



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., S., vertreten durch Dr. Philipp Steinsky, Sachwalter, 3910 Zwettl, Neuer Markt 15, gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel betreffend erhöhte Familienbeihilfe ab 1. August 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Die besachwaltete Berufungswerberin (Bw.), geb. 1943, stellte im August 2010 einen Eigenantrag auf erhöhte Familienbeihilfe wegen leichter bis mittelgradiger Intelligenzminderung.

Im Zuge des Antragsverfahrens wurde die Bw. am 22. September 2010 untersucht und folgendes Gutachten erstellt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: X. F.

Vers.Nr.: 12345

Untersuchung am: 2010-09-22 11:00 Ordination

Identität nachgewiesen durch: RP...

Anamnese:

kommt in Begleitung einer Caritas Mitarbeiterin und ihres Lebensgefährten, Frau X. ist in allen Belangen besachwaltet seit 2009, bereits vor der Untersuchung wurden alle existierende Befunde von der Sachwalterin übermittelt. Eine Anamneseerhebung mit Frau X. ist aufgrund kognitiver Einschränkungen nicht möglich. Unterlagen über Kindheit oder Schulkarriere liegen nicht vor. Die frühesten medizinischen Unterlagen datieren vom 5.3.1982, damals wurde eine hintere und vordere Plastik bei Z.n. Uterusexstirpation durchgeführt, auch ein Ulcus ventrikuli wurde damals festgestellt, ein

weiterer Befund aus dem Jahr 1983 liegt vor. Damals wurde sie wegen eines Kreislaufkollapses stationär behandelt. Ein Athyl. chron. wird im Befund als bekannt erwähnt. Dzt lebt Frau X. mit ihrem Lebensgefährten. Dreimal wöchentlich wird sie von der Caritas betreut. Außenanamnestisch benötigt sie Hilfe beim Anziehen und der Körperpflege. Essen wird vorgeschnitten. Eine Inkontinenz besteht nicht. Verlässt das Haus nur in Begleitung. In den Wohnräumen hält sie sich zumeist im Schlafzimmer auf. Wird anamnestisch vom Lebensgefährten ständig betreut.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): außenanamnestisch keine Untersuchungsbefund:

67 jährige Frau in adipösem Ez und gutem Az (155 cm, 85 kg), Dominanz nicht feststellbar, Untersuchung durch massive kognitive Einschränkungen erschwert. HT rein, HA rhythmisch, Lungen seiten- gleich belüftet, kein Druckschmerz im Abdomenbereich auslösbar, die Extremitäten werden spontan bewegt, gröberer Ausfälle können nicht festgestellt werden, Gangbild: geht untergehakt mit Betreuerin, kleinschrittig, benötigt Hilfestellung beim An und Auskleiden

Status psychicus / Entwicklungsstand:

Name und Geburtsdatum kennt die Klientin, die zeitliche, räumliche und situative sowie die erweiterte persönliche Orientierung ist aufgehoben (kann weder Alter, Heimatland noch den Namen des Lebens- gefährten nennen), massive Verarmung im verbalen Ausdruck (einzelne Worte, meist ohne erkennba- ren Sinn, starke Perserverationstendenzen), höhere mnestiche Fähigkeiten nicht feststellbar, verbale Aufforderungen werden nicht verstanden (Jacke ausziehen, Hinlegen, Aufstehen und ähnliches), vor- gemachte Bewegungsabläufe werden teils falsch imitiert, auch hier Perserverationstendenzen, Amimie, keinerlei Affizierbarkeit

Relevante vorgelegte Befunde:

1982-03-07 ENTLASSUNGSBRIEF (VERFASSENDE INSTITUTION NICHT ERSICHTLICH) stationär zur Kolporrh. ant et post bei Inkont urinae, St.p.Exstirp. uteri,

1983-02-09 ENTLASSUNGSBRIEF

stat. wegen Kreislaufkollaps

2009-05-04 SACHVERSTÄNDIGENGUTACHTEN ZU SACHWALTERSCHAFTSSACHE

es werden im Vergleich zu einer Voruntersuchung 2006 heute gravierendere kognitive Defizite festge- stellt. Eine leichte bis mittelgradige Intelligenzminderung wird festgestellt.

2010-01-22 ÖSTERREICHISCHE SOZIALVERSICHERUNGEN

Versicherungsdatenauszug

Diagnose(n): Intelligenzminderung

Richtsatzposition: 030104 Gdb: 100% ICD: F03.-

Rahmensatzbegründung:

oberer Rahmensatz, da bei aufgehobener Orientierung ständige Beaufsichtigung notwendig ist, die Kommunikationsfähigkeit ist hochgradig eingeschränkt Zustand nach Gebärmutterentfernung

Richtsatzposition: 080302 Gdb: 010% ICD: Q51.0

Rahmensatzbegründung:

fixer Rahmensatz

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 2009-05-01 auf- grund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

Der(Die) Untersuchte ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. erstellt am 2010-09-22 von L.

Facharzt für Urologie

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2010-09-22

Leitender Arzt: R.

Das Finanzamt legte das Gutachten seiner Entscheidung zugrunde und wies den Antrag mit Bescheid vom 23. September 2010 unter Verweis auf die Bestimmung des [§ 6 Abs. 2 lit. d FLAG 1967](#) ab.

Die Sachwalterin erhob gegen den Abweisungsbescheid fristgerecht Berufung und führte darin aus, dass Frau X. laut beiliegendem Gutachten vom 4. Mai 2009 (gemeint ist die Übertragung des Tonbandprotokolls aufgenommen vor dem Bezirksgericht V. am 4. Mai 2009, das im Zuge

der Sachwalterschaftsstellung erstellt wurde) an einer geistigen Behinderung im Sinne einer leichten bis mittelgradigen Intelligenzminderung leide. Dabei handle es sich laut Gutachten weiters um ein angeborenes Krankheitsbild. Ferner habe Frau X. keine Berufsausbildung und sei keiner Beschäftigung nachgegangen.

Auf Grund der eingebrachten Berufung wurde seitens des Bundessozialamtes ein weiteres Gutachten erstellt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: X. F.

Vers.Nr.: 12345

Aktengutachten erstellt am 2010-10-19

Anamnese:

Im VGA 22 09 2010 wird eine Intelligenzminderung mit GdB 100% seit 01 05 2009 gewährt. Dagegen wird nun berufen. Aus den Akten geht hervor, dass AW keiner Berufsausbildung und keiner Beschäftigung ab 1972 nachgekommen ist (Versicherungsauszug: Anzeige Lebendgeburt 29 05 1972, 23 12 1973, Witwenpension ab 01 01 1976- 31 01 1979, ab 10 05 1984 bis laufend). In einem Gutachten (Beschluss BG V. 04 05 2009) wird beschrieben, dass im Vergleich zur Erstuntersuchung 11 05 2006 heute gravierende kognitive Defizite feststellbar sind. Diagnostisch handle es sich um eine leichte bis mittelgradige Intelligenzminderung, eine Besserung ist auf Grund des angeborenen Krankheitsbildes praktisch ausschließbar. Eine Besachswaltung wird befürwortet und besteht seit 2009. Der frühestvorgelegte Befund datiert aus dem Jahr 1982: Kolporrh. ant. et post bei Inkont. urinae, Z.n. extirp. uteri und aus dem Jahr 1983: stat. wegen Kreislaufkollaps, ein chronischer Alkoholabusus wird im Befund als bekannt erwähnt.

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

Untersuchungsbefund: aktenmäßig

Status psychicus / Entwicklungsstand: aktenmäßig

Relevante vorgelegte Befunde:

2010-09-22 FLAG VGA

siehe Anamnese Diagnose(n):

Intelligenzminderung

Richtsatzposition: 030104 Gdb: 100% ICD: F03.-

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz, da bei aufgehobener Orientierung ständige Beaufsichtigung notwendig ist. Keine Änderung zum VGA 9/2010 Zustand nach Gebärmutterentfernung

Richtsatzposition: 080302 Gdb: 010% ICD: Q51.0

Rahmensatzbegründung:

Fixer Rahmensatz, keine Änderung zum VGA 9/2010

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

Keine Änderung zum VGA 9/2010. Nach den Unterlagen ist eine angeborene leicht- mittelgr. Intelligenzminderung anzunehmen, es wird eine gravierende Verschlechterung der kogn. Defizite 2009 seit der Untersuchung 2006 beschrieben

Eine Nachuntersuchung ist nicht erforderlich - Dauerzustand.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 2009-05-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

Der(Die) Untersuchte ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Besachswaltet seit 2009. Es sind keine Befunde vorliegend, die die fehlende Erwerbstätigkeit ab 1972 durch eine vorliegende Selbsterhaltungsunfähigkeit beschreiben. Abweisung der Berufung angeregt. erstellt am 2010-10-19 von K.

Facharzt für Neurologie und Psychiatrie  
zugestimmt am 2010-10-19

Leitender Arzt: R.

Das Finanzamt erließ am 27. Oktober 2010 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung unter Verweis auf den Bescheid vom 23. September 2010 und das neuerliche ärztliche Sachverständigengutachten vom 19. Oktober 2010 ab.

Der nunmehr bestellte Sachwalter stellte fristgerecht einen Vorlageantrag.

Zur Begründung wurde auf das Vorbringen und auf die Beweise des Antrags auf erhöhte Familienbeihilfe sowie auf die Berufung vom 6. Oktober 2010 vollinhaltlich verwiesen, ebenso auf die bereits dargebrachten Beweise.

Weiters wurde ausgeführt, dass Frau X. an einer angeborenen leichten bis mittelgradigen Intelligenzminderung leide, die Sonderschule besucht habe, keine Ausbildung habe und keinerlei Beschäftigung nachgegangen sei. Sie habe 13 Kinder geboren, wobei es jeweils zu Kindesabnahmen gekommen sein dürfte. Die Bw. beziehe nach ihrem verstorbenen Vater eine Waisenpension.

Die Berufungsbehörde hat festgestellt, dass die Bw. eine Waisenpension erst ab 2010 bezieht. Die Höhe der Witwenpension hat 2005 bis 2009 betragen:

2005: 4.010,16 € zuzüglich Ausgleichszulage von 4.143,86;

2006: 4.104,24 € zuzüglich Ausgleichszulage von 4.393,48;

2007: 4.155,12 € zuzüglich Ausgleichszulage von 4.813,20;

2008: 4.231,06 € zuzüglich Ausgleichszulage von 5.040,56;

2009: 4.350,36 € zuzüglich Ausgleichszulage von 5.186,72.

Ab 2009 bezieht die Bw. weiters Pflegegeld.

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

#### **1. 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 ein 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.

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 für den Streitzeitraum 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 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 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.

Gemäß [§ 5 Abs. 1 FLAG 1967](#) besteht bei volljährigen Kinder für ein Kalenderjahr, in dem es ein zu versteuerndes Einkommen ([§ 33 Abs. 1 EStG 1988](#)) bezogen hat, das den Betrag von 9 000 € übersteigt, kein Anspruch auf Familienbeihilfe, wobei § 10 Abs. 2 nicht anzuwenden ist. Bei der Ermittlung des zu versteuernden Einkommens des Kindes bleiben gem. lit. c Waisens pensionen und Waisenversorgungsgenüsse außer Betracht:

## **2. Folgender Sachverhalt steht fest:**

- Die besachwaltete Bw. hat keine Berufsausbildung und war nie berufstätig. Es liegen nachweislich keine Versicherungszeiten vor.
- Die Bw. ist Mutter von 13 Kindern.
- Die Bw. bezieht eine Witwenpension und ab 2010 auch eine Waisenpension.
- Pflegegeld wird seit 1. Juni 2009 bezogen.

### **2.1. Folgende Befunde bzw. Gutachten liegen im Akt auf:**

Übertragung des Tonbandprotokolle, aufgenommen vor dem Bezirksgericht V. am 4. Mai 2009 (Sachwalterschaftssache).

Diesem ist zu entnehmen, dass es sich bei der Bw. diagnostisch um eine geistige Behinderung im Sinne einer leichten bis mittelgradigen Intelligenzminderung handelt. Aussagen über den Gesundheitszustand beziehen sich ausschließlich auf den Zeitpunkt der Untersuchung.

Laut Sachverständigengutachten vom 22. September 2010 war eine Anamneseerhebung mit der Bw. auf Grund ihrer kognitiven Einschränkungen nicht möglich. Unterlagen über Kindheit oder Schulkarriere liegen nicht vor. Die frühesten medizinischen Unterlagen stammen aus den Jahren 1982 und 1983 (Anmerkung: Diese Erkrankungen stehen in keinem Zusammenhang mit der geistigen Behinderung der Bw.).

Im Zuge des Antragsverfahrens auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe wurden im Wege des Bundessozialamtes zwei Gutachten erstellt:

Sowohl im Gutachten vom 22. September 2010 als auch im Gutachten vom 19. Oktober 2010 wurde der Gesamtgrad der Behinderung mit 100 % rückwirkend ab 1. Mai 2009 festgesetzt. Während im erstgenannten Gutachten die voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit ohne Feststellung des Eintrittszeitpunktes bescheinigt wurde, hielt die mit dem zweiten Gutachten befasste Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie diesbezüglich fest, dass keine Befunde vorliegend seien, die die fehlende Erwerbstätigkeit ab 1972 durch eine vorliegende Selbsterhaltungsunfähigkeit beschreiben.

### **3. Rechtliche Würdigung:**

**3.1.** Im Berufungsfall ist strittig, ob die Bw. infolge ihrer Erkrankung (leichte bis mittelgradige Intelligenzminderung) bereits vor dem 21. Lebensjahr voraussichtlich dauernd außerstande war, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Der Behinderungsgrad ist ohne Bedeutung.

Die ärztliche Bescheinigung bildet die Grundlage für die Entscheidung, ob die erhöhte Familienbeihilfe zusteht, sofern das Leiden und der Grad der Behinderung einwandfrei daraus her-

vorgehen. 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](#)).

Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis VfGH 10.12.2007, [B 700/07](#), ausgeführt, 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.

Im Erkenntnis VwGH 18.11.2008, [2007/15/0019](#), dem mehrere inhaltlich idente gefolgt sind, hat sich der VwGH nunmehr der Rechtsansicht des VfGH angeschlossen. Somit ist von der Berufungsbehörde zu beurteilen, ob die auf diesem Weg erstellten Gutachten schlüssig sind. Dies ist im vorliegenden Fall zu bejahen.

Die Bw. leidet zwar seit ihrer Geburt an einer leichten bis mittelgradigen Intelligenzminderung. Derartige Erkrankungen verschlechtern sich aber in der Regel mit zunehmendem Alter. Dies wurde auch im Gutachten vom 19. Oktober 2010 von der Sachverständigen festgehalten

(„...es wird eine gravierende Verschlechterung der kogn. Defizite 2009 seit der Untersuchung 2006 beschrieben.“).

Wenn es auch als durchaus positiv anzusehen ist, dass der Sachwalter alles unternommen hat, was für die Bw. von Vorteil ist, so ist doch anzumerken, dass die Bw. zum Zeitpunkt der Stellung des (erstmaligen!) Antrags auf Familienbeihilfe und erhöhte Familienbeihilfe 67 Jahre alt war. Korrespondierend zu der den Abgabenbehörden durch [§ 115 BAO](#) auferlegten Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sind auch Mitwirkungspflichten der Partei gegeben. Nach der Judikatur des VwGH bestehen erhöhte Mitwirkungspflichten u.a. bei Begünstigungsvorschriften und in den Fällen, in denen die Ermittlungsmöglichkeiten der Behörde eingeschränkt sind.

Somit war ein Sachverhalt zu beurteilen, der mehr als 40 Jahre zurückliegt. Das Finanzamt hat dennoch alles ihm Zumutbare unternommen, um den zutreffenden Sachverhalt festzustellen; dass aber die Ermittlungsmöglichkeiten der Behörde wegen des großen zeitlichen Abstandes sehr eingeschränkt waren, liegt auf der Hand. Es wäre somit am Sachwalter gelegen, den von ihm behaupteten Sachverhalt, nämlich die bereits vor der Vollendung des 21. Lebensjahres eingetretene dauernden Unfähigkeit der Bw., sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, klar und ohne Möglichkeit eines Zweifels nachzuweisen.

Da von der Bw. keine Befunde vorgelegt werden konnten, aus denen sich eine bereits vor dem 21. Lebensjahr eingetretene Berufsunfähigkeit ableiten hätte lassen, konnte von der Sachverständigen nur eine Einstufung des Behinderungsgrades rückwirkend ab Mai 2009 vorgenommen werden. Eine Einschätzung des Eintrittes der Erwerbsunfähigkeit nahm die Sachverständige nur in der Weise vor, als sie in ihrem Gutachten festhielt, dass keine Befunde vorliegend seien, die die fehlende Erwerbstätigkeit ab 1972 durch eine vorliegende Selbsterhaltungsunfähigkeit beschreiben.

Die bei der Bw. vorliegende Erkrankung würde eine fundierte Feststellung über den Eintrittszeitpunkt der Erwerbsunfähigkeit nur bei Vorlage entsprechender Nachweise (Befunde, Nachweise über unternommene Arbeitsversuche etc.) zulassen. Die Feststellung, ob die Bw. bereits vor dem 21. Lebensjahr erwerbsunfähig war, wird im vorliegenden Berufungsfall erheblich erschwert, weil die Bw. nie einer Beschäftigung nachgegangen ist. Nach den Erfahrungen des täglichen Lebens kann aber angenommen werden, dass die Bw. schon auf Grund der hohen Kinderzahl (13) gar keiner Berufstätigkeit nachgehen konnte. Bemerkt wird, dass die in den Gutachten angeführten Befunde aus dem Jahr 1982 und 1983 Leidenszustände betreffen, die keinen Einfluss auf die mögliche dauernde Erwerbsunfähigkeit haben.



Nach den vorliegenden sehr ausführlichen und schlüssigen Gutachten muss davon ausgegangen werden, dass bei der Bw. eine Berufsunfähigkeit vor dem 21. Lebensjahr nicht angenommen werden kann. Somit liegen im vorliegenden Fall die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der (erhöhten) Familienbeihilfe nicht vor.

**3.2.** Anzumerken ist weiters, dass zumindest ab 2009 auch die Einkommensgrenzen des [§ 5 Abs. 1 FLAG 1967](#) überschritten sind. Ab diesem Jahr bezieht die Bw. Pflegegeld, was einer Anerkennung des Freibetrages nach § 35 Abs. 3 EStG entgegensteht. Die Bw. hat somit nur unter Außerachtlassung der Ausgleichszulage Einkünfte unter der familienbeihilfenschädlichen Grenze bezogen. Mit Einbeziehung der Ausgleichszulage wurde der Betrag von 9.000 € überschritten.

Ob die Ausgleichszulage steuerfrei oder steuerpflichtig ist, ist strittig. Fuchs in Hofstätter/-Reichel, Die Einkommensteuer, Kommentar, § 3 Rz 6.3., vertritt die Ansicht, dass Ausgleichszulagen nicht wegen Hilfsbedürftigkeit, sondern ohne weitere Prüfung deshalb gewährt werden, um eine Pension auf eine jeweils durch Verordnung festgestellte Mindesthöhe anzuheben, weshalb sie steuerpflichtig sind. In VwGH 4.6.2008, [2006/13/0172](#), lässt der Gerichtshof diese Frage offen, bejaht die Steuerpflicht aber jedenfalls für den Fall, dass keine Hilfsbedürftigkeit vorliegt.

Gerade am Beispiel der Einkommensgrenze des [§ 5 Abs. 1 FLAG 1967](#) lässt sich aber ablesen, dass kein Grund besteht, die Ausgleichszulage als steuerfrei zu behandeln. Es würde nämlich zu einer nicht zu rechtfertigenden Differenzierung führen, hinge die Gewährung von Familienbeihilfe davon ab, ob bei sonst völlig gleichen finanziellen Verhältnissen im Einkommen eine Ausgleichszulage enthalten ist oder nicht. Schlechter gestellt würden dadurch also Pensionisten, die zwar eine Mindestpension beziehen, aber dennoch Beitragszeiten in einem Umfang sammeln konnten, der bewirkt, dass die Pension nicht durch eine Ausgleichszulage ergänzt werden muss.

Somit steht zumindest ab 2009 Familienbeihilfe auch aus diesem Grund nicht zu.

Wien, am 21. Jänner 2011