



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch die Vorsitzende Dr. Judith Leodolter und die weiteren Mitglieder Dr. Ewald Rabensteiner, Mag. Harald Österreicher und Dr. Robert Zsifkovits im Beisein der Schriftführerin Andrea Newrkla über die Berufungen des Bw, Adr, vertreten durch die Sachwalterin Dr. Christiane Bobek, Rechtsanwältin, 1150 Wien, Mariahilfer Straße 140, gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf vom 11. Mai 2007 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum November 2005 bis Juli 2006 und Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab August 2006 nach der am 29. Oktober 2008 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufungen werden als unbegründet abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 11. Mai 2007 forderte das Finanzamt Wien 12/13/14/Purkersdorf die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag für den Berufungswerber (Bw.) für den Zeitraum November 2005 bis Juli 2006 gem. § 26 FLAG 1967 zurück. Gleichzeitig wurde der von der Sachwalterin des Bw. eingebrachte Antrag auf rückwirkende Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für den Zeitraum ab August 2006 abgewiesen. Begründend wurde ausgeführt, dass das Bundessozialamt Wien nach zweimaliger Untersuchung des Bw. den Grad der Behinderung mit 50vH und dauernde Erwerbsunfähigkeit rückwirkend ab 1. November 2005

festgestellt habe. Laut Gutachten seien jedoch keine Befunde beigebracht worden, die den genauen Beginn der Erkrankung erkennen lassen. Damit stehe fest, dass die Erwerbsunfähigkeit erst nach Vollendung des 21. Lebensjahres eingetreten sei. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes widerlege eine mehrjährige Beschäftigung eines Kindes bei verschiedenen Arbeitgebern die für den Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 1 lit. c FLAG notwendige Annahme, das Kind sei infolge seiner Behinderung außerstande gewesen, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (VwGH 25.10.1995, 91/14/0197). Da somit eine voraussichtlich dauernde Unfähigkeit sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, erst nach Vollendung des 21. Lebensjahres, zu einem Zeitpunkt, wo der Bw. nicht mehr in Berufsausbildung gestanden habe, festgestellt worden sei, würden die gesetzlichen Voraussetzungen für den Bezug der Familienbeihilfe und erhöhten Familienbeihilfe nicht vorliegen.

In der Berufung gegen den Rückforderungs- und den Abweisungsbescheid wird vorgebracht, dass die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, weit vor Vollendung des 21. Lebensjahres eingetreten sei. In einem EEG-Befund Prim. Dr. S, der vor Vollendung des 21. Lebensjahres des Bw. am 2.5.2001 erstellt wurde, zeige sich bereits eine Funktionsstörung weitgehend diffus im Bereich der linken Hemisphäre. Ebenfalls vom 2.5.2001, also auch vor Vollendung des 21. Lebensjahres, datiere der CT-Befund des Röntgenambulatoriums Gersthoferstraße, aus dem hervorgehe, dass eine dem Alter nicht entsprechende konzentrische Verdickung der Schädelkalotte sowie eine etwas unscharfe Differenzierbarkeit der grauen und weißen Hirnsubstanz der frontotemporalen Abschnitte besteht. Aus einem MRT-Befund vom 23.5.2001 gehe hervor, dass beim Bw. eine seit der Kindheit bekannte Mikrocephalie bestehe.

In der in einem Gutachten OA DDr. W vom 25.11.2005 enthaltenen Außenanamnese mit der Mutter des Bw. gibt diese an, dass der Bw. bereits in der Volksschule verhaltensauffällig gewesen sei. Bereits im Alter von sieben Jahren sei er zu einer Untersuchung in der Klinik Rett gewesen, in der man der Mutter mitgeteilt habe, dass der Bw. einen „zu kleinen Kopf“ habe. Auf Grund von Schwierigkeiten habe sodann der Bw. von der Volksschule in die Körperbehindertenschule K gewechselt.

Faktum sei, dass sich der Bw. im jugendlichen Alter sowohl gegen psychologische oder ärztliche Betreuung gewehrt habe, was unter anderem eine typische Erscheinung seines Krankheitsbildes sei. Daraus resultiere bedauerlicherweise die Situation, dass kaum Gutachten oder Befunde vorgelegt werden können, die die Entstehung einer voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich den Unterhalt selbst zu erwerben, detailliert belegen.

Im übrigen könne den Ausführungen im angefochtenen Bescheid nicht gefolgt werden, soweit darin auf die Rechtsprechung des VwGH verwiesen werde. Im vorliegenden Fall habe nämlich

überhaupt keine mehrjährige Beschäftigung des Bw. vorgelegen. Die zuletzt innegehabte Arbeitsstelle sei dem Bw. gekündigt worden, weil er verlangsamt gearbeitet und mehrfach Vorschriften nicht eingehalten habe.

In einem in der Folge über Veranlassung durch das Finanzamt vom Bundessozialamt erstellten neuerlichen Gutachten vom 25.6.2008 gelangte der Sachverständige zu dem Ergebnis, dass *„die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades der Behinderung ab 1.11.2005 auf Grund der vorgelegten relevanten Befunde möglich ist. Der Untersuchte ist voraussichtlich außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Mit der nötigen Wahrscheinlichkeit kann ein GdB>50% nicht vor dem SW GA (11/2005) angenommen werden, der Präsenzdienst wurde abgeleistet. Ab 11/2005 außer Stande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.“*

Mit Berufungsvorentscheidung vom 21. Juli 2008 wurde die Berufung gegen die Bescheide betreffend Abweisung und Rückforderung von Familienbeihilfe vom 11. Mai 2007 als unbegründet abgewiesen. Der Gesetzgeber habe dem Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen die Beurteilung der Behinderung und Selbsterhaltungsfähigkeit übertragen. Somit hätten die Beihilfenbehörden bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung des Behinderungsgrades auszugehen und könnten davon nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen.

In den Gutachten des Bundessozialamtes vom 19.4.2006, 11.5.2007 und vom 25.6.2008 sei gleichlautend bescheinigt worden, dass auf Grund der vorgelegten relevanten Befunde und auch der Tatsachen, dass sowohl eine Lehre als auch der Präsenzdienst absolviert wurden, eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit erst ab November 2005 festgestellt werden kann.

Mit Eingabe vom 1. August 2008 wurde die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde 2. Instanz zur Entscheidung beantragt.

Mit Schriftsatz vom 4.9.2008 wurde von der Sachwalterin des Bw. das von der PVA anlässlich des Invaliditätspensionsverfahrens erstellte ärztliche Gesamtgutachten vom 23.6.2008 übermittelt.

Die für den 29. Oktober 2008 über Antrag des Bw. anberaumte mündliche Berufungsverhandlung wurde infolge dessen Fernbleibens in Abwesenheit des Bw. durchgeführt.

Die Vertreter des Finanzamtes verwiesen auf die drei vorliegenden, gleichlautenden Gutachten des Bundessozialamtes, in welchen bescheinigt wird, dass eine dauernde Erwerbsunfähigkeit erst ab November 2005 festgestellt werden kann sowie auf den Umstand, dass das Finanzamt bei der Beurteilung des Behinderungsgrades oder der Erwerbsunfähigkeit von der

Bescheinigung durch das Bundessozialamt auszugehen habe. Weiters wurde darauf hingewiesen, dass der Bw. eine Erwerbstätigkeit ausgeübt und den Präsenzdienst abgeleistet habe.

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

1. Folgender Sachverhalt steht fest:

- Der Bw. vollendete am 00.00.2003 sein 21. Lebensjahr
- Der Bw. hat eine Maurerlehre bei Jugend am Werk abgeschlossen
- Nach Abschluss der Lehre war der Bw. laut Versicherungsdatenauszug insgesamt rund 16 Monate als Maurer bzw. Hilfsarbeiter berufstätig.
- Der Bw. hat das Bundesheer absolviert
- Seit November 2005 ist der Bw. als arbeitssuchend vorgemerkt
- Relevante vorgelegte Befunde: MRT-Befund vom 23.5.2001, CT-Befund und PL-EEG-Befund vom 2.5.2001, klinisch-psychologische Untersuchung Mag. R vom 18.1.2005, Psychiatrisch/Neurologisches Sachverständigengutachten vom 25.11.2005, Ärztliches Gesamtgutachten vom 23.6.2008
- Die ärztliche SV DDr. W gelangte in ihrem anlässlich der Sachwalterschaftssache beim Bezirksgericht Fünfhaus erstellten Gutachten nach Aktenstudium und eigenen Befunderhebungen zu dem Schluss, dass „bei dem Betroffenen eine leichte geistige Behinderung mit einer noch infantilen Persönlichkeitsstruktur vorliegt, wodurch er nicht in der Lage ist, komplexere Angelegenheiten ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbständig zu erledigen.“ Weiters stellte die ärztliche SV beurteilend fest, dass die Errichtung einer Sachwalterschaft zur Regelung der finanziellen Angelegenheiten und der Vermögensverwaltung sowie zur Vertretung bei Ämtern, Behörden, Gerichten und privaten Vertragspartnern medizinisch indiziert ist
- Laut Diagnose der fachärztlichen Gutachten des Bundessozialamtes der Landesstelle Wien wird dem Bw. eine Intelligenzminderung bei unreifer Persönlichkeit und ein Gesamtgrad der Behinderung von 50% (voraussichtlich mehr als 3 Jahre) bescheinigt. Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades der Behinderung ist ab 1.11.2005 auf Grund der vorgelegten relevanten Befunde möglich
- Mit Beschluss des BG Fünfhaus vom 4.11.2005 wurde dem Bw. eine Sachwalterin beigegeben

- Am 19.3.2008 stellte der Bw. einen Antrag auf Gewährung einer Invaliditätspension und Pflegegeldgewährung

## 2. Rechtliche Beurteilung

Nach § 6 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) haben Kinder, deren Eltern ihnen nicht überwiegend Unterhalt leisten und die sich nicht auf Kosten der Jugendwohlfahrtspflege oder der Sozialhilfe in Heimerziehung befinden, unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe, unter denen eine Vollwaise Anspruch auf Familienbeihilfe hat.

Nach § 6 Abs. 2 lit. d Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben volljährige Vollwaisen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn auf sie die Voraussetzungen des Abs. 1 lit. a bis c zutreffen und wenn sie 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, und sich in keiner Anstaltspflege befinden. Gemäß § 8 Abs. 4 des betreffenden Gesetzes erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind.

Als erheblich behindert gilt gemäß § 8 Abs. 5 leg.cit. 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 v.H. 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 die Vorschriften des §§ 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. Juni 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.

Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist nach § 8 Abs. 6 leg. cit. durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.

Im Berufungsfall ist strittig, ob der Bw. infolge einer attestierten Intelligenzminderung bereits vor Vollendung seines 21. Lebensjahres dauernd außer Stande war, sich selbst den Unterhalt zu beschaffen.

In den vorliegenden Gutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen vom 20.3.2006, vom 30.8.2006 und vom 25.6.2008 legen die Gutachter durchaus überzeugend und schlüssig dar, dass die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Behinderungsgrades ab November 2005 möglich ist. Sie nehmen dabei Bezug auf die vorgelegten relevanten Befunde und auch auf die Tatsache, dass der Bw. sowohl eine Lehre als auch den Präsenzdienst absolviert hat und kommen nachvollziehbar zum Ergebnis, dass ein Behinderungsgrad von zumindest 50% erst ab November 2005 festgestellt bzw. mit der nötigen Wahrscheinlichkeit ein GdB > 50% nicht vor November 2005 angenommen werden kann. Im Gutachten vom 25.6.2008 wird zudem festgestellt, dass der Bw. seit November 2005 dauernd außer Stande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat ein ärztliches Zeugnis betreffend das Vorliegen einer Behinderung im Sinne des FLAG Feststellungen über Art und Ausmaß des Leidens, sowie auch der konkreten Auswirkungen der Behinderung auf die Erwerbsfähigkeit in schlüssiger und damit nachvollziehbarer Weise zu enthalten (vgl. VwGH 30.6.1994, 92/15/0215, und VwGH 21.2.2001, 96/14/0139).

Diesen Kriterien werden die Gutachten des Bundessozialamtes gerecht.

Nach Auffassung des UFS ist aus keinem der von der Sachwalterin vorgelegten Befunde und Gutachten konkret abzuleiten, dass der Bw. infolge der ihm attestierten leichten geistigen Behinderung bereits vor dem 1. November 2005 als dauernd erwerbsunfähig iS der zitierten Bestimmungen des FLAG einzustufen gewesen wäre.

Weder lassen die Ergebnisse des MRT-Befundes (unauffälliger Hirnbefund), des CT-Befundes (konzentrische Verdickung der Schädelkalotte) sowie des EEG-Befundes (geringe Funktionsstörung im Bereich der linken Hemisphäre) erkennen, ob bereits allenfalls zu einem früheren Zeitpunkt ein Behinderungsgrad von 50% erreicht war, noch kann aus der Schlussfolgerung der SV DDr. W im Psychiatrisch/Neurologische Gutachten, dass beim Bw. eine leichte geistige Behinderung mit einer noch infantilen Persönlichkeitsstruktur vorliegt, wodurch er nicht in der Lage ist, komplexere Angelegenheiten ohne Gefahr eines Nachteils für sich selbständig zu erledigen, eine dauernde Erwerbsunfähigkeit für den Zeitraum vor seinem 21. Lebensjahr gefolgert werden.

Auch aus dem Hinweis im CT-Befund auf die „anamnestisch bekannte Mikrocephalie“ lässt sich ebenso wenig ein früherer als der im Gutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen vom 25.6.2008 festgestellte Zeitpunkt für den Eintritt der Erwerbsunfähigkeit ableiten wie aus den Angaben der Mutter des Bw. anlässlich der von der SV DDr. W für die Gutachtenserstellung durchgeführten Außenanamnese, wonach der Bw.

bereits in der Volksschule verhaltensauffällig gewesen sei und auf Grund von Schwierigkeiten von der Volksschule in eine Körperbehindertenschule gewechselt habe.

Ebenso wenig lässt das im Zuge des Berufungsverfahrens vorgelegte Gesamtgutachten zum Antrag auf Gewährung der Invaliditätspension Rückschlüsse auf eine allenfalls bereits vor dem 21. Lebensjahr eingetretenen Erwerbsunfähigkeit zu. Selbst wenn die Behinderung des Bw. bereits vor dem 21. Lebensjahr bestanden haben mag, so spricht die gesamte Beweislage aber dafür, dass der Bw. nicht bereits vor dem 21. Lebensjahr auf Grund seiner Erkrankung derart beeinträchtigt war, dass er schon damals dauernd unfähig war, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Aktenkundig ist die Tatsache, dass der Bw. eine Maurerlehre und den Präsenzdienst absolviert hat und in der Folge (mit Unterbrechungen) als Maurer bzw. als Hilfsarbeiter beschäftigt war. Zwar wurden die Arbeitsverhältnisse zumeist nach einiger Zeit von Seiten der jeweiligen Arbeitgeber wieder aufgelöst, doch war der Bw. auch noch nach seinem 21. Lebensjahr für insgesamt ca. 1 Jahr erwerbstätig.

Auch der Umstand, dass der Bw. die Gewährung einer Invaliditätspension beantragt hat, spricht gegen eine vor Vollendung des 21. Lebensjahres eingetretene dauernde Erwerbsunfähigkeit. Voraussetzung hierfür ist nämlich, dass er eine am Arbeitsmarkt bewertbare Arbeitsleistung erbracht und die Erkrankung nicht bereits ins Erwerbsleben eingebracht hat.

Aus all diesen Gründen ist es somit als erwiesen anzunehmen, dass die dauernde Erwerbsunfähigkeit des Bw. erst nach seinem 21. Lebensjahr eingetreten ist.

Hinsichtlich der in der Berufung gestellten Beweisanträge (einzuholendes Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiete der Psychiatrie und Neurologie sowie aus dem Fachgebiete der Berufskunde, Durchführung eines arbeitspsychologischen Tests, Einvernahme der Mutter des Bw.) ist auszuführen, dass das Beweisthema der diesbezüglichen Anträge mangels Konkretisierung der Tatsachen und Punkte, die durch die angegebenen Beweismittel geklärt werden sollen, nicht hinreichend definiert ist und diese daher iSd herrschenden Lehre und Rechtsprechung abzulehnen waren. Abgesehen davon war eine Einholung eines (weiteren) Sachverständigengutachten aus dem Fachgebiete der Psychiatrie und Neurologie schon deshalb entbehrlich, weil ein solches bereits aktenkundig ist (vgl. das Gutachten der Fachärztin für Psychiatrie und Neurologie OA. DDr. Gabriele Wörgötter). Dass dieses unschlüssig oder nicht nachvollziehbar sein soll, wird vom Bw. nicht behauptet. Ebenso entbehrlich war eine Einvernahme der Mutter des Bw., weil eine Befragung von Brigitte Misensky bereits im Zuge einer von der Sachverständigen DDr. Gabriele Wörgötter durchgeführten Außenanamnese stattgefunden hat.

Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass die Mitteilung des Finanzamtes vom 19.4.2006, wonach dem Bw. die Familienbeihilfe bis 2009 zugesichert wurde, lediglich eine der Rechtskraft nicht fähige Benachrichtigung darstellt, die den angefochtenen Bescheiden nicht entgegenstand.

Wien, am 30. Oktober 2008