



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen des Bw, vertreten durch Dkfm. Herbert F. Maier, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, 1010 Wien, Wallnerstraße 1, gegen die Bescheide des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf, vertreten durch Mag. Patric Flament, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. August 2007 bis 30. Juni 2009 im Beisein der Schriftführerin Romana Schuster nach der am 17. März 2011 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen werden, soweit sie den Zeitraum Mai 2008 bis Juni 2009 betreffen, als unbegründet abgewiesen.

Den Zeitraum August 2007 bis April 2008 betreffend wird der angefochtene Bescheid aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheiden vom 13.7.2009 und 14.12.2009 wurde vom Berufungswerber (Bw) die Familienbeihilfe für den Sohn XXX (in der Folge Sohn) für den Zeitraum August 2007 bis Juli 2008 (Bescheid vom 14.12.2009) und Juli 2008 bis Juni 2009 (Bescheid vom 13.7.2009) zurückgefordert. In der Begründung führte das Finanzamt aus, der Sohn lebe seit 3.6.2008 nicht mehr im Haushalt und werde der Unterhalt von der öffentlichen Hand finanziert. Weiters führte das Finanzamt aus, der Sohn sei seit 31.7.2007 inhaftiert.

In den frist- und formgerechten Berufungen wird ausgeführt, die angefochtenen Bescheide stellten fest, dass der Sohn nicht haushaltszugehörig sei, da er seit 3.6.2008 in der Haftanstalt Gerasdorf zwecks Vollziehung einer Freiheitsstrafe untergebracht sei.

Strittig erscheine, ob durch diesen Aufenthalt des Kindes die Haushaltszugehörigkeit aufgehoben sei.

Hinzuweisen sei auf die Entscheidung des UFS Graz vom xx.yy.zzzz, GZ RV/abcde, die ein Kind betroffen habe, das zur Erziehung in einer entsprechenden Einrichtung untergebracht war. Der UFS Graz kam zu dem Schluss, dass durch den vorübergehenden Aufenthalt des Kindes in einer Einrichtung außerhalb der gemeinsamen Wohnung der Tatbestand der Haushaltszugehörigkeit weiterhin erfüllt werde.

Hinzuweisen sei ferner auf die Durchführungsrichtlinien zum FLAG 1967, die unter Pkt. 02.05 Z 7 folgendes ausführen:

Auch im Falle einer vollen Heimerziehung, unabhängig ob mit Einverständnis der Erziehungsberechtigten oder gegen deren Willen sei nicht auszuschließen, dass das Kind bei den Eltern weiterhin als haushaltszugehörig gelte. Maßgebend für die Haushaltszugehörigkeit sei auch hier, dass das Kind noch weiterhin der elterlichen Obsorge teilhaftig werde.

Die Unfreiwilligkeit der Unterbringung in der Jugendstrafanstalt Gerasdorf erscheine mit der unfreiwilligen, aus sachlichen Zwängen erfolgenden Unterbringung in einem Heim vergleichbar. Auf die Bezeichnung der Einrichtung könne es dabei nicht ankommen. Zu beachten sei in diesem Zusammenhang auch, dass das in Rede stehende Kind in den Bereich des Jugendgerichtsgesetzes falle. Kerngedanke des Jugendgerichtsgesetzes sei, auf den Vorrang der Erziehung vor der Verhängung von Strafen zu setzen.

Ferner sei darauf hinzuweisen, dass das FLAG 1967 idgF keine Vorschrift enthalte, wonach eine Haft im Rahmen des Strafvollzuges den Bezug von Familienbeihilfe als Ausschlussgrund darstellen würde. Etwas anderes hingegen sehe das Pflegegeldgesetz vor, das ausdrücklich ein Ruhen des Pflegegeldes im Falle des § 21 StGB normiere. Die Absenz einer vergleichbaren Tadelfunktion im FLAG lasse den Schluss zu, dass ein Strafvollzug im Bereich des Jugendgerichtsgesetzes keinen sachlichen Ausschlussgrund nach den Intentionen des Gesetzgebers des FLAG darstelle.

Stelle man die Argumentation auf den Begriff des vorübergehenden Aufenthalts in wörtlicher Auslegung dahingehend ab, dass der zeitlichen Länge des Aufenthalts maßgebliche Bedeutung zukomme, so wäre dieser Argumentation entgegen zu halten, dass der Indizwert des Adjektivs „vorübergehend“ gering erscheine, da es sich im gegenständlichen Fall um

einen Zwangsaufenthalt handle. Die bloße Tatsache, dass sich das Kind seit geraumer Zeit am Ort einer zwangsweisen Unterbringung aufhalte, erscheine im Hinblick auf den vorübergehenden Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung wenig aussagekräftig.

Unter Pkt.02.05 Z. 3 der Durchführungsrichtlinien zum FLAG werde das Wort „vorübergehend“ wie folgt ausgelegt:

„Als „vorübergehend“ wird ein Aufenthalt des Kindes außerhalb der gemeinsamen Wohnung dann anzusehen sein, wenn aus den Umständen des Falles darauf geschlossen werden kann, dass das Kind nach absehbarer Zeit wieder in der gemeinsamen Wohnung leben wird.“

Im gegenständlichen Fall sei absehbar, dass das Kind nach erfolgter Haftentlassung wieder in der gemeinsamen Wohnung leben werde.

Zu klären bleibe noch die Frage, ob der Umstand, dass den Bw für die Dauer des (vorübergehenden) Aufenthaltes des Sohnes in der Jugendstrafanstalt Gerasdorf keine (überwiegende) Unterhalts(kosten)pflicht treffe, entscheidungsrelevant sei.

Lt. Gesetzestext könne die Unterhaltspflicht nur dann eine Rolle spielen, wenn keine Haushaltszugehörigkeit gegeben sei.

Lt. den Durchführungsrichtlinien sei es im Falle eines vorübergehenden Aufenthalts im Sinne des Jugendwohlfahrtsgesetzes maßgeblich, dass das Kind der elterlichen Obsorge weiterhin teilhaftig werde.

Nach § 144 ABGB hätten Eltern nicht nur das Vermögen des minderjährigen Kindes zu verwalten und das Kind rechtsgeschäftlich zu vertreten, sondern sie müssten es auch pflegen und erziehen. Wenngleich die unmittelbare Ausübung der Obsorge den Eltern weitgehend entzogen sei, kämen die Gattin und der Bw ihrer Obsorge im Rahmen der verbliebenen Möglichkeiten nach (insbesondere nachweisliche Besuchen jedem Wochenende; Überweisung von Taschengeld u.ä.) weiterhin nach, um zur Erziehung und Resozialisierung des Kindes beizutragen, daran mitzuwirken und diese so zu fördern.

In der abweisenden Berufungsvorentscheidung (BVE) führt das Finanzamt zunächst die gesetzlichen Grundlagen an. Weiters wird ausgeführt, der Sohn sei bereits seit 31.7.2007 ohne Unterbrechung in diversen Justizanstalten aufhältig. Das Bestehen der fiktiven Haushaltszugehörigkeit gehe ebenso wie § 2 Abs. 2 FLAG vom Vorliegen einer Unterhaltsverpflichtung aus.

Da weder Wochenendbesuche noch freiwillige Taschengeldüberweisungen für eine aufrechte Hausgemeinschaft bzw. eine überwiegende Kostentragung im Sinne der genannten Bestimmungen ausreichend seien, müsse die Berufung abgewiesen werden.

Im Vorlageantrag sowie in der Berufung gegen den Bescheid vom 14.12.2009 wird eingewendet:

Die Feststellung, dass der Sohn seit 31.7.2007 ohne Unterbrechung in diversen Justizanstalten aufhältig sei, entspreche nicht den tatsächlichen Strafzeiten.

Als Nachweis lege der Bw die von der Justizstrafanstalt für Jugendliche Gerasdorf ausgestellt Strafzeitberechnung vom 4.1.2010 vor. Danach stellten sich die Strafzeiten wie folgt dar:

<b>Strafzeitberechnung</b>	<b>von</b>	<b>bis</b>	<b>Tage</b>	<b>Monate</b>
LG f. Strafsachen Wien	21.05.2008	04.10.2010	866	28,9
LG f. Strafsachen Wien	04.04.2008	21.05.2008	47	1,6
LG f. Strafsachen Wien	30.07.2007	14.09.2007	46	1,5
LG f. Strafsachen Wien	03.05.2006	16.05.2006	13	0,4
LG f. Strafsachen Wien	09.04.2006	12.04.2006	3	0,3

In den dazwischen liegenden Zeiträumen habe der Sohn in der gemeinsamen Wohnung gewohnt.

Betreffend Haushaltszugehörigkeit gehe die BVE auf die Argumente des Bw überhaupt nicht ein. Sie wiederhole lediglich die Feststellung der faktischen räumlichen Abwesenheit auf Grund der Tatsache, dass der Sohn sich als Strafgefangener in Jugendstrafanstalten aufhielt.

Aus den Berufungsausführungen ergebe sich der Schluss, dass dem Begriff der Haushaltszugehörigkeit nicht bloß ein räumliches, sondern auch ein subjektives Willenselement innewohne, wonach der Aufenthalt des Sohnes außerhalb der Wohnung dessen Haushaltszugehörigkeit dann nicht als aufgehoben gelte, wenn die räumliche Trennung nur vorübergehender Natur sei, wie im Falle des unfreiwilligen Aufenthalts in einer Jugendstrafanstalt, wobei der Sohn nach seiner absehbaren Haftentlassung wieder beim Bw leben werde.

Der VwGH habe in seinem Erkenntnis vom 24.1.2007 ausgesprochen, dass allein auf den Umstand einer Verhaftung und Verhängung der Untersuchungshaft die Aufhebung der Hausgemeinschaft nicht gegeben gewesen sei. Ein bestehender gemeinsamer Haushalt werde etwa durch gewisse durch Lebensumstände bedingte, auf nicht allzu lange Zeit berechnete Unterbrechung des Zusammenlebens (wie etwa Krankenhaus- oder Erholungsaufenthalte) nicht beseitigt. Eine Untersuchungshaft zähle zu solchen Unterbrechungen.

Eine bloße Unterbrechung des Zusammenlebens liege demnach vor, solange die Rückkehrabsicht stets bestand und ehestmöglich wahrgenommen werde (etwas anderes ergebe sich, wenn die Rückkehr völlig ungewiss sei).

Auch ein Vergleich des Begriffes Hausgemeinschaft mit dem familienrechtlichen Begriff der häuslichen Gemeinschaft iSd § 55 EheG weise in die gleiche Richtung. Auch diesem Begriff wohne ein subjektives Element inne.

Dass zwischen dem Sohn und den Eltern während seines Aufenthaltes in der Jugendstrafanstalt Gerasdorf weiterhin ein enger Kontakt bestehe, er elterliche Fürsorge genieße und nach seiner Haftentlassung wieder in die volle Obsorge der Familie zurückkehren werde, sei bereits in der Berufung dargelegt worden.

Ein Schwerpunkt der Resozialisierung nach der Haftentlassung bestehe darin, dass der Sohn in die volle Obsorge seiner Eltern und in die gemeinsame Wohnung zurückkehren werde, was auch der erklärten festen Absicht des Sohnes entspreche (im Übrigen auch der Intention des Gesetzgebers des Strafvollzugsgesetzes, auf welche in der BVE verwiesen werde; so bestimme beispielsweise § 75 Abs. 1 StrVG, dass die Strafgefangenen anzuleiten seien, Beziehungen zu ihren Angehörigen zu pflegen, soweit zu erwarten sei, dass dies die Strafgefangenen günstig beeinflussen, ihr späteres Fortkommen fördern und sonst für sie von Nutzen sein werde).

Der OGH habe im Rahmen eines Revisionsrekursverfahrens eines Minderjährigen, der wie der Sohn eine Strafhaft in der Sonderanstalt für Jugendliche Gerasdorf zu verbüßen hatte, mit Beschluss vom 23.2.1999, 1 Ob 352/98s erkannt, dass der von der zweiten Instanz zugelassene Revisionsrekurs zwar zulässig, aber nicht berechtigt gewesen sei, weil der Unterhaltsschuldner während der Dauer der Haft des Unterhaltsberechtigten - einerlei, ob Untersuchungs- oder Strafhaft - von seiner Unterhaltungspflicht ganz oder zum Teil befreit ist, da während dieser Zeit Naturalleistungen von dritter Seite (hier: Bund) erbracht werden, wodurch „ganz oder teilweise für den Unterhalt (des minderjährigen Strafgefangenen; diese ergänzende Anmerkung stammt von mir) gesorgt wird.“

Neumayr (in Schwimann (Hrsg), ABGB, Band I2, Rz 19 zu § 7 UVG, 735, auf den der OGH in seinem Beschluss vom 23. Feber 1999, 1 Ob 352/98s ausdrücklich verweist) kommentiere zuvor diese Judikaturlinie des OGH wie folgt:

„In dieser Geradlinigkeit kann der Rechtsprechung weder bei der längerdauernden Untersuchungshaft noch bei der Strafhaft gefolgt werden, weil neben den genannten noch andere Bedürfnisse bestehen, die einen Unterhaltsanspruch rechtfertigen können, etwa Langzeitbedürfnisse oder auch Verteidigungskosten (vgl - wenn auch zum etwas anders

gelagerten Fall der Untersuchungshaft - LGZ Wien EF 63.719). Aus diesem Grund ist bei längerer Haftdauer an eine teilweise Versagung zu denken (JBI 1980, 209; JBI 1992, 109; LGZ Wien RPfISlgA 1995, 32/8355). "

Der OGH führe in seinem genannten Beschluss vom 23.2.1999 dazu Folgendes aus:

„Langzeitbedürfnisse oder auch zu deckende Verteidigerkosten werden im Rechtsmittel nicht ins Treffen geführt und sind auch nicht aktenkundig. Geltend gemacht wird im Rechtsmittel, dass die Unterhaltszahlungen nicht nur zur Bedarfsdeckung von Verpflegung und Bekleidung nötig seien, sondern auch zu einem erheblichen Teil zur anteiligen Abdeckung der Wohnungskosten dienen, die der Mutter auch in der Zeit der (Strafhaft erwachsen. Diese Kosten treffen aber die obsorgeberechtigte und (natural)unterhaltspflichtige Mutter. Ungeachtet der Tatsache, dass eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs des Kindes infolge mangelnden Wohlverhaltens sowohl dem österreichischen Unterhaltsrecht als auch dem UVG fremd ist (EFSlg 28/5; JBI 1992, 109; Neumayr aaO § 2 UVG Rz 22), sind aus den angestellten Erwägungen bei einem Unterhaltspflichtigen in Strafhaft, deren Dauer sogar ein Jahr übersteigt, die für den unterhaltsberechtigten Untersuchungshäftling im allgemeinen geltenden Grundsätze unanwendbar."

Der OGH stelle somit fest, dass die im Rechtsmittel geltend gemachten Kosten, die während der Dauer einer längeren Haft in dem vom OGH entschiedenen Fall der Mutter erwachsen und für die die Strafvollzugsanstalt nicht Sorge zu tragen hat, die obsorgeberechtigte und (natural)unterhaltspflichtige Mutter treffen. Durch den Strafvollzug kommt es insoweit zu keiner Kostenentlastung der Mutter, weil die strafvollzugsgesetzliche Sorgepflicht der Strafvollzugsanstalt nur die Kosten der Unterkunft, der Bekleidung und der Verpflegung (wobei jugendliche Straftäter ihrer körperlichen Entwicklung entsprechend gemäß § 58 Abs. 2 JGG reichlicher zu verpflegen sind) umfasse.

Die Unterscheidung zwischen unterhaltsberechtigten Untersuchungshäftlingen und unterhaltsberechtigten Strafhäftlingen erläutere der OGH in seinem Beschluss vom 23.2.1999 wie folgt:

„Vom Obersten Gerichtshof wurde bei unterhaltsberechtigten Untersuchungshäftlingen ein gänzlicher Entfall der Unterhaltspflicht und damit auch der Berechtigung zum weiteren Bezug von Unterhaltsvorschüssen deshalb verneint, weil der Unterhalt eines Kindes auch Bedürfnisse umfasse, für welche die Strafvollzugsanstalten nicht zu sorgen haben; daher werde die Unterhaltspflicht des Unterhaltspflichtigen regelmäßig auch während der Untersuchungshaft des unterhaltsberechtigten Kindes fortbestehen."

Der OGH verweise in diesem Zusammenhang auf Purtscheller/Salzmann (Unterhaltsbemessung Rz 40):

„Gerade bei einer nur kurz dauernden Untersuchungshaft werden die Fixkosten wie etwa für die Wohnung weiterlaufen. In der Regel werde daher nicht die Einstellung, sondern nur die entsprechende Herabsetzung der Unterhaltsvorschüsse gerechtfertigt sein (3 Ob 604/78).“

Die oben zitierte Feststellung des OGH, wonach die Mutter des jugendlichen Häftlings hinsichtlich bestimmter Kosten weiterhin obsorgeberechtigt und (natural)unterhaltspflichtig bleibe, impliziere den Fortbestand einer aufrechten Haushaltsgemeinschaft. Denn nur bei aufrechter Haushaltsgemeinschaft könne nach einheitlicher Meinung ein Naturalunterhaltsanspruch des Kindes vorliegen (vgl. Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 131 ff mwN; Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup>, Rz 29, 21 sowie Rz 37, 26 mwN); die Naturalunterhaltspflicht wandle sich nur im Fall einer Haushaltstrennung, einer Verletzung der Unterhaltspflicht oder bei Zustimmung der Beteiligten in eine Geldunterhaltspflicht.

Zu den regelmäßigen Taschengeldüberweisungen, die das Finanzamt Wien 12/13/14 Purkersdorf in seiner gegenständlichen BVE als freiwillige Leistungen qualifiziere, die danach keine Unterhaltsleistungen iSd § 140 ABGB darstellten, sei grundsätzlich festzustellen, dass zum Unterhaltsanspruch ein dem Kindesalter und den elterlichen Lebensverhältnissen angemessenes Taschengeld für die individuelle Befriedigung höchstpersönlicher Bedürfnisse des Kindes gehöre (vgl. Schwimann/Kolmasch, Unterhaltsrecht<sup>4</sup>, 132, demzufolge der Anspruch auf angemessenes Taschengeld Teil des Naturalunterhaltsanspruchs ist; Stabentheiner in Rummel (Hrsg.), ABGB, 1. Band 3, Rz 15a zu § 140, 248; Gitschthaler, Unterhaltsrecht<sup>2</sup>, Rz 3, 6).

Nach § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein in § 2 Abs 1 FLAG 1967 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt dieses Kind gehört. Nach § 2 Abs 5 FLAG 1967 gehört zum Haushalt einer Person ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Hält sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung auf, dann gilt die Haushaltszugehörigkeit nicht als aufgehoben (§2 Abs 5 lit. a FLAG 1967).

Auf der Grundlage der obigen Ausführungen komme ich zu dem Schluss, dass sich der Sohn bloß vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung iSd § 2 Abs 5 lit. a FLAG 1967 aufhalte. Diese Schlussfolgerung beruhe

- zum einen auf dem Begriff der Haushaltszugehörigkeit, dem nicht nur ein räumliches Element innewohne, sondern auch ein subjektives Willenselement des Kindes, das auf Grund des unfreiwilligen Aufenthaltes des Sohnes in der Justizanstalt für Jugendliche Gerasdorf

außerhalb meiner Wohnung nicht erfüllt werde, in der der Sohn nach seiner absehbaren Haftentlassung leben werde, wobei der Bw sein Verständnis des vorübergehenden Aufenthaltes außerhalb der gemeinsamen Wohnung zum einen auf die Rechtsprechung des VwGH, die Durchführungsrichtlinien und eine vergleichende Betrachtung des Begriffes der Haushaltszugehörigkeit mit dem gleichfalls aus dem Familienrecht stammenden der häuslichen Gemeinschaft stütze;

- zum anderen auf die Rechtsauffassung des OGH, wonach Unterhaltskosten insoweit, als diese nicht von der Haftanstalt nach Maßgabe der strafvollzugsgesetzlichen Bestimmungen zu tragen seien, von den obsorgeberechtigten und (natural)unterhaltspflichtigen Eltern zu tragen seien, so dass diese insoweit eine Naturalunterhaltspflicht treffe, die nach einheitlicher Rechtsauffassung eine gemeinsame Haushaltsgemeinschaft denknotwendig voraussetze, woraus im Wege des Umkehrschlusses folge, dass der unfreiwillige Aufenthalt eines Kindes in einer Strafvollzugsanstalt allein noch keine Haushaltstrennung bewirke (erst die Haushaltstrennung wandle die Naturalunterhaltspflicht der obsorgeberechtigten Eltern in eine Geldunterhaltspflicht).

Nicht alle Bedürfnisse des unterhaltsberechtigten mündigen Minderjährigen, zu deren Deckung ein unterhaltspflichtiger Vater Unterhalt zu leisten habe, würden während der Haft des unterhaltsberechtigten Kindes befriedigt. Obzwar für Unterbringung und Verköstigung gesorgt sei und auch Haftbekleidung zur Verfügung gestellt werde, umfasse der Unterhalt eines jugendlichen Häftlings auch Bedürfnisse, für welche Strafvollzugsanstalten nicht zu sorgen hätten, sodass insoweit die gesetzliche Unterhaltspflicht des Unterhaltspflichtigen fortbestehe, dem Grund nach also nicht ruhe, zumal auch eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs bei mangelndem Wohlverhalten des unterhaltsberechtigten Kindes dem Unterhaltsrecht fremd sei (vgl. OGH vom 26.6.1991, 3 Ob 544/91 mwN).

Was den Umfang der Unterhaltskosten betreffe, sei somit festzuhalten, dass durch die gegebene Strafhaft nicht sämtliche Bedürfnisse des Sohnes als jugendlicher Häftling durch die Strafvollzugsanstalt gedeckt würden. Es verblieben vielmehr Restbedürfnisse, deren Deckung einen Mehraufwand erforderte. Dieser setze sich aus eine Reihe von Kosten zusammen, die durch eine Strafvollzugsanstalt nicht zu decken seien, und gerade im Reifungsprozess eines Minderjährigen nicht ausgeschaltet werden könnten, so etwa Lesestoff, Toiletteartikel, Zusatzverköstigung u.ä.

Darüber hinaus fielen aber insbesondere nachstehende Mehrkosten (Individual- oder Sonderbedarfskosten) an, die in den gegebenen Lebensumständen des unterhaltsberechtigten Sohnes begründet seien und nicht mit weitgehender Regelmäßigkeit für die Mehrzahl der



unterhaltsberechtigten Kinder anfielen (vgl. dazu Sonderbedarfskosten-Verzeichnis = Anlage 2):

Die Kosten der Strafverteidigung in Höhe von 1.000,00 Euro habe der Bw bezahlt.

Die Fahrtkosten anlässlich von Besuchsfahrten hätten 3.456,00 Euro betragen.

Für die Anschaffung eines PC zur Förderung seiner Ausbildung hätten 670,00 Euro aufgewendet werden müssen.

Ein Kind habe Anspruch auf regelmäßiges Taschengeld.

Auch seien Kosten für die regelmäßigen Wochenendbesuche angefallen, die nicht freiwilliger Natur seien. Es handle sich um einen Ausfluss der elterlichen Obsorgepflicht.

Die Unterhaltskosten, die nicht von der Strafanstalt zu decken seien, seien nicht erschöpfend aufgezählt. Die Aufwendungen für die Familienwohnung stellten nicht nur Naturalunterhalt für den anderen Ehepartner sondern auch für das Kind dar.

Anknüpfungspunkt der Rechtsprechung des UFS sei die Frage, ob und in welchem Ausmaß eine gesetzliche Unterhaltspflicht bestehe. Dies ergebe sich aus den Erwägungen des VwGH vom 20.9.1995, 95/13/0007.

Einen gänzlichen Wegfall der Unterhaltspflicht unterstelle der UFS im Hinblick auf die Bestimmung des § 31 Abs. 1 StrVG, wonach die Anstalten zum Vollzug von Freiheitsstrafen nach Maßgabe der Bestimmungen des StrVG für den Unterhalt der Strafgefangenen zu sorgen hätten. Diese Sorgepflicht umfasse Unterkunft, Bekleidung und Verpflegung während der Haft.

Zunächst sei anzumerken, dass die Familienbeihilfe keine bloße Abgeltung von Betreuungsleistungen darstelle.

In der am 17. März 2011 abgehaltenen Berufungsverhandlung wiederholen die Parteien ihr bisheriges Vorbringen. Der Vertreter des Finanzamtes führt ergänzend aus, dass Fahrtaufwendungen keinesfalls als Unterhaltsleistungen angesehen werden können, die Anschaffung eines Computers zumindest in Ansehung von Unterhaltsleistungen fraglich sei und dass Taschengeldzahlungen, sofern diese überhaupt als Unterhaltsleistungen gelten, da sie in der Regel freiwillig bezahlt würden, keinesfalls überwiegende Unterhaltsleistungen darstellten. Weiters sei eine zumindest 2 1/2-jährige Unterbringung in einer Justizanstalt keine vorübergehende Aufhebung der Hausgemeinschaft. Nachdem die Justizanstalt zur Unterhaltsleistung verpflichtet sei, stellten die Leistungen des Bw keine überwiegenden Unterhaltsleistungen dar.

Der steuerliche Vertreter verweist auf sein umfangreiches Vorbringen in den Eingaben.

### ***Über die Berufungen wurde erwogen:***

Ergänzend zu den Ausführungen in der BVE ist auszuführen:

Das Finanzamt beruft sich auf die Eintragungen im Zentralmelderegister (ZMR). Erhebungen haben ergeben, dass diese Eintragungen zum Teil unrichtig waren.

Folgende Haftzeiten des Sohnes - den Streitzeitraum betreffend - werden durch die Auskunftsschreiben der Justizanstalten Josefstadt und Gerasdorf bestätigt:

Justizanstalt Gerasdorf	21.5.2008	23.8.2010
Justizanstalt Josefstadt	4.4.2008	21.5.2008
Justizanstalt Josefstadt	30.7.2007	14.9.2007

Für die Zeiten, in denen der Sohn nicht in Haft war, konnten keine Anhaltspunkte dafür gefunden werden, dass der Sohn sich an einem anderen Ort als im Haushalt des Bw aufgehalten hätte.

Das Finanzamt ging davon aus, dass der Sohn in der Zeit vom 15.9.2007 bis 3.4.2008 in Haft war und beruft sich dabei auf die Auskunft des ZMR. Wie bereits oben ausgeführt, war der Sohn vom 30.7.2007 bis 14.9.2007 in Haft. Für die Zeit vom 15.9.2007 bis 3.4.2008 war der Sohn nicht in Haft, was durch die Auskunft der Justizanstalt Josefstadt bestätigt wird. Die entsprechende Eintragung im ZMR dürfte irrtümlich erfolgt sein, es konnte aber im Nachhinein nicht geklärt werden, wie es zu dieser unrichtigen Eintragung gekommen ist.

Das FLAG normiert die Voraussetzungen, unter denen die Familiebeihilfe zu gewähren ist, zählt aber keine Ausschließungsgründe auf. Das bedeutet, dass die Familienbeihilfe bei Vorliegen der Voraussetzungen zu gewähren ist und bei Nichtvorliegen ist der Anspruch zu versagen. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, während einer Strafhaft bleibe der Anspruch auf Familiebeihilfe erhalten, nur weil keine ausdrückliche Ausschlussbestimmung vorgesehen ist. Es steht dem Gesetzgeber frei, derartige Ausschlussbestimmungen in anderen Gesetzen wie z.B. dem Pflegegeldgesetz zu normieren.

Haushaltszugehörigkeit:

Die Erziehung in einem Heim ist mit dem Aufenthalt in einer Strafanstalt nicht vergleichbar, sodass die bezug habenden Berufungsausführungen zu keinem anderen Ergebnis führen können.

Im Fall einer Strafhaft vermag das voluntative Element keine andere Beurteilung herbeizuführen. Selbst wenn der Sohn den Willen hat, nach Verbüßung der Strafhaft wieder

Im Haushalt des Bw zu leben, kann dennoch nicht davon ausgegangen werden, dass der Sohn während der Strafhaft dem Haushalt des Bw zugehörig ist, insbesondere dann nicht, wenn die Strafhaft über einen längeren Zeitraum andauert hat. Es darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass der Sohn seit 4.4.2008 ununterbrochen zumindest 2 1/2 gedauert in Haft war. Dieser Zeitraum kann wohl nicht als „vorübergehend“ angesehen werden.

Offensichtlich geht auch der Bw davon aus, dass, dass der Sohn während der Haft nicht haushaltszugehörig war, da ansonsten die Berufungsausführungen betreffend überwiegende Unterhaltsleistung, die ja voraussetzt, dass der Sohn nicht haushaltszugehörig ist, keinen Sinn ergäben.

Lediglich hinsichtlich der Haft vom 30.7.2007 bis 14.9.2007 kann davon ausgegangen werden, dass diese kurze Abwesenheit die Haushaltszugehörigkeit nicht unterbricht.

Unterhalt:

Nach § 31 StrVG haben die Haftanstalten für den Unterhalt der Gefangenen zu sorgen. Es handelt sich dabei um die Leistung eines gesetzlichen Unterhalts.

Sämtliche Leistungen des Bw an seinen Sohn wie z.B. Taschengeld, Computer, Rechtsanwaltskosten usw. stellen freiwillige Leistungen dar und kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Bw für seinen Sohn überwiegend den Unterhalt leistet.

Es ist auch nicht ersichtlich, warum die Kosten für Besuchsfahrten des Bw Unterhaltsansprüche des Sohnes sein sollen.

Selbst wenn das Erziehungs- und Besuchsrecht der Eltern während der Haft aufrecht ist, kann wohl nicht davon ausgegangen werden, dass den Bw deshalb die überwiegende Unterhaltspflicht trifft.

Anspruch auf Familienbeihilfe:

Da sich die Annahme des Finanzamtes, der Sohn habe sich seit 30.7.2007 bis zum 4.10.2010 ununterbrochen in Haft befunden, als unrichtig herausgestellt hat, müssen die Zeiträume, für die Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, neu berechnet werden.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates unterbricht die Haft vom 30.7.2007 bis 14.9.2007 nicht die Haushaltszugehörigkeit, sodass für diesen Zeitraum der Anspruch auf Familienbeihilfe weiter besteht.

Wie bereits oben ausgeführt, konnten keine Anhaltspunkte dafür gefunden werden, dass der Sohn im Zeitraum 19.9.2007 bis 3.4.2008 nicht dem Haushalt des Bw angehört hätte. Es

besteht somit auch für diesen Zeitraum Anspruch auf Familienbeihilfe. Der Anspruch ist somit für den Zeitraum August 2007 bis April 2008 gegeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 6. Juni 2011