

Urteil vom 09. Februar 2012, III R 68/10

Kein Kindergeld während einer Übergangszeit von mehr als vier Monaten zwischen Schulzeit und gesetzlichem Wehr- oder Zivildienst

BFH III. Senat

EStG § 32 Abs 4 S 1 Nr 1, EStG § 32 Abs 4 S 1 Nr 2 Buchst a, EStG § 32 Abs 4 S 1 Nr 2 Buchst c, GG Art 3 Abs 1, EStG § 32 Abs 4 S 1 Nr 2 Buchst b

vorgehend Finanzgericht des Landes Sachsen-Anhalt, 13. September 2010, Az: 4 K 300/08

Leitsätze

Die gesetzliche Ausgestaltung der Tatbestände in § 32 Abs. 4 Satz 1 EStG, wonach ein Kind, das nach Beendigung der Schulzeit --unabhängig davon, ob absehbar oder nicht-- länger als vier Monate auf den Beginn des gesetzlichen Wehr- oder Zivildienstes wartet, während dieser Übergangszeit nicht berücksichtigt wird, ist weder lückenhaft noch verstößt sie gegen das GG (Anschluss an die Senatsurteile vom 22. Dezember 2011 III R 5/07 und III R 41/07).

Tatbestand

I.

- 1 Der im September 1986 geborene Sohn (S) der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) besuchte bis Juli 2007 die Schule. Im unmittelbaren Anschluss hieran begann S am 1. Juli 2007 mit der Ableistung des gesetzlichen Grundwehrdienstes, den er am 26. August 2007 aufgrund anerkannter Kriegsdienstverweigerung beendete. Nach dem Einberufungsbescheid vom 23. Oktober 2007 sollte S seinen Zivildienst am 3. März 2008 beginnen. Tatsächlich trat er den Zivildienst bereits im Februar 2008 an.
- 2 S wurde im September 2007 bei der Berufsberatung als "ratsuchend" aufgenommen. In dem nachfolgenden Termin im Oktober 2007 wurden mit S verschiedene Studienmöglichkeiten erörtert. S gab an, sich weiter informieren und sich ggf. erneut an die Berufsberatung wenden zu wollen. Daraufhin wurde S aus der Berufsberatung abgemeldet. Eine Meldung als Arbeitsuchender erfolgte nicht. Der nächste Kontakt des S mit der Berufsberatung erfolgte im Juni 2008.
- 3 Die Klägerin beantragte im Oktober 2007 Kindergeld für S. Die Beklagte und Revisionsbeklagte (Familienkasse) lehnte diesen Antrag mit Bescheid vom 19. Oktober 2007 ab. Der hiergegen eingelegte Einspruch blieb erfolglos.
- 4 Das Finanzgericht (FG) wies die Klage, mit der die Klägerin Kindergeld für S ab August 2007 bis Februar 2008 begehrte, als unbegründet ab (Entscheidungen der Finanzgerichte 2011, 345).
- 5 Zur Begründung ihrer Revision führt die Klägerin im Wesentlichen aus, die Familienkasse habe S bei den Kontakten im September und Oktober 2007 nicht darauf hingewiesen, dass er sich arbeitslos bzw. arbeitsuchend hätte melden müssen. Wäre ihm dieses Erfordernis bekannt gewesen, hätte er die erforderliche Meldung vorgenommen. Danach habe die Familienkasse ihre Fürsorge- und Beratungspflicht gegenüber S verletzt.
- 6 Außerdem habe S keinen Einfluss auf den Beginn des Ersatzdienstes gehabt. Er sei davon ausgegangen, dass er den Zivildienst kurz nach der Bekanntgabe der Mitteilung über die Zivildienststelle X, die ihm noch während des Grundwehrdienstes zugegangen sei, antreten könne. Außerdem sei der Beginn des Zivildienstes --was für die Beteiligten zunächst auch nicht erkennbar gewesen sei-- auf den 4. Februar 2008 vorverlegt worden. Die vom Gesetzgeber bestimmte Übergangsfrist von vier Monaten sei zu kurz und berücksichtige offensichtlich nur Idealfälle, keinesfalls jedoch die Situation von "Wehrdienstwechslern" und die dabei auftretenden Verzögerungen. Insoweit bestehe eine Regelungslücke. Es müsse der gesamte Zeitraum vom Beginn des Wehrdienstes bis zur

Beendigung des Ersatzdienstes als ein Zeitraum angesehen werden und damit durchgehend Kindergeld gewährt werden.

- 7 Schließlich sei für S auch nicht vorstellbar gewesen, zwischenzeitlich eine nutzlose Ausbildung zu beginnen, weil er nach Ableistung des Pflichtdienstes ein Studium habe beginnen wollen.
- 8 Die Klägerin beantragt sinngemäß, das Urteil des FG, den Ablehnungsbescheid der Familienkasse vom 19. Oktober 2007 und die hierzu ergangene Einspruchsentscheidung vom 6. Februar 2008 aufzuheben und die Familienkasse zu verpflichten, Kindergeld für S ab August 2007 bis Februar 2008 zu gewähren.
- 9 Die Familienkasse beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

II.

- 10 Die zulässige Revision ist als unbegründet zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Klägerin kein Kindergeld für S für den Zeitraum August 2007 bis Februar 2008 zusteht.
- 11 1. Der Senat legt den Revisionsantrag der Klägerin dahingehend aus, dass sie eine Entscheidung nach dem Antrag in der Vorinstanz, d.h. Kindergeld für den Zeitraum August 2007 bis Februar 2008 begehrt (vgl. Gräber/Ruban, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 120 Rz 54). Im Übrigen würde ein in der Revisionsinstanz gestellter Antrag, mit dem die Klägerin erstmals Kindergeld für S für die Zeit nach Februar 2008 (Zeit der Ableistung des Zivildienstes) begehrte, eine nach § 123 Abs. 1 FGO unzulässige Klageänderung darstellen.
- 12 2. Zutreffend hat das FG S nicht als Kind gemäß § 62 Abs. 1, § 63 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 32 Abs. 4 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung (EStG) berücksichtigt.
- 13 a) Nach den den Senat bindenden Feststellungen des FG (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) scheidet eine Berücksichtigung des S nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 EStG aus, weil er nicht bei einer Agentur für Arbeit im Inland als Arbeitsuchender gemeldet war.
- 14 Ebenso kann S nach eben genannter Vorschrift nicht im Wege des sozialrechtlichen Herstellungsanspruches oder eines Folgenbeseitigungsanspruches wegen einer von der Klägerin behaupteten Fürsorgepflichtverletzung der Agentur für Arbeit als Kind berücksichtigt werden. Beide Rechtsinstitute knüpfen an die Verletzung einer behördlichen Auskunft- bzw. Beratungspflicht an (Urteil des Bundessozialgerichts --BSG-- vom 24. Juli 2003 B 4 RA 13/03 R, SozR 4-1200 § 46 Nr. 1, zum sozialrechtlichen Herstellungsanspruch; Seer in Tipke/Kruse, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 89 AO Rz 19, zum Folgenbeseitigungsanspruch). Die Beratungspflicht der Agentur für Arbeit (Sozialleistungsträger) umfasst aber allein die Verwirklichung der Rechte aus dem Sozialgesetzbuch (vgl. § 14 des Ersten Buches Sozialgesetzbuch). Dabei werden die wesentlichen Inhalte der Berufsberatung durch § 30 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch konkretisiert (Brand in: Niesel/Brand, SGB III, 5. Aufl., § 30 Rz 1). Fragen, die sich auf das nach den §§ 62 ff. EStG zu gewährende Kindergeld beziehen, gehören hingegen nicht zu dem Beratungsinhalt (vgl. BSG-Urteil in SozR 4-1200 § 46 Nr. 1; Mrozynski, Sozialgesetzbuch - Allgemeiner Teil- SGB I, 4. Aufl. § 14 Rz 18). Auch soweit das Kindergeld nach § 31 Satz 2 EStG der Förderung der Familie dient, stellt es keine Sozialleistung im formellen Sinn dar, sondern eine einkommensteuerrechtliche Förderung der Familie durch eine Sozialzwecknorm (vgl. Senatsbeschluss vom 31. Januar 2007 III B 167/06, BFH/NV 2007, 865). Damit fehlt es bereits an einer Pflichtverletzung der Agentur für Arbeit.
- 15 Im Übrigen ist höchstrichterlich bereits geklärt, dass der sozialrechtliche Herstellungsanspruch im Kindergeldrecht nach den §§ 62 ff. EStG ohnehin nicht gilt (vgl. Senatsbeschluss vom 21. April 2010 III B 182/09, BFH/NV 2010, 1435, m.w.N.).
- 16 b) Ebenso scheidet eine Berücksichtigung des S im August 2007 nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a EStG aus, weil die Ableistung des gesetzlichen Wehrdienstes grundsätzlich keine Berufsausbildung darstellt (z.B. Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 15. Juli 2003 VIII R 19/02, BFHE 203, 417, BStBl II 2007, 247; Senatsbeschluss vom 28. Januar 2009 III B 183/08, BFH/NV 2009, 911; vgl. auch Senatsurteil vom 30. Juli 2009 III R 77/06, BFH/NV 2010, 28).
- 17 c) Nach § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b EStG wird ein Kind, das --wie S im Streitzeitraum-- das 18., aber noch

nicht das 25. Lebensjahr vollendet hat, berücksichtigt, wenn es sich in einer Übergangszeit von höchstens vier Monaten befindet, die zwischen zwei Ausbildungsabschnitten oder zwischen einem Ausbildungsabschnitt und der Ableistung des gesetzlichen Wehr- oder Zivildienstes, einer vom Wehr- oder Zivildienst befreienden Tätigkeit als Entwicklungshelfer oder als Dienstleistender im Ausland nach § 14b des Zivildienstgesetzes oder der Ableistung eines freiwilligen Dienstes im Sinne des Buchst. d liegt.

- 18** aa) Es kann dahinstehen, ob S bereits deshalb nicht berücksichtigt werden kann, weil er sich in keiner Übergangszeit der vorstehend beschriebenen Art befunden hat. Nach den den Senat bindenden Feststellungen des FG (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) begann S im unmittelbaren Anschluss an das Ende seiner Schulausbildung mit dem gesetzlichen Wehrdienst. Eine Übergangszeit zwischen einem Ausbildungsabschnitt und der Ableistung des gesetzlichen Wehrdienstes lag daher nicht vor. Im Übrigen stellt der vor Ableistung des Zivildienstes von S abgebrochene Grundwehrdienst keine Ausbildung dar (oben II.2.b). Danach befand sich S in einer Übergangszeit zwischen zwei gesetzlichen Pflichtdiensten, die in § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b EStG nicht als Berücksichtigungstatbestand formuliert ist.
- 19** bb) Aber selbst wenn man bei Anwendung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Buchst. b EStG den Grundwehrdienst unberücksichtigt ließe und --wie das FG-- eine Übergangszeit zwischen dem Schulabschluss und der Ableistung des gesetzlichen Zivildienstes unterstellte, könnte S wegen Überschreitens der Viermonatsfrist nicht berücksichtigt werden. In diesem Fall läge eine Übergangszeit --beginnend mit dem ersten vollen Monat nach dem Schulabschluss (im Streitfall beginnend mit dem Monat Juli oder August 2007) bis zu dem letzten vollen Monat vor dem Beginn des Pflichtdienstes (im Streitfall bis Januar 2008)-- von mindestens sechs Monaten vor (zur Berechnung der Viermonatsfrist vgl. BFH-Urteil vom 15. Juli 2003 VIII R 105/01, BFHE 203, 102, BStBl II 2003, 847). Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift kommt bei einem Überschreiten der Übergangszeit eine Begünstigung auch nicht für die ersten vier Monate in Betracht (vgl. BFH-Urteil vom 15. Juli 2003 VIII R 78/99, BFHE 203, 90, BStBl II 2003, 841).
- 20** d) Gemäß § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. c EStG wird ein Kind berücksichtigt, das das 18., aber noch nicht das 25. Lebensjahr vollendet hat, wenn es eine Berufsausbildung mangels Ausbildungsplatzes nicht beginnen oder fortsetzen kann. Nach der ständigen Rechtsprechung des BFH ist hierfür erforderlich, dass sich das Kind ernsthaft um einen Ausbildungsplatz bemüht (Senatsbeschluss vom 24. Januar 2008 III B 33/07, BFH/NV 2008, 786, m.w.N.).
- 21** aa) Nachgewiesen werden kann das ernsthafte Bemühen z.B. durch Suchanzeigen in der Zeitung, durch direkte schriftliche Bewerbungen an Ausbildungsstätten und ggf. darauf erhaltene Zwischennachrichten oder Absagen. Der Nachweis kann auch durch eine Bescheinigung der Agentur für Arbeit erfolgen, dass das Kind als Bewerber um eine berufliche Ausbildungsstelle registriert ist. Bei der Meldung als Ausbildungsuchender ist zu beachten, dass eine Berücksichtigung mit dem Status "Bewerber" und nicht nur "ratsuchend" nachgewiesen werden muss (vgl. Senatsurteil vom 19. Juni 2008 III R 66/05, BFHE 222, 343, BStBl II 2009, 1005).
- 22** bb) Nach den den Senat bindenden Feststellungen des FG (vgl. § 118 Abs. 2 FGO) hat sich S nicht um einen Ausbildungsplatz bemüht. Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Registrierung des S als "ratsuchend" nicht zuträfe. Das Einholen von Informationen über Studienmöglichkeiten stellt noch kein ernsthaftes Bemühen um einen konkreten Studienplatz dar. Im Übrigen sind Bemühungen, einen Platz als Zivildienstleistender zu erhalten, grundsätzlich keine Ausbildungsplatzsuche, weil der Zivildienst im Allgemeinen keine Berufsausbildung darstellt (vgl. dazu BFH-Urteil vom 16. März 2004 VIII R 86/02, BFH/NV 2004, 1242).
- 23** 3. Selbst wenn man im Streitfall eine Übergangszeit zwischen einem Ausbildungsabschnitt und der Ableistung eines gesetzlichen Pflichtdienstes unterstellen wollte (vgl. oben II.2.c bb), ließe sich ein Kindergeldanspruch auch nicht auf eine analoge Anwendung des § 32 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b oder c EStG stützen. Die genannten Vorschriften enthalten für den Fall, dass ein Kind die Viermonatsfrist zwischen einem Ausbildungsabschnitt und der Ableistung eines gesetzlichen Pflichtdienstes --unabhängig davon, ob absehbar oder nicht-- überschreitet, keine Regelungslücke. Zur Begründung wird auf die jüngst ergangenen --die bisherige Rechtsprechung bestätigenden-- Senatsurteile vom 22. Dezember 2011 III R 5/07, BFHE 236, 137 und III R 41/07, BFHE 236, 144 verwiesen.
- 24** 4. Schließlich hat der Senat in den genannten Urteilen auch die frühere höchstrichterliche Rechtsprechung bekräftigt, wonach gegen die Nichtberücksichtigung solcher Kinder bei einem Überschreiten der Viermonatsfrist keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen. Auch insoweit wird zur Begründung auf die vorstehend genannten Senatsurteile Bezug genommen.