester 2009/2010) ein Studium an der Wirtschaftsuniversität Wien. Dieses Studium hätte jedoch bereits im März 2009 (Sommersemester 2009) begonnen werden können.

Wie bereits ausgeführt, bestimmt § 2 Abs. 1 lit. e FLAG nach dem Gesetzeswortlaut eindeutig nur dann einen Anspruch auf die Gewährung einer Familienbeihilfe für die Zeitspanne zwischen Beendigung des Präsenzdienstes und dem Beginn eines Studiums, wenn die

Ausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Absolvierung des Präsenzdienstes begonnen wird.

Daraus folgt, dass M seine Berufsausbildung nach Beendigung des Präsenzdienstes (im Februar 2009) erst im Oktober 2009 begonnen hat und im strittigen Zeitraum Februar bis September 2009 keine gültige Inskription für das Sommersemester an der genannten Universität vorlag.

Es ist unstrittig, dass der Studienbeginn im Sommersemester 2009 an der Wirtschaftsuniversität Wien für den Sohn der Bw. möglich gewesen wäre. Das findet auch durch die eigene Darstellung der Bw., nämlich dass man an einer Universität, im Gegensatz zur FH, zwischen zwei Semestern einsteigen kann, gänzlich Bestätigung. Folglich hat der Sohn der Bw. seine Berufsausbildung, das Studium an der Wirtschaftsuniversität, nicht im Sinne des [§ 2 Abs. 1 lit. e FLAG 1967](#) zum frühestmöglichen Zeitpunkt (Sommersemester 2009) nach Ende des Präsenzdienstes begonnen bzw. fortgesetzt.

Dass der Sohn der Bw. ursprünglich vor hatte, an der Fachhochschule zu studieren und es sich dann anders überlegt hat, vermag daran nichts zu ändern, weil die beabsichtigte Ausbildung unterblieben ist (wobei die Gründe hierfür unerheblich sind) und die tatsächliche Berufsausbildung eben nicht iSd § 2 Abs. 1 lit. e FLAG begonnen wurde.

Zu dem Einwand der Bw., dass im vorliegenden Fall für den Sohn der Bw. im März 2009 nur die Fachhochschule in Frage kam, ist weiters zu entgegnen, dass subjektive Überlegungen beim Bezug der Familienbeihilfe keine Rolle spielen, vielmehr kommt es auf den tatsächlich verwirklichten Sachverhalt an. Überdies ist im vorliegenden Fall der Sohn der Bw. an der FH nicht zur Aufnahmeprüfung angetreten, sodass nicht von einem nachgewiesenen ernsthaften Bemühen um diese Ausbildung ausgegangen werden kann. Somit sind auch die Ausführungen in der Berufung, was gewesen wäre, wenn er die Ausnahmeprüfung nicht geschafft bzw. geschafft hätte, aber trotzdem nicht aufgenommen worden wäre, nicht von Relevanz, da er nicht einmal den Versuch unternommen hat, an der Fachhochschule aufgenommen zu werden.

Für die Entstehung des Familienbeihilfenanspruches gemäß § 2 Abs.1 lit. f FLAG ist ausschließlich der Nachweis der Vormerkung beim AMS als Arbeit suchend maßgeblich. Allein aus dem Umstand, dass die Vormerkung durch eine Bestätigung des Arbeitsmarktservices nachzuweisen ist, ist eindeutig erkennbar, dass hier ein konstitutives Tatbestandselement vorliegt. Es kommt also nicht auf eine mögliche, sondern auf die tatsächliche Vormerkung an. Gründe, warum eine Vormerkung gegebenenfalls nicht erfolgte, sind ohne Entscheidungsrelevanz. Im vorliegenden Fall ist nicht aktenkundig und wurde auch von der

Bw. nicht vorgebracht, dass eine Bestätigung des Arbeitsmarktservices beim Finanzamt vorgelegt wurde.

Zu Punkt 2 der Berufungsbegründung:

Dem Vorwurf der Bw., das Finanzamt habe ihrem Sohn am 25. Februar 2009 die Antwort gegeben, dass er für die Zeit beim AMS keinen Anspruch auf den Erhalt der Familienbeihilfe hätte, ist Folgendes zu entgegnen:

Es ist für den Unabhängigen Finanzsenat allein aufgrund dieser Behauptung nicht möglich, im Nachhinein zweifelsfrei festzustellen, welche Fragen damals beim Finanzamt gestellt wurden und wie diese beantwortet wurden, da diesbezüglich kein Schriftverkehr bzw. Aktenvermerk über eine mündlich erteilte Anleitung aktenkundig ist.

Zu den Ausführungen der Bw. am Ende der Berufungsbegründung, wonach diese an das Mitgefühl/Einfühlungsvermögen in Hinblick auf ihre Situation appelliert, muss darauf hingewiesen werden, dass die Abgabenbehörden verbunden sind, die gehörig kundgemachten Gesetze zu vollziehen. Eine Ermächtigung, diese Gesetze nicht zu vollziehen oder sie zu ändern, besteht nicht.

Nachdem die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe in den strittigen Zeiträumen nicht vorlagen, war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 25. Jänner 2012