

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Silvia Gebhart in der Beschwerdesache \*\*\*Bf1\*\*\*, \*\*\*Bf1-Adr\*\*\*, über die Beschwerde vom 23. September 2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart vom 31. August 2015, nunmehr Finanzamt Österreich, betreffend Abweisung des Eigenantrages der Beschwerdeführerin auf Gewährung des Grundbetrages an Familienbeihilfe vom 23. April 2015 und des Erhöhungsbetrages vom 16. März 2015 wegen Nichterlangung der Selbsterhaltungsfähigkeit ab Mai 2007, Steuernummer \*\*\*BF1StNr1\*\*\*, zu Recht erkannt:

- I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen. Der angefochtene Bescheid wird, soweit er über die Kalendermonate Mai 2007 bis März 2010 abspricht, dahin geändert, dass die Anträge zurückgewiesen werden. Für Zeiträume ab April 2010 bleibt der angefochtene Bescheid unverändert.
- II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang

Die Beschwerdeführerin (Bf) ist österreichische Staatsbürgerin und wurde am 12. Jänner 1978 geboren. Mit amtlichem Antragsformular Beih3 vom 16. März 2015 beantragte die Bf für sich den Erhöhungsbetrag an Familienbeihilfe wegen Nichterlangung der Selbsterhaltungsfähigkeit durch Ankreuzen „*ab dem Zeitpunkt des Eintrittes der erheblichen Behinderung, den die/der medizinische Sachverständige feststellt im Höchstausmaß von rückwirkend fünf Jahren ab Antragstellung*“. Das Antragsformular Beih3 sieht eine Ankreuzmöglichkeit für eine Ausgangssituation wie jene der Bf nicht vor. Als Erkrankung gab sie an „*Anorexie / Bulimie und Folgeerkrankungen*“. Pflegegeld werde nicht bezogen. Dem Antrag war ein Begleitschreiben folgenden Inhalts beigelegt: „*Habe bis 2007 erhöhte Familienbeihilfe bezogen, dann aufgrund eines Arbeitsversuches eingestellt. Wurde wegen Krankheit aber dann 2008 gekündigt. Seither habe ich keinen Neuantrag gestellt, weil ich dachte, dass ich zu alt bin. Wie telefonisch*

*besprochen sende ich Ihnen die Unterlagen von PVA zu (Erwerbsunfähigkeit) und vom Bundessozialamt.“*

Die belangte Behörde hat unter der Bezeichnung „Beilagen zum Antrag“ mit ON 6 folgende Unterlagen vorgelegt:

1. Mitteilung des Bundessozialamtes vom 2 April 2009 mit der bestätigt wird, dass laut Stellungnahme des ärztlichen Dienstes der festgestellte GdB von 70% zumindest seit dem Jahr 2006 bestehe. Ab 2009 betrage der GdB 50%.
2. Ablichtung des Behindertenpasses des Bundessozialamtes, Landesstellte Tirol, vom 31.03.2009, der der Bf einen GdB/Minderung der Erwerbsfähigkeit von 50% bescheinigt.
3. Schreiben der PVA vom 25.11.2014, mit dem diese der Bf mitgeteilt hat, die Wiederbegutachtung habe ergeben, dass weiterhin Erwerbsunfähigkeit vorliege.

Über Aufforderung der belangten Behörde reichte die Bf ein vollständig ausgefülltes amtliches Antragsformular Beih1 am 23.04.2015 nach (ON 7). Darin gab sie als Beruf „*Kinderbetreuungsgeldbezug*“ an und führte als „*Partner, von dem sie nicht dauernd getrennt lebe, oder als Lebensgefährten*“ \*\*\*1\*\*\* an, der als \*\*\*3\*\*\* im Ausland (\*\*\*2\*\*\*) arbeite. Ihren Familienstand gab die Bf mit „*ledig*“ an.

Die belangte Behörde leitete das qualifizierte Überprüfungsverfahren ein. Mit Bescheinigung des Bundessozialamtes vom 13.08.2015 (ON 8/1) wurde der Bf ein GdB von 50% ab Mai 2007 bescheinigt. Zur Fähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, wurde ausgeführt, dass diese „*bei entsprechender psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung wiederhergestellt werden* [könnte]. *Derzeit trotz Behandlungsnotwendigkeit keine spezifische Therapie; GdB könnte durch entsprechende Behandlung verbessert werden.* [S]eit dem letzten Vorgutachten vom Jan. 2004 deutliche Stabilisierung der Psychopathologie.“ Die dauernde Erwerbsunfähigkeit sei nicht vor dem 18. und nicht vor dem 21. Lebensjahr eingetreten.

Mit ON 8/2 wurde das ärztliche Sachverständigengutachten vom 07.01.2004 (im Folgenden: Vorgutachten) vorgelegt. Darauf hat die belangte Behörde vermerkt, dass für die Bf bereits seit März 1992 erhöhte FB gewährt worden ist.

Gemäß dem Sachverständigengutachten vom 07.01.2004 (im Folgenden: Vorgutachten) wurde die Diagnose „*Bulimia nervosa mit Osteoporose, chron. Hypokaliämie*“ gestellt sowie ein GdB von 70% für fünf Jahre bescheinigt. Der Rahmensatz wurde begründet: „*anlage* [gemeint wahrscheinlich analoge] RSP zur Psychose, hoher Rahmensatz, da laut \*\*\*9\*\*\* auch für weitere Jahre verminderte Belastbarkeit, in Dauertherapie“. Weiters sei „*die Bf voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.*“

Mit Bezug auf die Bescheinigung des Bundessozialamtes vom 13.08.2015, die der Bf gesondert zugegangen sei, wies die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid den Antrag als unbegründet ab, wogegen die Bf am 23.09.2019 form- und fristgerecht Bescheidbeschwerde erhab. Dem Schriftsatz fügte sie händisch die Ergänzung hinzu, dass folgende Unterlagen in einem gesonderten Kuvert nachgereicht würden: Bescheid von PVA – Halbwaisenpension, Bescheid vom Bundessozialamt und Behindertenpass 2009, teilweise Befunde von Uni-Klinik Innsbruck (Neuro, Nephro, Gyn), Befunde der psychosomatischen Abteilung.

Mit undatiertem Schriftsatz teilte die Bf der belangten Behörde mit: „*Hier noch die restlichen Befunde. Leider habe ich die Befunde von 1992-99 nicht erhalten. Diese wurden anscheinend nicht mehr archiviert.*“ Auf dem Dokument befindet sich der Aktenvermerk: „*dem SMS pers. übermittelt, 02.10.2015.*“

Mit dem Sachverständigengutachten vom 16.2.2016 wurde jenes vom 13.08.2015 bestätigt, doch wurde mit folgender Begründung keine Bescheinigung ausgestellt: „*Es liegt offensichtlich eine tiefgreifende chronifizierende psychiatrische Störung vor. Letzter stationärer Aufenthalt mit 2007 dokumentiert, ab dort ambulante Begutachtungen. O.g. Fragestellung aus der Aktenlage und generell aus ärztlicher Sicht nicht beurteilbar.*“ Mit Sofortiger Beantwortung des Bundessozialamtes vom 22.09.2016 wurde folgende Bescheinigung, die von der Sachbearbeiterin \*\*\*4\*\*\* unterschrieben und approbiert wurde, nachgereicht: „*Lt. Gutachten vom 16.02.2016 war [die Bf] von 2005 bis 2008 berufstätig (27 - 30a), damit kann keine dauernde Erwerbsunfähigkeit vor dem 21. Lj vorliegen. Im Gutachten vom 13.08.2015 steht bei Stellungnahme zu Vorgutachten: seit dem letzten Gutachten vom 01/2004 deutliche Stabilisierung der Psychopathologie, seit 2007 keine stationären psychiatr. Behandlungen mehr nötig gewesen.*“

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 14.07.2016 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, weil eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit auch im Beschwerdeverfahren nicht bescheinigt worden sei. Dagegen erhab die Bf form- und fristgerecht den als Beschwerde bezeichneten Vorlageantrag vom 10.08.2016.

Mit Vorlagebericht vom 14.03.2017 wurde die Beschwerde mitsamt dem Verwaltungsakt dem Bundesfinanzgericht elektronisch zur Entscheidung vorgelegt.

Anfang Mai 2017 erkundigte sich die Bf beim BFG nach dem Verfahrensstand. Anlässlich dieses Telefonats wurde der Bf mitgeteilt, dass die in der Beschwerde angeführten Beweismittel nicht Teil der Aktenvorlage seien, weil die Finanzämter generell solche Unterlagen dem Bundessozialamt übermitteln. Sie sagte, sie könne sich nicht mehr erinnern, was sie vorgelegt habe, und ersuchte um Übermittlung des gesamten Akteninhaltes, um überprüfen zu können, ob noch Unterlagen nachzureichen seien. Mit Schriftsatz des BFG vom 12. Mai 2017 wurde diesem Ersuchen entsprochen und gleichzeitig um Bekanntgabe einer Telefonnummer, unter

der die Bf untertags erreichbar sei, gebeten. Das Dokument wurde von der Bf laut Rückschein am 17.05.2017 persönlich übernommen. Auf den Schriftsatz hat die Bf nicht reagiert.

Mit Vorhalt des BFG vom 31.01.2022 wurde die Bf um Beantwortung folgender Fragen und Vorlage näher bezeichneter Unterlagen ersucht.

*„Wie Sie der übermittelten Aktenlage entnehmen, wird die von Ihnen in den Jahren 2005 bis 2008 ausgeübte Berufsausübung dahin verstanden, dass Sie zur Selbsterhaltung fähig sind. [...] Ich benötige für eine Entscheidung Ihre Mithilfe und die Beantwortung folgender Fragen sowie Nachreichung der angesprochenen Unterlagen:*

- 1.) Lohnzettel oder andere Gehaltsnachweise;*
- 2.) Dienstvertrag, Dienstverträge;*
- 3.) Beschreiben Sie die von Ihnen ausgeübte Tätigkeit und erklären Sie, weshalb Sie der Arbeit nicht weiter nachgehen konnten.*
- 4.) Von welcher Seite wurde das Arbeitsverhältnis (wurden die Arbeitsverhältnisse) beendet?*
- 5.) Waren Sie nach 2008 nochmals bei der Arbeitssuche erfolgreich? Wenn ja, legen Sie bitte die Dienstverträge vor.“*

Auf den Vorhalt reagierte die Bf nicht.

Die belangte Behörde wurde ersucht, sämtliche übermittelten Daten der Bf (Lohnzettel (§§ 84, 69 Abs 2, 3 Abs 1), Mitteilungen, § 109a EStG 1988 etc) von 2005 bis laufend vorzulegen. Dem Ersuchen kam die Behörde nach.

## **II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

Bescheidbeschwerde und Vorlageantrag sind form- und fristgerecht. Die Beschwerdevorentscheidung wurde am 25.40.2016 ausgefertigt. Nach erfolglosem Zustellversuch am 13.07.2016 wurde das Dokument hinterlegt, dessen Abholfrist am 14.07.2016 zu laufen begann. Daher ist der am 10.08.2016 eingelangte Vorlageantrag fristgerecht. Erkennbar begeht die Bf die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und an dessen Stelle die Erlassung einer Mitteilung gemäß § 12 FLAG 1967. Die Bescheidbeschwerde ist aus folgenden Gründen unbegründet:

### **1. Rechtsgrundlagen**

Gemäß § 2 Abs 1 lit c FLAG 1967 idF BG vom 30.12.2010, BGBl I 111/2010 (Budgetbegleitgesetz 2011) haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 27. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen

Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

Gemäß § 5 Abs 2 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, denen Unterhalt von ihrem Ehegatten oder ihrem früheren Ehegatten zu leisten ist.

§ 8 Absatz 5 und 6 FLAG 1967 lauten:

*„(5) Als erheblich behindert gilt ein Kind, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muß mindestens 50 vH betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind § 14 Abs. 3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, in der jeweils geltenden Fassung, und die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) vom 18. August 2010, BGBl. II Nr. 261/2010, in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.“*

*(6) Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen. Die diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.“*

§ 252 Abs 2 und 3 ASVG lautet auszugsweise:

*„Die Kindeseigenschaft besteht auch nach der Vollendung des 18. Lebensjahres, wenn und solange das Kind*

*[...]*

*3. seit der Vollendung des 18. Lebensjahres oder seit dem Ablauf des in Z 1 oder des in Z 2 genannten Zeitraumes infolge Krankheit oder Gebrechens erwerbsunfähig ist.*

*(3) Die Kindeseigenschaft nach Abs. 2 Z 3, die wegen Ausübung einer die Pflichtversicherung begründenden Erwerbstätigkeit weggefallen ist, lebt mit Beendigung dieser Erwerbstätigkeit wieder auf, wenn Erwerbsunfähigkeit infolge Krankheit oder Gebrechens weiterhin vorliegt.“*

Absatz 3 wurde dem § 252 ASVG mit Bundesgesetz vom 01.08.2014, mit dem das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz und das Bauern-Sozialversicherungsgesetz geändert werden, BGBl I 56/2014, angefügt.

Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) idF des Bundesgesetzes BGBl. II Nr. 251/2012 lautet auszugsweise:

*„Gemäß § 14 Abs. 3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 81/2010, wird verordnet:*

[...]

§ 2 Abs 1 Einschätzungsverordnung (EOV) - Grad der Behinderung – lautet

„Die Auswirkungen der Funktionsbeeinträchtigungen sind als Grad der Behinderung zu beurteilen. Der Grad der Behinderung wird nach Art und Schwere der Funktionsbeeinträchtigung in festen Sätzen oder Rahmensätzen in der Anlage dieser Verordnung festgelegt. Die Anlage bildet einen Bestandteil dieser Verordnung.“

Position 03.05 EOV lautet: „*Neurotische Belastungsreaktionen, somatoforme Störungen und posttraumatische Belastungsstörung PTSD (post traumatic stress disorder)*“

*Umfasst sind alle neurotischen Belastungsstörungen, somatoforme Störungen, Verhaltensstörungen und emotionale Störungen mit Beginn in der Kindheit. An erworbenen Funktionseinschränkungen soll die posttraumatische Belastungsstörung herausgestrichen werden.*

### **03.05.01 Störungen leichten Grades 10 – 40 %**

*10 %: Leichte affektive oder somatische Symptomatik, soziale Integration ist gegeben*

*20 %: intermittierende oder schon dauerhafte affektive oder somatische Störungen; Soziale Integration ist gegeben*

*30 – 40 %: Neben affektiven und somatischen Symptomen auch kognitive Störungen, Erste Zeichen sozialer Deintegration*

### **03.05.02 Störungen mittleren Grades 50 -70 %**

*50 %: Affektive, somatische und kognitive Störungen sowie ernsthafte Beeinträchtigung, der meisten sozialen Bereiche, Phasenweise Einschränkungen der Leistungsfähigkeit, Behandlung führt zu intermittierender Stabilisierung, wiederholter Leistungsknick, Zunehmende Chronifizierung, Beginnende soziale Desintegration*

*70 %: Therapieresistente Stimmungsveränderung, somatische und kognitive Symptome, krisenhafte Verschlechterungen mit passagerer wahnhafter Symptomatik, Dauerhafte Einschränkung der Leistungsfähigkeit, Soziale/familiäre Desintegration*

### **03.05.03 Störungen schweren Grades 80 – 100 %**

*80 %: Therapieresistente affektive, somatische und kognitive Symptomatik, Leistungsfähigkeit hochgradig reduziert*

*90-100 %: Therapieresistente Symptomatik, hinzu kommen soziale Isolation, Kombination mit anderen psychiatrischen Erkrankungen wie Sucht, Phobien, Psychosomaten, Familiäre und soziale Isolation“ (Hervorhebungen durch BFG)*

§ 162 ASVG idF BG vom 11.08.2008, BGBI I 120/2008, lautet:

„(1) Weiblichen Versicherten gebührt für die letzten acht Wochen vor der voraussichtlichen Entbindung, für den Tag der Entbindung und für die ersten acht Wochen nach der Entbindung ein tägliches Wochengeld. Weibliche Versicherte nach Frühgeburten, Mehrlingsgeburten oder Kaiserschnittentbindungen erhalten das Wochengeld nach der Entbindung durch zwölf Wochen. Über die vorstehenden Fristen vor und nach der Entbindung hinaus gebührt das Wochengeld ferner für jenen Zeitraum, während dessen Dienstnehmerinnen und Bezieherinnen einer Leistung nach dem AlVG, KGG oder KBGG sowie Versicherte nach § 43 Abs. 2 KGG im Einzelfall bei Dienstnehmerinnen nach § 4 Abs. 2 auf Grund eines arbeitsinspektions- oder amtsärztlichen, bei Dienstnehmerinnen nach § 4 Abs. 4 auf Grund eines amtsärztlichen Zeugnisses nachgewiesen wird, dass das Leben oder die Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung oder Aufnahme einer Beschäftigung gefährdet wäre. Dienstnehmerinnen nach § 4 Abs. 2 und 4 haben weiters für den Zeitraum eines Beschäftigungsverbotes für werdende Mütter nach § 13a Abs. 5 Tabakgesetz Anspruch auf Wochengeld.

(2) Die Achtwochenfrist vor der voraussichtlichen Entbindung gemäß Abs. 1 wird auf Grund eines ärztlichen Zeugnisses berechnet. Erfolgt die Entbindung zu einem anderen als dem vom Arzt angenommenen Zeitpunkt, so verkürzt oder verlängert sich die im Abs. 1 vorgesehene Frist vor der Entbindung entsprechend. Die Frist nach der Entbindung verlängert sich jedoch in jedem Falle bis zu dem Zeitpunkt, in dem das Beschäftigungsverbot nach den Vorschriften des Mutterschutzrechtes endet.

(3) Das Wochengeld gebührt in der Höhe des auf den Kalendertag entfallenden Teiles des durchschnittlichen in den letzten 13 Wochen (bei Versicherten, deren Arbeitsverdienst nach Kalendermonaten bemessen oder abgerechnet wird, in den letzten drei Kalendermonaten) vor dem Eintritt des Versicherungsfalles der Mutterschaft gebührenden Arbeitsverdienstes, vermindert um die gesetzlichen Abzüge; die auf diesen Zeitraum entfallenden Sonderzahlungen sind nach Maßgabe des Abs. 4 zu berücksichtigen. Für Dienstnehmerinnen nach § 4 Abs. 4 ist das tägliche Nettoeinkommen unter Zugrundelegung des im ersten Satz genannten Arbeitsverdienstes nach § 21 Abs. 3 zweiter Satz AlVG zu berechnen. Wurde von Versicherten, deren Arbeitsverdienst nach Kalendermonaten bemessen oder abgerechnet wird, lediglich im

*Kalendermonat des Eintrittes des Versicherungsfalles der Mutterschaft ein Arbeitsverdienst erzielt, so gilt dieser für die Ermittlung des durchschnittlichen in den letzten drei Kalendermonaten gebührenden Arbeitsverdienstes als im letzten vollen Kalendermonat vor dem Eintritt des Versicherungsfalles erzielt. Fallen in den für die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes maßgebenden Zeitraum auch Zeiten des Bezuges einer Leistung nach dem KBGG, nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977 oder nach dem Karenzgeldgesetz, so gilt für diese Zeiten als Arbeitsverdienst jenes Wochengeld, das auf Grund des Abs. 3a Z 2 in Verbindung mit Abs. 5 Z 3, des Arbeitslosenversicherungsgesetzes 1977 oder des Karenzgeldgesetzes beim Eintritt des Versicherungsfalles der Mutterschaft während des Leistungsbezuges gebührt hätte. Bei Versicherten, deren Lehrverhältnis während des genannten Zeitraumes geendet hat, ist, wenn es für die Versicherte günstiger ist, für die Ermittlung der Höhe des Wochengeldes der Arbeitsverdienst im letzten Beitragszeitraum, vermindert um die gesetzlichen Abzüge, heranzuziehen. Fallen in den für die Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes maßgebenden Zeitraum*

- a) Zeiten der im § 11 Abs. 3 bezeichneten Art,
- b) Zeiten, während derer die Versicherte infolge Krankheit, eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotes oder Kurzarbeit nicht das volle Entgelt bezogen hat oder
- c) Zeiten, während deren die Versicherte nach den §§ 14a oder 14b AVRAG oder einer gleichartigen Regelung zum Zwecke der Sterbegleitung eines (einer) nahen Verwandten oder der Begleitung eines schwersterkrankten Kindes nicht das volle oder kein Arbeitsentgelt bezogen hat,

*so bleiben diese Zeiten bei der Ermittlung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes außer Betracht. Liegen in dem maßgebenden Zeitraum nur Zeiten der in lit. a, b oder c bezeichneten Art vor, so verlängert sich der maßgebende Zeitraum um diese Zeiten; diese Zeiten bleiben bei der Berechnung des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes außer Betracht. In den Fällen des § 122 Abs. 3 erster Satz sind, wenn dies für die Versicherte günstiger ist, für die Ermittlung der Höhe des Wochengeldes nicht die letzten 13 Wochen bzw. drei Kalendermonate vor dem Eintritt des Versicherungsfalles der Mutterschaft heranzuziehen, sondern die letzten 13 Wochen bzw. drei Kalendermonate vor dem Ende der Pflichtversicherung oder vor dem Ende des Dienstverhältnisses.*

**(3a) Abweichend von Abs. 3 gebührt das Wochengeld**

1. den nach § 19a Abs. 6 als Pflichtversicherte geltenden Selbstversicherten in der Höhe von 7,55 € täglich;
2. den BezieherInnen von Kinderbetreuungsgeld in der Höhe des um 80% erhöhten Kinderbetreuungsgeldes. Berechnungsgrundlage ist der im § 3 Abs. 1 KBGG genannte Betrag.

An die Stelle des in der Z 1 genannten Betrages tritt ab 1. Jänner eines jeden Jahres der unter Bedachtnahme auf § 108 Abs. 6 mit dem jeweiligen Anpassungsfaktor (§ 108f) vervielfachte Betrag.

(4) Die auf die letzten 13 Wochen bzw. auf die letzten drei Kalendermonate entfallenden Sonderzahlungen sind bei der Bemessung des Wochengeldes in der Weise zu berücksichtigen, daß der nach Abs. 3 ermittelte Netto-Arbeitsverdienst um einen durch die Satzung des Versicherungsträgers allgemein festzusetzenden Hundertsatz erhöht wird; der Hundertsatz kann einheitlich oder gesondert für bestimmte Gruppen von Versicherten unter Bedachtnahme auf den Durchschnittswert der Sonderzahlungen festgesetzt werden. Werden jedoch die Sonderzahlungen auf Grund einer Festsetzung gemäß § 54 Abs. 2 mit einem einheitlichen Hundertsatz der allgemeinen Beitragsgrundlage der Berechnung des Sonderbeitrages zugrunde gelegt, so ist der Netto-Arbeitsverdienst um den gleichen Hundertsatz zu erhöhen, der der Berechnung des Sonderbeitrages zugrunde gelegt worden ist.

(5) Vom Anspruch auf Wochengeld sind ausgeschlossen:

1. Pflichtversicherte, die gemäß § 138 Abs. 2 lit. a bis d vom Anspruch auf Krankengeld ausgeschlossen sind,
2. Selbstversicherte (§ 16),
3. Teilversicherte nach § 8 Abs. 1 Z 1 lit. f, wenn sie nicht schon auf Grund der dem Kinderbetreuungsgeld-Bezug zugrunde liegenden Entbindung Anspruch auf Wochengeld hatten.“

## 2. Rechtsstandpunkte der Parteien

### Belangte Behörde:

Sie verwies in beiden Bescheiden auf die Bindungspflicht der Abgabenbehörden an die aufgrund der ärztlichen Sachverständigengutachten erstellten Bescheinigungen des Bundessozialamtes. Da diese in beiden Fällen das voraussichtlich dauernde Fehlen der Selbsterhaltungsfähigkeit nicht bescheinigt haben, sei die Abweisung trotz des mit 50% festgestellten GdB zwingend.

### Beschwerdeführerin:

#### Bescheidbeschwerde:

„Ich (bzw. meine Eltern) haben seit dem Jahr 1992 erhöhte Familienbeihilfe für mich, [...], bezogen, da ich seit meinem 15. Lebensjahr an schwerer Anorexia nervosa, Bulimie und den daraus resultierenden Gesundheitlichen Beschwerden und Folgeerkrankungen litt und leide.

*Ich hatte in den letzten ca. 22 Jahren unzählige Krankenhausaufenthalte wegen dieser Erkrankungen, zuerst in der Kinder- und Jugendpsychosomatik der Uni Klinik Innsbruck abwechselnd mit der Kinder Beobachtungsstation dieser Klinik, da ich starke Herzrhythmusstörungen und Krämpfe bzw sehr starkes Untergewicht hatte.*

*Ab meinem 17. Lebensjahr dann ständige Patientin in der Psychosomatik der Uni Klinik Innsbruck, weiters auf der Internistischen Abteilung und der Chirurgie.*

*Es gab auch einen langen Aufenthalt in der Landesklinik Rankweil (gesamt 11 Monate), einige Therapieversuche in deutschen Krankenhäusern. Aber hauptsächlich war ich immer wieder Dauerpatientin in der Uni Klinik Innsbruck, da ich damals in Tirol wohnhaft war.*

*Leider wurde ich aufgrund meiner Krankheit und der häufigen Einschränkungen meiner Arbeitsleistung bzw Krankenständen bei meinen Versuchen, eine berufliche Vollzeittätigkeit auszuüben, immer gekündigt. (1997-1999 Flugbegleiterin bei Tyrolean Airwais, 2007-2008 Vollzeit Arbeitsversuch bei \*\*\*6\*\*\*- vorher geringfügig ab 2005)*

*Wegen meiner starken gesundheitlichen Beeinträchtigungen wurde mir auch seitens der Pensionsversicherungsanstalt eine Halbwaisenpension zuerkannt (seit 2005, Tod meines Vaters), da ich nicht voll erwerbsfähig eingestuft wurde/werde (letzte Untersuchung Herbst 2014) Die erhöhte Familienbeihilfe habe ich bis 2007 bezogen- damals habe ich mit dem Arbeitsversuch Vollzeit bei \*\*\*6\*\*\* begonnen.*

*Leider hat der Arzt, bei dem ich jetzt wegen des neuerlichen Ansuchens um erhöhte Familienbeihilfe zur Untersuchung war, mich weder untersucht noch meine Krankengeschichte angehört bzw die Befunde angesehen. Er sagte mir im Vorfeld, dass besonders die ältesten Befunde interessant wären, wogegen er mir dann dort mitteilte, dass er nur an Befunden ab 2007 interessiert wäre.*

*Was insofern natürlich Auswirkung auf seine Stellungnahme haben dürfte, dass die Krankheit nicht vor dem 21. Lebensjahr aufgetreten sei. Dies ist natürlich nicht richtig, da ich seit 1992 ständig verschiedene Therapien und Krankenhausaufenthalte hatte.*

*Er fragte mich nur nach Größe und Gewicht, und ob ich derzeit in Psychotherapie sei. Ich erklärte ihm, dass ich vor nicht einmal ganz einem Jahr erst ins Burgenland übersiedelt sei und dass ich deswegen beim Psychosozialen Dienst zur Beratung gewesen bin- dort wurde ich an eine Stelle in Wien verwiesen. Es ist aber leider für mich als Mutter von 3 Kindern nicht so einfach, wöchentlich nach Wien zu fahren, da auch mein Lebensgefährte eigentlich nie zuhause ist (er arbeitet im Ausland).*

*Ich führe aber über Telefon Therapiegespräche mit meiner Therapeutin aus Innsbruck (Frau \*\*\*8\*\*\*), bei der ich bis zum Umzug immer in Gesprächstherapie war.*

*Daher möchte ich darum bitten, dass sich meine gesamten Befunde angesehen werden, auch die nicht psychosomatischen! Ich leide leider immer noch unter einer ausgeprägten Essstörung, aber auch meine Folgeerkrankungen schränken mein Leben sehr stark ein. Ich habe starke Blutdruckstörungen (Nierenschaden?), was auch besonders in den Schwangerschaften sehr große Probleme bereitete. (Frühgeburten, HELLP Syndrom..) Außerdem noch immer Herzrhythmusstörungen, Krämpfe und Schwäche. Seit 2007 daher auch ständige Kontrollen bzw. auch stationäre Aufenthalte auf der Nephrologie in der Klinik Innsbruck.*

*Ich bitte daher um nochmalige Überprüfung bzw neuerliche Untersuchung.*

*Befunde werden von mir noch nachgereicht, ich musste diese noch mal von der Uni Klinik Innsbruck anfordern.“*

#### **Vorlageantrag:**

Unter Wiederholung des mit Beschwerdeschriftsatz erstatteten Vorbringens wird hervorgehoben, dass der GdB immer mindestens 50% betragen hat. Sie sei 2008 wegen der Krankheit bzw deren Folgeerkrankungen und ständigen stationären Krankenhausaufenthalte wieder gekündigt worden. Sodann wörtliche: „*Ich denke, dass der lange Zeitraum meiner Erkrankung (seit 1992) eigentlich einer ständigen Erwerbsminderung bzw. Erwerbsunfähigkeit entspricht. Weiters beziehe ich aufgrund dieser andauernden gesundheitlichen Einschränkungen seit dem Tod meines Vater 2005 eine Halbwaisenpension. Bitte um eine erneute Überprüfung, da ich auch nicht persönlich untersucht wurde.*“

### **3. Sachverhalt**

Die Bf hat bereits ihrer Mutter ab März 1992 den Anspruch auf den Erhöhungsbetrag der Familienbeihilfe vermittelt. Die Bf wurde 1978 geboren und bezieht kein Pflegegeld. Der Eintritt der mangelnden Selbsterhaltungsfähigkeit ist zumindest seit Jänner 2004 während des Studiums der Bf nachgewiesen. Die Bf war seit ihrem 15. Lebensjahr krank und war infolgedessen in den Jahren 1994 bis 2004 stationär häufig aufgenommen. Bis zum Jahr 2000 litt sie an Anorexia, seit 2002 an Bulimie, Hypokaliämie, begleitet von metabolischer Alkalose, Refluxösophagitis Grad 1 bei kleiner Hiatushernie und Osteoporose. Im Gutachten 2004 lautete die Diagnose für die Rahmensatzbeurteilung „*Bulimia nervosa mit Osteoporose, chron. Hypokaliämie*“. Dem Vorgutachten 2004 lagen drei Befunde aus den Jahren 2002 und 2003 zu Grunde.

Der GdB wurde ab Jänner 2004 mit 70% und nunmehr ab Mai 2007 mit 50% festgestellt. Im Jahr 2009 wurde der Behindertenpass ausgestellt, mit dem ebenfalls ein GdB von 50% festgestellt worden ist. Die dem Akt einliegenden Sachverständigengutachten oder der Verwaltungsakt selbst geben keine Auskunft über die Studienabschlüsse oder eine anderweitige abgeschlossene Berufsausbildung.

Die Sachverständigengutachten vom 13.08.2015 und vom 16.02.2016 in der Fassung der Sofortigen Beantwortung vom 22.09.2016 enthalten einen Befundbericht der Klin. Abteilung für Psychosomatische Medizin, Innsbruck (6. 6. 2007) über einen stationären Aufenthalt vom 23.05.2007-29.05.2007 mit den Entlassungsdiagnosen: Bulimia nervosa, Depressio, Z. n. hypertensiver Entgleistung bei sekundärem Hyperaldosteronismus, Refluxoesophagitis, Oestoporose. Die Diagnosen sind daher seit zwei Jahrzehnten unverändert.

Das Gutachten vom 16.02.2016 beschreibt folgende Anamnese: „*Essstörung seit dem frühen Jugendalter, bis 2007 zahlreiche und langdauernde stationäre psychiatrische Behandlungen an verschiedenen psychiatrischen Einrichtungen, in den letzten Jahren Entspannung des Krankheitsverlaufes, von 2005 bis 2008 berufstätig gewesen, aber wegen längerem Krankenstand wieder gekündigt worden; schildert sich gegenwärtig durch mehrere psychosoziale Belastungsfaktoren überfordert, Essverhalten weiterhin geprägt durch reduzierten Appetit, induziertes Erbrechen und verminderte Kalorienzufuhr. Immer wiederkehrende Erschöpfung und Begleiterkrankungen bei Zunehmender Chronifizierung der Erkrankung.*“

#### **Begründung für den Gesamtgrad der Behinderung laut Gutachten vom 13.08.2015:**

##### **Ergebnis der durchgeführten Begutachtung:**

Leiden 1: Bulimia nervosa, ernsthafte Beeinträchtigung der meisten sozialen Bereiche, zunehmende Chronifizierung. Positionsnummer 03.05.02 50, GdB 50%, da nur 1 Leiden zugleich Gesamtgrad, ab Mai 2007

**Stellungnahme zu Vorgutachten:** seit dem letzten Vorgutachten vom Jänner 2004 deutliche Stabilisierung der Psychopathologie, seit 2007 keine stationären psychiatrischen Behandlungen mehr nötig gewesen

Der festgestellte Grad der Behinderung wird voraussichtlich mehr als 3 Jahre andauern: NEIN  
Begründung: derzeit trotz Behandlungsnotwendigkeit keine spezifische Therapie; GdB könnte durch entsprechende Behandlung verbessert werden

Die Bf ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen: NEIN. Fähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, könnte bei entsprechender psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung wiederhergestellt werden

Es liegt kein Dauerzustand vor.

**Begründung für den Gesamtgrad der Behinderung laut Gutachten vom 16.02.2016 idF der Sofortigen Beantwortung vom 22.09.2016 (Nachreichung der Bescheinigung):**

Ergebnis der durchgeführten Begutachtung:

Leiden 1: Bulimia nervosa, Unterer Rahmesatz bei zunehmender Chronifizierung der Beschwerden und ernsthafte Beeinträchtigung der meisten sozialen Bereiche, Positionsnummer 03.05.02, GdB 50%, da nur 1 Leiden zugleich Gesamtgrad, ab Mai 2007

Stellungnahme zu Vorgutachten: Keine Änderung im GdB zum Vorgutachten aus 08/2015.

Der festgestellte Grad der Behinderung wird voraussichtlich mehr als 3 Jahre andauern: JA

*\*\*\*Bf1\*\*\* ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen: NEIN. Es liegt offensichtlich eine tiefgreifende chronifizierende psychiatrische Störung vor. Letzter stationärer Aufenthalt mit 2007 dokumentiert, ab dort ambulante Begutachtungen. Zunächst wird weiters ausgeführt: O.g. Fragestellung aus der Aktenlage und generell aus ärztlicher Sicht nicht beurteilbar und die Übermittlung einer Bescheinigung an die belangte Behörde erfolgte nicht. Laut Sofortiger Beantwortung wurde die Bescheinigung nachgereicht und darin ausgeführt: „Lt. Gutachten vom 16.02.2016 war \*\*\*Bf1\*\*\* von 2005 bis 2008 berufstätig (27 - 30a), damit kann keine dauernde Erwerbsunfähigkeit vor dem 21. LJ vorliegen. Im Gutachten vom 13.08.2015 steht bei Stellungnahme zu Vorgutachten: seit dem letzten Gutachten vom 01/2004 deutliche Stabilisierung der Psychopathologie, seit 2007 keine stationären psychiatr. Behandlungen mehr nötig gewesen.“*

Beide Gutachten heben für die Verneinung der Selbsterhaltungsfähigkeit hervor, dass seit dem Jahr 2007 keine stationären psychiatrischen Behandlungen mehr nötig gewesen sind. Die Bf hat auch im Beschwerdeverfahren keine Beweisanbote gestellt.

Keines der beiden Gutachten enthält eine Sozialanamnese über Berufsausbildung, abgeschlossene Berufsausbildung, Wohnverhältnisse, Alltagssituation sowie die Situation der Bf als Mutter von drei Kindern und als Lebensgefährtin.

Die Bf ist ledig und lebte in Lebensgemeinschaft mit \*\*\*1\*\*\*, der als \*\*\*3\*\*\* in der \*\*\*2\*\*\* beschäftigt ist. Sie ist Mutter von drei Kindern, die sie alleine betreut hat.

Eine von der PVA durchgeführte Wiederbegutachtung hat ergeben, dass ab November 2014 weiterhin Erwerbsunfähigkeit vorliegt. Die Bf hat von der PVA Wien seit 02.03.2005 bis 31.12.2021 ohne Unterbrechung, somit auch während der Zeiträume ihrer Berufstätigkeit, Halbwaisenpension bezogen.

Das im Gutachten vom 16.02.2016 angesprochene Beschäftigungsverhältnis begann am 07.03.2005 und endete am 31.08.2008. Arbeitgeberin war die \*\*\*6\*\*\*. In den Jahren 2005

und 2006 war die Bf teilzeitbeschäftigt, in den Jahren 2007 (Jahresbruttobezug EUR 23.385,00) und 2008 (Jahresbruttobezug EUR 14.917,00) vollzeitbeschäftigt. Für die Jahre 2005 bis 2007 liegen der belangten Behörde keine Lohnzettel gemäß § 69 Abs 2 EStG 1988 über die Auszahlung von Krankengeld vor. Für das Jahr 2008 sind der Bezug von Krankengeld für den Zeitraum 01.05. bis 26.10. und der Bezug von Wochengeld aktenkundig. Das Wochengeld wurde auch im Jahr 2009 geleistet. Die auf § 3 Abs 1 EStG 1988 gestützten Lohnzettel weisen keinen Zeitraum aus. Ab 05.07.2009 bezog die Bf Kinderbetreuungsgeld iHv EUR 14,53 für 180 Tage. Am 11.04.2009 wurde das erste Kind \*\*\*10\*\*\* geboren.

In den Arbeitgeberdaten der belangten Behörde wird die Arbeitgeberin der Bf mit dem Zusatz „in Liquidation“ geführt. Das Ausgleichverfahren wurde beim LG Innsbruck unter der Zahl \*\*\*7\*\*\* geführt.

Im Jahr 2010 hat die Bf im Zeitraum 12.04 bis 24.11. wiederum Wochengeld (EUR 5.700,00) und ab 25.11. bis Jahresende Kinderbetreuungsgeld (EUR 537,61) bezogen. Am 01.09.2010 wurde das zweite Kind Marie-Sophie geboren. Im Jahr 2011 wurde Kinderbetreuungsgeld (EUR 5.303,45) bezogen. 2012 wurde nur die Waisenpension bezogen. 2013 wurde bis 17.8. nochmals Wochengeld bezogen (EUR 5.909,90). Am 25.05.2013 wurde das dritte Kind Julian-Walter geboren. Eine Meldung über Bezug von Kinderbetreuungsgeld für anschließende Zeiträume liegt der belangten Behörde nicht vor. Bei der Einkommensteuerveranlagung 2014 wurde der Alleinerzieherabsetzbetrag für drei Kinder als Negativsteuer erstattet, bei jener für 2015 bis 2019 darüber hinaus der Mehrkindzuschlag gewährt.

Ab 25.11.2015 wurde Arbeitslosengeld bezogen. 2016, 2017 sowie bis 06.50.2018 wurden Arbeitslosengeld und Notstandshilfe bezogen. Am 07.05.2018 begann die Bf ein Dienstverhältnis in Teilzeit bei der Firma \*\*\*5\*\*\*, das bis 31.08.2021 andauerte. Die Jahresbruttobezüge betrugen ab dem 07.05.2018 EUR 10.471,00, im Jahr 2019 EUR 17.141,00, im Jahr 2020 EUR 21.149,00 und im Jahr 2021 bis zum 31.08.2021 EUR 17.838,61. Eine Überstellung in die Vollzeitbeschäftigung erfolgte nicht.

Die Nachweise für die nochmalige Berufsausübung ab 2018 hat die Bf trotz Aufforderung vom 31.01.2022 nicht vorgelegt. Sie hat weder bei der zweiten Begutachtung noch im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens dem BFG aktuelle Befunde ab 2010 (bzw nach 2007) vorgelegt.

#### **4. Beweismittel und Beweiswürdigung**

Beweismittel: Verwaltungsakt und Beschwerdevorbringen, Vorgutachten vom 20.01.2004, Mitteilung des Bundessozialamtes vom 2 April 2009 iZm Ausstellung Behindertenpass, Schriftsatz der PVA vom 25.11.2014, BSA-Gutachten vom 13.08.2015 und vom 16.02.2016 idF der Sofortigen Beantwortung vom 22.09.2016, Lohnzetteldaten und andere Mitteilungen bzw Meldungen laut elektronischem Steuerakt der Bf.

## 5. Beweiswürdigung

Nach dem in § 8 Abs 5 und 6 FLAG 1967 angeordneten Verfahren ist zunächst ein ärztliches Sachverständigengutachten zu erstellen, worüber sodann das Bundessozialamt eine Bescheinigung über den Grad der Behinderung (GdB) bzw die Fähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, auszustellen hat. „*Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Behörde an die der Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen zugrundeliegenden Gutachten gebunden und darf diese nur insoweit prüfen, ob sie schlüssig und vollständig und im Falle mehrerer Gutachten nicht einander widersprechend waren*“ (bspw VwGH 22.12.2011, 2009/16/0310; VwGH 09.09.2015, 2013/16/0049; jeweils mwN).

Die in gegenständlichem Beschwerdeverfahren ausgestellten Gutachten widersprechen einander zur Frage der mangelnden Selbsterhaltungsfähigkeit nicht.

*Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis VwGH 20.11.2014, Ra 2014/16/0010, ausgesprochen, dass es im Fall des § 6 Abs. 2 lit. d FLAG [entspricht § 2 Abs 1 lit c FLAG 1967] weder auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem sich eine Krankheit als solche äußert, noch auf den Zeitpunkt, zu welchem diese Krankheit zu irgendeiner Behinderung führt, sondern dass der Zeitpunkt maßgeblich ist, zu dem diejenige Behinderung (als Folge einer allenfalls schon länger bestehenden Krankheit) eintritt, welche die Erwerbsunfähigkeit bewirkt.* Diese Frage wurde mit dem Vorgutachten 2004 zunächst bejaht.

Mit dem Vorgutachten hat sich der Gutachter dem die Bf betreuenden Arzt angeschlossen und festgestellt, dass die Bf sicher noch Jahre außerstande sein werde, sich den Unterhalt zu verschaffen. Seit dem 15. Lebensjahr war die Bf durchgehend krank. Die Bf befand sich damals in Dauertherapie und der Arzt führte aus, dass sie *auch für weitere Jahre eine verminderte Belastbarkeit* besitze. Die Anamnese 2004 beschreibt, dass die Bf als Baby häufig erbrach und seit ca dem 11. Lebensjahr Essstörungen auftraten. Sie sei *eher „auf der festeren Seite gewesen“ und ausgelacht* worden. Beschrieben wird weiters ein sexueller Übergriff eines behandelnden Arztes, der ihren Zustand erneut verschlechtert hatte. In den Jahren 1994 bis 2004 war die Bf mehr als überwiegend stationär (drei Tage drin, zwei Tage draußen). Sie war immer beste Schülerin. Im Jänner 2004 studierte sie Architektur und seit Herbst (wohl gemeint 2003) zusätzlich Medizin. Sie war damals 26 Jahre alt. Die Nachuntersuchung wurde erst für nach fünf Jahren angeordnet und ist iZm der Ausstellung des Behindertenpasses auch im Jahr 2009 erfolgt. Es war daher sachverhaltsmäßig festzustellen, dass innerhalb der Frist des § 2 Abs 1 lit c FLAG 1967 zunächst die voraussichtlich dauernde Selbsterhaltungsunfähigkeit eingetreten war. Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens ist davon abweichen, ob die voraussichtlich dauernde Selbsterhaltungsunfähigkeit nach wie vor besteht. Daher haben die beiden Sachverständigengutachter zu Recht aktuelle Befunde verlangt. Die Bf hat im Beschwerdeverfahren weder behauptet noch nachgewiesen, dass aktuelle Befunde bei der

Begutachtung zu Unrecht nicht beachtet worden sind. Auf die im Schriftsatz vom 02.10.2015 erwähnten Befunde von 1992-99 kam es folglich nicht an.

Sowohl mit Sachverständigengutachten vom 13.08.2015 als auch mit jenem vom 16.02.2016 wird weiters festgestellt, dass sich ihr Zustand seit dem Vorgutachten 2004 deutlich gebessert hat. Diese Feststellung geht konform mit dem GdB von nur mehr 50% laut Behindertenpass aus 2009 und entspricht laut Anamnese ihrer Aussage bei der zweiten Begutachtung „in den letzten Jahren Entspannung des Krankheitsverlaufes“, was die Bf nicht als unrichtige Wiedergabe ihrer Aussage gerügt hat.

Der festgestellte Sachverhalt mit der Berufsausübung vom 07.03.2005 bis 31.08.2008 und anschließendem Krankenstand, fließendem Übergang in einen Wochengeldbezug mit nochmals fließendem Übergang in den Kinderbetreuungsgeldbezug, nochmaligem Wochengeld-, Kinderbetreuungs- und nochmaligem Wochengeldbezug bis 2015, Arbeitssuche im Jahr 2016 (unterbrochen von Krankengeldbezug) sowie Berufseinstieg im Jahr 2018 unterscheidet sich nicht von anderen Fällen, in denen zwei Lebenspartner gemeinsam entscheiden, dass der eine Elternteil (zumeist die Mutter) für die ersten Lebensjahre bei den drei Kindern zuhause bleibt und nur der andere Elternteil dem Beruf nachgeht.

Die Haushaltsführung bei drei Kindern ist als Vollauslastung anzusehen. In den Jahren 2018 bis 2021 wurden die drei Kinder alleine von der Bf neben ihrer Teilzeitbeschäftigung versorgt. Sie hebt mehrmals hervor, dass sie das alleine bewältigt hat, weil sich ihr Lebensgefährte beruflich im Ausland aufgehalten habe. Sie hat im Beschwerdeverfahren weder vorgetragen noch nachgewiesen, dass sie ihre Kinder nicht alleine zu betreuen vermochte oder sie zur Vermeidung der Gefährdung des Kindeswohls in Zusammenarbeit mit dem Jugendamt stünde. Es ist für gesunde Mütter von drei Kindern nicht ungewöhnlich, wenn sie neben Haushaltsführung und drei Kindern nur eine Teilzeitbeschäftigung ausüben. Bei Lebenssachverhalten, die durch eine mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit verursacht sein sollen, die aber auch von Personen mit Selbsterhaltungsfähigkeit verwirklicht werden, ist der Beihilfenwerber verpflichtet, seine Behauptung durch substantiierte Nachweise zu belegen.

Da die Bf aktuelle Befunde nicht vorgelegt hat, wird eine Unschlüssigkeit oder Unvollständigkeit der Sachverständigengutachten nicht aufgezeigt.

Die im Vorlageantrag nochmals begehrte Untersuchung anlässlich der Begutachtung kann nicht Befunde aus dem Zeitraum, für den die erhöhte Familienbeihilfe begehrt wird (Zeitraum ab April 2010), ersetzen. Somit war ein drittes Sachverständigengutachten nicht anzuordnen.

## 6. Rechtliche Beurteilung

### 6.1. Zu Spruchpunkt I.

#### Verjährung

Der Antrag auf den Erhöhungsbetrag ist am 17. März 2015 bei der belangten Behörde eingelangt. Der Antrag auf den Grundbetrag ist erst am 23. April 2015 bei der Behörde eingelangt. Gemäß § 10 Abs 3 FLAG 1967 idgF *werden die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt*. Die sog erhöhte Familienbeihilfe wird nach der Rechtslage als Erhöhungsbetrag infolge erheblicher Behinderung zum Grundbetrag geleistet. Das heißt, Voraussetzung auf den Erhöhungsbetrag ist die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen auf den Grundbetrag an Familienbeihilfe. Die tatsächliche Antragstellung ist als formales Kriterium ebenfalls eine Anspruchsvoraussetzung. Somit ist im konkreten Fall für den Beginn der Verjährungsfrist jener Zeitpunkt heranzuziehen, in dem beide Anträge der Behörde erstmals gemeinsam vorlagen, das ist der 23.04.2015. Ausgehend vom 01.04.2015 endet der Rückwirkungszeitraum mit April 2010. Der vom Bundessozialamt festgestellte Zeitraum ab Mai 2007 war im Zeitpunkt der Antragstellung im April 2015 bereits verjährt und der Antrag für diese Zeiträume daher verspätet. Infolge Verjährung war es der belangten Behörde verwehrt, über den Zeitraum Mai 2007 bis März 2010 meritorisch zu entscheiden.

#### Ad rem

Gemäß dem Wortlaut des § 8 Abs 6 FLAG 1967 ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen. Demnach ist zunächst das Sachverständigengutachten von einem Arzt (arg „ärztlich“), der das notwendige medizinische Fachwissen und auch das Wissen zur EinschätzVO besitzt, zu erstellen. Das BSA beauftragt damit in der Verwaltungspraxis seine eigenen Ärzte und Ärztinnen, was sich aus dem Wortlaut leg.cit. nicht ergibt. Auf Grundlage des Sachverständigengutachtens (arg „auf Grund“) erstellt das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen eine Bescheinigung. § 8 Abs 6 FLAG 1967 definiert die Bescheinigung als behördliche Erledigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen. Behördliche Erledigungen sind nach den Approbationsbefugnissen durch öffentlich Bedienstete auszufertigen, was im vorliegenden Fall erfolgt ist. Das BFG hat keine Bedenken, dass die Sofortige Beantwortung vom 22.09.2016, mit der die Bescheinigung des BSA nachgereicht wurde, von einer öffentlich Bediensteten des BSA, und nicht vom

Chefarzt/der Chefärztin approbiert wurde. Vielmehr erfüllt diese Vorgangsweise den Wortlaut des § 8 Abs 6 FLAG 1967.

Laut Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs „[trägt] der Alleinverdienerabsetzbetrag den gesetzlichen Sorgepflichten Rechnung, die ein verheirateter Steuerpflichtiger gegenüber seinem Ehegatten hat. Vergleichbare gesetzliche Sorgepflichten obliegen einer ledigen Person nicht. [...] Wer aus persönlichen Gründen eine Ehe ablehnt, verzichtet mit dieser Entscheidung auch auf jene gesetzlichen Ansprüche, die nur im Hinblick auf die im Ehestand wurzelnden gegenseitigen Rechte und Pflichten gewährt werden (VwGH 12.11.1986, 85/13/0090). Da die Bf weder verheiratet war noch eine eingetragene Partnerschaft geführt hat, ist der Tatbestand des § 5 Abs 2 FLAG 1967 – wovon auch die belangte Behörde zu Recht ausgeht – nicht erfüllt.

Das nach § 8 Abs 6 FLAG 1967 zu führende qualifizierte Nachweisverfahren durch eine vom Bundessozialamt auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens zu erstellende Bescheinigung hat zum Gegenstand, ob die Bf wegen einer vor Vollendung seines 27. Lebensjahres eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außer Stande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (vgl VfGH 10.12.2007, B700/07, VwGH 21.09.2009, 2009/16/0090 mwN). Die mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit war aufgrund des Vorgutachtens aus dem Jahr 2004 zunächst zu bejahen.

Im gegenständlichen Beschwerdeverfahren ist hingegen die Frage zu beantworten, ob die mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit ab April 2010 weiterhin besteht. Über die Beweiswürdigung hinaus ist in rechtlicher Hinsicht auszuführen, dass die Waisenpension nach § 252 Abs 2 Z 3 ASVG und die erhöhte Familienbeihilfe nach § 2 Abs 1 lit c FLAG 1967 (§ 6 Abs 2 lit d FLAG 1967) iVm § 8 Abs 6 FLAG 1967 vergleichbare Normzwecke verfolgen. Im abgabenrechtlichen Beihilfenverfahren besteht aber keine Bindungswirkung an den die Waisenpension bewilligenden Bescheid, den die Bf für sich ins Treffen geführt hat.

Gemäß § 10 Abs 1 FLAG 1967 werden der Grundbetrag der Familienbeihilfe und der Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4) nur auf Antrag gewährt. Das Familienbeihilfenverfahren ist ein ausschließliches Antragsverfahren. In einem Antragsverfahren trägt der Antragsteller die Behauptung- und Beweislast. Sowohl mit Sachverständigengutachten vom 13.08.2015 als auch mit jenem vom 16.02.2016 wurde festgestellt, dass die Bf für den Zeitraum ab dem Jahr 2007 keine Befunde mehr vorgelegt hat und dass sich ihr Zustand seit dem Vorgutachten 2004 deutlich gebessert hat. Das Sachverständigengutachten entfaltet wie eine Bescheidbegründung im nachfolgenden Beschwerdeverfahren Vorhaltscharakter. Nach der Beweiswürdigung wurden bei der Begutachtung zu Recht aktuelle Befunde verlangt.

### **Fähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (Selbsterhaltungsfähigkeit)**

Alternativ wird für den Zeitraum 2018 bis August 2021 begründet:

Weder die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs noch jene des Bundesfinanzgerichts haben den in §§ 2 Abs 1 lit c, 6 Abs 2 lit d FLAG 1967 verwendeten Legalbegriff der Selbsterhaltungsfähigkeit definiert. Der Verwaltungsgerichtshof verwendet in seiner Judikatur an Stelle dieses Begriffes den Begriff der Erwerbsfähigkeit (zB VwGH 27.04.2005, 2003/14/0105, VwGH 21.02.2001, 96/14/0139, VwGH 20.09.1995, 95/13/0007), der im FLAG jedoch an keiner Stelle normiert ist. Fraglich ist, ob „Selbsterhaltungsfähigkeit“ und „Erwerbsfähigkeit“ synonyme Begriffe sind.

Der Begriff der Selbsterhaltungsfähigkeit ist kein wirtschaftlicher Begriff des Abgabenrechts, sondern ein Begriff des Zivilrechts, konkret des Unterhaltsrecht. Er beschreibt, dass mit Eintritt der Selbsterhaltungsfähigkeit der Unterhaltsanspruch des Kindes gegenüber seinen Eltern endet. § 252 ASVG verwendet dafür die treffende Bezeichnung des „Endes der Kindeseigenschaft“, die nur im besonderen Fall des § 252 Abs 2 Z 3 ASVG über die (verlängerte) Ausbildungszeit hinaus fortgesetzt wird. Der Oberste Gerichtshof führt zur Selbsterhaltungsfähigkeit in ständiger Rechtsprechung aus:

*Ein Kind ist nach allgemeinem Verständnis selbsterhaltungsfähig, wenn es selbständig aus eigener Kraft mit eigenen Mitteln leben kann. Insofern entspricht dies der zum Unterhaltsrecht vertretenen Rechtsansicht [OGH 19.04.2012, 7Ob17/12v zu ARB (Allgemeine Rechtsschutzbedingungen) ART5.1.3.]. Selbsterhaltungsfähigkeit liegt dann vor, wenn [die Person] in der Lage ist, die [ihren] Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse zu befriedigen (OGH 20.10.20053, Ob157/05t, ABGB §143). Für den Zeitpunkt des Eintritts der Selbsterhaltungsfähigkeit ist als Richtlinie die Höhe des Richtsatzes für die Gewährung einer Ausgleichszulage (Mindestpensionsrichtsatz) heranzuziehen (OGH 16.06.2003, 20R81/03s), doch ist die Annahme keineswegs zwingend (OGH 09.06.2009 1Ob88/09m).*

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich, dass den Legalbegriffen der Selbsterhaltungsfähigkeit und der Erwerbsfähigkeit eine ausgeübte wirtschaftliche Betätigung gemeinsam ist, die Selbsterhaltungsfähigkeit jedoch eine beträchtliche Grenze einzieht. Die Verwaltungspraxis der PVA geht offenbar dahin (argumento Vorlageantrag „*Halbwaisenpension bewilligt, da ich nicht voll erwerbsfähig eingestuft wurde*“), den Begriff der Erwerbsfähigkeit nach § 252 Abs 2 Z 3 ASVG als Vollzeiterwerbsfähigkeit auszulegen, ohne dabei auf die Verdiensthöhe Bedacht zu nehmen. Der Vergleich der Mindestpensionsrichtsätze 2018 bis 2021 mit den tatsächlich erzielten Bruttoeinkünften zeigt, dass die aus eigener Kraft erwirtschafteten Erwerbseinkünfte deutlich über den Richtatzpensionen lagen:

	2018	2019	2020	2021
fiktive Eigenpension Mindestrichtsatz	909,42	933,06	966,65	1.000,48
mal 14	12.731,88	13.062,84	13.533,10	14.006,72

Mai bis Dez 2018 (div 12 mal 8)	8.487,92			offen
laut Lohnzettel	10.470,96	17.141,28	21.149,36	offen

*Solange das Kind auf die elterliche Unterkunftsgewährung oder Betreuung angewiesen bleibt, ist es noch nicht selbsterhaltungsfähig, insbesondere dann nicht, wenn es krankheitsbedingt besonders intensiver Pflege bedarf, die es selbst zu finanzieren nicht imstande ist.*

*Selbsterhaltungsfähig ist daher ein Kind nur dann, wenn es - auf sich allein gestellt - mit seinen Einkünften auch den fiktiven Geldaufwand zur Erlangung notwendiger Pflegeleistungen decken könnte. Insoweit das eigene Einkommen (hier: Richterin) dafür nicht ausreicht, ist davon auszugehen, daß ihr der durch einen Unfall getötete Vater "nach dem Gesetze" im Sinne des § 1327 ABGB Unterhalt leistete (OGH 10.04.1997, 2Ob55/97w). Dem zeitlichen Pflegeaufwand ist der monetäre Pflegeaufwand gleichzuhalten.*

Die Fähigkeit einer Person, sich iSd §§ 2 Abs 1 lit c, 6 Abs 2 lit d FLAG 1967 selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist das wirtschaftliche Abgrenzungsmerkmal des Kindes von der erwachsenen Person. Eine Person ist dann iSd §§ 2 Abs 1 lit c, 6 Abs 2 lit d FLAG 1967 fähig, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, wenn sie aufgrund einer tatsächlich ausgeübten Erwerbstätigkeit (§ 2 Abs 3 Z 1-4 EStG 1988) Bruttoeinkünfte mindestens in der Höhe des Richtsatzes für die Gewährung einer Ausgleichszulage gemäß § 293 Abs 1 lit a Sublit bb ASVG (Mindestpensionsrichtsatz) zuzüglich der für die Abdeckung der behinderungsbedingten wirtschaftlich getragenen Eigenkosten erwirtschaftet. Dabei ist es ohne Belang, ob die Höhe der Einkünfte aufgrund einer Vollzeit- oder Teilzeitbeschäftigung erwirtschaftet werden. Da es um die Selbsterhaltungsfähigkeit des Kindes geht, bleiben die Erhöhungsbeträge für dessen Kinder iSd § 293 Abs 1 lit a ASVG außer Ansatz.

### **Auslegung der Wortfolge „voraussichtlich dauernd außerstande sein“**

Die Rechtsfrage, wie die Wortfolge „voraussichtlich dauernd außerstande sein“ auszulegen ist, wurde dem Verwaltungsgerichtshof noch nicht vorgetragen. Die Verwaltungspraxis geht dahin, dass eine einmal erlangte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Kindes für alle Zukunft den nochmaligen Anspruch auf den Grundbetrag nach §§ 2 Abs 1 lit c, 6 Abs 2 lit d FLAG 1967 ausschließt. Mit Einfügung des dritten Absatzes in § 252 ASVG hat der Gesetzgeber für den Anspruch auf (Halb)Waisenpension darauf reagiert.

Gerade psychische Erkrankungen wie im Fall der Bf zeichnen sich durch Hochs und Tiefs aus. Die fragliche Wortfolge stammt aus dem Jahr 1967, als viele Erkrankungen und Krankheitsbilder noch nicht so bekannt waren wie heute. Der Begriff „dauernd außerstande sein“ könnte aus heutiger Sicht so ausgelegt werden, dass in Zeiten eines Hochs Grund- und Erhöhungsbetrag suspendiert werden und in Zeiten eines Tiefs der Anspruch fortbesteht,

sofern es sich um dieselbe Behinderung handelt, um dem neuen medizinischen Wissensstand zu entsprechen.

Vertretbar ist auch, von einer planwidrigen Lücke in §§ 2 Abs 1 lit c, 6 Abs 2 lit d FLAG 1967 auszugehen, die durch analoge Anwendung des § 252 Abs 3 ASVG geschlossen werden könnte. Sowohl § 252 Abs 1 Z 3 ASVG als auch §§ 2 Abs 1 lit c, 6 Abs 2 lit d jeweils iVm § 8 Abs 5, 6 FLAG 1967 verfolgen denselben Normzweck, wonach Waisen über den Ausbildungszeitraum hinaus aufgrund einer mangelnden Erwerbsfähigkeit der Unterhalt durch den Staat geleistet wird.

Gemäß § 25 Abs 1 BFGG und § 282 BAO ist das Finanzamt verpflichtet, im gegenständlichen Fall mit den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Bundesfinanzgerichtes entsprechenden Rechtszustand herzustellen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

## **6.2. Zu Spruchpunkt II. (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.

Die Beschwerde hat weder Unvollständigkeit, noch Unschlüssigkeit, noch Widersprüchlichkeit der beiden Sachverständigengutachten des BSA aufgezeigt, weshalb das BFG an die auf deren Grundlage ergangen Bescheinigung, wonach die Bf ab Mai 2007 nicht voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, gebunden war (zB Beschluss VwGH 30.03.2017, Ra 2017/16/0023, VwGH 16.12.2014, Ro 2014/16/0053, VwGH 22.12.2011, 2009/16/0307, und VwGH 22.12.2011, 2009/16/0310).

Zur Rechtsfrage, ob die Bescheinigung des Bundessozialamtes iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 von einem Sachbearbeiter/einer Sachbearbeiterin des Bundessozialamtes (öffentliche Bedienstete) oder ausschließlich vom Chefarzt bzw der Chefärztin des Bundessozialamtes (ärztlicher Dienst) auszustellen ist, fehlt bislang eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, weshalb die ordentliche Revision bereits aus diesem Grund zuzulassen war.

Darüber hinaus waren in der den Zeitraum Mai 2018 bis August 2021 betreffenden Alternativbegründung die Wortfolgen bzw Legalbegriffen der „Fähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen“ und des „voraussichtlich dauernd außerstande Seins“ in §§ 2 Abs 1 lit c, 6 Abs 2 lit d FLAG 1967 auszulegen, wozu nach den Rechercheergebnissen des BFG ebenfalls eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs fehlt.

Wien, am 31. März 2022