



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Dr. Thomas Hofer-Zeni, Rechtsanwalt, 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 14-16/8, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Jänner 2008 bis laufend entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der am 00.00.1981 in S L geborene Berufungswerber (Bw.) ist seit 1998 in Österreich aufhältig und seit 31.12.1998 österreichischer Staatsbürger. Bis zu seiner Inhaftierung am 1.11.2008 lebten der Bw. in einem eigenen Haushalt.

Der Bw. leistete von 1.1.2003 bis 3.3.2003 Präsenzdienst und wurde vorzeitig entlassen. Die Entlassungspapiere sind nicht aktenkundig.

Ab 4.2.2003 war der Bw. als arbeitssuchend gemeldet und bezog Arbeitslosengeld und Notstandshilfe (lt. Versicherungsdatenauszug der Sozialversicherung). Er war weiters als Geschirrabwäscher tätig. Aufgrund eines Vergleichs vor dem Sozialgericht bezieht der Bw. ab 1.12.2004 bis 31.12.2009 eine Pension wegen geminderter Arbeitsfähigkeit.

Der Bw. wurde seit 19.3.2004 durch den PSD betreut. Mitte März 2004 erlitt der Bw. eine einmalige psychotische Episode und wurde im SMZ-Ost stationär behandelt. Es wurde ein Sachwalterschaftsverfahren eingeleitet.

Gutachten Dr. L.:

Im Zuge dieses Verfahrens erstellte Dr. L. am 12.8.2004 ein psychiatrisch neurologisches Gutachten über den Bw. Dieser kommt zu dem Ergebnis, dass der Bw. darunter leide nicht lesen und schreiben zu können. Er stehe unter höchstem sozialen Druck, da er sich in der neuen Kultur nur schlecht zurecht fände. Es kam zu einer deutlichen chronobiologischen Störung in Richtung einer affektiven Erkrankung die so schwer ausfiel, dass der Patient auch produktive Symptome entwickelte und zum damaligen Zeitpunkt (*d.h. seit Mitte März 2004*), bis vor etwa einem Monat (*= Juli 2004*), auch noch die Kriterien der psychiatrischen Krankheit erreichte. **Zur Zeit sei dies jedoch nicht feststellbar** (*Hervorhebung im Gutachten*). Er benötige aufgrund der Tatsache, weder lesen noch schreiben zu können und unter höchstem sozialen Druck zu stehen der Betreuung und Hilfe durch einen Sachwalter.

Per 4.5.2005 wurde dem Bw. zur Vertretung vor Behörden, in finanziellen Angelegenheiten und zur Vertretung in privaten Rechtsgeschäften ein Sachwalter bestellt.

Dieser stellte am 16.1.2008 den Antrag auf Zuerkennung der erhöhten Familienbeihilfe.

Gutachten Bundessozialamt:

Das Bundessozialamt stellte in seinem Gutachten vom 18.4.2008 auf Basis einer Untersuchung des Bw. am 8.4.2008 und der relevanten vorgelegten Befunde (Gutachten Dr. L.) fest:

„Status psychicus / Entwicklungsstand: besachwaltet, orientiert, leise undeutliche Sprache, Betreuung über PSD, lebt mit Freundin, affektlabil, rezidiv. Auftreten von Angstzuständen sowie von akustischen Halluzinationen, gel. Konsum von Marihuana, keinerlei Grundschulkennntnisse.

Diagnose:

Hebephrenie, Grad der Behinderung 60%

Rahmensatzbegründung:

6 Stufen über unterem Rahmensatz, da chron. psychische Beeinträchtigung mit Erfordernis der dauerhaften Medikation.

*Die rückwirkende Anerkennung der **Einschätzung des Grades der Behinderung ist ab 1.3.2004 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich**. Der Untersuchte ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.“*

Das Finanzamt wies den Antrag auf Familienbeihilfe mit Bescheid vom 21.5.2008, nachweislich zugestellt am 26.5.2008, ab, da sich aus dem Gutachten des Bundessozialamtes ergibt, dass die dauernde Erwerbsunfähigkeit nach dem 21. Lebensjahr eingetreten ist.

Der Sachwalter des Bw. erhob mit Schreiben vom 20.6.2008 **Berufung** und führte aus:

„Aus dem Gutachten Dr. L., sei zu entnehmen, dass der Bw. das Bundesheer abgebrochen habe. Gleichfalls ergäbe sich aus dem Gutachten, dass der Bw. unter höchstem sozialen Druck stehe und stand, da er sich in der neuen Kultur nur schlecht zurecht finde. Dieser „Kulturschock“ sei bereits im Zeitpunkt der Einreise nach Österreich ca. im Jahre 1999 eingetreten und die in Folge der Überlastung hervorgerufene psychische Erkrankung sei bereits in diesem Zeitpunkt eingetreten, wenn auch sozusagen ihre volle Entfaltung erst später entstanden sein mag.

Der Sachwalter stellt sich auf den Standpunkt, dass sich aus § 2 Abs. 1 lit. c FLAG ergäbe, dass lediglich die Erkrankung nicht, die dadurch verursachte Erwerbsunfähigkeit vor dem 21. Lebensjahr eingetreten sein müsse.

Hinzu käme noch, dass tatsächlich die Krankheitssymptome bereits vor dem Bundesheer und jedenfalls während des Präsenzdienstes aufgetreten seien und auch tatsächlich keine Arbeitstätigkeit mehr ausgeübt werden könne und konnte.

Beweis: vom Bundesheer einzuholende Entlassungsunterlagen, Einvernahme der Mutter des Bw.“

Das Finanzamt beauftragte daraufhin das Bundessozialamt mit der Erstellung eines weiteren Gutachtens, das sich mit den Einwendungen des Bw. befassen sollte.

Das Bundessozialamt lud den Bw. mehrfach zur Untersuchung vor. **Der Bw. kam Ladungen zu den Terminen 9.9. und 24.9.2009 unentschuldigt nicht nach.**

Da der Bw. nicht zu den Untersuchungsterminen erschienen war, konnte seitens des Bundessozialamtes kein Gutachten erstellt werden und das Finanzamt wies die Berufung mittels BVE vom 1.10.2009 als unbegründet ab.

Der Sachwalter stellte fristgerecht einen Antrag auf Vorlage der Berufung an die zweite Instanz. Es werde darauf hingewiesen, dass der Bw. unter Sachwalterschaft stehe und nur eingeschränkt geschäftsfähig sei, daher sei eine Terminkoordination nur äußerst schwierig möglich. Eine zwangsweise Vorführung durch den Sachwalter sei ausgeschlossen, sodass die bloße Anberaumung von Untersuchungsterminen nicht ausreiche.

Nach Ansicht des Sachwalters, sei eine Entscheidung schon aufgrund der Aktenlage möglich. Anhand des vorgelegten Gutachtens (Dr. L.) bzw. durch Einsichtnahme in den Pflegschaftsakt bzw. auch aufgrund der vorgelegten Unterlagen des Bundesheers.

Darüber hinaus werde darauf hingewiesen, dass sich der Bw. derzeit (November 2008) in Untersuchungshaft befände und es werde daher in eventu der Antrag gestellt den Bw. im Halbgesperre zu untersuchen.

Das Finanzamt teilte dem Sachwalter am 28.1.2009 mit, dass das Bundessozialamt erklärt habe, keine Untersuchung in der Haftanstalt vornehmen zu wollen. Es möge daher mitgeteilt werden, wie lange der Bw. voraussichtlich in Haft bleiben werde, um nach dessen Entlassung einen neuen Untersuchungstermin mit dem Bundessozialamt, vereinbaren zu können.

Der Sachwalter gab an über die Haftdauer keine genaueren Angaben machen zu können und ersuchte um Vorlage der Berufung.

Das Finanzamt legte die Berufung an den UFS vor.

Akten Pflegschaftsgericht:

Der UFS forderte, entsprechend der Anregung des Sachwalters, den Pflegschaftsakt des Bw. an (AZ: 6P166/09h). Bis auf das ohnedies bereits aktenkundige Gutachten Dr. L., ist dem Pflegschaftsakt absolut nichts zu entnehmen, dass Rückschlüsse auf den Eintrittszeitpunkt einer psychischen Erkrankung oder gar auf das Vorliegen einer dauernden Erwerbsunfähigkeit zuließe. Aus einem Schreiben des Sachwalters an das Pflegschaftsgericht vom 22.10.2009 (Blatt 167 der Akten) geht eindeutig hervor, dass dieser Umstand dem Sachwalter durchaus bekannt ist.

Strafgerichtsakt:

Der UFS forderte den Strafact des Bw. an (AZ 034 Hv 3/09x). Aus diesem ergibt sich, dass der Bw. wegen eines gemeinschaftlich begangenen Verbrechens (§ 201 Abs. 1 StGB) unter Anrechnung der Vorhaft vom 1.11.2008 bis 25.6.2009, zu 18 Monaten unbedingter Haft verurteilt wurde.

Der Sachwalter hat den Bw. auch in diesem Verfahren als Rechtsanwalt vertreten und, da er die Zurechnungs- und Schuldfähigkeit des Bw. in Zweifel zog, die Erstellung eines psychiatrisch neurologischen Gutachtens beantragt.

Gutachten Dr. P.:

Aus dem Gutachten von Primarius Dr. H.P. vom 11. Mai 2009 und dessen Aussagen in der HV ergibt sich, dass der Bw. 2004 eine psychotische Episode erfuhr (Einbeziehung des Gutachtens Dr. L.), sich aber derzeit **keine Anhaltspunkte für eine Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis bzw. eine affektive Psychose** finden. Der Bw. wurde zwar vor 5 Jahren wegen psychischer Auffälligkeiten ambulant und stationär behandelt, zum gegenwärtigen Zeitpunkt liegen aber keine Anhaltspunkte für eine psychotische Beeinträchtigung bzw. eine Residualsymptomatik nach durchgemachter psychischer Krankheit vor. Krankhafte Veränderungen der geistig-seelischen Funktionen von Psychosewerten, wie sie im Zuge körperlicher Erkrankungen auftreten können, sind nicht vorhanden. Der Untersuchte ist bewusstseinsklar, vermag zu seinen persönlichen Verhältnissen ausreichend und genügende Angaben zu machen und es besteht auch keine Beeinträchtigung der zeitlichen, örtlichen, sozialen und situativen Orientierungsfähigkeit. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass der Bw. am 1.11.2008 (Tatzeitpunkt) und danach, nicht psychisch beeinträchtigt war und ist. Er ist daher voll zurechnungs- und schuldfähig.

Vorhalt des UFS vom 2.11.2009:

Der UFS teilte dem Sachwalter mit Vorhalt vom 2.11.2009 mit, dass seine Rechtsansicht, wonach lediglich die Erkrankung, nicht aber die damit verbundene Erwerbsunfähigkeit vor dem 21. Lebensjahr eingetreten sein müsse, verfehlt ist.

„Schon aus dem Gutachten des Univ.Do. Dr. O.L. vom 12.8.2004 lasse sich nicht entnehmen, dass eine dauernde Erwerbsunfähigkeit vorläge. Vielmehr werde festgestellt, dass **„eine psychiatrische Krankheit zur Zeit (August 2004) nicht mehr feststellbar ist.“**

Es bleibt völlig unverständlich, weshalb von Ihnen, die Einsichtnahme in den Pflegschaftsakt angeregt wurde, zumal Ihnen doch offenkundig klar war (Schreiben an das Pflegschaftsgericht vom 22.10.2009) , dass sich in diesem, außer dem ohnedies amtsbekannten Gutachten Dr. L., keine anderen relevanten ärztlichen Befunde befinden.

Aus dem Gutachten von Primarius Dr. H.P. vom 11. Mai 2009 (Strafverfahren) und dessen Aussagen in der HV ergibt sich, dass der Bw. 2004 eine psychotische Episode erfuhr, sich aber derzeit **keine Anhaltspunkte für eine Erkrankung aus dem schizophrenen Formenkreis bzw. eine affektive Psychose** finden. Der Bw. wurde zwar vor 5 Jahren wegen psychischer Auffälligkeiten ambulant und stationär behandelt, zum gegenwärtigen Zeitpunkt liegen aber keine Anhaltspunkte für eine psychotische Beeinträchtigung bzw. eine Residualsymptomatik nach durchgemachter psychischer Krankheit vor. Krankhafte Veränderungen der geistig-seelischen Funktionen von Psychosewerte, wie sie im Zuge körperlicher Erkrankungen auftreten können, sind nicht vorhanden. Das Gutachten kommt zu

dem Ergebnis, dass der Bw. am 1.11.2008 (Tatzeitpunkt) und danach, nicht psychisch beeinträchtigt war und ist. Für den UFS ein deutlicher Hinweis darauf, dass eine **dauernde** Erwerbsunfähigkeit aufgrund medizinischer Indikation nicht vorliegt.

Was die Hintertreibung einer weiteren Befundaufnahme durch das Bundessozialamt, seitens des Bw. anlangt, so ist festzuhalten, dass es grundsätzlich der Bw. bzw. dessen gesetzlicher Vertreter ist, der gemäß § 119 BAO gehalten ist, die zur Erlangung einer Begünstigung (Familienbeihilfe) bedeutsamen Umstände offen zu legen und entweder aus eigenem oder auf Verlangen der Abgabenbehörden diesbezüglich bestehende Fragen wahrheitsgemäß und vollständig zu beantworten und Urkunden und andere schriftlichen Unterlagen vorzulegen. Nach ständiger Judikatur des VwGH tritt bei Begünstigungsbestimmungen die amtswegige Ermittlungspflicht in den Hintergrund und es ist vordringlich der Bw., der seinen Anspruch entsprechend zu belegen hat.

Der einzige im Gesetz vorgesehene Beweis für eine dauernde Erwerbsunfähigkeit - die zudem nachweislich (Nachweis wohl nur durch Vorlage entsprechender ärztlicher Befunde) vor dem 21. Lebensjahr eingetreten sein müsste - ist ein entsprechendes Gutachten des Bundessozialamtes. Wenn der Bw. die Erstellung dieses Gutachten – aus welchen Gründen auch immer - hintertreibt, so ist das seine Angelegenheit.

Die Abgabenbehörde verfügt aus gutem Grund über keinerlei rechtliche Instrumente, eine zwangsweise ärztliche Untersuchung zu veranlassen. Genauso wenig ist die Abgabenbehörde befugt, dem Sachverständigen eine Begutachtung des Bw. in der Haft, aufzutragen. Es ist ausschließlich Sache des begutachtenden Arztes, ob er für die Erstellung seines Gutachtens eine persönliche Untersuchung des Bw. für erforderlich hält und es ist sein freier Wille, wo er diese Begutachtung vornehmen will und vor allem wo nicht.

Aus den aktenkundigen Unterlagen ergibt sich kein zwingender Hinweis auf eine dauernde Erwerbsunfähigkeit, die vor dem 21. Lebensjahr eingetreten ist. Vielmehr ist es so, dass aufgrund des Gutachtens Dr. P., die Annahme gerechtfertigt erscheint, dass nunmehr überhaupt keine dauerhafte Beeinträchtigung vorliegt.

Das Finanzamt und der UFS sind ihrer Ermittlungspflicht mehr als ausreichend nachgekommen. So Sie nach wie vor der Ansicht sein sollten, dass eine dauernde Erwerbsunfähigkeit vorliegt und diese nachweislich bereits vor dem 21. Lebensjahr eingetreten ist, steht es Ihnen frei, unter Vorlagen aller relevanter Befunde, selbst ein entsprechendes Gutachten beim Bundessozialamt zu beantragen. Aus Sicht des UFS wäre ein derartiges Gutachten, allerdings nur dann schlüssig und nachvollziehbar, wenn auch die Untersuchungsergebnisse des Gutachtens Dr. P. darin Berücksichtigung finden.

So Sie nicht die Absicht haben, ein weiteres Gutachten des Bundessozialamtes zu beantragen, teilen Sie dies bitte dem UFS innerhalb obiger Frist mit.

Es ergeht noch der Hinweis, dass gemäß § 6 Abs. 2 lit. d FLAG, keine Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wenn sich der Bw. in Anstaltspflege befindet. Lt. Judikatur des VwGH ist damit jede Art von Anstalt gemeint, in der für den Unterhalt des Bw. gesorgt wird. Somit entspricht auch eine Haftanstalt dieser Definition. Umso mehr als der Bw. – wie dem Gerichtsakt zu entnehmen – dort auch psychologisch betreut wird.“

Der Sachwalter zog es vor zu diesem Vorhalt nicht Stellung zu nehmen.

Laut Auskunft des Bundessozialamtes vom 5.1.2010 hat der Sachwalter auch keinen erneuten Antrag auf Erstellung eines weiteren Gutachtens gestellt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. c FLAG, besteht für die in Österreich lebenden Eltern, jener volljährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe, die wegen einer vor Erreichung des 21. Lebensjahres eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Der Gesetzgeber hat in den Erläuterungen (siehe 549 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XI. GP – 6.6.1967) klar zum Ausdruck gebracht, dass auch die durch die Krankheit verursachte dauernde Erwerbsunfähigkeit vor dem 21. Lebensjahr eintreten muss. Die vordem geltende Regelung konnte den Gesetzgeber nicht befriedigen, weil sie auch Personen einschloss deren Erwerbsunfähigkeit durch ihr Lebensalter bedingt war. Die Berücksichtigung einer Erwerbsunfähigkeit, die nicht schon in einem Lebensalter eingetreten ist, in dem eine Person beihilfenrechtlich noch als Kind gilt (1967 Volljährigkeit erst mit 21), muss auf anderen Gebieten der sozialen Sicherheit erfolgen. Hier ist insbesondere auf den Hilflosenzuschuss in der Sozialversicherung zu verweisen.

Siehe dazu auch die ständige Judikatur des VwGH (z.B. 2002/15/0022 vom 22.5.2002): *„Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Stammfassung des FLAG 1967, trat die Volljährigkeit mit Vollendung des 21. Lebensjahres ein. Das bedeutet für § 2 Abs. 1 lit. c, das die Erwerbsunfähigkeit während der Minderjährigkeit, oder aber während der Volljährigkeit bei Ausbildung längstens bis zum 27. Lebensjahr eintreten musste. Der Eintritt der Erwerbsunfähigkeit bei volljährigen Personen, die sich nicht in einer Ausbildung befunden haben, bewirkt keinesfalls den Anspruch auf Familienbeihilfe.“*

Da der Bw. in einem eigenen Haushalt lebt und selbst für seinen Unterhalt aufkommt, richtet sich ein eventueller Anspruch nicht nach § 2 Abs. 1 FLAG, sondern nach § 6 Abs. 1 i.V.m. Abs. 5 FLAG.

Wobei dem Bw. gemäß § 6 Abs. 2 lit. d FLAG nur dann ein Anspruch zusteht, wenn er wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, und er sich in keiner Anstaltspflege befindet.

Der Sachwalter hat, in irriger Rechtsauffassung, immer nur behauptet, eine psychische Erkrankung sei schon vor dem März 2004 vorgelegen. Selbst als er seitens des UFS, mit Vorhalt vom 2.11.2009, darüber in Kenntnis gesetzt wurde, dass auch die auf die Erkrankung zurückzuführende dauernde Erwerbsunfähigkeit vor dem 21. Lebensjahr eingetreten sein muss, erstattete er kein ergänzendes Vorbringen.

Der UFS kann also unbedenklich davon ausgehen, dass auch der Sachwalter nicht der Ansicht ist, dass eine dauernde Erwerbsunfähigkeit vor dem März 2004 eingetreten ist, zumal sich in keiner der dem Sachwalter bekannten und dem UFS zugänglich gemachten Akten, Gutachten und sonstigen Urkunden auch nur Andeutungen für eine vordem eingetretene Erwerbsunfähigkeit finden.

Aus dem Gutachten Dr. L. ist keineswegs zu entnehmen, dass der Bw. bereits seit längerem bzw. sogar schon seit seiner Einreise an einer psychischen Erkrankung litt. Vielmehr kam der Gutachter zu dem Schluss, dass der soziale Druck eine affektive Erkrankung auslöste, die im Zeitraum März 2004 bis Juli 2004 „die Kriterien einer psychiatrischen Erkrankung erreichte“. Feststellungen oder auch nur Hinweise, die den Schluss zuließen, eine psychische Erkrankung, geschweige denn eine schwere, die dauernde Erwerbsunfähigkeit des Bw. begründende Erkrankung, sei bereits bei der Einreise bzw. vor Erreichung des 21. Lebensjahr eingetreten, sind dem Gutachten nicht zu entnehmen.

Das Gutachten kommt sogar zu dem Schluss, dass im Zeitpunkt der Begutachtung – im August 2008 und schon ein Monat davor, **keine psychiatrische Krankheit vorliegt**.

Das Bundessozialamt kam, offenkundig auf Basis der von dessen Sachverständigen am Bw. durchgeführten Untersuchung, abweichend von Dr. L. zu dem Schluss, dass weiterhin eine chronische psychische Beeinträchtigung vorliegt, die eine dauernde Erwerbsunfähigkeit des Bw. begründet. Diese Einschätzung könne, auf Basis der vorgelegten relevanten Befunde (Gutachten Dr. L.) rückwirkend auf 1.3.2004 getroffen werden.

Aus dem Gutachten des Bundessozialamtes geht also eindeutig hervor, dass dieses aufgrund der eigenen Feststellungen bei der Untersuchung des Bw. und des als relevant angesehenen Gutachtens Dr. L. den Zeitpunkt der dauernden Erwerbsunfähigkeit mit dem Beginn der psychotischen Episode im März 2004 annahm und für davor liegende Zeiträume keine schwerwiegende Erkrankung feststellen konnte.

Was die vom Sachwalter als Beweis beantragten Entlassungsunterlagen des Bundesheeres, aus dem März 2003 anlangt, so sind diese nicht aktenkundig. Es lässt sich auch aus den Akten nicht entnehmen, ob diese beigebracht bzw. vorgelegt wurden. Ob sich aus diesen Unterlagen, wie der Sachwalter behauptet, tatsächlich Hinweise auf eine Erkrankung des Bw. ergeben, kann dahingestellt bleiben, denn dass sich aus diesen Unterlagen die dauernde Erwerbsunfähigkeit des Bw. ableiten ließe, behauptet der Sachwalter ohnedies nicht. Im Übrigen hat der Bw. das 21. Lebensjahr bereits im Oktober 2002 vollendet, also deutlich vor Antritt seines Präsenzdienstes. Dass und weshalb sich in den Entlassungspapieren zwingende Hinweise auf eine bereits 2002 eingetretene Erwerbsunfähigkeit finden ließen, führt der Sachwalter nicht aus. Eine Beischaffung der Unterlagen durch den UFS war daher nicht erforderlich und dem Beweisantrag war nicht zu entsprechen.

Aktenwidrig ist die Behauptung, der Bw. habe nach dem Bundesheer keiner Erwerbstätigkeit nachgehen können, denn aus den Akten ergibt sich, dass der Bw. vor seiner psychotischen Episode im März 2004 als Tellerwäscher gearbeitet hat.

Der Sachwalter führt auch nicht aus zu welchem Beweisthema die Mutter des Bw. befragt werden sollte. Aus den sonstigen Ausführungen und seiner dargestellten Rechtsansicht, lässt sich vermuten, eine Befragung der Mutter können u.U. Hinweise auf eine bereits vor dem 21. Lebensjahr eingetretene psychische Erkrankung des Bw. erbringen. Einen konkret formulierten Beweisantrag, zu welchem relevanten Beweisthema die Mutter zu befragen und was damit zu beweisen wäre, hat der Sachwalter nicht gestellt. Selbst wenn ein derartiger Antrag gestellt worden wäre, würde es sich um einen unzulässigen Erkundungsbeweis handeln. Im Übrigen gilt es zu beweisen, dass der Bw. bereits vor dem 21. Lebensjahr erwerbsunfähig war und dass die Mutter dafür den Beweis erbringen könnte, hat der Sachwalter nicht einmal behauptet. Dem Beweisantrag war daher nicht zu entsprechen.

Das Finanzamt war ohnedies, entgegen der nunmehrigen Ansicht des UFS, geneigt, dem Bw. durch Erstellung eines weiteren Gutachtens, die Möglichkeit zu geben, seine ergänzenden Vorbringen einer sachverständigen Beurteilung zuzuführen.

Der Bw. wurde unbestritten, zweimal - für 9. und 24. September 2008 - ordnungsgemäß zu einer erneuten fachärztlichen Untersuchung ins Bundessozialamt geladen und ist diesen Ladungen unentschuldigt nicht nachgekommen. Er befand sich zu diesen Ladungsterminen auch nicht in Haft. Der Bw. ist erst seit 1. November 2008 in Haft. Der Sachwalter räumt ausdrücklich ein, von den Ladungsterminen Kenntnis gehabt, aber keine gesetzliche Handhabe für eine zwangsweise Vorführung des Bw. zu haben. Weshalb es nicht ausreichend sein sollte, „bloß“ Untersuchungstermine anzuberaumen und welche alternative Maßnahmen dem Sachwalter angebracht erschienen, bleibt unklar.

Es war also der Bw. der seine Mitwirkungspflicht gem. § 119 BAO gröblich verletzt hat. Nach ständiger Judikatur des VwGH (siehe z.B. VwGH v 18.11.2003, 98/14/008; 17.12.2003, 99/13/0070, 25.2.2004, 2003/13/0117) tritt bei Begünstigungsbestimmungen, wie die Familienbeihilfe eine ist, die amtswegige Ermittlungspflicht in den Hintergrund und es ist vorrangig der Bw., der seinen Anspruch entsprechend zu belegen hat.

Es kann daher dem Finanzamt nicht widersprochen werden, wenn es zu dem Schluss gelangt, seine Ermittlungspflichten seien, mit dem Versuch ein weiteres Gutachten einzuholen, ausreichend erfüllt und die Berufung sei als unbegründet abzuweisen.

Wie bereit im Vorhalt ausgeführt, stehen auch den Abgabenbehörden keine gesetzlichen Mittel zur Verfügung, um den Bw. zwangsweise untersuchen zu lassen. Weiters ist es ausschließlich Sache des mit der Erstellung des Gutachtens betrauten Facharztes, ob er es für vertretbar hält, bloß aufgrund des vorliegenden Akteninhalts bzw. von Befunden zu entscheiden, oder ob er eine Untersuchung des Bw. für geboten hält. Mit der zweimaligen Ladung zu dieser Untersuchung kommt unmissverständlich zum Ausdruck, dass eine erneute Untersuchung für die Gutachtenserstellung unabdingbar ist.

Es gibt auch keinerlei Rechtsvorschriften, zufolge derer die Abgabenbehörde den Sachverständigen dazu verhalten könnte, die Untersuchung im Halbgesperre einer Haftanstalt vorzunehmen.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG ist der Nachweis einer dauernden Erwerbsunfähigkeit, eingetreten vor dem 21. Lebensjahr, ausschließlich durch eine Bescheinigung des Bundessozialamtes auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens zu erbringen. Unbeschadet, dessen, dass die Erbringung eines derartigen Nachweises, gar nicht Thema des Vorbringens des Sachwalters ist – dieser behauptet immer nur eine vor den 21. Lebensjahr eingetretene Erkrankung - und dieser Nachweis anhand der vorliegenden Unterlagen, praktisch ausgeschlossen erscheint, so war es jedenfalls ausschließlich der Bw., der die Beweisaufnahme verhindert hat.

Die Aufforderung des Sachwalters den Pflegschaftsakt beizuschaffen, da sich in diesem angeblich relevante Beweise fänden, grenzt an Mutwillen, denn wie aus dessen Schreiben an das Pflegschaftsgericht hervorgeht, war er sich der Tatsache durchaus bewusst, dass sich in diesen Akten – außer dem ohnedies bereits aktenkundigen Gutachten Dr. L. – keine weiteren Beweismittel finden.

Der UFS hat aus eigenem auch noch die Straftaten des Bw. beigebracht. Bemerkenswerter Weise hat der Sachwalter zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens, darauf hingewiesen, dass er im Zuge dieses Verfahrens die Erstellung eines weiteres psychiatrisches Gutachtens über den

Bw. veranlasst hat. Er wendet bei dieser Gutachtenserstellung auch nicht ein, dass sich aus den Entlassungspapieren des Bundesheeres Hinweise auf eine Erkrankung des Bw. ergäben.

Aus diesem Gutachten Dr. P. ergibt sich nicht nur, dass der Bw. voll zurechnungs- und schulfähig ist, sondern auch, dass beim Bw. seit seiner psychotischen Episode im Jahr 2004 überhaupt keine psychische Erkrankung mehr feststellbar ist. Ein deutliches Indiz dafür, dass eine neuerliches Gutachten möglicher Weise sogar das Vorliegen einer andauernden Erwerbsunfähigkeit verneinen würde. Im Gutachten finden sich jedenfalls keinerlei Hinweise auf eine relevante Erkrankung die vor dem März 2004 vorgelegen haben könnte.

Wie bereits mehrfach ausgeführt, finden sich somit weder in den vorhandenen, noch in den beige-schafften Akten auch nur die geringsten Hinweise auf eine schwere Erkrankung des Bw. die bereits vor dem März 2004 dessen dauernde Erwerbsunfähigkeit begründet haben könnte.

Der Sachwalter ist möglicher Weise derselben Ansicht, hat er doch, auch auf ausdrücklichen Vorhalt, sein Vorbringen nicht ergänzt und auch selbst beim Bundessozialamt kein Gutachten beantragt.

Insgesamt kommt der UFS zu dem Schluss, dass der Bw. seine erneute Untersuchung und damit die Erstellung eines weiteren Gutachtens hintertrieben hat. Der UFS sieht für einen erneuten Versuch ein solches Gutachten zu erstellen, keinen Grund, da der Sachwalter – trotz nunmehriger Kenntnis der Rechtslage - nicht einmal behauptet, die anspruchsbegründende dauernde Erwerbsunfähigkeit sei vor dem 21. Lebensjahr eingetreten. Da sich auch sonst nicht der geringste Hinweis findet, der eine Vermutung in dieser Richtung nahe legt, ist somit ein neuerliches Gutachten, mangels neu hervorgekommener relevanter Tatsachen nicht erforderlich.

Der gemäß § 8 Abs. 6 FLAG erforderliche Nachweis für eine vor dem 21. Lebensjahr eingetretene dauernde Erwerbsunfähigkeit, wurde nicht erbracht. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Im Übrigen ist noch darauf hinzuweisen, dass sich der Bw. seit 1.11.2008 in Haft befindet. Der Bw. ist somit ab diesem Zeitpunkt in einer Anstalt untergebracht, in der für dessen Unterhalt und medizinische Behandlung gesorgt wird und er hat daher gemäß § 6 Abs. 2 lit. d FLAG keinen Anspruch auf Familienbeihilfe. Da das Finanzamt in erster Instanz über diesen geänderten Sachverhalt nicht abgesprochen hat, war dieser gemäß § 10 FLAG vom UFS nicht zur Begründung seiner Entscheidung heranzuziehen.

Aus demselben Grund blieb ungeklärt, ob der Bw. mit seinem Pensionsbezug die Einkommensgrenze des § 5 Abs. 1 FLAG überschritten hat und damit im finanziellen Sinn als selbsterhaltungsfähig anzusehen wäre.

Wien, am 11. Jänner 2010