



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Sachwalterin, gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel betreffend Familienbeihilfe und erhöhte Familienbeihilfe ab 1. November 2000 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), geb. 1966, vertreten durch einen Sachwalter, stellte im November 2005 einen Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung rückwirkend auf fünf Jahre.

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 2. Februar 2006 unter Verweis auf die gesetzlichen Bestimmungen des § 6 Abs. 2 und Abs. 5 FLAG mit der Begründung ab, dass der Bw. laut Datenauszug der Sozialversicherung eine Lehre absolviert und danach als Angestellter tätig gewesen sei. Nach Ableistung des Präsenzdienstes (April bis November 1987) sei er bis Ende 1996 erwerbstätig gewesen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes stehe eine mehrjährige berufliche Tätigkeit der Annahme entgegen, eine Person sei infolge ihrer Behinderung dauernd außerstande gewesen, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Schon auf Grund dieser Tatsache (... nicht vor dem 21. Lebensjahr und mehrjährige berufliche Tätigkeit) könne der Antrag nicht positiv erledigt werden.

Auf die Einholung eines ärztlichen Gutachtens seitens des Bundessozialamtes sei aus den oben genannten Gründen und im Sinne der Verwaltungsökonomie verzichtet worden.

Die Sachwalterin erhob mit Schreiben vom 1. März 2006 gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte dazu aus:

"Im Gutachten zur Bestellung eines Sachwalters vom 2.6.1999 wurde vom Sachverständigen Dr. B. S. als psychische Erkrankung Morbus Bleuler festgestellt und im Gutachten darauf hingewiesen, dass Herr H. deswegen bereits zahlreiche Aufenthalte in der Landesnervenklinik Mauer hinter sich habe, den letzten kurz vor der Begutachtung im Zeitraum vom 1.1.1999 bis 18.4.1999. Die Krankheit sei bereits stark chronifiziert.

Daher ist eine Ergänzung des Verfahrens insoweit durchzuführen, als ein Gutachten des Bundessozialamtes einzuholen sein wird, zum Nachweis dafür, ob aus medizinischer Sicht eine Erwerbsunfähigkeit vor dem 21. Lebensjahr bestanden hat.

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 28.1.1997, 95/14/0125, zwar darauf hingewiesen, dass er wiederholt ausgesprochen habe, dass eine mehrjährige berufliche Tätigkeit des Kindes die für den Anspruch auf Familienbeihilfe notwendige Annahme widerlege, dass das Kind infolge seiner Behinderung nicht in der Lage gewesen sei sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, allerdings auch in diesem Erkenntnis ausgesprochen, dass von einer beruflichen Tätigkeit dann nicht gesprochen werden kann, wenn der "beruflich Tätige" keine Arbeitsleistung erbringe und daher die Tätigkeit nicht als Arbeit zur Erzielung eines Erwerbseinkommens betrachtet werden könne.

Herr H. absolvierte nach der Volks- und Hauptschule eine Textilfachschule (mit Unterbrechungen) und eine Lehre zum Einzelhandelskaufmann (ebenfalls mit Unterbrechungen), wobei anzumerken ist, dass die Lehre zum Einzelhandelskaufmann im elterlichen Betrieb erfolgte, sodass davon ausgegangen werden muss, nachdem ja die Nachsicht und ein besonderes Entgegenkommen für ihren Sohn aufbrachten. Diese Versicherungszeiten sind daher auch als Arbeitsversuche anzusehen..."

Über Aufforderung des Finanzamtes wurde seitens des Bundessozialamtes folgendes fachärztliche Sachverständigengutachten erstellt:

Untersuchung am: 2006-05-14 09:00 Im Bundessozialamt Niederösterreich

Identität nachgewiesen durch: Gutachten Dr. S.

Anamnese:

Besuch der Volks und Hauptschule. Anschließend Lehre im Betrieb der Eltern. Er ist kinderlos und lebt bei den Eltern.

Zahlreiche Aufnahmen an der LNK Mauer unter der Diagnose: chronifizierte Psychose. Im Jahr 1999 attestiert Dr. S. eine paranoide Schizophrenie. Zu diesem Zeitpunkt bestand keine Krankheitseinsicht und es wurde keine Behandlung durchgeführt. Auf Grund der schweren psychischen Erkrankung wurde ein Sachwalter bestellt.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): 1999 Med. Therapie:0

Untersuchungsbefund:

unauffälliger physikalischer Befund.

Status psychicus / Entwicklungsstand:

bewusstseinsklar, ausreichend orientiert, Aufmerksamkeit und Konzentration: deutlich reduziert, Antrieb: gesteigert, Stimmung: dysphorisch, ängstlich,

Gedankenductus: beschleunigt, Denkstörungen vorhanden, paranoide Ideen.

Relevante vorgelegte Befunde:

1999-06-02 Dr. S. SACHWALTERGUTACHTEN

paranoide Schizophrenie, seit Jahren chronifiziert.

Diagnose(n):

paranoide Schizophrenie, chronifiziert

Richtsatzposition: 585 Gdb: 070% ICD: F20.0

Rahmensatzbegründung:

3 Stufen unter dem oberen Rahmensatz, da schwere Chronifizierung.

Gesamtgrad der Behinderung: **70 vH** voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Eine Nachuntersuchung ist nicht erforderlich - Dauerzustand.

**Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 1999-01-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.**

**Der(Die) Untersuchte ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.**

Berufsausbildung wurde beendet, Präsenzdienst abgeleistet(1987)

chronifizierte Psychose seit 1999 attestiert.

erstellt am 2006-05-24 von S.B.

Facharzt für Neurochirurgie

zugestimmt am 2006-05-24

Leitender Arzt: S-G.G.

Unter Heranziehung dieses ärztlichen Sachverständigengutachtens erließ das Finanzamt am 12. Juni 2006 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung mit der Begründung ab, dass darin die dauernde Erwerbsunfähigkeit rückwirkend mit 1.1.1999 festgestellt worden, somit die Erkrankung nicht vor dem 21. Lebensjahr eingetreten sei.

In dem von der Sachwalterin fristgerecht eingebrachten Vorlageantrag wurde Folgendes ausgeführt:

"...Die Sachverständige Dr. S.B. bezieht sich in ihrem Gutachten lediglich auf das Gutachten des Sachverständigengutachten von Dr. S. aus dem Jahr 1999. Sowohl in der Berufung als auch im Gutachten von Dr. S. ist ausgeführt, dass Herr H. bereits davor viele stationäre Aufenthalte in der LNK Mauer hatte, wodurch nachgewiesen werden kann, dass die Erkrankung von Herrn H. nicht erst seit 1.1.1999 besteht. Es hätte daher der Begutachtung auch die Krankengeschichte der LNK Mauer zugrunde gelegt und einbezogen werden müssen.

Wie beiliegendem Schreiben der LNK Mauer vom 10.10.2000 zu entnehmen ist, wurde Herr H. das erste Mal 1991 in die LNK aufgenommen und die Diagnose paranoide Schizophrenie und symptomatischer Äthylismus gestellt. Die Erkrankung hat allerdings bereits vor dem ersten Aufenthalt in der LNK begonnen.

Es wird daher eine Ergänzung des Gutachtens unter Berücksichtigung der beizuschaffenden Befunde der LNK Mauer beantragt..."

Der unabhängige Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz wies die Berufung unter anderem mit folgender Begründung ab:

„Im Gutachten des Bundessozialamtes vom 24. Mai 2006 wurde der Behinderungsgrad der Bw. mit 70 v.H. eingestuft. Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades der Behinderung war auf Grund der vorgelegten relevanten Befunde mit 1.1.1999 möglich. Weiters wurde bestätigt, dass der Untersuchte voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass der Bw. – siehe untenstehende Tabelle – insgesamt mehr als 12 Jahre berufstätig war.

Laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung (Stand 15.12.2005) besuchte der Bw. vom 1.11.1981 bis 30.6.1982 und vom 1.11.1982 bis 30.6.1983 eine mittlere Schule und war wie folgt beschäftigt:

4.7.1983 – 24.7.1983	20 Tage	Arbeiter
1.8.1983 – 15.8.1983	15 Tage	Angestellter
16.8.1983 – 21.8.1983	5 Tage	Arbeiter
22.8.1983 – 4.9.1983	35 Tage	Angestellter
18.1.1984 – 7.12.1986	ca. 3 Jahre	Angestelltenlehrling

8.12.1986 – 31.3.1987	ca. 4 Monate	Angestellter
1.4.1987 – 30.11.1987	8 Monate	Präsenzdienst
1.12.1987 – 30.6.1988	7 Monate	Angestellter
1.7.1988 – 30.9.1988	3 Monate	Angestellter
1.10.1988 – 11.12.1988	2,5 Monate	Angestellter
12.6.1989 – 31.7.1989	1,5 Monate	Angestellter
1.8.1989 – 20.8.1989	20 Tage	Angestellter
21.8.1989 – 30.6.1991	ca. 1 Jahr, 6 Mo.	Arbeiter
23.7.1991 – 29.2.1996	4 Jahre, 7 Mo.	Angestellter
1.3.1996 – 31.7.1996	5 Monate	Angestellter
1.8.1996 – 31.10.1996	3 Monate	Arbeiter
1.12.1996 – 31.12.1996	1 Monat	Arbeiter

Ab 1997 bezog der Bw. Krankengeld, Arbeitslosengeld und Pensionsvorschuss.

Der Bw. bezieht inzwischen eine Pension und Pflegegeld der Stufe 2.

Von Juli 1983 bis Ende März 1987 war der Bw. ungefähr drei Jahre und sechs Monate als Arbeiter bzw. Angestelltenlehrling beschäftigt. Im Anschluss daran – vom 1. April 1987 bis 30. November 1987 absolvierte er den Präsenzdienst.

Während der Präsenzdienstzeit vollendete der Bw. (am 22. September 1987) das 21. Lebensjahr und arbeitete von Dezember 1987 bis Dezember 1996 noch ungefähr acht Jahre.

Wenn die Sachwalterin nun in ihrem Vorlageantrag vom 23. Juni 2006 ausführt, dass die untersuchende Ärztin sich in ihrem Gutachten lediglich auf das Gutachten des Sachverständigen Dr. S. aus dem Jahr 1999 bezogen habe und dass auch die Krankengeschichte der LNK Mauer in das Gutachten miteinbezogen hätte werden müssen, so ist dies für die Beurteilung insofern unerheblich, als der erstmalige Aufenthalt in der LNK Mauer vom 18.9.1991 bis 23.10.1991 datiert. Zu diesem Zeitpunkt war der Bw. bereits 25 Jahre alt, weshalb hieraus keine Schlüsse gezogen werden können, dass die Erkrankung bereits vor dem 21. Lebensjahr eingetreten ist. Überdies gehen beide schlüssige Gutachten auf die stationären Aufenthalte ein.

Auch der Umstand, dass der Bw. während seines Präsenzdienstes das 21. Lebensjahr vollendete und nicht für untauglich erklärt wurde, spricht eindeutig gegen eine bereits vor diesem Zeitpunkt eingetretene Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Schon aus diesem Grund kann der Berufung kein Erfolg beschieden sein. Hierzu kommt noch Folgendes:

Wie auch der Bw. in seiner Berufung anführt, hat der Verwaltungsgerichtshof wiederholt ausgesprochen, dass eine mehrjährige berufliche Tätigkeit des Kindes die für den Anspruch auf Familienbeihilfe nach der genannten Bestimmung notwendige Annahme, das Kind sei infolge seiner Behinderung nicht in der Lage gewesen, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, widerlege (vgl. die Erkenntnisse 24.10.1995, 91/14/0197, 21.11.1990, 90/13/0129, 25.1.1984, 82/13/0222 und 21.2.2001, 96/14/0159).

Im letztgenannten Erkenntnis hat der Verwaltungsgerichtshof über einen vergleichbaren Fall wie folgt entschieden:

"Die am 2. Jänner 1967 geborene Beschwerdeführerin beantragte am 11. August 1995 durch ihren Sachwalter die Gewährung der (erhöhten) Familienbeihilfe.

Mit Bescheid vom 14. September 1995 wies das Finanzamt den Antrag im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass die Beschwerdeführerin infolge ihrer seit 1989 erzielten eigenen Einkünfte in der

Lage sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

In der dagegen erhobenen Berufung führte der Sachwalter aus, die Beschwerdeführerin sei tatsächlich nicht in der Lage, sich den Lebensunterhalt zu verschaffen. Dies ergebe sich daraus, dass ihr Pflegegeld zuerkannt worden sei und sie nunmehr im Wohnheim des Österreichischen Hilfswerks für Taubblinde und hochgradig Hör- und Sehbehinderte (ÖHTB) in einer betreuten Wohngemeinschaft lebe und auf einem geschützten Arbeitsplatz beschäftigt sei. Eine allfällige Beschäftigung der Beschwerdeführerin in der Vergangenheit habe auf einem Entgegenkommen der Arbeitgeber beruht.

...

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung als unbegründet ab. Von streitentscheidender Bedeutung sei im Beschwerdefall, ob die Beschwerdeführerin bereits vor der Vollendung ihres 21. Lebensjahres zufolge ihres Leidens dauernd außerstande gewesen sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Nach der vorgelegten amtsärztlichen Bestätigung vom 28. Juni 1995, in der ein Behinderungsgrad von 80 % festgestellt werde, liege bei der Beschwerdeführerin eine Geistesschwäche ab Geburt vor. In dem im Zuge des Berufungsverfahrens ergänzten amtsärztlichen Zeugnis werde zusätzlich bescheinigt, dass die Beschwerdeführerin voraussichtlich dauernd außerstande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes steht eine mehrjährige berufliche Tätigkeit der Annahme entgegen, das Kind sei infolge seiner Behinderung dauernd außerstande gewesen, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Februar 1997, 96/14/0088, und die dort angeführte Vorjudikatur).

Bereits von der Abgabenbehörde erster Instanz wurde der Antrag der Beschwerdeführerin mit der Begründung abgewiesen, sie habe sich seit 1989, somit nach Vollendung des 21. Lebensjahres, durch eigene Einkünfte selbst den Lebensunterhalt verschafft. Die Beschwerdeführerin ist, vertreten durch ihren Sachwalter, dieser Feststellung lediglich mit dem allgemeinen Hinweis entgegengetreten, eine "allfällige Beschäftigung in der Vergangenheit" habe auf einem außerordentlichen Entgegenkommen der Arbeitgeber beruht. Wie der Verwaltungsgerichtshof in dem Erkenntnis vom 21. November 1990, 90/13/0129, ausgeführt hat, steht ein "Entgegenkommen der Arbeitgeber" nicht der Annahme entgegen, eine Person sei auf Grund ihrer Arbeitsleistungen in der Lage, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Dass die Beschwerdeführerin keine Arbeitsleistungen erbracht habe, sondern etwa aus karitativen Überlegungen oder zu therapeutischen Zwecken ohne Erwartung einer Gegenleistung wie eine Dienstnehmerin behandelt worden sei, behauptet selbst die Beschwerde nicht (vgl. dazu auch das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 1997, 95/14/0125)."

Dass die Eltern als Arbeitgeber dem Bw. gegenüber ein besonderes Entgegenkommen an den Tag gelegt haben, mag zutreffen. Dass der Bw. aber keine Arbeitsleistung erbracht hat, wurde nicht behauptet, ist aus der Aktenlage nicht erkennbar und wäre auch bei einer derartig lang andauernden Beschäftigung keineswegs anzunehmen. Überdies war der Bw. insgesamt mehr als zwei Jahre bei anderen Arbeitgebern beschäftigt."

Gegen die Entscheidung des unabhängigen Finanzsenates vom 29. September 2006 wurde Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eingebracht, in der ausgeführt wurde, der unabhängige Finanzsenat hätte jedenfalls beim Bundessozialamt ein Sachverständigengutachten einholen müssen, dies einerseits auf Grund des Vorbringens des Bf., und andererseits schon alleine auf Grund der Bestimmungen des § 8 Abs. 6 FLAG.

Wäre seitens der belangten Behörde ein Gutachten eingeholt worden, so hätte sich ergeben, dass der Beschwerdeführer bereits vor seinem 21. Lebensjahr dauernd außer Stande gewesen sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen und dass es sich nicht nur um eine vorübergehende Beeinträchtigung gehandelt habe. Das in erster Instanz eingeholte Sachverständigengutachten schließe derartige Verfahrensergebnisse keinesfalls aus, doch spreche dieses lediglich über einen Zeitraum vor dem 1. Jänner 1999 ab und setze sich überhaupt nicht mit dem davor liegenden Zeitraum auseinander, weshalb die Abgabenbehörde zweiter Instanz

umsomehr verpflichtet gewesen wäre, eine Stellungnahme des Bundessozialamtes betreffend diesen Zeitraum einzuholen.

Des Weiteren hätte auch festgestellt werden können, dass im Falle des Bw. karitative Überlegungen bzw. therapeutische Zwecke im Vordergrund gestanden seien und nicht von vornherein eine Arbeitsleistung erwartet worden sei.

Der Verwaltungsgerichtshof hob die Berufungsentscheidung des unabhängigen Finanzsenates mit Erkenntnis vom 18.11.2008, 2007/15/0019, auf und schloss sich der Rüge des Beschwerdeführers an, dass das vorliegende Gutachten nur über den Zeitraum ab 1. Jänner 1999 abgesprochen habe, nicht jedoch über davor liegende Zeiträume. Der unabhängige Finanzsenat hätte somit das Gutachten durch das Bundessozialamt ergänzen lassen müssen.

Weiters verweist der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis auf die durch das Bundesgesetz, BGBl. I Nr. 2002/105, seit 1. Jänner 2003 neue Rechtslage, derzufolge eine mehrjährige berufliche Tätigkeit nicht gegen eine dauernde Erwerbsunfähigkeit spreche. Die belangte Behörde müsse ihre Entscheidung auf Grund der im ärztlichen Sachverständigengutachten getroffenen Feststellungen treffen, soweit diese schlüssig seien. Bei Unschlüssigkeit des Gutachtens müsse ein weiteres Gutachten bzw. eine Ergänzung zum Gutachten eingeholt werden.

Im Zuge des nunmehr wieder offenen Berufungsverfahrens richtete der unabhängige Finanzsenat am 26. Jänner 2009 folgendes Schreiben an das Bundessozialamt:

„Der Verwaltungsgerichtshof hat den Bescheid des unabhängigen Finanzsenates vom 29. September 2006, Zl. RV/1366-W/06, mit Erkenntnis vom 18. November 2008, Zl. 2007/15/0019-8, unter anderem mit der Begründung aufgehoben, dass das fachärztliche Sachverständigengutachten des Bundessozialamtes vom 14. Mai 2006 keine Aussage über den Zustand und die Fähigkeit des Beschwerdeführers vor dem 1. Jänner 1999 enthalte. Das eingeholte Gutachten bezeichne als „relevante vorgelegte Befunde“ das Gutachten aus dem Verfahren zur Bestellung eines Sachwalters vom 2. Juni 1999. Dieses verwiesene Gutachten referiere zwar unter dem Punkt „Angaben des Beschwerdeführers sowie seiner Mutter“ zahlreiche Aufenthalte an der Landesnervenklinik Mauer, ohne aber Näheres dazu auszuführen. Das der belangten Behörde vom Bundessozialamt übermittelte Gutachten referiere ebenfalls lediglich in der Anamnese „zahlreiche Aufnahmen an der LNK Mauer unter der Diagnose chronifizierte Psychose“. Unter Berücksichtigung der Krankengeschichte über diese Aufenthalte hätte die belangte Behörde das ihr vorliegende Sachverständigengutachten ergänzen lassen müssen. Dies sei unterblieben.“

Das nunmehr vorliegende Gutachten lautet wie folgt:

Betr.: H. X.

Vers.Nr.: 1234

Aktengutachten erstellt am 2009-01-20

Anamnese:

Lt. den Unterlagen war der Pat. 18 09 - 23 10 1991 zum ersten Male an der LNK Mauer unter Diagnose paranoide Schizophrenie und symptomatischer Äthylismus stationär aufgenommen. Insgesamt 15x (Befund 10 10 2000). Er habe VS und HS, dann Lehre im elterlichen Betrieb absolviert (bis 12/86), dann Präsenzdienst und war bis 31 12 1996 erwerbstätig; großteils im elterlichen Betrieb, aber auch mehr als 2 Jahre bei anderen Arbeitgebern.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): aktenmäßig

Untersuchungsbefund: aktenmäßig

Status psychicus / Entwicklungsstand: aktenmäßig

Relevante vorgelegte Befunde: 2000-10-10 BEFUND LNK MAUER

erstmalig stationär 1991 paranoide Schizophrenie insgesamt 15x

2006-05-24 FA DR. XY FLAG GUTACHTEN

paranoide Schizophrenie chronifiziert GdB 70%, rückwirkende Anerkennung 01/1999

Diagnose(n): paranoide Schizophrenie chronifiziert

Richtsatzposition: 585 Gdb: 070% ICD: F20.0

Rahmensatzbegründung:

7 Stufen über unterem Rahmensatz, da schwere Chronifizierung.

Keine Änderung zum Vorgutachten 5/06

Gesamtgrad der Behinderung: 70 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Der Krankheitsbeginn ist nach den Unterlagen mit 9/1991 gegeben. Über den damaligen Grad der Behinderung kann an Hand der vorliegenden Unterlagen aktuell keine exakte Aussage gemacht werden, ist aber mit GdB 50% wahrscheinlich.

Eine Nachuntersuchung ist nicht erforderlich - Dauerzustand.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 1999-01-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

Der(Die) Untersuchte ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Es lag eine Erwerbstätigkeit bis 12/1996 vor, inclusive des absolvierten Präsenzdienstes 4/1987-11/1987.

erstellt am 2009-01-22 von K.

Facharzt für Neurologie und Psychiatrie

zugestimmt am 2009-01-22

Leitender Arzt: S-G.G.

Aus medizinischer Sicht kann die Unfähigkeit sich selbst den Unterhalt zu verschaffen erst mit 9/1991 bestätigt werden.

Das Gutachten wurde der Sachwalterin mit Schreiben vom 26. Jänner 2009 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Die Sachwalterin gab dazu innerhalb der gesetzten Frist keine Stellungnahme ab.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

#### **Feststehender Sachverhalt:**

Der dieser Entscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt ist unstrittig; diesbezüglich wird auf die Ausführungen im Sachverhaltsteil verwiesen.

#### **Gesetzliche Grundlagen:**

Gemäß § 6 Abs. 2 lit. d iVm Abs. 5 FLAG haben volljährigen Vollwaisen und Kinder, deren Eltern nicht überwiegend Unterhalt leisten, dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie wegen einer grundsätzlich vor Vollendung des 21. Lebensjahres eingetretenen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Gemäß § 8 Abs 4 FLAG erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind.

Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß § 8 Abs 5 FLAG, 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.

Nach § 8 Abs. 5 FLAG sind für die Einschätzung des Grades der Behinderung die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs 1 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957, BGBl. Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9.6.1965, BGBl. Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung, anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG in der Fassung BGBl I Nr. 105/2002 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.

Die Feststellung des Behindertengrades eines Kindes, für das erhöhte Familienbeihilfe nach § 8 Abs 4 FLAG beantragt wurde, hat somit nach den Bestimmungen des § 8 Abs 6 FLAG auf dem Wege der Würdigung ärztlicher Sachverständigengutachten zu erfolgen.

Die Abgabenbehörde hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs 2 BAO).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

### **Rechtliche Würdigung:**

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 18.11.2008, 2007/15/0019 ausdrücklich auf den klaren Wortlaut des § 8 Abs. 6 FLAG in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2002 (in Kraft getreten mit 1. Jänner 2003) verwiesen, durch den die bisherige Judikatur, wonach eine mehrjährige berufliche Tätigkeit des Kindes die für den Anspruch auf Familienbeihilfe notwendige Annahme, das Kind sei infolge seiner Behinderung nicht in der Lage gewesen, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, keinen Anwendungsbereich mehr hat.

Der Gerichtshof (sh. auch VwGH 18.12.2008, 2007/15/0151) bezieht sich dabei offensichtlich auf das Erkenntnis des VfGH vom 10.12.2007, B 700/07, in dem der Verfassungsgerichtshof ausführt, dass sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 8 Abs. 6 FLAG ergebe, dass der Gesetzgeber nicht nur die Frage des Grades der Behinderung, sondern (bereits seit 1994) auch die (damit ja in der Regel unmittelbar zusammenhängende) Frage der voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, der eigenständigen



Beurteilung der Familienbeihilfenbehörden entzogen und dafür ein qualifiziertes Nachweisverfahren eingeführt habe, bei dem eine für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution eingeschaltet werde und der ärztliche Sachverstand die ausschlaggebende Rolle spiele. Dem dürfte die Überlegung zugrunde liegen, dass die Frage, ob eine behinderte Person voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, nicht schematisch an Hand eines in einem bestimmten Zeitraum erzielten Einkommens, sondern nur unter Berücksichtigung von Art und Grad der Behinderung bzw. der medizinischen Gesamtsituation der betroffenen Person beurteilt werden könne. Damit könne auch berücksichtigt werden, dass gerade von behinderten Personen immer wieder - oft mehrmals - Versuche unternommen werden, sich in das Erwerbsleben einzugliedern, bei denen jedoch die hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, dass sie aus medizinischen Gründen auf längere Sicht zum Scheitern verurteilt sein würden. Der Gesetzgeber habe daher mit gutem Grund die Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit jener Institution übertragen, die auch zur Beurteilung des Behinderungsgrades berufen sei. Die Beihilfenbehörden hätten bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und könnten von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich somit der Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes angeschlossen; daraus folgt, dass auch der unabhängige Finanzsenat für seine Entscheidungsfindung das ärztliche Sachverständigengutachten heranzuziehen hat, sofern dieses als schlüssig anzusehen ist. Es ist also im Rahmen dieses Berufungsverfahrens zu überprüfen, ob das nunmehr neu erstellte Sachverständigengutachten diesem Kriterium entspricht.

Abweichend zum fachärztlichen Sachverständigengutachten des Bundessozialamtes vom 24. Mai 2006, das der unabhängige Finanzsenat seiner Berufungsentscheidung vom 29. September 2006 zugrunde legte, kam die untersuchende Ärztin in dem nunmehr im Zuge des fortgesetzten Verfahrens neuerlich angeforderten Gutachten vom 20. Jänner 2009 zu folgender Diagnose (komplettes Gutachten siehe Sachverhaltsteil):

„Diagnose: paranoide Schizophrenie chronifiziert

Richtsatzposition: 585 GdB: 70 % ICD: F20.0

Rahmensatzbegründung: 7 Stufen über unterem Rahmensatz, da schwere Chronifizierung.

Keine Änderung zum Vorgutachten 5/08

Gesamtgrad der Behinderung: 70 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Der Krankheitsbeginn ist nach den Unterlagen mit 9/1991 gegeben. Über den damaligen Grad der Behinderung kann an Hand der vorliegenden Unterlagen aktuell keine exakte Aussage gemacht werden, ist aber mit GdB 50% wahrscheinlich. Eine Nachuntersuchung ist nicht erforderlich – Dauerzustand.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades der Behinderung ist ab 1999-01-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich. Der (Die) Untersuchte ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Es lag eine Erwerbstätigkeit bis 12/1996 vor, inclusive des absolvierten Präsenzdienstes 4/1987 – 11/1987...Aus medizinischer Sicht kann die Unfähigkeit sich selbst den Unterhalt zu verschaffen erst mit 9/1991 bestätigt werden.“

Das nunmehrige Gutachten stützt sich bei der Beurteilung nicht nur auf das psychiatrische

Gutachten vom 2. Juni 1999, das im Zuge der Bestellung eines Sachwalters erstellt wurde, sondern auf sämtliche zum Zeitpunkt der Untersuchung zur Verfügung stehende Informationen und Befunde.

Tatsache ist, dass dem Facharzt im Bundessozialamt bei der Untersuchung am 14. Mai 2006 ausschließlich das Sachwaltergutachten von Dr. S. vom 2. Juni 1999, nicht jedoch Befunde für davor liegende Zeiträume zur Verfügung gestanden sind. Bei dem am 20. Jänner 2009 erstellten Aktengutachten, das im Zuge des fortgesetzten Verfahrens auf Ersuchen des unabhängigen Finanzsenates erstellt wurde, lag dem Sachverständigen das Schreiben der NÖ Landesnervenklinik Mauer vom 10. Oktober 2000 vor. Diesem ist zu entnehmen, dass sich der Bw. erstmals vom 18. September bis 23. Oktober 1991 unter der Diagnose paranoide Schizophrenie und symptomatischer Äthylismus in stationärer Behandlung befand und es in der Folge zu 15 weiteren Behandlungen inklusive der laufenden halbstationären Behandlung im Übergangswohnheim kam.

Abweichend zum ersten Sachverständigengutachten vom 14. Mai 2006 konnte die untersuchende Fachärztin auf Grund dieses ihr (erst) im Zuge der Erstellung des Aktengutachtens zur Verfügung stehenden Schreibens die rückwirkende Einstufung der Erwerbsunfähigkeit bereits mit September 1991 vornehmen. Zu diesem Zeitpunkt war der Bw. bereits 25 Jahre alt und ungefähr acht Jahre berufstätig, dies unbestrittenerweise größtenteils im Geschäft seiner Eltern und gewiss mit deren Unterstützung und Rücksichtnahme.

Fest steht jedoch, dass der Bw. zumindest bis Ende 1996 erwerbstätig war. Somit muss aber in Übereinstimmung mit dem Gutachten vom 20. Jänner 2009 angenommen werden, dass sich die Erkrankung beim Bw. offensichtlich erst zu einem Zeitpunkt manifestiert hat, in dem er bereits längst das 21. Lebensjahr überschritten hatte. Es würde dem Gutachten an Schlüssigkeit fehlen, wenn der untersuchende Sachverständige den Beginn der Erkrankung – ohne Untermauerung durch entsprechende Befunde – zu einem um Jahre davor liegenden Zeitpunkt festgestellt hätte. Schlüssig ist vielmehr, den Beginn der Erkrankung unter Zuhilfenahme vorliegender Befunde zu bestimmen.

Es kann daher mit höchster Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass die zeitliche Festlegung der dauernden Erwerbsunfähigkeit ab September 1991 den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht und erscheint dem unabhängigen Finanzsenat das nunmehrige Aktengutachten als schlüssig.

Die Berufung betreffend Gewährung der (erhöhten) Familienbeihilfe rückwirkend auf fünf Jahre musste daher abgewiesen werden.

Wien, am 16. März 2009