

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 31.7.2015, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum Oktober 2014 bis Juli 2015, zu Recht erkannt:

Der Beschwerde wird hinsichtlich des Zeitraumes Oktober 2014 bis Februar 2015 Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird - soweit er über diesen Zeitraum abspricht - aufgehoben. Bezuglich des Zeitraumes März 2015 bis Juli 2015 wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt insoweit unverändert.

Verbleibender Rückforderungsbetrag:

Familienbeihilfe: $308,90 \text{ €} \times 5 = 1.544,50$; Kinderabsetzbeträge: $58,40 \text{ €} \times 5 = 292,00 \text{ €}$

Gesamt daher: **1.836,50 €.**

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.) bezog für ihren Sohn S., geb. 1987, auf Grund eines Gutachtens des Sozialministeriumservice vom 11.1.2013, mit dem diesem eine dauernde Erwerbsunfähigkeit attestiert wurde, im Streitzeitraum Oktober 2014 bis Juli 2015 erhöhte Familienbeihilfe.

S. bezieht seit 1.3.2009 eine Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit.

Mit Schreiben vom 28.05.2015 gab die Bf dem Finanzamt bekannt, dass ihr Sohn auf Grund einer Verurteilung gemäß § 21 Abs. 1 StGB am 29.04.2015 in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher eingewiesen worden sei.

Das Finanzamt forderte daraufhin von der Bf. mit Bescheid vom 31.07.2015 die für den Streitzeitraum Oktober 2014 bis Juli 2015 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge mit der Begründung zurück, dass Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehöre, haben. Eine Person,

zu deren Haushalt das Kind nicht gehöre, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage, habe dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Da sich der Sohn seit Oktober 2014 in Arrest befindet, müsse die Familienbeihilfe für den oben genannten Zeitraum rückgefordert werden.

Die Bf. erheb gegen den Rückforderungsbescheid fristgerecht Beschwerde und brachte darin vor, dass sich der Rückforderungsbescheid des Finanzamtes auf § 2 Abs. 2 FLAG 1967 stütze. Hierbei werde jedoch verkannt, dass im Falle ihres Sohnes nicht nur § 2 Abs. 2, sondern ergänzend auch § 2 Abs. 5 lit c FLAG 1967 zum Tragen komme, wo es auszugsweise heiße, dass ein Kind dann zum Haushalt einer Person gehöre, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teile. Die Haushaltsgewöhnlichkeit gelte nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beitrage; handle es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöhe sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Ihr Sohn befindet sich nicht - wie es im Bescheid laute - „in Arrest“, sondern auf Grund seines gesundheitlichen (psychischen) Zustandes („Leidens“) im Maßnahmenvollzug nach § 21 Abs. 1 StGB. Eine derartige Unterbringung entspreche nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH (z.B. 2006/13/0092) der einer Anstaltpflege im Sinne des § 2 Abs. 5 lit c FLAG 1967. Er sei auch während der gesamten Zeit der Untersuchungshaft aus gesundheitlichen Gründen auf einer Krankenstation gewesen.

Für ein in Anstaltpflege (§ 2 Abs. 5 lit. c FLAG 1967) befindliches Kind könne aber eine Person gemäß § 2 Abs. 5 lit. c FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie zumindest in gleicher Höhe zu den Kosten des Unterhalts des Kindes beitrage.

Zudem sei es nach der geltenden Rechtsprechung (siehe o.a. VwGH-Erk.) unerheblich, ob als Beiträge zum Unterhalt im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. c FLAG nur solche gelten sollten, die gesetzlich geschuldet seien. Eine solche Bedeutung sei der Bestimmung nicht beizumessen. Sie sei in ihrem Regelungszusammenhang dahingehend auszulegen, dass die durch die Anstaltpflege bedingte Abwesenheit des Kindes nicht anspruchsschädlich sei, wenn die Familienbeihilfe dem Kind trotz der räumlichen Trennung zur Gänze zugute komme.

Die gleiche Auffassung würden im Übrigen auch die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 vertreten, die in der aktuellen wie in früheren Fassungen betonen würden, dass es "gleichgültig" sei, ob die Ausgaben für das Kind "freiwillig oder auf Grund einer gesetzlichen Verpflichtung erfolgen".

Die Bf. verwies diesbezüglich auf Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Abschnitt A, § 2, Seite 39.

Die strittigen Beträge seien ihrem Sohn durch wöchentliche Überweisungen, weiters durch Besorgungen, die ihr Sohn in der Anstalt nicht tätigen könne (Kleidung, Schuhe, Bücher, Tonträger u.a.), sowie durch andere Ausgaben im Auftrag ihres Sohnes, zugute gekommen.

Somit würden die Kriterien des § 2 Abs. 5 lit. c FLAG zur Gänze erfüllt.

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 24.09.2015 unter Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 2 Abs. 2 und 5 FLAG 1967 mit der Begründung ab, dass die Bf. in der von ihr eingebrachten Beschwerde mitgeteilt habe, dass sich ihr Sohn während der ganzen Zeit der Haftunterbringung nicht in "Arrest", sondern auf Grund seines gesundheitlichen Zustandes im Maßnahmenvollzug nach § 21 Abs. 1 StGB befindet. Sie würde wöchentliche Überweisungen tätigen und Besorgungen von Dingen machen, die ihr Sohn in der Anstalt nicht tätigen könne. Dadurch sehe die Bf. den gemeinsamen Haushalt nach § 2 Abs. 5 lit. c FLAG 1967 als nicht aufgehoben an, da sich der Sohn in Anstaltpflege befindet.

Unbestritten sei, so die Ausführungen des Finanzamtes, dass Sohn S. von 02.10.2014 bis 29.04.2015 in der Justizanstalt 1 inhaftiert gewesen sei und seit dem 29.04.2015 in der Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher in der Justizanstalt X. untergebracht sei. Weiters sei festzuhalten, dass S. nicht wegen seines Leidens, sondern wegen einer Strafverurteilung in der Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher untergebracht sei.

Die Bestimmungen des § 2 Abs. 5 lit. c FLAG 1967 würden von Haushaltzugehörigkeit, die nicht als aufgehoben gelte, ausgehen, wenn sich das Kind wegen eines Leidens nicht nur vorübergehend in Anstaltpflege befindet und die anspruchsberechtigte Person zu den Kosten des Unterhaltes beitrage.

Gemäß § 31 Abs. 1 Strafvollzugsgesetz hätten Anstalten zum Vollzug von Freiheitsstrafen nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für den Unterhalt der Strafgefangenen zu sorgen. Somit bestehe kein Unterhaltsanspruch seitens der Eltern und demnach auch kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. c FLAG.

Die Bf. stellte mit Schriftsatz vom 28.10.2015 einen Vorlageantrag und verwies darin auf die in der Beschwerde gemachten Ausführungen.

Den Begründungen in der Beschwerdevorentscheidung könne ua. deswegen nicht gefolgt werden, da der Feststellung des Finanzamtes, ihr Sohn sei nicht wegen eines Leidens, sondern wegen einer Strafverurteilung in der Justizanstalt X. untergebracht, keine Bedeutung zukomme.

Mehrfach, zB im Erkenntnis 2006/13/0092 vom 15.12.2009, habe der Verwaltungsgerichtshof festgestellt, dass die Unterbringung in der Justizanstalt X. der einer Unterbringung in "Anstaltpflege" entspreche.

Im letzten Satz der Begründung verweise das Finanzamt darauf, dass auf Grund der Unterhaltspflicht der Strafvollzugsanstalt kein Unterhaltsanspruch der Eltern und demnach

auch kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe bestünde. Diese Feststellung widerspreche offensichtlich der wörtlichen, wie auch der teleologischen Bedeutung des § 2 Abs. 5 lit. c FLAG, wo ja ausdrücklich geregelt werde, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe auch dann bestehe, wenn sich ein Kind in Anstaltpflege befindet und die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in der Höhe der Familienbeihilfe beitrage. Dies entspreche auch der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Es sei zudem unerheblich, ob als Beiträge zum Unterhalt im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. c FLAG nur solche gelten sollten, die gesetzlich geschuldet seien (Unterhaltpflicht) oder nicht. Eine solche Bedeutung sei der Bestimmung nicht beizumessen.

Das Finanzamt ersuchte die Bf. mit Ergänzungsauftrag vom 20.11.2015 um einen lückenlosen Nachweis ihrer monatlichen Unterhaltsleistungen an ihren Sohn S. (Überweisungsbelege, Rechnungen, ggf. Bestätigung der Justizanstalt, etc) samt Aufstellung ab Oktober 2014 bis laufend.

In Beantwortung des Ergänzungsauftrages führte die Bf. im Schriftsatz vom 09.12.2015 aus, dass sie Bankauszüge von den Überweisungen an die JA Josefstadt und die JA X. (insgesamt 2.920,- mit Stichtag 27.11.2015), Rechnungen über zwei für meinen Sohn angeschaffte Elektronikprodukte (insgesamt 289,89), Rechnung Fa. ... über das Zurücksetzen des Passwortes beim Laptop ihres Sohnes, Rechnung über Bekleidungsartikel (54,17) übermittelte und darauf hinweisen wolle, dass sie weitere Rechnungen über Produkte (insbes. Kleidung, Schuhe, Toilettenartikel, DVDs) im Wert von ca. 300,- Euro leider nicht vorlegen könne, da sie sich diese Rechnungen nicht aufgehoben habe, da ihr damals, zum Zeitpunkt des Einkaufs, nicht bewusst gewesen sei, dass sie vielleicht einmal diese Rechnungen vorlegen müsse.

Zur Honorarnote des Rechtsanwalts (3000,- Pauschalhonorar), der ihren Sohn im Strafverfahren vertreten habe, wolle sie noch anmerken, dass ihr Sohn nach Inhaftierung den ausdrücklichen Wunsch geäußert habe, nicht durch einen Pflichtverteidiger vertreten zu werden, sondern von Herrn RA Dr. Y. Im Hinblick darauf, dass sie davon ausgegangen sei, dass die dadurch anfallenden Kosten langfristig durch die Familienbeihilfe abgedeckt werden könnten, habe sie ihrem Sohn die Kosten vorgestreckt, und sie habe mit ihrem Sohn vereinbart, dass diese RA-Kosten in Form von Teilrückzahlungen aus der Familienbeihilfe einbehalten werden sollten. Aus diesem Grund werde ihrem Sohn nicht der gesamte Betrag überwiesen, sondern werde von ihr monatlich ein Teilbetrag zurückbehalten, bis ihre Auslagen für den Rechtsanwalt abgedeckt seien.

Betreffend der Bankauszüge wolle sie noch darauf hinweisen, dass diese auch auf ihren Mann lauten würden, da ihr Mann und sie zwar jeweils eigene, getrennte Konten hätten, sie beide aber dennoch, jeweils gemeinsam als Kontobesitzer gelten würden. Aus irgendwelchen Gründen der Bank scheine aber primär der Name ihres Mannes an erster Stelle auf.

Mit Ergänzungsschreiben vom 18.12.2015 teilte die Bf. dem Finanzamt mit, dass sie für ihren Sohn freiwillig monatlich ca. € 200,-- auf sein Sub-Konto in der Justizanstalt

X. einzahle. Die Zahlung erfolge in der Annahme, dass dies von der Familienbeihilfe abgedeckt werde.

Sie überweise ihrem Sohn deshalb nicht den vollen Familienbeihilfenbetrag und Absetzbetrag, weil sie ihrem Sohn die seinerzeit entstandenen Rechtsanwaltskosten in Höhe von € 3.000,-- vorgestreckt habe und sie sich deshalb nun monatlich einen Teilbetrag der Familienbeihilfe von ca. € 160,-- zurückbehalte. Sobald dieser "Privatkredit" zurückbezahlt sei (dies werde ca. in einem Jahr sein), werde sie natürlich ihrem Sohn die gesamte Familienbeihilfe überweisen. Sollte diese Vorgangsweise für den Antrag hinderlich sein, könne sie natürlich ihrem Sohn nachträglich auch den vollen Restbetrag nachzahlen.

Sie wollte noch in eigener Sache darauf hinweisen, dass ihr Sohn vor ca. 10 Jahren schwer schizophren erkrankt sei. Auf Anraten des Vereines für Sachwalterschaft hätten sie und ihr Mann den Sohn nicht besachwalten lassen, solange es ohne gegangen sei. Dies sei auch lange Zeit so halbwegs gut gegangen.

Im September 2014 habe jedoch der Sohn dann die Straftat begangen. Er habe in einem psychotischen Schub an ihrem Mann einen Mordversuch begangen (13 lebensbedrohliche Messerstiche), weshalb er nun (wegen Unzurechnungsfähigkeit) in X. untergebracht sei.

Da ihr Sohn nach wie vor keinen Sachwalter habe, sei sie (trotz der Straftat gegen ihren Mann) gehalten, alle rechtlichen Möglichkeiten auszuschöpfen, um ihrem Sohn – zumindest finanziell – sein Leben erträglich zu gestalten.

In einer besonderen Situation sei natürlich auch ihr Mann, der zwar von seinem Sohn fast umgebracht worden sei, aber dennoch sie und ihren Sohn bestmöglich unterstützen wolle.

Da sie selbst auf Grund der ganzen Geschichte wenig belastbar und nervlich sehr angespannt sei, bevollmächtigte sie hiermit auch ihren Mann, sie in der ganzen Angelegenheit zu vertreten.

Das Bundefinanzgericht hielt der Bf. die Ausführungen des Finanzamtes im Vorlagebericht vor, die wie folgt lauten:

"*Sachverhalt:*

Die Beschwerdeführerin (Bf) bezog für ihren Sohn S., geb. 25.02.1987 laufend gemäß § 2 Abs. 1 lit. c FLAG die (erhöhte) Familienbeihilfe (FB). Im Gutachten des Sozialministeriumsservice vom 11.01.2013 war eine dauernde Erwerbsunfähigkeit attestiert worden. Der Sohn bezieht seit 01.03.2009 eine Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit.

Am 28.05.2015 gab die Bf dem Finanzamt bekannt, dass ihr Sohn auf Grund einer Verurteilung am 29.04.2015 in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher eingewiesen wurde.

Laut Melderegister war der Sohn von 02.10.2014 bis 29.04.2015 in der Justizanstalt 1 in Untersuchungshaft und befindet sich laut Gerichtsurteil des Landesgerichts Wien vom

26.02.2015 ab 29.04.2015 gemäß § 21 Abs. 1 StGB in der Justizanstalt X.. Ab 26.02.2015 werden gemäß § 324 Abs. 3 und 4 ASVG 80 v.H. der Pension des Sohnes einbehalten. Von monatlich 827,82 Euro netto verbleiben dem Sohn 165,57 Euro und die 13. und 14. Pensionsanweisung.

Belegsmäßig nachgewiesen wurden folgende freiwillige Leistungen der Bf an den Sohn:

Monat	Überweisungen	Extras	Gesamt
10/2014	270		270
11/2014	300		300
12/2014	430		430
1/2015	280		280
2/2015	140		140
3/2015	3.000		3.000
4/2015	0		0
5/2015	200	159,90	359,90
6/2015	250	54,17	259,17
7/2015	200		200
8/2015	250	114,99	364,99
9/2015	200		200
10/2015	200		200
11/2015	200		200
Gesamt			2.920

Die Familienbeihilfe wurde mit Bescheid vom 31.07.2015 von Oktober 2014 bis zur letzten Auszahlung im Juli 2015 rückgefordert.

Die dagegen erhobene Beschwerde vom 17.08.2015 wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 24.09.2015 abgewiesen. Am 28.10.2015 beantragte die Bf die Vorlage der Beschwerde an das Bundesfinanzgericht.

Beweismittel:

Siehe Inhaltsverzeichnis.

Stellungnahme:

Von 02.10.2014 bis 26.02.2015 befand sich der Sohn der Bf in Untersuchungshaft.

Zur Untersuchungshaft wird auf VwGH 24.1.2007, 2003/13/0141, verwiesen.

Demnach besteht in diesem Zeitraum gemäß § 2 Abs. 5 lit. a FLAG Anspruch auf FB

infolge Haushaltzugehörigkeit des Sohnes zur Bf. (vgl. auch BFG vom 08.07.2015, RV/7101986/2013).

Am 26.02.2015 wurde der Sohn der Bf gemäß § 21 Abs. 1 StGB in eine Anstalt eingewiesen. Gemäß § 2 Abs. 5 lit c FLAG liegt eine fiktive Haushaltzugehörigkeit eines behinderten Kindes in Anstaltpflege nur dann vor, wenn die Kostenbeiträge zum Unterhalt mindestens in Höhe der erhöhten FB geleistet werden. Die erhöhte FB betrug im Rückforderungszeitraum 367,30 Euro monatlich.

Die nachgewiesenen Kostenbeiträge erreichen ab März 2015 in keinem Monat die Höhe der erhöhten FB, weshalb der Bf ab März 2015 die FB versagt werden muss.

Nach Ansicht des Finanzamtes besteht aber ab März 2015 gemäß § 6 Abs. 5 FLAG ein Anspruch auf FB beim Sohn selbst, da er sich in Folge der Einbehaltung eines Pensionsanteils nicht zur Gänze auf Kosten der öffentlichen Hand in Anstaltpflege befindet."

Die Bf. brachte hierzu folgende Stellungnahme ein:

"In der tabellarischen Aufstellung des Finanzamtes wird der Betrag von 3000,- Euro, den ich meinem Sohn im März 2015 quasi als Privatkredit zur Bezahlung des Anwaltes vorgestreckt habe, zwar angeführt, aber in keiner Weise berücksichtigt.

Wie ich in meinen Stellungnahmen an das FA 12 (nochmals in der Anlage) angeführt habe, überweise ich meinem Sohn deshalb nicht die gesamte Familienbeihilfe, sondern lediglich 50,- Euro wöchentlich (im Schnitt 200,- Euro monatlich), weil ich mir im Einvernehmen mit ihm den Restbetrag (monatlich 167,30) zur ratenmäßigen Erstattung des oben genannten Betrages von 3000,- Euro ein behalte. Die vollständige Rückzahlung des „Privatkredits“ durch Abzug von Teilbeträgen von der Familienbeihilfe wird mit Ablauf des November 2016 erfolgt sein. Von diesem Zeitpunkt an würde ich — sollte meinem Antrag stattgegeben werden - meinem Sohn den vollen Betrag (derzeit € 367,30) überweisen.

Ich vertrete daher - entgegen der Aussage des FA 12 - die Meinung, dass ich meinem Sohn im gesamten Zeitraum den vollen Betrag anweise. Eine umständliche Finanztransaktion in der Weise, dass ich meinem Sohn zuerst den vollen Betrag anweise und er mir dann den Teilbetrag, den er mir schuldet, rücküberweist, scheint mir wenig zweckmäßig. Die von mir gewählte Vorgangsweise ist transparent und nachvollziehbar. Wieso dies vom FA 12 nicht berücksichtigt wurde, ist mir unverständlich, zumal der Betrag (3.000,- Euro) ja expliziert angeführt wird.

Gleichzeitig teile ich der Vollständigkeit halber mit, dass ich - quasi als Vorleistung, in der Annahme, dass meiner Beschwerde stattgegeben wird - weiterhin meinem Sohn wöchentlich € 50,00 überweise. Die Überweisung erfolgte bis zur 19. Woche 2016 an die Justizanstalt X., in Absprache mit der Sozialarbeiterin der JA X. jedoch wegen finanzieller Fehlgebarungen meines Sohnes, die im Zusammenhang mit seiner psychischen Erkrankung stehen, ab der 20. Woche auf sein Konto

Ich ersuche daher meiner Argumentation in Bezug auf den vorgestreckten Betrag von 3000,- Euro zu folgen. Im Übrigen verweise ich nochmals auf die Judikatur zum § 2 Abs. 5 lit c FLAG 1967 und auf die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (siehe meine ausführliche Begründung in der Beschwerde).

Ich ersuche daher, meiner Beschwerde stattzugeben."

Über die Beschwerde wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Sohn der Bf. ist wegen einer vor der Vollendung des 21. Lebensjahres eingetretenen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (Sachverständigengutachten vom 11.1.2013). Der Sohn bezieht seit 1.3.2009 eine Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit.

Laut Melderegister war der Sohn von 2.10.2014 bis 29.4.2015 in der Justizanstalt 1, davon bis 26.2.2015 in Untersuchungshaft, und befindet sich laut Gerichtsurteil des Landesgerichts Wien vom 26.2.2015 ab 29.4.2015 gemäß § 21 Abs. 1 StGB in der Justizanstalt X..

Laut Schreiben der Justizanstalt X. vom 18.12.2015 bezieht der Sohn der Bf. eine Invaliditätspension von 827,82 € netto. Er wurde mit Urteil des LG Wien vom 26.2.2015 in die vorbeugende Maßnahme gemäß § 21 Abs. 1 StGB eingewiesen. Ab diesem Zeitpunkt stehen dem Bund gemäß § 324 Abs. 3 und 4 ASVG 80 % seiner Pension zu.

Der Pensionsanteil, der an den Sohn der Bf. monatlich ausbezahlt wird, beträgt 165,67 €. Die 13. und 14. Pensionsanweisung wird nicht geteilt und erhält der Sohn der Bf. zur Gänze.

Die Bf. erbrachte an ihren Sohn nachweislich die im Vorlagebericht des Finanzamtes ausgewiesenen Leistungen.

Gesetzliche Bestimmungen und rechtliche Würdigung:

§ 2 Abs. 5 lit. c FLAG 1967 lautet: "Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltstugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn...

c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltpflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4)."

§ 21 Abs. 1 StGB lautet:

"Begeht jemand eine Tat, die mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist, und kann er nur deshalb nicht bestraft werden, weil er sie unter dem Einfluß eines die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Zustandes (§ 11) begangen hat, der auf einer

geistigen oder seelischen Abartigkeit von höherem Grad beruht, so hat ihn das Gericht in eine Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher einzulegen, wenn nach seiner Person, nach seinem Zustand und nach der Art der Tat zu befürchten ist, daß er sonst unter dem Einfluß seiner geistigen oder seelischen Abartigkeit eine mit Strafe bedrohte Handlung mit schweren Folgen begehen werde."

Gemäß § 31 Abs. 1 Strafvollzugsgesetz (StVG) haben die Anstalten zum Vollzug von Freiheitsstrafen nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für den Unterhalt der Strafgefangenen zu sorgen. Nach § 167 Abs. 1 StVG gilt (u.a.) § 31 Abs. 1 StVG dem Sinne nach auch für die Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher.

Es liegt daher seitens der Mutter keine Unterhaltsverpflichtung vor.

Laut Erkenntnis des VwGH 15.12.2009, 2006/13/0092, das ebenfalls die Gewährung von Familienbeihilfe für den Sohn der damaligen Beschwerdeführerin betrifft, kann aber ein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 5 lit. c FLAG 1967 trotzdem bestehen. Der Gerichtshof führt dazu Folgendes aus:

"Es ist aber auch nicht ersichtlich, weshalb als Beiträge zum Unterhalt im Sinne des § 2 Abs. 5 lit. c FLAG nur solche gelten sollten, die gesetzlich geschuldet sind. Eine solche Bedeutung ist der Bestimmung nicht beizumessen. Sie ist in ihrem Regelungszusammenhang dahingehend auszulegen, dass die durch die Anstaltpflege bedingte Abwesenheit des Kindes nicht anspruchsschädlich ist, wenn die Familienbeihilfe dem Kind trotz der räumlichen Trennung zur Gänze zugute kommt."

Hieraus ist abzulesen, dass auch eine freiwillige Unterhaltsleistung im Rahmen des § 2 Abs. 5 lit. c FLAG 1967 zu berücksichtigen ist.

In seinem Erkenntnis VwGH 29.4.2013, 2011/16/0173, das die "schlichte" Strafhaft betrifft, führt der Gerichtshof hingegen Folgendes aus:

"Die Familienbeihilfe will den Unterhaltsbelasteten entlasten und den Mindestunterhalt des Kindes sichern (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 21. September 2006, 2004/15/0103, mwN).

In Verfolgung dieses familienpolitischen Ziels ist der Gesetzgeber frei und innerhalb des ihm zustehenden Gestaltungsspielraumes nur insofern durch das Gleichheitsgebot beschränkt, als es ihm verwehrt ist, Regelungen zu treffen, für die eine sachliche Rechtfertigung nicht besteht (vgl. in stRsp etwa das Erkenntnis des VfGH vom 16. Juni 2011, G 6/11, VfSlg 19.411). Als unsachlich hat der Verfassungsgerichtshof etwa angesehen, dass Eltern durch die Eheschließung eines Kindes, das aber nicht aus dem Hausverband ausschied, trotz gleich bleibender Belastung vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen wurden (Erkenntnis des VfGH vom 18. März 1980, G 35/79, VfSlg 8.793).

Das Familienbeihilfenrecht geht von typisierenden Sachverhalten aus, die den Anspruch auf Familienbeihilfe vermitteln. In diesem Zusammenhang gelten auch

in verfassungsrechtlich zwingender Berücksichtigung der Unterhaltskosten als außergewöhnliche Belastung bei der Einkommensbesteuerung die Unterhaltsleistungen für ein Kind durch die Familienbeihilfe sowie gegebenenfalls den Kinderabsetzbetrag (§ 34 Abs. 7 Z 1 EStG) oder durch den Unterhaltsabsetzbetrag (§ 34 Abs. 7 Z 2 EStG) abgegolten. Die von der Verfassung geforderte steuerliche Berücksichtigung der Unterhaltsleistungen erfolgt für den Regelfall durch diese Transferleistungen; die Berücksichtigung atypischer Aufwendungen ist in den durch § 34 EStG gezogenen Grenzen zusätzlich möglich (vgl. auch das Erkenntnis des VfGH vom 30. November 2000, B 1340/00, VfSlg 16.026). In diesem Zusammenhang muss der Gesetzgeber nicht auf die individuellkonkreten tatsächlichen Unterhaltsleistungen Bedacht nehmen, sondern darf von Durchschnittswerten ausgehen und jenen Unterhalt zu Grunde legen, der sich typischerweise ergibt (vgl. das Erkenntnis des VfGH vom 27. Juni 2001, B 1285/00, VfSlg 16.226).

Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber eine Reihe von Tatbeständen für den Familienbeihilfenanspruch formuliert, welche von der Unterhaltsleistung unabhängig sind:

- die absolute Beschränkung mit Erreichen einer Altersgrenze (zB § 2 Abs. 1 lit. b FLAG), welche verfassungsrechtlich zulässig ist (vgl. das erwähnte Erkenntnis des VfGH vom 16. Juni 2011);*
- den Ausschluss der Familienbeihilfe bei ständigem Aufenthalt des Kindes im Ausland (§ 5 Abs. 3 FLAG), welcher verfassungsrechtlich zulässig ist (vgl. die Erkenntnisse des VfGH vom 15. Juni 2002, G 112/99, VfSlg 16.542, und vom 14. Dezember 2001, B 2366/00, VfSlg 16.380);*
- den Ausschluss der Familienbeihilfe, wenn eigenes Einkommen des Kindes einen bestimmten Geldbetrag im Kalenderjahr übersteigt (§ 5 Abs. 1 FLAG), wobei etwa bei hohem Einkommen im zweiten Halbjahr der Familienbeihilfenanspruch auch im ersten Halbjahr trotz damals bestehender Unterhaltpflicht und trotz allenfalls erfolgter Unterhaltsleistungen wegfällt.*

Vor allem beim sogenannten Eigenanspruch von Kindern, denen die Eltern nicht überwiegend Unterhalt leisten (§ 6 Abs. 5 FLAG), setzt der Anspruch auf Familienbeihilfe voraus, dass sich das Kind nicht auf Kosten der Jugendwohlfahrtspflege oder der Sozialhilfe in Heimerziehung befindet. Hier leuchtet der Gedanke hervor, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen ist, wenn die öffentliche Hand überwiegend oder grundsätzlich für den Unterhalt des Kindes sorgt, auch wenn die Eltern zum Teil Unterhalt leisten.

Auch mit der Bestimmung des § 3 Abs. 4 FLAG, wonach der Anspruch auf Familienbeihilfe von Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, voraussetzt, dass sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten, hat der Gesetzgeber (verfassungsrechtlich unbedenklich - vgl. etwa den Beschluss des VfGH vom 16. März 2007, B 1397/06) ausgedrückt, dass die

Deckung der typischen Unterhaltsansprüche durch die öffentliche Hand den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließt.

In diesen rechtlichen Rahmen fällt auch die hg. Rechtsprechung zum Ausschluss der Familienbeihilfe für Kinder, die den Präsenzdienst, Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten (vgl. im Zusammenhang mit dem Grundwehrdienst das erwähnte hg. Erkenntnis vom 21. September 2006, 2004/15/0103, und im Zusammenhang mit dem Zivildienst das hg. Erkenntnis vom 29. September 2010, 2007/13/0120).

Im Beschwerdefall war der typischerweise anfallende Unterhalt des M. in Form von Unterkunft, Bekleidung und Verpflegung (jugendliche Straftäter sind nach § 58 Abs. 2 des Jugendgerichtsgesetzes - JGG - überdies ihrer körperlichen Entwicklung entsprechend reichlicher zu verpflegen) von der Bestimmung des § 31 Abs. 1 StVG erfasst (vgl. zur Abgrenzung von Untersuchungshäftlingen etwa den Beschluss des OGH vom 23. Februar 1999, 1 Ob 352/98s). Die für einen Gefangenen in einer Strahaft verbleibenden Restbedürfnisse, auch wenn sie vom Beschwerdeführer in Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gedeckt worden sein mögen, ändern daran nichts.

Der Verwaltungsgerichtshof knüpft daher an seine Rechtsprechung zu Kindern an, deren typischer Unterhalt durch die öffentliche Hand gedeckt ist (vgl. die erwähnten hg. Erkenntnisse vom 21. September 2006 und vom 29. September 2010), und nimmt in teleologischer Reduktion des § 2 Abs. 1 lit. a FLAG an, dass bei Sachverhaltsgestaltungen wie im Beschwerdefall kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben ist. Auf die Bestimmung des § 2 Abs. 2 FLAG braucht dabei nicht mehr eingegangen werden."

Dieser Judikaturlinie folgt der VwGH in seinem Erkenntnis VwGH 25.2.2016, Ra 2014/16/0014:

"Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Bundesfinanzgericht im Instanzenzug den Antrag der Revisionswerberin vom 11. März 2013 auf Gewährung der Familienbeihilfe und der erhöhten Familienbeihilfe ab März 2008 für ihren 1984 geborenen Sohn ab. Begründend führte es aus, dass der Sohn der Revisionswerberin als subsidiär Schutzberechtigter Leistungen aus der Grundversorgung (als Mietzuschuss, Geldleistungen für Verpflegung und Bekleidung sowie Krankenversicherung) beziehe, was gemäß § 3 Abs. 4 FLAG, der auch auf die anspruchsvermittelnde Person anzuwenden sei, der Gewährung von Familienbeihilfe entgegenstehe. Den Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision begründete das Bundesfinanzgericht damit, dass der Verwaltungsgerichtshof zur Rechtsfrage, ob ein Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 3 Abs. 4 FLAG bestehe, wenn Leistungen aus der Grundversorgung bezogen werden, bereits abgesprochen habe.

Dagegen richtet sich die vorliegende Revision, in welcher sich die Revisionswerberin im Recht auf Zuerkennung der Familienbeihilfe sowie der erhöhten Familienbeihilfe verletzt erachtet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter näher geregelten Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder.

§ 3 Abs. 1 und 4 FLAG (Abs. 1 idF BGBI. I Nr. 35/2014 und Abs. 4 idF BGBI. I Nr. 168/2006) lauten:

"§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBI. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBI. I Nr. 100/2005 idF BGBI. I Nr. 87/2012, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

...

(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde."

Die Materialien (62/A XXIII. GP) zu der zuletzt genannten Bestimmung lauten auszugsweise:

"Weiters soll künftig auch für Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde, ein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderbetreuungsgeld eingeräumt werden, sofern diese auf Grund ihrer Hilfsbedürftigkeit nicht bereits Leistungen im Rahmen der Grundversorgung nach Maßgabe der Grundversorgungsvereinbarung nach Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern erhalten und durch eigene Erwerbstätigkeit zu ihrem Lebensunterhalt beitragen."

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Das Bundesfinanzgericht hat gemäß § 25a Abs. 1 VwGG im Spruch seines Erkenntnisses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Der Verwaltungsgerichtshof ist gemäß § 34 Abs. 1a VwGG bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Bundesfinanzgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 leg. cit. nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 leg. cit.) zu überprüfen.

Die Revisionswerberin begründet die Zulässigkeit ihrer Revision damit, es komme zur Frage, ob Familienbeihilfe für volljährige behinderte Kinder zustehe, (allein) auf die bei der Antragstellerin vorliegenden Voraussetzungen an, und dass zu einem ähnlich gelagerten Sachverhalt bis dato keine einheitliche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vorliege.

Die außerordentliche Revision ist zulässig.

Eine ausdrückliche Rechtsprechung zu der von Revisionswerberin aufgeworfenen Frage besteht - soweit ersichtlich - nicht. Lediglich implizit hat der Verwaltungsgerichtshof diese Frage im Erkenntnis vom 29. April 2013, 2011/16/0173, verneint.

Die Revision ist jedoch nicht berechtigt.

In dem soeben erwähnten Erkenntnis sprach der Verwaltungsgerichtshof - aufbauend auf seine bisherige Rechtsprechung zu Fällen der Leistung des Grundwehrdienstes und des Zivildienstes in den hg. Erkenntnissen vom 21. September 2006, 2004/15/0103, und vom 29. September 2010, 2007/13/0120 - für ein die Strahaft verbüßendes Kind aus, dass in Konstellationen, bei denen typischer Unterhalt der Kinder durch die öffentliche Hand gedeckt ist, kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht. Dabei wurde auf die Wertungsentscheidung des § 3 Abs. 4 FLAG Bezug genommen, wonach der Anspruch auf Familienbeihilfe von Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, voraussetzt, dass sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten. Es wurde darauf hingewiesen, dass darin der Gesetzgeber ausgedrückt hat, dass die Deckung der typischen Unterhaltsansprüche durch die öffentliche Hand den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließt. Damit kam der Verwaltungsgerichtshof zum Ergebnis, dass in teleologischer Reduktion des § 2 Abs. 1 lit a und b FLAG bei den genannten Sachverhaltsgestaltungen kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben ist.

Die Revisionswerberin stützt sich darauf, dass in ihrer Person alle Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben seien und dass ihr Sohn die Voraussetzung des § 3 Abs. 4 zweiter Satz FLAG erfülle.

Dazu ist klarzustellen, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe einerseits verlangt, dass die Person des Anspruchsberechtigten die im Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) gestellten Voraussetzungen - soweit nicht unionsrechtlich verdrängt - erfüllt (z.B. den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Bundesgebiet - § 2 Abs. 1 FLAG, die Haushaltzugehörigkeit oder die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten - § 2 Abs. 2 FLAG, den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet - § 2 Abs. 8 FLAG, für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, eine näher festgelegte Aufenthaltsberechtigung - § 3 Abs. 1 und Abs. 3 erster Satz und Abs. 4 erster Satz FLAG).

Zudem muss aber auch das Kind, für welches ein Anspruch auf Familienbeihilfe geltend gemacht wird, die für dieses im FLAG gestellten Voraussetzungen - soweit nicht unionsrechtlich verdrängt - erfüllen (z.B. bei Volljährigen die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. b bis 1 FLAG, bei Kindern, die nicht österreichische Staatsbürger sind, eine

näher festgelegte Aufenthaltsberechtigung - § 3 Abs. 2, Abs. 3 zweiter Satz und eben - wie im Revisionsfall - Abs. 4 zweiter Satz FLAG).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem erwähnten Erkenntnis vom 29. April 2013, auf dessen Gründe gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, in teleologischer Reduktion der Bestimmung des § 2 Abs. 1 lit. a FLAG über die Voraussetzung für den Anspruch für ein Kind den Anspruch auf Familienbeihilfe verneint, wenn die Deckung der typischen Unterhaltsansprüche für das Kind durch die öffentliche Hand gedeckt wird. Dies ist auch auf den Sohn der Revisionswerberin anzuwenden, der zwar die Voraussetzung der Aufenthaltsberechtigung des § 3 Abs. 4 zweiter Satz FLAG erfüllt, jedoch nach den unstrittigen Feststellungen des Bundesfinanzgerichtes selbst Leistungen aus der Grundversorgung (also Mietzinszuschuss, Geldleistungen für Verpflegung und Bekleidung sowie Krankenversicherung) bezieht (zum Umfang der Leistungen aus der Grundversorgung vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 29. September 2011, 2011/16/0065, VwSlg 8.668/F) und dessen typischer Unterhalt in den wesentlichen Lebensbereichen der Unterbringung, Verpflegung, Bekleidung und Krankenversicherung somit durch die öffentliche Hand gedeckt wird.

Der Revisionswerberin steht sohin in teleologischer Reduktion des § 3 Abs. 4 zweiter Satz FLAG kein Anspruch auf Familienbeihilfe zu."

Unzweifelhaft besteht ab dem Beginn des Maßnahmenvollzugs keine Haushaltszugehörigkeit des Sohnes zur Bf. nach § 2 Abs. 5 erster Satz FLAG 1967. Ein Familienbeihilfenanspruch könnte sich somit nur auf § 2 Abs. 5 lit. c FLAG 1967 stützen.

Auch im Beschwerdefall steht jedoch fest, der typischerweise anfallende Unterhalt des Sohnes der Bf. in Form von Unterkunft, Bekleidung und Verpflegung von der Bestimmung des § 31 Abs. 1 StVG erfasst ist. Die für einen Gefangenen in einem Maßnahmenvollzug verbleibenden Restbedürfnisse, sei es, dass sie von der Bf. in Erfüllung ihrer Unterhaltpflicht oder auch freiwillig gedeckt worden sein mögen, ändern daran nichts.

Es ist kein Grund zu sehen, warum der vorliegende Fall, bei dem durch den Verweis in § 167 Abs. 1 StVG ebenfalls § 31 Abs. 1 StVG zur Anwendung kommt, abweichend von einer Strafhaft zu beurteilen ist. Das Bundesfinanzgericht folgt somit der jüngeren Judikatur des VwGH. In teleologischer Reduktion des § 2 Abs. 1 lit. c FLAG 1967 ist daher ab dem Zeitpunkt des Maßnahmenvollzugs kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben.

Für Zeiträume, in denen sich der Sohn der Bf. in Untersuchungshaft befunden hat, ist hingegen die Haushaltszugehörigkeit des Sohnes zur Bf. noch nicht aufgelöst (sh. VwGH 24.1.2007, 2003/13/0141; VwGH 29.4.2013, 2011/16/0195). Der Beschwerde konnte somit, soweit der angefochtene Bescheid über die Monate Oktober 2014 bis Februar 2015 abspricht, Folge gegeben werden.

Zulässigkeit einer Revision

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall vor, da das Judikat des VwGH 15.12.2009, 2006/13/0092, den späteren Erkenntnissen VwGH 29.4.2013, 2011/16/0173, und VwGH 25.2.2016, Ra 2014/16/0014, zu widersprechen scheint und nicht auf den Umstand eingeht, dass auch bei einem Maßnahmenvollzug § 31 Abs. 1 StVG anzuwenden ist.

Wien, am 13. Oktober 2016