



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., L., vertreten durch Sachwalterin, gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel betreffend erhöhte Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. November 2004 bis 31. Jänner 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), geb. 1975, wird von seiner Mutter besachwaltet.

Er beantragte im Oktober 2009 auf Grund seiner Erkrankung an Epilepsie die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe.

Im Zuge des Antragsverfahrens wurde der Bw. untersucht und folgendes Gutachten erstellt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: B. A.

Vers.Nr.: 12345

Untersuchung am: 2009-12-11 08:30 Ordination

Identität nachgewiesen durch: PA

Anamnese:

A. ist ein 34-jähriger Pat., der mit seiner Mutter in die Ordination kommt. Der Pat. ist besachwaltet, die Sachwalterin ist seine Mutter. Im Alter von 21 Jahren zwei große epileptische Anfälle im Sinne eines Grand mal-Anfalles, Behandlung im (KH) XY, wo die behandelnde Oberärztein angibt, dass die Anfälle bis in die Kindheit zurückgehen. Der Pat hatte in Schule massive Schwierigkeiten beim Lernen, hatte verminderte Konzentration. Während der Schulzeit ist es zu 15-20 kleineren Anfällen gekommen, die sich durch eine flackernde Pupille und Unansprechlichkeit des Pat. geäußert haben. Der Pat. hat eine Lehre als Mechaniker angefangen, allerdings ohne Abschluss wieder beendet. Er hat immer wieder nur

einige Monate lang kurzfristige Tätigkeiten ausgeübt unter anderem bei der Fa. Tiefbau W. in D.. Diese kurzfristigen Beschäftigungen sind auf die mangelnde Ausdauer des Pat. zurückzuführen. Der Pat. ist seit 5 1/2 Jahren arbeitslos.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Medikamente: Depakine 500 mg 3-0-2, sonst keine Therapien

Untersuchungsbefund:

Der Pat. ist 185 cm groß und wiegt 105 kg. Adipöser EZ. Normaler AZ.

Cor/Pulmo: o. B., Abdomen/WS/Gang: o. B. Die Mobilität ist gegeben.

Status psychicus / Entwicklungsstand: o. B.

Relevante vorgelegte Befunde:

2009-11-10 XY. / BEFUND

Diagnose: Abscencenepilepsie, epileptisches Syndrom. Med.: Depakine 500 mg 3-0-2. Kontrolle: 10.02.2010/12:00 Uhr.

2009-06-26 XY. / BEFUND

Diagnose: primär generalisierte Epilepsie.

Diagnose(n): Epilepsie

Richtsatzposition: 572 Gdb: 030% ICD: G40.0

Rahmensatzbegründung:

Letzter Anfall mit 21. Lbj. Ob ein Anfallsleiden vor dem 21. Lbj. aufgetreten ist, kann a.G. der dzt. vorgelegten Befunde nicht beantwortet werden.

Gesamtgrad der Behinderung: 30 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Der(Die) Untersuchte ist voraussichtlich n i c h t dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

erstellt am 2010-01-22 von H.

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2010-01-22

Leitender Arzt: R.

Das Finanzamt wies den Antrag des Bw. mit Bescheid vom 27. Jänner 2010 unter Zugrundelegung des Gutachtens vom 22. Jänner 2010 und unter Verweis auf die Bestimmung des [§ 8 Abs. 5 FLAG 1967](#) ab.

Die Sachwalterin brachte gegen den Bescheid fristgerecht Berufung ein und führte aus, dass bei der Begutachtung am 11. Dezember 2009 nicht alle Befunde des Bw. vorhanden gewesen seien. Das sei der Ärztin mitgeteilt worden. Leider habe die Oberärztin aus dem Krankenhaus XY nicht eher die fehlenden Befunde zusenden können. Herr B. sei nach Wien in das AKH zu einer weiteren stationären Untersuchung (Monitoring) überwiesen worden, da im Krankenhaus XY bei einem vorhergehenden Monitoring die Geräte nicht ordnungsgemäß funktionierten. Im AKH Wien hätten sie auch noch Befunde aus dem Jahr 1998 und dem Jahr 2000 von ambulanten Untersuchungen erhalten, die Herr B. damals hatte. Auch diese Befunde würden nun vorliegen.

Auf Grund der eingebrachten Berufung ersuchte das Finanzamt um Erstellung eines weiteren Gutachtens, das untenstehend wiedergegeben wird.

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: B. A.

Vers.Nr.: 12345

Aktengutachten erstellt am 2010-04-06

Anamnese:

Lt. den Arztbriefen des XY- Neurologie wurde angegeben, dass der AW VS und HS sowie eine Kfz Lehre ohne Abschluss absolviert habe, er lebe selbstständig, gemeinsam mit LG mit der er einen Sohn habe,

seit 2009 ist die Mutter Sachwalterin. Seit 5 Jahren sei er arbeitslos. Bereits in der Kindheit Konzentrationsprobleme und es seien in der VS sekundendauernde Abwesenheitszustände aufgetreten. Im 12. LJ sei ein ärztl. Kontakt und kurze Benzodiazepintherapie(keine Befunde) Im. 21. LJ (lt. anderen Doku 19.od.20. LJ) erstmaliger GM Anfall (am Tag davor Schlafentzug und reichlich Alkoholkonsum beschrieben) 2/98 neuerlicher GM und im AKH VPA Therapie. Es werden in der Folge sekundendauernde Abwesenheiten mehrmals täglich beschrieben. Da die Anfallsfrequenz unklar war, wurde ein Videomonitoring empfohlen, das aber im XY- nicht zu verwerten war. Es wird eine unregelmäßige Med. Einnahme beschrieben und dass AW Einnahme von sich aus beendet habe. Am 12 02 2010 wurde im AKH ein prolongiertes VideoEEG durchgeführt (kein Befund) Ein psychologischer Test 05 06 2009 ergab, dass es sein Ziel sei d. Führerschein zu absolvieren, das Intelligenzniveau im unteren Durchschnitt. In einem Befund vom AKH Wien vom 18 03 1998 wird im 19. LJ der erste gen. Anfall und der 2.2/1998 nach Schlafentzug und Alkoholkonsum beschrieben. Es werden erst seit dem Erstanfall sekundendauernde Absencen beschrieben bei Absencenepilepsie. In einem Befund des XY- 10 11 09 werden anamn. Absencenfälle an Frequenz abnehmend, Frequenz allerdings weiterhin unklar beschrieben. Befund Neurologie XY- 01 03 2010 beschreibt lt. Mutter Wesensveränderung. Die Daten des Versicherungsauszuges zeigen 8/1991- 1/95 Arbeiterlehrling, 2/95- 5/95 Arbeiter, dann bis 8/04 mehrere Arbeitsverhältnisse meist nur einige Monate bis ca. 8 Monate, unterbrochen durch AMS Bezug, zuletzt 3-4/ 08. Lt. FLAG Vorgutachten ist die kurzfristige Beschäftigung auf mangelnde Ausdauer zurückzuführen.

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

Untersuchungsbefund: aktenmäßig

Status psychicus / Entwicklungsstand:

Erklärung der letzten Seite: aktuelle Anfallsfrequenz unklar, nach außenanamn. Angaben häufig (täglich?); in den Befunden nach wie vor als unklar beschrieben. Befund des LangzeitEEG's zur Objektivierung der Anfallsfrequenz fehlt. Der Beginn der Erkrankung nach der Befundlage unklar. Ein Arztbrief spricht vom 1.GM Anfall im 19. LJ nach Schlafentzug und Alkoholkonsum und anschließend Auftreten von absencenähnlichen Zuständen gehäuft. Andere Arztbriefe vom 1. Anfall im 20. und 21. LJ. Nach Angabe der Familie traten bereits in der Kindheit Abwesenheitszustände auf- hierfür keine Befunde vorliegend. Der Arztbrief über den ersten Grand Mal Anfall im 19., 20. oder 21. LJ liegt nicht vor.

Relevante vorgelegte Befunde:

2009-06-05 NEUROPSYCHOLOGISCHER BEFUND XY- NEUROLOGIE

leichte Störung der geteilten Aufmerksamkeit, prämorbid Intelligenzniveau an der unteren Grenze des Durchschnittsbereiches

2010-03-01 BEFUND NEURLOGIE AMB. XY-

prim. gen. Epilepsie- kein Befund vom Video EEG AKH...Th: Depakine CR 500
2-0-3, Lamictal 25- aufdos.

1998-03-18 BEFUND AKH WIEN NEUROLOGIE

juvenile Absencen Epilepsie....erstmaliger GM Anfall 19. LJ, seither Absencen auffallend...keine Therapie....28 02 1998 2. GM Anfall ebenfalls nach Schlafentzug und Alkoholkonsum

1998-04-10 AKH EEG

abnorm...gen. Auftreten von 3,5 sek. Spike wave Komplexen....während Paroxysmus nicht kontaktierbar...wurde von Pat. amnesiert

2000-03-09 AKH EEG

im Rahmen der Norm, keine Zeichen erhöhter cerebraler Erregungsbereitschaft

2010-02-04 BEFUND XY- NEUROLOGIE

Absencen Epilepsie seit der Kindheit mit seltener Generalisierung,
epileptisches OPS, Z.n. Radunfall im 12. LJ mit Schädelfraktur ohne SHT, Hyperlipidämie

2009-11-10 BEFUND XY- NEUROLOGIE

anamn. Absencenfälle an Frequenz abnehmend...Frequenz allerdings weiter unklar... Objektivierung der Anfallsfrequenz über Videomonitoring

2010-03-01 BEFUND XY- NEUROLOGIE

primär gen. Epilepsie

Diagnose(n): generalisierte Epilepsie

Richtsatzposition:573 Gdb: 050% ICD: G40.0

Rahmensatzbegründung:

Unterer Rahmensatz da häufige sekundendauernde Abwesenheiten. Erhöhung gegenüber Vorgutachten entsprechend Vorlage Befunde leichte Störung der geteilten Aufmerksamkeit bei noch im Durchschnittsbereich liegendem prämorbidem Intelligenzniveau 1

Richtsatzposition:585 Gdb: 010% ICD: F90.9

Rahmensatzbegründung:

Stufe über unterem Rahmensatz, da Training empfohlen

Gesamtgrad der Behinderung: 50 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Positionsnummer 1 wird durch 2 nicht weiter erhöht, da von zu geringer funktioneller Relevanz

Eine Nachuntersuchung in 3 Jahren ist erforderlich.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 1998-03-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

Der(Die) Untersuchte ist voraussichtlich n i c h t dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Die Einschätzung ist nur mit größtem Vorbehalt erfolgt: Erklärung siehe " St. Psych." Unter regelmäßiger Medikamenteneinnahme Stabilisierung/ Besserung möglich

erstellt am 2010-05-07 von K.

Facharzt für Neurologie und Psychiatrie

zugestimmt am 2010-05-09

Leitender Arzt: R.

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 21. Juni 2010 unter

Anführung der Bestimmungen des §§ 8 Abs. 5ff FLAG 1967 ab.

Weiters verwies es auf das Gutachten des Bundessozialamtes vom 9. Mai 2010, mit dem zwar der Grad der Behinderung mit 50 % ab 1. März 1998 festgestellt worden sei. Eine Erwerbsunfähigkeit sei aber neuerlich nicht bescheinigt worden.

Die Sachwalterin stellte fristgerecht einen Vorlageantrag und führte zur Begründung Folgendes aus:

„Hr. B. hat seine Neuropsychologischen Befunde seiner letzten Untersuchung im AKH-Wien noch nicht erhalten. Seine Anfälle sind jetzt in längeren Abständen vorhanden, er gehört jedoch noch besser eingestellt.

Durch seine Anfälle hat er auch noch immer nicht Arbeit bekommen, da die meisten Arbeitgeber eine unabhängige Fahrgelegenheit wünschen. Hr. B. konnte jedoch noch keinen Führerschein machen.

Hr. B. ist in T. zum Projekt ADA (Arbeitsdiagnostische Abklärung) angemeldet. Sobald dort ein freier Platz ist, kann er diesen in Anspruch nehmen.“

Das Finanzamt forderte im Zuge des zweitinstanzlichen Verfahrens ein weiteres Gutachten an und legte die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: B. A.

Vers.Nr.: 12345

Aktengutachten erstellt am 2010-09-28

Anamnese:

Anamnese lt. VorAktengutachten vom 07 05 2010: AW hat VS, HS und Kfz Lehre ohne Abschluss absolviert, lebt mit LG, seit 5 Jahren arbeitslos, seit 2009 beschwaltet (Mutter). In der VS sekunden-dauernde Abwesenheiten. Im 12. LJ ärztlicher Kontakt deswegen und kurze Benzodiazepintherapie (keine Befunde).

Im 21. LJ (lt. anderen Befunden im 19. bzw. 20. LJ) erstmaliger GM Anfall (nach Schlafentzug und Alkoholkonsum). Da in der Folge die Anfallsfrequenz und auch regelrechte Medikamenteneinnahme unklar war, wurde ein Videomonitoring empfohlen, dieser Brief vom AKH Wien wird nun nachgereicht. Im Rahmen des 5tägigen Videomonitorings konnten häufige Absencen und gehäufte Myoklonien im Kopfbereich aufgezeichnet werden. Lt. Befund werden generalisierte Anfälle nicht beschrieben, es folgte eine Therapieaufstockung mit Lamotrigin zur Valproinsäure. Lt. den Unterlagen Erstanfall generalisiert 19. LJ, und Zweitanfall 2/98, dazwischen anamn. absencenartige Zustände - Frequenz unklar. Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): aktenmäßig, siehe Anamnese

Untersuchungsbefund: aktenmäßig

Status psychicus / Entwicklungsstand: aktenmäßig.

Relevante vorgelegte Befunde:

2010-04-27 ARZTBRIEF NEUROLOGIE AKH WIEN

idiopathische primär generalisierte Epilepsie

2010-03-31 AKH WIEN STELLUNGNAHME ZUR NEUROPSYCH. TESTUNG

prämorbid Intelligenz im unteren Durchschnitt, Beeinträchtigungen, Aufmerksamkeit, Konzentration, Wortflüssigkeit, Gedächtnisleistung

1998-03-18 BEFUND AKH WIEN NEUROLOGIE

juvenile Absencenepilepsie....erstmaliger GM Anfall 19. LJ, seither Absencen auffallend...keine Therapie....28 02 1998 2. GM Anfall ebenfalls nach Schlafentzug und Alkoholkonsum

1998-04-10 AKH WIEN EEG

abnorm....gen. Auftreten von 3,5 sek. Spike Wave komplexen...während Absencen nicht kontaktierbar

2000-03-09 AKH WIEN EEG

im Rahmen der Norm, keine Zeichen erhöhter cerebraler Erregungsbereitschaft

Diagnose(n):

idiopathische primär generalisierte Epilepsie

Richtsatzposition: 041002 Gdb: 080% ICD: G40.3

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz, da lt. den Unterlagen häufige Absencen und Myoklonien. Leiden 1 wird ggü. Vor Akten GA 5/07 entsprechend dem Ergebnis des LangzeitvideoEEGs erhöht.

leichte Störung der geteilten Aufmerksamkeit bei im unteren Durchschnitt liegender prämorbid Intelligenz.

Richtsatzposition: 030102 Gdb: 030% ICD: F90.0

Rahmensatzbegründung:

Unterer Rahmensatz, da leichte Ausprägung, Training empfohlen, Keine Änderung ggü VGA; Keine Erhöhung von L1 und L2 bei fehlender ungünstiger Leidenbeeinflussung

Gesamtgrad der Behinderung: 80 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Es ist anzunehmen, dass neben den generalisierten Anfällen im 19. (20?, 21?) LJ und 1998, seit der Kindheit absencenartige Zustände vorlagen, (Doku 1998) eine Aussage über eine ev. aufgetretene Erwerbsunfähigkeit bereits vor dem 21. Geburtstag kann nicht getroffen werden (keine Befunde diesbezüglich). Aktuell auf Grund der Anfallshäufigkeit keine Selbsterhaltung gegeben. Diese aber möglich bei Med. compliance und aktueller Aufstockung d. Therapie.

Eine Nachuntersuchung in 3 Jahren ist erforderlich.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 1998-03-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

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

erstellt am 2010-10-05 von K.

Facharzt für Neurologie und Psychiatrie

zugestimmt am 2010-10-05

Leitender Arzt: R.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gesetzliche Bestimmungen:

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach [§ 2 Abs. 1 lit. c FLAG 1967](#) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 27. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Eine analoge Bestimmung enthält [§ 6 Abs. 2 lit. d FLAG 1967](#) für Vollwaisen. Gemäß [§ 6 Abs. 5 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 den selben Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe, unter denen eine Vollwaise Anspruch auf Familienbeihilfe hat (Abs 1 bis 3).

Gemäß [§ 8 Abs. 4 FLAG 1967](#) erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind. Voraussetzung für den Erhöhungsbetrag ist, dass der Grundbetrag an Familienbeihilfe zusteht. Gemäß [§ 8 Abs. 5 FLAG 1967](#) gilt ein Kind als erheblich behindert, 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 für den Streitzeitraum 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.

Gemäß [§ 8 Abs. 6 FLAG 1967](#) ist 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 Sachverständigungsgutachtens nachzuweisen.

Die ärztliche Bescheinigung bildet jedenfalls die Grundlage für die Entscheidung, ob die erhöhte Familienbeihilfe zusteht, sofern das Leiden und der Grad der Behinderung einwandfrei daraus hervorgehen. Eine andere Form der Beweisführung ist nicht zugelassen. Was ein ärztliches Zeugnis betreffend das Vorliegen einer Behinderung im Sinne des FLAG anlangt, so hat ein solches - nach der Rechtsprechung des VwGH - Feststellungen über die Art und das Ausmaß des Leidens sowie auch der konkreten Auswirkungen der Behinderung auf die Erwerbsfähigkeit in schlüssiger und damit nachvollziehbarer Weise zu enthalten (VwGH 21.2.2001, [96/14/0139](#)).

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 zu-

mindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Im Berufungsfall ist strittig, ob der Bw. infolge seiner Erkrankung (idiopathische primär generalisierte Epilepsie) bereits vor Vollendung des 21. Lebensjahres in einem Ausmaß behindert war, sodass er schon damals voraussichtlich dauernd außerstande gewesen ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

In der Anamnese des am 7. Mai 2010 erstellten Aktengutachtens hielt die Sachverständige fest, dass der Bw. im Volksschulalter Konzentrationsprobleme gehabt habe und sekunden-dauernde Abwesenheitszustände aufgetreten seien. Im 12. Lebensjahr sei ein ärztlicher Kontakt erfolgt und eine kurze Benzodiazepintherapie gemacht worden. Befunde gebe es dazu keine. Im 21. Lebensjahr (lt. anderen Dokumenten 19. oder 20. Lebensjahr) sei erstmals nach Schlafentzug und reichlich Alkoholkonsum ein GM-Anfall aufgetreten.

Festgehalten wurde weiters, dass der Beginn der Erkrankung nach der Befundlage unklar sei. Ein Arztbrief spreche vom 1. GM Anfall im 19. Lebensjahr nach Schlafentzug und Alkoholkonsum, andere Arztbriefe vom 1. Anfall im 20. und 21. Lebensjahr. Nach Angabe der Familie seien bereits in der Kindheit Abwesenheitszustände aufgetreten, wofür es keine Befunde gebe. Der Arztbrief über den 1. Grand Mal Anfall im 19., 20. oder 21. Lebensjahr liege nicht vor.

Laut Versicherungsauszug war der Bw. von August 1991 bis Jänner 1995 als Arbeiterlehrling beschäftigt; von Februar 1995 bis Mai 1995 war er als Arbeiter tätig. Bis August 2004 arbeitete er in mehreren Arbeitsverhältnissen, diese dauerten aber meist nur einige Monate, unterbrochen durch AMS-Bezug. Seit fünf Jahren ist der Bw. arbeitslos.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades der Behinderung mit 50 % sei ab 1. März 1998 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich. Der Untersuchte sei voraussichtlich nicht dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Die Einschätzung sei nur mit größtem Vorbehalt erfolgt. Unter regelmäßiger Medikamenteneinnahme sei eine Stabilisierung/Besserung möglich.

Im Gutachten vom 5. Oktober 2010 wurde der Gesamtgrad der Behinderung auf 80 % erhöht und die rückwirkende Anerkennung mit 1. März 1998 vorgenommen. Eine Aussage über eine eventuell aufgetretene Erwerbsunfähigkeit vor dem 21. Geburtstag konnte laut der Sachverständigen nicht getroffen werden, weil es keine diesbezüglichen Befunde gebe. Aktuell sei auf Grund der Anfallshäufigkeit keine Selbsterhaltung gegeben, diese aber möglich bei Med. compliance und aktueller Aufstockung der Therapie. In diesem Zusammenhang wird festgehalten, dass das letzterstellte Gutachten nur bedingt herangezogen werden kann, da es auf Basis der Einschätzungsverordnung [BGBI. II 261/2010](#) erstellt wurde, die aber erst am 1. September 2010 in Kraft getreten ist und daher für den Streitzeitraum noch nicht anwendbar ist.

Im Gutachten vom 22. Jänner 2010 wurde der Behinderungsgrad mit 30 v.H. festgestellt, dies jedoch ohne Angabe ab welchem Zeitpunkt. Im Gutachten vom 9. Mai 2010 setzte die nunmehr betraute Sachverständige (Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie) den Behinderungsgrad mit 50 v.H. rückwirkend ab 1. März 1998 fest. Der Behinderungsgrad wurde im Letztgutachten vom 5. Oktober 2010 auf 80 v.H. erhöht und weiters bescheinigt, dass beim Bw. derzeit auf Grund der Anfallshäufigkeit keine Selbsterhaltung gegeben sei. Eine dauernde Erwerbsunfähigkeit vor dem 21. Lebensjahr wurde in keinem der Gutachten bescheinigt.

Bemerkt wird, dass der untersuchenden Sachverständigen beim Letztgutachten vom 5. Oktober 2010 Befunde frühestens ab dem Jahr 1998 vorlagen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis VwGH 18.11.2008, [2007/15/0019](#) ausdrücklich auf den klaren Wortlaut des [§ 8 Abs. 6 FLAG 1967](#) in der Fassung [BGBI. I Nr. 105/2002](#) verwiesen. 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, widerlege, habe im Rahmen der durch das [BGBI. I Nr. 105/2002](#) geschaffenen neuen Rechtslage (ab 1. Jänner 2003) keinen Anwendungsbereich.

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 VfGH ausführt, dass sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des [§ 8 Abs. 6 FLAG 1967](#) 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 die ärztlichen Sachverständigengutachten heranzuziehen hat, sofern diese als schlüssig anzusehen sind. Es ist also im Rahmen dieses Berufungsverfahrens zu überprüfen, ob die erstellten Sachverständigengutachten diesem Kriterium entsprechen.

Die Höhe des aktuellen Behinderungsgrades divergiert in den drei vorliegenden Gutachten beträchtlich (30% - 50% - 80%). Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, dass beim Letztgutachten die Ergebnisse des Langzeitvideo-EEG mit einbezogen werden konnten und zum anderen die Begutachtung aufgrund der erst ab 1. September 2010 gültigen Einschätzungsverordnung erfolgte, die jedoch im vorliegenden Streitzeitraum noch nicht anwendbar ist.

Im Berufungsfall ist aber der Behinderungsgrad des Bw. ohne Bedeutung. Entscheidend ist ausschließlich, ob eine voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, beim Bw. bereits vor Vollendung des 21. Lebensjahres eingetreten ist.

Das Letztgutachten geht zwar von einer derzeit vorliegenden Selbsterhaltungsunfähigkeit aus (die allerdings durch entsprechende Therapie behoben werden könnte); dass diese aber bereits vor dem 21. Lebensjahr eingetreten sein soll, ergibt sich aus keinem der drei Gutachten, die also insoweit übereinstimmen und als schlüssig anzusehen sind.

Somit liegen die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der (erhöhten) Familienbeihilfe nicht vor.

Wien, am 19. Jänner 2011