



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch VT, vom 21. Oktober 2005 gegen den Bescheid des Finanzamtes Bregenz vom 13. Oktober 2005 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe ab 1. Dezember 2000 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 13. Oktober 2005 wurde der Antrag des Berufungswerbers (Bw) auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für das Kind K abgewiesen, da im Gutachten vom 19. September 2005 eine dauernde Erwerbsunfähigkeit nicht bescheinigt wurde und daher die Voraussetzungen zur Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe nach dem vollendeten 27. Lebensjahr nicht vorliegen würden.

Mit Eingabe vom 21. Oktober 2005 wurde obgenannter Bescheid vom Bw beeinsprucht und ausgeführt, dass nach § 2 Abs 1 lit c Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der derzeit geltenden Fassung ein Kind als erheblich behindert gelte, wenn es voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Nach § 8 Abs 5 dieses Gesetzes gelte außerdem ein Kind als erheblich behindert, wenn der Grad der Behinderung mindestens 50 % voraussichtlich auf die Dauer von mehr als drei Jahren beträgt. Laut Fachgutachten betrage bei seiner Tochter der Gesamtgrad der Behinderung 70 % voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend. Nach seiner Meinung käme daher § 8 Abs 5 des Gesetzes voll zum

Tragen und das Kind sei daher als erheblich behindert einzustufen. Im „Ratgeber für Menschen mit Behinderung und deren Angehörige“ Seite 74 werde diese Auffassung voll gedeckt. Auch hier werde zwischen zwei Möglichkeiten der Einstufung eines Kindes als erheblich behindert unterschieden: Grad der Behinderung mindestens 50 % und Funktionsbeeinträchtigung voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend oder dauernde Erwerbsunfähigkeit. Außerdem möchte er festhalten, dass seine Tochter seit ihrem 20. Lebensjahr nie gearbeitet hat. Er ersuche daher, seinem Ansuchen auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für seine Tochter stattzugeben und den Bescheid zu revidieren.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 7. Dezember 2005 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und ausgeführt, dass sich die Tochter des Bw zwar zum Eintritt der Behinderung in Berufsausbildung befunden habe, eine dauernde Erwerbsunfähigkeit jedoch nicht bescheinigt wurde. Daher ende der Anspruch auf Familienbeihilfe mit Vollendung des 27. Lebensjahres.

Mit Eingabe vom 9. Jänner 2006 wurde der Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz von der rechtlichen Vertreterin des Bw gestellt. Hierin wird ua ausgeführt, dass aus den zitierten Gesetzesquellen hervorgehe, dass alternierend zwei Sachverhalte als Anspruchsvoraussetzung gemäß § 8 Abs 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 für eine erhebliche Behinderung eines Kindes vorgesehen sind, nämlich

- a) nicht nur vorübergehend, ist gleich, ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren, wobei der Grad der Behinderung mindestens 50 % betragen muss;
- b) der Grad der Behinderung beträgt weniger als 50 %, diesfalls müsse das Kind voraussichtlich dauernd außerstande sein, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Diese gesetzliche Bestimmung werde in den Durchführungsrichtlinien zum FLAG 1967 (Stand September 2005) nur verkürzt und daher irreführend wiedergegeben, wenn es dort heißt, dass über das 27. Lebensjahr hinaus allerdings die „erhöhte“ Familienbeihilfe nur gewährt werden kann, wenn das volljährige Kind voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Die Auslegung in dieser Durchführungsrichtlinie sei contra legem. Der Gesetzgeber wolle eindeutig nach § 8 Abs 5 FLAG 1967 nicht das Erfordernis, dass das Kind voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen dann, wenn der Grad der Behinderung mehr als 50 % ausmacht. So und nicht anders sei das Gesetz selbst zu lesen. Im fachärztlichen Sachverständigengutachten sei daher auch festgehalten, dass der Gesamtgrad der Behinderung 70 %, voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend, beträgt. Es sei nach Auffassung des Berufungswerbers daher das weitere Erfordernis der Einschätzung der voraussichtlichen Möglichkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, gar nicht mehr zu prüfen. Lediglich in eventu, dass sich die belangte Behörde

dieser Rechtsansicht nicht anschließen sollte, werde vorgebracht, dass das vorliegende Gutachten aufgrund der Untersuchung vom 21. Juli 2005 in seinem letzten Satz – nämlich, dass die Untersuchte voraussichtlich nicht dauernd außerstande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen - offenkundig unrichtig ist. Die festgestellte Krankheit habe offensichtlich bereits vor zehn Jahren ihren Anfang genommen. Seit 1998 – das heisst seit sieben Jahren – sei die sP bekannt. Es werde auf die im Gutachten erwähnten relevanten Befunde verwiesen. Aus dem Gutachten sei nicht ableitbar, weshalb die Tochter nach einer zehnjährigen Krankheits- (und Leidens)geschichte, aus der ablesbar ist, dass sie

- in dieser Zeit außerstande gewesen ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,
- in ärztlicher Behandlung war und keine wesentliche, andauernde Besserung erreicht werden konnte,
- die psychische Erkrankung bislang nicht effektiv und nachhaltig behandelt werden konnte,

nun voraussichtlich in (näherer) Zukunft befähigt sein sollte, für ihren Unterhalt selbst zu sorgen.

Die Tochter des Bw sei in all den Jahren laufend in ärztlicher Behandlung gewesen. Eine Besserung habe sich nicht ergeben. Der vorzitierte Schlusssatz sei daher nicht nachvollziehbar. Für eine Zukunftsprognose sei auch die Vergangenheit heranzuziehen. Das Gutachten sei in sich nicht schlüssig. Das vorliegende Gutachten habe lediglich die Bedeutung eines Beweismittels, das von der zur Entscheidung berufenen Behörde zu würdigen ist. Ob eine erhebliche „Behinderung“ im Sinne des § 8 Abs 5 FLAG 1967 vorliegt, habe die Abgabenbehörde festzustellen. Dies gelte auch für die Beurteilung, ob das Kind voraussichtlich dauernd außerstande sein werde, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Es werde sohin höflich der Antrag gestellt, die Berufungsbehörde möge feststellen, dass aufgrund der langjährigen Krankheitsgeschichte, die keine Besserung gebracht und auch eine solche nicht erwarten lässt und aufgrund der Tatsache, dass selbst das fachärztliche Gutachten einen 70%igen Behinderungsgrad, welcher länger als drei Jahre andauern wird, das in Rede stehende Kind des Bw an einer geistigen Behinderung leidet und voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, in eventu möge ein weiteres fachärztliches Gutachten zur Frage der Zukunftsprognose auf Grundlage der vergangenen Krankheitsgeschichte eingeholt werden. Nicht unerwähnt solle bleiben, dass der Gesetzgeber lediglich von „voraussichtlich“ spricht, das heisst lediglich eine erhöhte Wahrscheinlichkeit fordert, jedenfalls jedoch nicht eine solche an Sicherheit grenzende. Analog zur Auslegung dieses Begriffes „voraussichtlich“ in anderen Gesetzen wäre daher von der angerufenen Behörde die Voraussichtlichkeit schon zu bejahren gewesen, wenn eine über 50%ige

Wahrscheinlichkeit der Tatsache, dass das Kind dauernd außerstande sein wird, für seinen Unterhalt selbst zu sorgen, vorliegt. Das Gutachten vermöge nicht darzustellen, woraus es die Wahrscheinlichkeit ableitet, dass das Kind voraussichtlich dauernd befähigt sein wird, für seinen Unterhalt selbst zu sorgen. Die Schlussfolgerung im fachärztlichen Gutachten stehe in keinem Zusammenhang mit den darin vorstehend vorgenommenen Beurteilungen und Feststellungen sowie den darin zitierten Befunden.

Laut fachärztlichem Gutachten, welches am 30. Mai 2006 erstellt wurde, wurde von der zuständigen Fachärztin festgestellt, dass der Gesamtgrad der Behinderung von 70 vH voraussichtlich mehr als drei Jahre anhält und die Untersuchte außerdem voraussichtlich dauernd außerstande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Dies führte ebenso zu einer Abänderung des ursprünglichen Gutachtens durch den leitenden Arzt per 31. Mai 2006.

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

Gemäß § 2 Abs 1 lit c Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch vor Vollendung des 27. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Gemäß § 8 Abs 4 FLAG 1967 erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind. Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß § 8 Abs 5 FLAG 1967, 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 außer Stande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs 1 des Kriegsopfersversorgungsgesetzes 1957, BGBI. Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung, und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. 6. 1965, BGBI. 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 gemäß Abs 6 leg. cit. (in der bis 31. Dezember 2002 geltenden Fassung) durch eine Bescheinigung eines inländischen Amtsarztes, einer inländischen Universitätsklinik, einer Fachabteilung einer inländischen Krankenanstalt oder eines mobilen Beratungsdienstes der Bundesämter für Soziales und Behindertenwesen nachzuweisen. Kann

auf Grund dieser Bescheinigung die erhöhte Familienbeihilfe nicht gewährt werden, hat das Finanzamt einen Bescheid zu erlassen. Zur Entscheidung über eine Berufung gegen diesen Bescheid hat die Finanzlandesdirektion ein Gutachten des nach dem Wohnsitz des Berufungswerbers zuständigen Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen einzuholen. Gemäß § 8 Abs 6 FLAG in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2002 ist (in Kraft getreten mit 1. Jänner 2003) der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch eine ärztliche Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.

Strittig war laut Aktenlage im vorliegenden Berufungsfall, ob die Feststellungen des Finanzamtes in seiner Berufungsvorentscheidung vom 7. Dezember 2005, welche zu Recht auf dem ersten fachärztlichen Gutachten basierten, aufgrund des nunmehr neuen zweiten fachärztlichen Gutachtens, welches von einer voraussichtlich dauernden Erwerbsunfähigkeit der Tochter des Bw ausgeht, und der darauffolgenden Abänderung des ursprünglichen Gutachtens per 31. Mai 2006 aufrecht erhalten bleiben können.

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 ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. z. B. Erkenntnis vom 24. 3. 1994, 92/16/0142) 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.

Wie aus der Aktenlage und dem Schreiben der rechtlichen Vertretung vom 9. Jänner 2006 hervorgeht, litt die Tochter des Bw seit 1998 an den in den Befunden und Gutachten genannten Erkrankungen. Beide Ärzte kommen in ihren Gutachten übereinstimmend zum Resultat, dass ein Behinderungsgrad von 70 vH im Gegenstandsfall vorliegt. Das zweite Gutachten spricht zusätzlich davon, dass auch eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit bzw ein voraussichtlich dauerndes Außerstandesein, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, vorliegt. Darauffolgend wurde auch das erste fachärztliche Gutachten abgeändert und auch dort festgestellt, dass die Untersuchte voraussichtlich dauernd außerstande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Aufgrund des vorliegenden Krankheitsbildes und der Aktenlage kann nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates im Rahmen der freien Beweiswürdigung davon ausgegangen werden, dass diese zwar zum ersten Gutachten divergierende aber schlüssige Feststellung im

zweiten Gutachten, und zwar dass eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit bzw ein dauerndes Außerstandesein, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, vorliegt, mit größter Wahrscheinlichkeit den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Hiefür spricht auch die Tatsache, dass die Tochter des Bw laut Angaben in den Schriftsätzen seit ihrem 20. Lebensjahr nie gearbeitet hat und dass das erste fachärztliche Gutachten per 31. Mai 2006 ebenfalls abgeändert wurde.

Da daher die gesetzlichen Voraussetzungen betreffend Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe erfüllt sind, war wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Auf die weitere rechtliche punktuelle Auseinandersetzung mit den Argumenten des Bw und dessen rechtliche Vertretung in ihren Schriftsätzen wird aufgrund des nunmehrigen Vorliegens des zweiten fachärztlichen Gutachtens und dessen entscheidungswesentlichen Inhaltes sowie der Abänderung des ersten Gutachtens, welche zu obangeführter Rechtsansicht führten, verzichtet.

Feldkirch, am 28. Juni 2006