



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., G., vertreten durch Mag. Johann Juster, Rechtsanwalt, 3910 Zwettl, Landstraße 52, gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel betreffend erhöhte Familienbeihilfe ab 1. Dezember 2000 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Im vorliegenden Berufungsfall ist strittig, ob der beschwaltete Berufungswerber (Bw.), geb. 1958, im Sinne des § 6 Abs. 2 lit. d FLAG infolge einer vor Vollendung seines 21. Lebensjahres eingetretenen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Die erhöhte Familienbeihilfe wurde rückwirkend ab 1. Dezember 2000 beantragt. Der Antrag wurde vom Finanzamt mit Bescheid vom 25. Jänner 2006 mit der Begründung abgewiesen, dass der Bw. mehrere Jahre berufstätig (1973 bis 1987) gewesen sei, und weiters auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen, nach der eine mehrjährige berufliche Tätigkeit der Annahme entgegenstehe, ein Kind sei infolge seiner Behinderung dauernd außerstande gewesen, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Die Sachwalterin er hob gegen den Bescheid fristgerecht Berufung und führte unter anderem

aus, der Sachverständige im Verfahren zur Bestellung eines Sachwalters, Dr. W W., habe in seinem Gutachten vom 3. März 1999 festgestellt, dass sich bei Herrn Z. der Verdacht auf eine ursprünglich mäßige intellektuelle Minderbegabung ergebe sowie die Entwicklung eines psychotischen Zustandsbildes mit paranoider Symptomatik in einem fortgeschrittenen Zustand mit Zeichen eines gewissen Persönlichkeitszerfalls stattgefunden habe. Es sei daher nicht von vornherein auszuschließen, dass Herr Z. aufgrund einer vor dem 21. Lebensjahr eingetretenen psychischen Erkrankung dauernd außerstande war, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, zumal eine Rücksprache beim früheren Dienstgeber von Herrn Z., der Fa. M., ergeben habe, dass Herr Z. nicht die volle Arbeitsleistung bringen konnte und in der Firma vor allem in den letzten Dienstjahren darauf Rücksicht genommen worden sei.

Das Finanzamt erließ am 28. Februar 2006 – ohne ein Sachverständigengutachten einzuholen – eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung unter anderem mit der Begründung ab, dass die vom Bw. in diesen Jahren erzielten Einkünfte den damaligen Bezugsansprüchen vollbeschäftiger Vertragsbediensteter im öffentlichen Dienst entsprochen hätten. Auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 25.2.1997, [96/14/0088](#); 24.10.1995, [91/14/0197](#); 21.11.1990, [90/13/0129](#) und 25.1.1984, 82/13/0222) wurde abermals verwiesen.

Die Sachwalterin stellte fristgerecht einen Vorlageantrag; seitens des unabhängigen Finanzsenates wurde folgendes Gutachten eingeholt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Aktengutachten erstellt am 2007-04-11

Anamnese:

Lt. den Unterlagen hat der Pat. im 10. LJ eine Gehirnblutung erlitten auf Basis eines Hämangioms, das operativ versorgt wurde. Seither besteht eine spastische armbeinte Hemiparese rechts. In der Folge Entwicklung eines paranoiden Zustandsbildes mit stat. Aufenthalt an Psychiatrie. Der Pat. ist besachwaltet, es liegt Pflegestufe 1 vor. Lt. einem Gutachten vom 03.03.1999 liegt neben der psychischen Beeinträchtigung eine armbeinte Halbseitensymptomatik rechts vor, wobei die OE weitgehend unbrauchbar erscheint

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

aktenmäßig, lt. Arztbrief Psychiatrie Waidhofen Haldol und Akineton (27.10.2006)

Untersuchungsbefund: aktenmäßig

Status psychicus / Entwicklungsstand: aktenmäßig

Relevante vorgelegte Befunde:

2006-10-27 ARZTBRIEF PSYCHIATRIE WAIDHOFEN

paranoid psychotisches Zustandsbild

1999-09-20 PVA DR. D.

Schizoaffektive Psychose psychot. Abbau, Debilität, spast. Halbseitensymptomatik rechts mit Wernick Mannscher Haltung

Diagnose(n): paranoid psychotisches Zustandsbild

Richtsatzposition: 585 Gdb: 100% ICD: F20.9

Rahmensatzbegründung: Oberer Rahmensatz, da deutliche Beeinträchtigung und auch intellektuelle Minderbegabung spastische armbeinte Halbseitensymptomatik rechts

Richtsatzposition: 437 Gdb: 070% ICD: G82.4

Rahmensatzbegründung: unterer Rahmensatz, da Arm deutlich betroffen

Gesamtgrad der Behinderung: 100 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Eine Nachuntersuchung ist nicht erforderlich - Dauerzustand.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 1968-01-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

Der(Die) Untersuchte ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. erstellt am 2007-05-09 von KC

Facharzt für Neurologie und Psychiatrie
zugestimmt am 2007-05-09

Leitender Arzt: SG

Das Gutachten wurde der Sachwalterin mit Schreiben vom 5. Juni 2007 zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt. Diese führte in ihrem Antwortschreiben vom 3. Juli 2007 aus, aus dem fachärztlichen Sachverständigengutachten vom 11. April 2007 sei ersichtlich, dass Herr Z. seit 1968 gesundheitlich stark beeinträchtigt bzw. erkrankt sei. Er sei voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Die erhöhte Familienbeihilfe stehe ihm rückwirkend ab 1. Dezember 2000 zu.

Der unabhängige Finanzsenat erließ am 13. Juli 2007 eine Berufungsentscheidung (RV/0694-W/06) und wies die Berufung unter anderem mit der Begründung ab, dass dem Bw. im Sachverständigengutachten des Bundessozialamtes vom 11. April 2007 zwar ein Gesamtgrad der Behinderung von 100 v.H. ab 1.1.1968 bescheinigt, eine dauernde Erwerbsunfähigkeit aber bloß zukunftsbezogen beurteilt worden sei. Somit sei auch auf die übrigen vorliegenden Beweismittel zurückzugreifen gewesen. Aus den Entlassungsbefunden eines Krankenhauses für Psychiatrie und Neurologie vom 25. November 1981 und 20. Jänner 1983 hätte sich ergeben, dass der Bw. erstmals im Mai und April 1981 in stationärer Behandlung gewesen sei. Zu diesem Zeitpunkt sei der Bw. bereits 23 Jahre alt gewesen. Auch aus dem Beschluss des BG Gmünd vom 7. April 1999 über die Bestellung eines Sachwalters gehe hervor, dass zwar die aufgrund einer Gehirnblutung eingetretene körperliche Behinderung des Bw. seit dem 10. Lebensjahr bestehe, sich aber der psychische Zustand des damals 41-jährigen Bw. verschlechtert habe, weshalb die Sachwalterbestellung erforderlich gewesen sei. Gerade aber der psychische Zustand des Bw. sei ganz offensichtlich für seine nunmehr vorliegende dauernde Erwerbsunfähigkeit ausschlaggebend gewesen. Somit könne schon aufgrund dieser Unterlagen bedenkenlos davon ausgegangen werden, dass die dauernde Erwerbsunfähigkeit des Bw. erst nach seinem 21. Lebensjahr eingetreten sei.

Weiters verwies der unabhängige Finanzsenat – wie bereits das Finanzamt in seinem Abweisungsbescheid und in der Berufungsvorentscheidung - auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (*„... mehrjährige Berufstätigkeit der Annahme entgegensteht, das "Kind" sei infolge seiner Behinderung dauernd außerstande gewesen, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen“*). Es möge sein, dass dem Bw. seitens seines Arbeitgebers ein besonderes Entgegenkommen bewiesen wurde; dass dieser keinerlei Gegenleistung erwartet habe, werde aber auch in der Berufung nicht behauptet. Vielmehr werde hier angeführt, dass der Bw. nicht die **volle** Arbeitsleistung erbracht habe, und dies auch erst in den letzten Jahren, womit doku-

mentiert werde, dass sehr wohl eine Gegenleistung vorgelegen sei. Es könne also nach der Aktenlage als erwiesen angenommen werden, dass der Bw. in dem Betrieb (Elektrounternehmen), in dem er tätig gewesen sei, adäquat seinem körperlichen und geistigen Fähigkeiten beschäftigt worden sei.

Gegen den Standpunkt des Bw. spreche auch, dass er eine Invaliditätspension beziehe; Voraussetzung hierfür sei nämlich, dass er eine am Arbeitsmarkt bewertbare Arbeitsleistung erbracht und die Erkrankung nicht bereits ins Erwerbsleben eingebracht habe.

Gegen die Berufungsentscheidung wurde eine Verwaltungsgerichtshofbeschwerde eingebracht.

Mit Erkenntnis VwGH 28.5.2009, [2007/15/0225](#), hob der Gerichtshof die Entscheidung des unabhängigen Finanzsenates auf; die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, sei in der ab 1. Jänner 2003 durch das Bundesgesetz, BGBI. I Nr. 105/2002, geschaffenen neuen Rechtslage durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen. Das danach abzuführende qualifizierte Nachweisverfahren durch ein ärztliches Gutachten (vgl. VfGH 10.12.2007, [B 700/07](#), und VwGH 27.4.2005, [2003/14/0105](#); 9.7.2008, [2006/13/0148](#)) habe sich darauf zu erstrecken, ob der Beschwerdeführer wegen einer vor Vollendung seines 21. Lebensjahres (oder - für den Beschwerdefall offenbar nicht relevant - während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 27. Lebensjahres) eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Darüber gebe das Gutachten vom 11. April 2007 – wie die belangte Behörde selbst erkannt habe – keine explizite Auskunft, wiewohl der Umstand, dass die Gutachterin den Eintritt einer Behinderung von 100 % „rückwirkend“ festgestellt habe, durchaus für den Standpunkt des Bf., es sei schon damals eine dauernde Erwerbsunfähigkeit vorgelegen, spreche. Die belangte Behörde habe das Gutachten nicht ergänzen lassen, sondern auf Grund anderer Beweismittel und insbesondere der erworbenen Versicherungszeiten gefolgert, dass der Beschwerdeführer erst auf Grund einer nach Vollendung des 21. Lebensjahres eingetretenen Behinderung unfähig geworden sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Den von der belangten Behörde ins Treffen geführten Umständen komme aber nach dem klaren Wortlaut des § 8 Abs. 6 in der angeführten Fassung des FLAG 1967 keine Beweiskraft zu. Die im an- gefochtenen Bescheid zitierte 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, widerlege, habe im Rahmen der durch das Bundesgesetz, BGBI. I Nr. 105/2002, geschaffenen

neuen Rechtslage (somit ab 1. Jänner 2003) keinen Anwendungsbereich mehr (vgl. für viele VwGH 18.11.2008, [2007/15/0019](#)).

Der unabhängige Finanzsenat ersuchte das Bundessozialamt in der Folge mit Schreiben vom 1. Juli 2009 – unter Beischließung der im Familienbeihilfenakt befindlichen relevanten Unterlagen – insofern um Ergänzung des Gutachtens vom 11. April 2007, als dieses auf die vom Verwaltungsgerichtshof gerügten Unschlüssigkeiten Bedacht nehmen solle.

Dieses Gutachten lautet wie folgt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: Z. Kurt

Vers.Nr.: 1234

Aktengutachten erstellt am 2009-07-21

Anamnese:

Lt. den Unterlagen hat der Pat. im 10. LJ eine Gehirnblutung erlitten auf Basis eines Hämangioms, das operativ versorgt wurde, seither besteht eine spastische armbetonte Hemiparese rechts. Jetzt werden neue Daten beigebracht, die belegen, dass Hr. Z. lt. dem Versicherungsauszug der Soz.vers. in den Jahren 1973- 1987 insgesamt rund 9 Jahre als Arbeiter beschäftigt war. Ab Oktober 1987 habe er Arbeitslosengeld und ab Juni 1999 laufend Invaliditätspension bezogen. In der Folge Entwicklung eines paranoiden Zustandsbildes. Der Pat. ist beschwaltet, lt. einem Gutachten vom 03 03 1999 liegen neben der psychischen Beeinträchtigung eine armbetonte Halbseitensymptomatik rechts vor, wobei die OE weitgehend unbrauchbar erscheint. Neu in den Unterlagen auch der Vermerk, dass sich der Pat. lt. einem Entlassungsbefund eines psych. KH erstmals 1981 in stationärer Behandlung befunden habe. Der Pat. war 9 Jahre insgesamt berufstätig, davon durchgehend 09 11 1974 - 04 05 1981. Beschluss über Bestellung eines Sachwalters 07 04 1999

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

Untersuchungsbefund: aktenmäßig

Status psychicus / Entwicklungsstand: aktenmäßig

Relevante vorgelegte Befunde:

1981-11-25 ARZTBRIEF PSYCHIATRIE MAUER:

paranoides Zustandsbild - neuerliche stationäre Aufnahme, bereits April und Mai d.J. wegen eines ähnlichen Bildes stationär.

1999-09-20 PVA DR. D. (LT. FLAG GUTACHTEN 11 04 2007) schizoaffektive Psychose, psychot. Abbau, Debilität, spast. Halbseitensymptomatik rechts mit Wernick Mannscher Haltung

2006-10-27 ARZTBRIEF PSYCHIATRIE WAIDHOFEN

paranoid psychotisches Zustandsbild

2009-05-28 VERWALTUNGSGERICHTSHOF

Diagnose(n):

paranoid psychotisches Zustandsbild

Richtsatzposition: 585 Gdb: 100% ICD: F20.9

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz, da deutliche Beeinträchtigung und auch intellektuelle Minderbegabung, wiederholte stat. Aufenthalte an Fachabteilung

spastische armbetonte Halbseitensymptomatik rechts

Richtsatzposition: 437 Gdb: 070% ICD: G82.4

Rahmensatzbegründung:

Unterer Rahmensatz, da Arm als unbrauchbar erscheinend beschrieben

Gesamtgrad der Behinderung: 100 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Eine Berufstätigkeit war trotz vorliegender Halbseitenlähmung rechts lt. Unterl. durchgehend von 11/1974- 5/1981 gegeben (insgesamt rund 9 Jahre zwischen 1973-1987) Ab 1981 bei psych. Erkrankung offensichtlich nur mehr reduziert

Eine Nachuntersuchung ist nicht erforderlich - Dauerzustand.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 1999-04-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

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

Ab 1968 ist ein GdB von 70% anzunehmen mit erhaltener Berufstätigkeit durchgehend bis 1981. Nach 1981 wegen psychiatrischer Erkrankung bis 1987 eingeschränkte Berufstätigkeit anzunehmen, ab 1999 ist GdB 100% anzunehmen.

erstellt am 2009-07-21 von KC

Facharzt für Neurologie und Psychiatrie

zugestimmt am 2009-09-02

Leitender Arzt: SG

Nach 1981 ist eine Berufsunfähigkeit anzunehmen.

Mit Schreiben vom 3. September 2009 wurde dem steuerlichen Vertreter dieses Gutachten zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt.

Dieser gab dazu folgende Stellungnahme ab:

„1. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner in der gegenständlichen Causa ergangenen Entscheidung vom 28.5.2009, Zahl 2007/15/0225-5 ausdrücklich festgehalten, dass

- a) im vorliegenden Fall entscheidend sei, ob der Beschwerdeführer und Berufungswerber wegen einer vor Vollendung seines 21. Lebensjahrs eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen
- b) darüber aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung ein qualifiziertes Nachweisverfahren abzuführen sei, in dem ein ärztliches Gutachten eingeholt werde
- c) das bis zum Zeitpunkt des Erkenntnisses des VwGH vorliegende Gutachten vom 11.4.2007 keine explizite Auskunft über diese Frage gegeben habe, obwohl aus Sicht des Verwaltungsgerichtshofs der Umstand, dass dort die Gutachterin den Eintritt einer Behinderung von 100 % rückwirkend festgestellt habe, durchaus den Standpunkt des Berufungswerbers stütze und
- d) die von der belangten Behörde, nämlich vom Finanzsenat, in dem beim VwGH angefochtenen Bescheid zitierte 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 schaffen, widerlege, im Rahmen der gesetzlich geschaffenen neuen Rechtslage ab 1.1.2003 keinen Anwendungsbereich mehr finden könne.

2. Zum nunmehrigen Gutachten ist unter Bezug auf das in Punkt 1. der vorliegenden Stellungnahme gesagte folgendes festzuhalten:

Das übermittelte - Gutachten versucht gerade - mit der Argumentation die allerdings der Verwaltungsgerichtshof wie unter Punkt 1, lit. d) der vorliegenden Stellungnahme dargestellt, als unzulässig ausgesprochen hat, darzulegen, dass der Berufungswerber bis 1981 berufstätig gewesen sein soll. Diese Annahme der SV gründet sich allerdings nicht auf medizinische Unterlagen und schon gar nicht auf eine persönliche Untersuchung des Berufungswerbers, sondern lediglich auf die sich aus dem Versicherungsauszug der Sozialversicherung ergebende Beschäftigung als Arbeiter in den Jahren 1973 bis 1987. Damit macht allerdings auch die SV und damit auch das übermittelte Gutachten genau den Fehler, den der Verwaltungsgerichtshof im bereits genannten Erkenntnis verpönt hat, nämlich die Argumentation, dass man berufstätig gewesen sei, stellt keinen hinreichenden Nachweis dar, dass das Kind in der Lage gewesen sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Das Gutachten kann somit schon allein deshalb nicht der Beurteilung zugrunde gelegt werden. Es wird auch an dieser Stelle nochmals darauf hingewiesen, dass den diesbezüglichen Äußerungen der SV keinerlei medizinischen Unterlagen und auch keine Untersuchung zugrunde liegen, sondern lediglich der Versicherungsauszug der Sozialversicherung.

Damit ist allerdings das Sachverständigengutachten unzulässig und ist nicht mehr als nunmehr die vom Verwaltungsgerichtshof wie dargestellt verpönte Argumentationslinie, die von der Sachverständigen aufgestellt wird.

3. Der am 4.1.1958 geborene Berufungswerber hat somit am 4.1.1979 das 21. Lebensjahr vollendet. Die SV führt aus, dass bereits ab 1968 eine GdB von 70 % anzunehmen und dass jedenfalls ab 1981 nur mehr eine beschränkte Berufstätigkeit möglich gewesen sei, ab 1999 sei eine GdB von 100 % an-

zunehmen. Dabei wird allerdings übersehen, dass der Berufungswerber, was unstrittig ist, im 10. Lebensjahr eine Gehirnblutung erlitten hat, welche eine spastische Parese der rechten oberen Extremitäten zur Folge gehabt hat. All das spricht dafür, dass der Berufungswerber bereits infolge einer vor Vollendung seines 21. Lebensjahrs eingetretenen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande war und ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Der Hinweis auf einen Versicherungsauszug des Sozialversicherungsträgers kann das nicht entkräften.

4. Die Berufung und alle gestellten Berufungsanträge bleiben daher aufrecht.

5. Im Hinblick darauf, dass die bisherige SV offensichtlich nicht bereit ist, aufgrund medizinischer Unterlagen die entscheidende Frage zu prüfen, sondern sich hier mit der Argumentationslinie begnügt, die allerdings der Verwaltungsgerichtshof als unzulässig bezeichnet hat, wird ausdrücklich beantragt, eine andere medizinische Sachverständige zu bestellen und dieser den Auftrag zu erteilen, ein Gutachten auf Basis medizinischer Unterlagen zur Klärung der Frage zu erstellen, ob der Berufungswerber infolge vor Vollendung seines 21. Lebensjahrs eingetretenen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande war und ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.“

Im Akt liegen weiters folgende für das Berufungsverfahren relevante Schriftstücke auf:

- (ergänztes) Gutachten vom 2. September 2009 (siehe Sachverhaltsteil)
- Sachverständigengutachten vom 11. April 2007 (siehe Sachverhaltsteil)
- Entlassungsbefehl des Landesklinikum Waldviertel vom 27. Oktober 2006
- Versicherungsauszug der österreichischen Sozialversicherung
- Beschäftigungszeiten laut Versicherungsauszug der österreichischen Sozialversicherung (Stand vom 3. Jänner 2006):

Datum	Zeitraum
13.8.1973 – 24.10.1974	ca. 13 Mon.
9.11.1974 – 4.5.1981	ca. 6 Jahre, 5 Mon.
9.6.1981 – 12.9.1981	ca. 3 Mon.
23.11.1981 – 6.8.1982	ca. 8 Mon.
21.8.1982 – 23.8.1982	3 Tage
13.9.1982 – 26.9.1982	13 Tage
1.1.1983 – 14.2.1983	1 ½ Mon.
14.3.1983 – 25.4.1983	ca. 1 Mon.
19.5.1983 – 25.9.1983	ca. 4 Mon.
6.10.1983 – 18.10.1987	12 Tage
insgesamt ungefähr	9 Jahre

In den dazwischen liegenden Zeiträumen Bezug von Krankengeld; ab Oktober 1987 Arbeitslosengeld und – wie bereits erwähnt – ab 1. Juni 1999 laufend Pension (geminderte Arbeitsfähigkeit).

- Das beitragspflichtige Einkommen sowie die Sonderzahlungen betragen:

	beitragspflichtiges Einkommen	Sonderzahlungen
1973	14.384,00	2.520,00
1974	39.069,00	6.990,00
1975	47.070,00	7.820,00
1976	55.255,00	9.200,00
1977	65.347,00	10.640,00
1978	66.625,00	11.330,00
1979	71.575,00	12.000,00
1980	96.853,00	16.230,00
1981	78.046,00	19.100,00
1982	81.030,00	21.100,00
1983	93.177,00	18.660,00
1984	99.517,00	16.450,00
1985	106.096,00	18.020,00
1986	119.571,00	20.060,00
1987	101.287,00	18.610,00

- Entlassungsbefund des Landeskrankenhauses für Psychiatrie und Neurologie Mauer/Amstetten vom 20. Jänner 1983
- Arztbrief des Allgemeinen öffentlichen Krankenhauses der Stadt Zwettl vom 16. Mai 1983
- Arztbriefe vom 13. September 1982, 16. März 1983 und vom 24. Oktober 1983
- Entlassungsbefund des Landeskrankenhauses für Psychiatrie und Neurologie Mauer/Amstetten vom 25. November 1981
- Beschluss des BG Gmünd vom 7. April 1999 über die Bestellung eines Sachwalters

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 6 Abs. 1 FLAG haben Anspruch auf Familienbeihilfe auch minderjährige Vollwaisen, wenn

- a) sie im Inland einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,
- b) ihnen nicht Unterhalt von ihrem Ehegatten oder ihrem früheren Ehegatten zu leisten ist

und

c) für sie keiner anderen Person Familienbeihilfe zu gewähren ist.

Volljährige Vollwaisen haben nach § 6 Abs. 2 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn auf sie die Voraussetzungen des Abs. 1 lit. a bis c zutreffen und die Voraussetzungen des Abs. 2 lit. a bis h erfüllt sind.

Gemäß § 6 Abs. 2 lit. d FLAG haben volljährige Vollwaisen Anspruch auf Familienbeihilfe, 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 Anstaltpflege befinden.

Gemäß § 6 Abs. 5 FLAG 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 (Abs. 1 bis 3).

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.

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 der §§ 7 und 9 Abs 1 des Kriegsopfersversorgungsgesetzes 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 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.

2. Folgender Sachverhalt steht fest:

- Der besachwaltete Bw. erlitt im 10. Lebensjahr eine Gehirnblutung. Seither besteht eine spastische armbetonte Hemiparese rechts. Der Bw. ist intellektuell minderbegabt. Es besteht ein paranoides Zustandsbild, das sich nach dem letzten Gutachten vom 21.7.2009 ab dem Jahr 1981 entwickelt hat.
- Der Bw. war laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung (Stand vom 3. Jänner 2006) als Arbeiter zwischen den Jahren 1973 und 1987 insgesamt rund neun Jahre beschäftigt. Ab Oktober 1987 bezog er Arbeitslosengeld und ab 1. Juni 1999 laufend eine Invaliditätspension nach den Bestimmungen der §§ 86, 254 Abs. 1 und 256 ASVG sowie Pflegegeld der Pflegestufe 1.
- Sein beitragspflichtiges Einkommen inklusive der Sonderzahlungen hat im ersten vollen Jahr seiner Berufstätigkeit (1974) rund ATS 46.000 betragen und ist bis zum letzten vollen Jahr seiner Berufstätigkeit (1986) auf rund ATS 140.000 angestiegen.
- Die Pensionsbezüge haben im Jahr 2000 (umgerechnet) 6.024,07 € zuzüglich Ausgleichszulage von 1.111,68 € betragen und sind bis zum Jahr 2008 kontinuierlich auf 6.615,82 € zuzüglich Ausgleichszulage von 2.260,58 € angestiegen.
- Laut dem fachärztlichen Sachverständigengutachten vom 11. April 2007 besteht beim Bw. eine 100%ige Behinderung. Die Einschätzung des Grades der Behinderung wurde mit 1.1.1968 vorgenommen und eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit bescheinigt.
- Im ergänzten Sachverständigengutachten vom 21. Juli 2009 (siehe oben) wurde folgende Einstufung vorgenommen:

„...Ab 1968 ist ein GdB von 70% anzunehmen mit erhaltener Berufstätigkeit durchgehend bis 1981. Nach 1981 wegen psychiatrischer Erkrankung bis 1987 eingeschränkte Berufstätigkeit anzunehmen, ab 1999 ist GdB 100% anzunehmen.
erstellt am 2009-07-21 von KC
Facharzt für Neurologie und Psychiatrie
zugestimmt am 2009-09-02
Leitender Arzt: SG
Nach 1981 ist eine Berufsunfähigkeit anzunehmen.“

3. Rechtliche Würdigung:

3.1 Erstmals in VwGH 18.11.2008, [2007/15/0019](#), ist der Gerichtshof von seiner bisher ständigen Judikatur abgegangen, 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, widerlege. Dies habe im Rahmen der durch das Bundesgesetz, BGBl. I Nr. 105/2002, geschaffenen neuen Rechtslage (somit ab 1. Jänner 2003) keinen Anwendungsbereich mehr. Dies führte auch konsequenterweise zur Aufhebung der Erstentscheidung des unabhängigen Finanzsenates vom 13.7.2007, RV/0694-W/06. Im fortgesetzten Verfahren hat daher der UFS eine Ergänzung des Gutachtens veranlasst. Den Ausführungen im Erkenntnis des VfGH 10.12.2007, [B 700/07](#), folgend, denen sich auch der VwGH angeschlossen hat, ist im Rahmen dieses Berufungsverfahren im Wesentlichen nur mehr zu überprüfen, ob dieses neue Gutachten als schlüssig anzusehen ist. Die Beihilfenbehörden haben nämlich bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung des Bundessozialamtes auszugehen und können von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen. Bemerkt wird, dass der untersuchenden Fachärztin sämtliche vom Bw. vorgelegten Befunde bzw. Arztbriefe zur Verfügung standen.

Die Berufungsbehörde vertritt die Ansicht, dass durch die Gutachtenergänzung nunmehr die vom VwGH aufgezeigten Mängel behoben sind und das Gutachten, das die dauernde Erwerbsunfähigkeit ab 1981 annimmt, also jedenfalls nach Vollendung des 21. Lebensjahres des Bw., nunmehr als schlüssig anzusehen ist.

3.2 Dies gründet sich auf folgende Würdigung der vorliegenden Beweise:

Unstrittig ist zunächst, dass der Bw. im 10. Lebensjahr eine Gehirnblutung erlitten hat, die eine spastische Parese der rechten oberen Extremitäten zur Folge hatte. Die Gutachten haben diesen Zustand übereinstimmend unter die Richtatzposition 437 (Hemiplegie – schwere Formen mit höhergradiger Einschränkung der betroffenen Extremitäten) subsumiert und einen Behinderungsgrad von 70% attestiert. Es ist nicht erkennbar, wieso dieser Umstand auch dafür sprechen soll, dass der Berufungswerber bereits durch diese vor Vollendung seines 21. Lebensjahrs eingetretene Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande war, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, wie dies der Rechtsvertreter des Bw. in seiner Stellungnahme zum Gutachten ohne jede Begründung annimmt.

Ausschlaggebend für die dauernde Unterhaltsunfähigkeit war nach Ansicht der Sachverständigen sowie der leitenden Ärztin vielmehr die psychische Erkrankung des Bw., die letztlich auch zur Besuchswalterung des Bw. geführt hat (sh. Beschluss des BG Gmünd vom 7.4.1999). Wenn die Sachverständige den Zeitpunkt, zu dem die psychische Erkrankung des Bw. einen Grad erreicht hat, der zur dauernden Unterhaltsunfähigkeit geführt hat, mit dem Jahr 1981

festlegt, weil sich der Bw. in diesem Jahr erstmals in stationärer Behandlung befunden hat, so ist diese Feststellung als schlüssig zu erachten. Dass hierfür keine medizinischen Unterlagen maßgebend gewesen seien, wie die der Rechtsvertreter behauptet, ist somit unrichtig. Da somit ein Zustandsbild zu beurteilen war, das annähernd 30 Jahre zurückliegt, war auch eine persönliche Untersuchung des Bw. keinesfalls geeignet, den Sachverhalt aufzuklären. Dabei hätte bloß der aktuelle Gesundheitszustand des Bw. beurteilt werden können, der für das Berufungsverfahren aber ohne Relevanz ist, da die **derzeit** vorliegende dauernde Unterhaltsunfähigkeit unbestritten ist.

Wenn der Rechtsvertreter des Bw. weiters bemängelt, das Gutachten ziehe (auch) die sich aus dem Versicherungsauszug der Sozialversicherung ergebende Beschäftigung als Arbeiter in den Jahren 1973 bis 1987 heran, was der Verwaltungsgerichtshof im aufhebenden Erkenntnis „verpönt“ habe, so missversteht er die Aussagen des Gerichtshofes. Unzulässig wäre es vielmehr **für die Berufungsbehörde**, sich nur durch den Hinweis auf die langjährige Berufstätigkeit eines Bw. über ein im Wege des Bundessozialamtes erstelltes Gutachten, das ihm dennoch eine dauernde Unterhaltsunfähigkeit bescheinigt, hinwegzusetzen. Wenn aber das Gutachten selbst die langjährige Berufstätigkeit des Bw. in Verein mit dem ersten stationären Aufenthalt als weiteres Indiz dafür annimmt, dass die dauernde Unterhaltsunfähigkeit erst nach Vollendung des 21. Lebensjahres eingetreten ist, so kann auch dieser Feststellung Schlüssigkeit nicht abgesprochen werden.

Da somit von der Sachverständigen alle relevanten Befunde und sonstigen Unterlagen in die Beurteilung einbezogen worden sind, entbehrt der Beweisantrag des Rechtsvertreters, „eine andere medizinische Sachverständige zu bestellen und dieser den Auftrag zu erteilen, ein Gutachten auf Basis medizinischer Unterlagen zur Klärung der Frage zu erstellen, ob der Berufungswerber infolge vor Vollendung seines 21. Lebensjahrs eingetretenen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande war und ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen“, jeder Grundlage. Er war daher nach § 183 Abs. 3 BAO als unerheblich abzulehnen.

3.3 Die Berufung war aber noch aus einem weiteren Grund abzuweisen:

§ 6 Abs. 5 FLAG setzt einen (fiktiven) aufrechten Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern voraus (sh. VwGH 28.1.2003, [99/14/0320](#) mwN). Der Bezug von Pflegegeld und "Sozialhilfe" ist, sofern sie nicht zur Gänze eine Heimerziehung finanziert, bei der (beihilfenrechtlichen) Prüfung des Vorliegens eines aufrechten Unterhaltsanspruchs des Unterhaltsberechtigten auszuklammern (VwGH 23.2.2005, [2001/14/0165](#) mwN), Sondernotstandshilfe bzw. Notstandshilfe sind hingegen einzubeziehen (VwGH 27.3.1996, [94/13/0028](#)). Analog zur Einbeziehung auch von Notstandshilfe kann nach Ansicht der Berufungsbehörde auch die Ausgleichszulage – ungeachtet des Umstandes, dass diese zivilrechtlich wegen ihres subsidiären,

sozialhilfe-ähnlichen Charakters kein unterhaltsminderndes Eigeneinkommen des Unterhaltsberechtigten darstellt (sh. OGH 3.10.2008, [30b160/08p](#)) – bei der (beihilfenrechtlichen) Prüfung des Vorliegens eines aufrechten Unterhaltsanspruchs nicht außer Ansatz bleiben, da dies zu einer nicht zu rechtfertigenden Differenzierung zwischen Personen identen Einkommens (Mindestpensionisten mit oder ohne Bezug einer Ausgleichszulage) führen würde.

Nach der Judikatur der Zivilgerichte bildet der ASVG-Richtsatz für die Ausgleichszulage nach § 293 Abs. 1 lit. aa sublit. bb ASVG eine Orientierungshilfe zur Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit. Somit kann auch im Berufungsfall davon ausgegangen werden, dass ein (fiktiver) Unterhaltsanspruch gegenüber den Eltern nicht besteht, da der Gesetzgeber annimmt, dass mit der Mindestpension der Lebensunterhalt bestritten werden kann. Behinderungsbedingte Mehrkosten werden durch die Auszahlung des Pflegegeldes abgedeckt.

Wien, am 20. Oktober 2009