

## BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Silvia Gebhart in der Beschwerdesache des \*\*\*Bf1\*\*\*, \*\*\*Bf1-Adr\*\*\*, vertreten durch Mag. Petra Ulrike Laback, Rotenturmstraße 11 Tür 2, 1010 Wien, Rechtsanwältin, betreffend die Beschwerde vom 4. September 2018 gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel vom 1. August 2017, nunmehr Finanzamt Österreich, betreffend Abweisung des Antrages vom 2. Juni 2017 auf Gewährung der Familienbeihilfe und erhöhten Familienbeihilfe 07.2017-07.2018 für das volljährige Kind \*\*\*1\*\*\*, geboren \*\*\*2\*\*\* 1993, ab dem Zeitpunkt des Eintrittes der erheblichen Behinderung, den der medizinische Sachverständige feststellt im Höchstausmaß von rückwirkend fünf Jahren ab Antragstellung, Steuernummer \*\*\*BF1StNr1\*\*\*, gemäß § 278 Abs 1 BAO beschlossen:

- I. Die Beschwerde wird mit Aufhebung des angefochtenen Bescheides und der Beschwerdevorentscheidung unter Zurückverweisung der Sache an das Finanzamt Österreich erledigt.
- II. Der Antrag des Beschwerdeführers vom 2. Juni 2017 ist als Antrag der Kindesmutter zu berücksichtigen und zu erledigen.
- III. Im mit der Kindesmutter als Partei fortzusetzenden Verfahren ist das Finanzamt Österreich an die in Punkt 3.3. des Beschlusses dargestellte Rechtsanschauung und Aufträge zu Ermittlungshandlungen gebunden.
- IV. Gegen diesen Beschluss ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nur durch die belangte Behörde zulässig, für den Beschwerdeführer hingegen nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang

Mit den amtlichen Formularen Beih1 und Beih3, eingelangt bei der belangten Behörde am 2. Juni 2017, beantragte der Beschwerdeführer (Bf) für seinen volljährigen Sohn Grund- und

Erhöhungsbetrag wegen erheblicher Behinderung. Zum Sohn wurde angegeben, dieser „wohne momentan bei der Mutter auf Untermiete“, erhalte von dieser „allerdings keinerlei Sach- oder Geldleistungen“. Der Sohn verfolge ein außerordentliches Studium an der TU Wien im Minimalausmaß. Der Studienabschluss wurde mit „unbekannt“ angegeben. Aus gesundheitlichen Gründen habe der Sohn keine nennenswerten Einkünfte (ON3, 4).

Im Beih3 waren folgende Krankheiten angeführt: Narkolepsie mit Kataplexie (G47.4.), Zentrales Schlafapnoesyndrom (schwergradig) (G47.31.), Hyperlordose (M40.55), Schlaf-Wach-Rhythmusstörung (G47.20/24) und Gehbehinderung (ungeklärt) ....

### **BSA-Sachverständigengutachten vom 14. Juli 2017 (ON12)**

Am 12.07.2017 erfolgte die Untersuchung beim Bundessozialamt von 15:15. bis 15:45 Uhr durch die Allgemeinmedizinerin. Der Sohn erschien ohne Begleitperson.

Aus dem Gutachten:

#### **„Derzeitige Beschwerden:**

*Ich habe nach wie vor starke Müdigkeitsepisoden, allerdings kann ich mich wachhalten. Dank der Medikamente schlafe ich nicht mehr von einer Sekunde auf die andere ein. Ich habe bessere und schlechtere Tage. Bevor ich die Medikamente genommen habe, habe ich meiner Meinung nach überhaupt nicht funktioniert, wo es auch immer wieder zu einem Sekundenschlaf gekommen ist und ich auch immer sehr müde war. Auch habe ich nach wie vor die Atemmaske. Auch hatte ich mich beim Bundesheer am rechten Unterschenkel verletzt, Es ist dann kurzzeitig besser geworden, dann allerdings schlechter. Dann konnte ich lange Zeit nicht gehen. Jetzt geht es wieder besser. Weit komme ich ohne Krücke nicht.“*

Folgende **relevanten Befunde** (inkl. Datumsangabe) wurden im Gutachten festgehalten (Anm: vom BFG zeitlich geordnet):

*„Militärkommando vom 18.06.2014: untauglich*

*Dr Ledwon, FA für Neurologie und Psychiatrie vom 24.09.2015: Diagnose: zentrales Schlafapnoesyndrom mit Müdigkeit tagsüber, CPAP-Atemmaske*

*Herz Jesu-Krankenhaus vom 30.09.2015: Polysomnographie: schwergradig komplexes Schlafapnoesyndrom, Indikation zur CPAP-Therapie*

*AKH Wien Labor für Molekulargenetik vom 01.01.2016: Aufgrund des HLA-Typus besteht eine Predisposition für Narkolepsie*

*AKH Wien vom 11.02.2016: Schlafapnoesyndrom, Narkolepsie, Katalepsie, der Patient sucht am 23.12.2015 erstmals die neurologische Ambulanz auf, es besteht eine Tagesmüdigkeit und*

*Tagesschläfrigkeit, wobei ein Schlafapnoesyndrom diagnostiziert wurde. Zusätzlich ergab sich der dringende Verdacht auf Narkolepsie, wobei die HLA-Typisierung diese positiv bestätigte. Die klinische Symptomatik besserte sich auf die Gabe von Modasomil deutlich. Ebenso zeigte der Schläfrigkeitschor auf der Epworth-Sleepiness-Skala eine Besserung von 20 Punkten auf 8 Punkten, was einer Normalisierung entspricht.“*

Neben unauffälligen Untersuchungsergebnissen wurde festgehalten:

*„**Untere Extremität:** Zehenspitzen und Fersenstand sowie Einbeinstand bds. nicht prüfbar, beide Seine von der Unterlage abhebbar, grobe Kraft rechts nicht suffizient prüfbar, freie Beweglichkeit im linken Huft- und Kniegelenk, rechtes Bein nicht untersuchbar, symmetrische Muskelverhältnisse, keine Varikositäs, keine Ödeme bds.“*

Als **Ergebnis der durchgeführten Begutachtung** wurde ein **Leiden** festgestellt, und zwar: Obstruktives Schlafapnoe-Syndrom, Narkolepsie. Das Leiden wurde unter Punkt 06.11.02. Einschätzverordnung (EVO), mittlerer Rahmensatz, eingeordnet, da gutes Ansprechen auf Therapie, was einen GdB 30% ergebe, der auch dem Gesamt GdB entspreche, weil eine Hyperlordose sowie eine Verletzung im Bereich des rechten Kniegelenks befundmäßig nicht belegt seien und somit daher keinen GdB erreichen.

Der GdB liege vor seit 7/2017

Der Sohn sei voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen: NEIN, weil kein Leiden vorliege, welches eine Erwerbsunfähigkeit begründet.

Das BSA-Gutachten wurde ausschließlich dem Antragsteller, nicht jedoch der belangten Behörde übermittelt. Aufgrund der der belangten Behörde elektronisch übermittelten Metadaten (GdB 30% ab 7/2017, Der Sohn sei voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen: NEIN, Kein Leiden, welches eine Erwerbsunfähigkeit begründet), die die Bescheinigung des § 8 Abs 6 FLAG darstellen, wies die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid vom 1. August 2017 den Antrag als unbegründet ab. Die Zustellung erfolgte ohne Zustellnachweis.

### **Beschreibbeschwerde vom 4. September 2017 (ON1)**

Mit Schriftsatz vom 1. September 2017, laut Eingangsstempel eingelangt am 4. September 2017, kein Kuvert, erhob die rechtsfreundliche Vertretung unter Berufung auf die erteilte Vollmacht namens des Bf form- und fristgerecht Beschreibbeschwerde, mit der der Bescheid zur Gänze angefochten und gegen das Sachverständigengutachten Unvollständigkeit und Unschlüssigkeit eingewandt werden. Geltend gemacht wurde materielle und formellen Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides, weil das Ermittlungsverfahren wegen der Mängel des Sachverständigengutachtens mangelhaft verblieben sei.

Zunächst wurde ausgeführt, der „Bf bzw sein Sohn“ hätten die zu Grunde liegenden Anträge gestellt. An anderer Stelle wird vom „beantragenden Kind, Herr \*\*\*1\*\*\*“ gesprochen.

Unvollständigkeit und Unschlüssigkeit des Sachverständigengutachtens würden sich bereits aus dem Umstand ergeben, dass die beigezogene Sachverständige aus dem Gebiet der Allgemeinmedizin fachlich nicht entsprechend qualifiziert gewesen sei. Richtigerweise hätten Fachärzte aus den Disziplinen Psychiatrie und Neurologie (insbesondere Schlaf-Diagnostik, Narkolepsie mit Kataplexie, zentrales schwergradige Schlafapnoesyndrom und zirkadiane Schlaf-Wach-Rhythmusstörung) sowie Orthopädie und Unfallchirurgie (Hyperlordose und Gebehinderung) betraut werden müssen.

Zur Gehbehinderung habe der Sohn der Sachverständigen mitgeteilt, dass er sich beim Bundesheer bei einem Sturz aufgrund einer Kataplexie am rechten Unterschenkel verletzt habe und seitdem gehbehindert sei. Er habe lange gar nicht gehen können und jetzt könne er sich ohne Krücke immer noch nicht fortbewegen.

Die Sachverständige könne sich nicht damit begnügen, wegen Fehlens von Befunden keinen GdB festgestellt zu haben. Es wäre Aufgabe der Sachverständigen gewesen, den Sohn entsprechend zu untersuchen bzw. ein Gutachten aus der Orthopädie oder aus der Unfallchirurgie einzuholen. Abgesehen davon handelt es sich nicht um die Verletzung des rechten Kniegelenks, sondern um eine Verletzung des Unterschenkels.

Der GdB von 30% wegen Narkolepsie mit Kataplexie, zentrales schwergradige Schlafapnoesyndrom und zirkadiane Schlaf-Wach-Rhythmusstörung (im Folgenden kurz: Narkolepsie mit Kataplexie) sei völlig unrichtig. Die zu niedrige Einstufung sei auf die fachliche Ungeeignetheit der Sachverständigen zurückzuführen. Nach Punkt 06.11 EVO, Bundesgesetzblatt II 261/2010, ergebe sich, dass ein obstruktives Schlafapnoesyndrom in schwerer Form bereits zu 50% GdB führe. Die Sachverständigen habe nicht geklärt, ob die mittelschwere oder schwere Form vorliege. Gegenständlich benutze der Sohn nächtlich ein Beatmungsgerät, da es ansonsten zu Erstickung oder Erstickungsanfällen kommen würde.

Beim Sohn liege eine schwere Form im Sinne von Punkt 06.11.03 EVO vor, da eine Behandlung aus medizinischen Gründen nicht möglich sei. Aus dem ambulanten Patientenbrief des AKH Wien Universitätsklinik für Psychiatrie und Psychotherapie vom 26.01.2016 ergebe sich, dass der Sohn an einer schwergradigen komplexen Schlafapnoe leidet und sich eine Indikation zur Einleitung einer nächtlichen CPAP-Beatmung ergibt. Die Therapie bestehe darin, dass eine CPAP-Beatmung in der Nacht stattfindet, ansonsten könne keine Besserung erzielt werden. Es würde sohin lediglich ein Symptom behandelt, jedoch könne durch Therapie keine Besserung des Zustands erreicht werden.

Darüber hinaus habe die Sachverständige übergegangen, dass nicht nur Narkolepsie, sondern Narkolepsie mit Kataplexie diagnostiziert ist. Kataplexien seien kurz andauernde Episoden von

Muskelversagen, die unterschiedlich schwer ausfallen können. In schweren Fällen, wie hier, geschehe es, dass der Patient vollkommen in sich zusammensacke und zu Boden falle. Kataplexien seien bei Narkolepsie insoweit gefährlich, als Betroffene wie bei einem epileptischen Anfall zusammenbrechen und in sich zusammensacken würden, wobei sie sich oft verletzten. Wenn dies zB im Straßenverkehr passiere, sei sogar Lebensgefahr gegeben. Diese Attacken würden zwischen einigen Sekunden und einigen Minuten lang andauern. Danach könne sich der Patient wieder aufrichten und normal bewegen. Somit sei es dem Sohn nicht möglich, arbeiten zugehen, da er am Arbeitsplatz zusammenbrechen könnte bzw. würde oder eine permanente Verletzungsgefahr bestehe. Darüber hinaus könne der zu Hause prophylaktisch die Atemmaske aufsetzen, wenn er einen Schläfrigkeitsanfall herannahen spürt. Unterwegs sei ihm das wegen der Größe des Atemgeräts nicht möglich und weil das Gerät einen Stromanschluss erfordere.

Die EVO beinhalte keinerlei Kategorie für Narkolepsie mit Kataplexie, wohl deshalb, weil es sich um eine relativ seltene Erkrankung handle. Aufgrund der Ähnlichkeit der Erkrankung mit Epilepsie werde auf Punkt 04.10 EVO verwiesen. Bereits mittelschwere Formen mit selten bis mäßig gehäuften Anfällen würden nach 04.10.02 EVO mit 50 bis 80% GdB beurteilt. 50% bei seltenen Anfällen generalisiert bei groß und komplex-fokalen Anfällen mehrmals jährlich mit einem Intervall von Monaten oder kleine und einfache fokale Anfälle mehrmals monatlich mit einem Intervall von Wochen, 80% bei mittelmäßig gehäuften Anfällen zB generalisierte große und komplex-fokale Anfälle mehrmals monatlich mit einem Intervall von Wochen oder kleine und einfache fokale Anfälle mehrmals monatlich mit einem Intervall von Tagen.

Der bundesdeutsche Gesetzgeber habe mit Anlage zu § 2 Versorgungsmedizin-Verordnung, genannt versorgungsmedizinische Grundsätze, unter Punkt Teil B3.2 „Narkolepsie“ festgehalten, dass je nach Häufigkeit, Ausprägung und Kombination der Symptome (Tagesschläfrigkeit, Schlafattacken, Kataplexien, automatisches Verhalten im Rahmen von Ermüdungserscheinungen, Schlaflähmungen - häufig verbunden mit Hypnagogen, Halluzinationen) im allgemeinen von einem Grad der Schädigungsfolgen/Behinderung von 50 bis 80% anzusetzen sei. Daraus sei ersichtlich, dass dem Sohn zumindest ein GdB von 50 bis 80% zuzuerkennen sei.

Beantragt wurde, die Beschwerdebehörde möge der Beschwerde Folge geben und betreffend den bekämpften Bescheid eine mündliche Berufungsverhandlung durchführen und die beantragten Beweise aufnehmen

auf jedenfalls

in der Sache selbst erkennen und den angefochtenen Bescheid dahingehend abändern, dass dem Antrag stattgegeben werde

in eventu

den angefochtenen Bescheid aufheben und die Sache zur Verfahrensergänzung und neuerlicher Entscheidung an die Behörde zurückverweisen.

Als Beweise wurden angeführt bzw deren Einholung begehrt:

*„ambulanter Patientenbrief AKH Wien Uniklinik für Psychiatrie und Psychotherapie vom 10.02.2016 [Anm BFG: neu]*

*Polysomnographie Schlaflabor des Herz Jesu Krankenhaus vom 30.09.2015*

*Arztbrief Dr. Peter F. Ledwon vom 09.02.2016 [Anm BFG: neu]*

*ambulanter Patientenbrief AKH Wien Uniklinik für Psychiatrie und Psychotherapie vom 26.01.2016 [Anm BFG: neu]*

*Beschluss der Stellungskommission Wien Militärkommando Panikengasse 2, lautend auf Untauglich vom 18.06.2014*

*Anlage zur Einschätzungsverordnung BGBl II 261/2010 (Auszug)*

*Versorgungsmedizinanordnung samt Anlage des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (Auszug) [Anm BFG: neu]*

*Beizuziehender Sachverständiger aus dem Fach der Psychiatrie und Neurologie*

*Beizuziehender Sachverständiger aus dem Fach der Orthopädie*

*Beizuziehender Sachverständiger aus dem Fach der Unfallchirurgie*

*Einvernahme [des Sohnes]“*

## **2. Begutachtung beim Bundessozialamt (ON15)**

Über die 2. Begutachtung wurden der belangten Behörde die Metadaten übermittelt, wonach das Begutachtungsverfahren ohne orthopädisches Gutachten abgeschlossen werde, da der Sohn zum wiederholten Male den Untersuchungstermin nicht wahrgenommen habe und keine orthopädischen Befunde vorliegen! Der Abschluss erfolge nur mit dem neurologischen Gutachten! Eine Bescheinigung werde nicht ergehen.

Die Übermittlung des neurologischen Sachverständigengutachtens an die belangte Behörde erfolgte entsprechend der Verwaltungspraxis nicht (zu Recht kritisch gesehen von *Lenneis* in *Lenneis/Wanke* (Hrsg) FLAG, 2. Auflage, Linde Verlag, § 8 FLAG idF vor BGBl I 226/2022 Tz 30; BFG 30.06.2023, RV/7104673/2016). Es liegt dem vorgelegten Verwaltungsakt folglich nicht ein.

### **Beschwerdevorentscheidung vom 9. April 2018 (ON5)**

Mit dieser wurde die Beschwerde nach Wiedergabe der verba legalia der §§ 2 Abs 1 lit c, 8 Abs 5 FLAG 1967 und unter Hinweis auf das Nichterscheinen des Sohnes zur Begutachtung beim BSA und die dadurch bedingte negative Bescheinigung als unbegründet abgewiesen.

### **Vorlageantrag vom 11. Mai 2018 (ON6)**

Der Schriftsatz vom 11. Mai 2018 wurde am selben Tag bei der belangten Behörde eingebracht. Mit diesem wurde die Vorlage der Beschwerde zur Entscheidung an das BFG beantragt und vorgetragen, dass sich der Sohn zu den vorgeladenen Terminen zeitgerecht entschuldigt habe. Er sei an den besagten Tagen nicht mobil gewesen und habe die Termine nicht wahrnehmen können.

Für die beauftragten Sachverständigen wäre es möglich gewesen, auf Basis der bereits im Akt erliegenden ärztlichen Befunde unter Anwendung der EVO Punkt 06.11 aufgrund des dokumentierten obstruktiven Schlafapnoesyndroms in schwerer Form 50% GdB anzuerkennen. Erstmals wurde vorgetragen, der Sohn sei wegen der Kombination der Narkolepsie mit Kataplexie nicht arbeitsfähig.

### **Vorlagebericht vom 11.07.2018**

Mit diesem legte die belangte Behörde die Bescheidbeschwerde dem Bundesfinanzgericht in elektronischer Form mit Bezug habenden Unterlagen zur Entscheidung vor und beantragte unter Vorlage der finanzamtlichen Beziehungsdaten und der ZMR-Auskünfte die Beschwerde als unbegründet abzuweisen, weil der Sohn im fraglichen Zeitraum bei der Mutter haushaltszugehörig gewesen sei. Der Vorlagebericht erging auch an die Partei.

Beschluss vom 1. April 2025

Mit diesem wurde der Bf auf die von der belangten Behörde mit Vorlagebericht geänderte Rechtsansicht hingewiesen. Auf eine überwiegende Tragung der Unterhaltskosten käme es wegen Haushaltszugehörigkeit bei der Mutter nicht an. Bislang sei darauf nicht repliziert worden. Es werde darauf hingewiesen, dass die Haushaltszugehörigkeit ebenfalls zu erfüllendes Tatbestandsmerkmal auf den Grundbetrag der Familienbeihilfe sei. Es wurde Gelegenheit gegeben, die Haushaltszugehörigkeit des Sohnes beim Bf sowie die Untermiete im Haushalt der Mutter im Streitzeitraum binnen eines Monats ab Zustellung durch Vorlage geeigneter Beweismittel nachzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 7.5.2025 legte die Rechtsanwältin namens des Bf eine handschriftliche Bestätigung der Mutter des Sohnes vor, dass dieser im Zeitraum 2017 bis 2018 bei ihr gewohnt habe.

## II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Bescheidbeschwerde und Vorlageantrag sind form- und fristgerecht.

Mit Schriftsatz vom 1.7.2025, hg eingelangt am 5.7.2025, wurde der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgezogen.

### 1. Rechtsgrundlagen

#### Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967)

Gemäß § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 idF BGBl I 35/2014 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. [...] Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird; Gleiches gilt, wenn alle Lehrveranstaltungen und Prüfungen der Studieneingangs- und Orientierungsphase nach § 66 des Universitätsgesetzes 2002, BGBl. I Nr. 120/2002, erfolgreich absolviert wurden, sofern diese mit mindestens 14 ECTS-Punkten bewertet werden. Der Nachweis ist unabhängig von einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,

Gemäß § 2 Abs 1 lit c FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren

Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,

Gemäß § 2 Abs 2 FLAG 1967 hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Gemäß § 2 Abs 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält, [...]

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

§ 2a FLAG 1967 lautet:

*„(1) Gehört ein Kind zum gemeinsamen Haushalt der Eltern, so geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteiles vor. Bis zum Nachweis des Gegenteils wird vermutet, daß die Mutter den Haushalt überwiegend führt.“*

*(2) In den Fällen des Abs. 1 kann der Elternteil, der einen vorrangigen Anspruch hat, zugunsten des anderen Elternteiles verzichten. Der Verzicht kann auch rückwirkend abgegeben werden, allerdings nur für Zeiträume, für die die Familienbeihilfe noch nicht bezogen wurde. Der Verzicht kann widerrufen werden.“*

Nach § 6 Abs 1 FLAG 1967 haben auch Anspruch auf Familienbeihilfe auch minderjährige Vollwaisen, wenn [...]

Gemäß § 6 Abs 2 FLAG 1967 haben volljährige Vollwaisen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn auf sie die Voraussetzungen des Abs. 1 lit. a bis c zutreffen und wenn sie die weiteren im Gesetz angeführten Voraussetzungen erfüllen.

Als Vollwaisen gelten gemäß § 6 Abs 4 FLAG 1967 Personen, deren Vater verstorben, verschollen oder nicht festgestellt und deren Mutter verstorben, verschollen oder unbekannt ist.

§ 6 Abs 5 FLAG 1967 lautet:

*„Kinder, deren Eltern ihnen nicht überwiegend Unterhalt leisten und deren Unterhalt nicht zur Gänze aus Mitteln der Kinder- und Jugendhilfe oder nicht zur Gänze aus öffentlichen Mitteln zur Sicherung des Lebensunterhaltes und des Wohnbedarfes getragen wird, haben unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe, unter denen eine Vollwaise Anspruch auf Familienbeihilfe hat (Abs. 1 bis 3). Erheblich behinderte Kinder im Sinne des § 2 Abs. 1 lit. c, deren Eltern ihnen nicht überwiegend den Unterhalt leisten und die einen eigenständigen Haushalt führen, haben unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe, unter denen eine Vollwaise Anspruch auf Familienbeihilfe hat (Abs. 1 und 3).“*

§ 8 Abs 1 FLAG 1967 ordnet an, dass sich der einer Person zustehende Betrag an Familienbeihilfe nach der Anzahl und dem Alter der Kinder, für die ihr Familienbeihilfe gewährt wird, bestimmt (sog Kinder- und Altersstaffel).

§ 8 Abs 2 FLAG 1967 regelt die Höhe des monatlichen Grundbetrages für ein Kind bzw für das erste Kind unter Berücksichtigung nach dessen Alters.

§ 8 Abs 3 FLAG 1967 regelt den monatlichen Erhöhungsbetrag nach der Kinderanzahl.

§ 8 Abs 4 FLAG 1967 regelt den monatlichen Erhöhungsbetrag je Kind, das erheblich behindert ist.

§ 8 Abs 5 FLAG 1967 lautet:

*„Als erheblich behindert gilt ein Kind, 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 vH 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 § 14 Abs. 3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, in der jeweils geltenden Fassung, und die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) vom 18. August 2010, BGBl. II Nr. 261/2010, in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.“*

§ 8 Abs 6 FLAG 1967 lautet:

*„Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen. Die diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.“*

## Einschätzverordnung

Punkt 04.10 der Anlage zur EVO in der Stammfassung sieht vor:

### 04.10 Epilepsie

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                       |                   |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|-------------------|
| <b>04.10.01</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | <b>Leichte Formen mit sehr seltenen Anfällen</b>                      | <b>20 – 40 %</b>  |
| <b>20 %:</b> Nach 3 Jahren Anfallsfreiheit unter antikonvulsiver Therapie<br><b>30-40 %:</b><br>Sehr seltene generalisierte große und komplex-fokale Anfälle mit einem Intervall von mehr als einem Jahr<br>Kleine und einfache fokale Anfälle mehrmals jährlich mit einem Intervall von Monaten                                                                                                                                                                                                                                                             |                                                                       |                   |
| <b>04.10.02</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | <b>Mittelschwere Formen mit seltenen bis mäßig gehäuften Anfällen</b> | <b>50 – 80 %</b>  |
| <b>50 %:</b> Seltene Anfälle<br>Generalisierte große und komplex-fokale Anfälle mehrmals jährlich mit einem Intervall von Monaten<br>Kleine und einfache fokale Anfälle mehrmals monatlich mit einem Intervall von Wochen<br><b>80 %:</b> Mittelmäßig gehäuft Anfälle<br>Generalisierte große und komplex-fokale Anfälle mehrmals monatlich mit einem Intervall von Wochen<br>Kleine und einfache fokale Anfälle mehrmals monatlich mit einem Intervall von Tagen<br><b>bei Kindern:</b> zusätzlich mittelgradige Retardierung, umfassende Lernunterstützung |                                                                       |                   |
| <b>04.10.03</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | <b>Schwere Form mit häufigen Anfällen</b>                             | <b>90 – 100 %</b> |
| <b>90 %:</b> häufige Anfälle<br>Generalisierte große und komplex-fokale Anfälle mehrmals wöchentlich<br>Kleine und einfache fokale Anfälle mehrmals täglich<br><b>bei Kindern:</b> kombiniert mit höhergradiger Retardierung                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                       |                   |

Punkt 06.11 der Anlage zur EVO in der Stammfassung lautet:

### 06.11 Obstruktives Schlafapnoe-Syndrom (Osas)

|                                                                                                                                                                                                                                                                    |                           |                  |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------|------------------|
| <b>06.11.01</b>                                                                                                                                                                                                                                                    | <b>Leichte Form</b>       | <b>10 %</b>      |
| Ohne Indikation zur nächtlichen Beatmung, jedoch relevante subjektive Beschwerden, wie Tagesmüdigkeit oder Schlafstörungen                                                                                                                                         |                           |                  |
| <b>06.11.02</b>                                                                                                                                                                                                                                                    | <b>Mittelschwere Form</b> | <b>20 – 40 %</b> |
| Mit Indikation zu nächtlicher Beatmungstherapie oder bereits erfolgreich eingeleiteter nächtlicher Beatmung mit / ohne nächtliche Sauerstoffzufuhr wegen zusätzlicher Entsättigung                                                                                 |                           |                  |
| <b>06.11.03</b>                                                                                                                                                                                                                                                    | <b>Schwere Form</b>       | <b>50 %</b>      |
| Es bestehen relevante Defizite, aber aus medizinischen Gründen (pulmonologisch, neurologisch, HNO) ist eine Behandlung nicht möglich (der medizinische Behandlungsausschlussgrund muss objektiviert sein und ist nach der jeweiligen Grundkrankheit einzuschätzen) |                           |                  |

## 1. Sachverhalt

Die zu Grunde liegenden Anträge vom Juni 2016 wurden vom Bf unter Anführung der Adresse der Kindesmutter unterschrieben, obgleich er dort nicht gewohnt hat. Die Kindesmutter hat eine Verzichtserklärung abgegeben.

Der volljährige Sohn \*\*\*1\*\*\*, für den der Bf Grund- und Erhöhungsbetrag der Familienbeihilfe wegen Vorliegens einer erheblichen Behinderung beantragte, war im Streitzeitraum ab Juli 2017 nicht haushaltszugehörig beim Bf.

Der Bf und die Kindesmutter des Sohnes, \*\*\*3\*\*\*, sind geschieden. Der Hauptwohnsitz der Familie war bis 5.8.2011 laut Meldedaten in \*\*\*4\*\*\*, \*\*\*5\*\*\*. Die Kindesmutter und insgesamt drei Kinder blieben nach der Scheidung weiterhin an dieser Adresse wohnhaft. Laut Beziehungsdaten der belangten Behörde ist der Bf seit August 2011 geldunterhaltspflichtig. Die Kindesmutter war an dieser Adresse bis 20.12.2019 gemeldet.

Der Bf ist seit 5.8.2011 an der Anschrift \*\*\*6\*\*\*, \*\*\*7\*\*\*, gemeldet.

Trotz Aufforderung hat der Bf nicht nachgewiesen, dass sich der Sohn bei dessen Mutter „vorübergehend auf Untermiete“ aufgehalten hat.

## **2. Beweismwürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt ergab sich aus den mit dem Vorlagebericht vorgelegten Beweisen (Auskünfte aus dem Zentralen Melderegister und Ausdruck aus den Beziehungsdaten) sowie aus der Bestätigung der Mutter, die die rechtsfreundliche Vertretung über Aufforderung des BFG mit Schriftsatz vom 7.5.2025 vorlegte.

Da der Bf trotz Aufforderung keine Nachweise beigebracht hat, dass sich der Sohn bei der Mutter „vorübergehend auf Untermiete“ aufgehalten hat, ist bei gegebener Sachlage davon auszugehen, dass seit der Scheidung der Bf für die gemeinsamen Kinder zur Leistung des Geldunterhalts verpflichtet ist und die Kindesmutter ihre Unterhaltsleistung in Form von Naturalien erbringt. Der bekanntgegebenen Sachverhaltsannahme, dass der Sohn bei der Kindesmutter haushaltszugehörig war, ist der Bf nicht entgegengetreten.

## **3. Rechtliche Beurteilung**

### **3.1. Zu Spruchpunkt I. (Kassation)**

#### **3.1.1 Haushaltszugehörigkeit**

Sowohl nach dem Wortlaut als auch nach der Systematik der § 2 Abs 3 FLAG 1967 (Kindesbegriff) und § 2 Abs 2 FLAG 1967 (Rangordnung der Anspruchsberechtigung) ergibt sich der Rechtsanspruch auf die Familienbeihilfe nicht ausschließlich aus der Rechtsbeziehung einer Person zum Kind nach § 2 Abs 3 FLAG. Der Bf ist der zwar der leibliche Vater von \*\*\*1\*\*\* iSd § 2 Abs 3 lit a FLAG 1967, doch räumt ihm § 2 Abs 2 FLAG lediglich einen nachrangigen Rechtsanspruch für den Fall ein, dass das Kind nicht bei einer anderen Person haushaltszugehörig ist. Ein Wahlrecht auf den Beihilfenanspruch allein anhand der rechtlichen

Beziehung nach § 2 Abs 3 FLAG räumt das Gesetz nicht ein (arg Beschwerdevorbringen „Bf bzw sein Sohn hätten die Anträge gestellt,“ „beantragendes Kind, Herr \*\*\*1\*\*\*“).

Laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes „[steht] nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG der Anspruch auf Familienbeihilfe vorrangig jener Person zu, zu deren Haushalt das Kind gehört. In diesem Fall kommt es aber nicht darauf an, von wem die Mittel für die gemeinsame Haushaltsführung stammen. Nur wenn keiner Person ein Anspruch auf Familienbeihilfe nach § 2 Abs. 2 erster Satz FLAG zusteht, ist entscheidend, wer die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt (§ 2 Abs. 2 zweiter Satz FLAG)“ (stellvertretend für viele VwGH 17.12.2020, Ra 2018/16/0168; VwGH 17.12.2024, Ra 2024/16/0063).

Erst dann, wenn das Kind bei keiner Person haushaltszugehörig ist, ist die Anspruchsberechtigung nach der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten zu ermitteln. \*\*\*1\*\*\* gehörte dem Haushalt des Bf nicht an.

Das Kind ist bei keiner Person haushaltszugehörig, wenn es in einem eigenen Haushalt lebt.

Diesfalls hat das Kind bei Vorliegen der Voraussetzung des § 6 Abs 5 FLAG 1967 unter der Maxime einen Eigenanspruch auf die Familienbeihilfe, dass das Kind für sich selbst überwiegend die Unterhaltskosten trägt (sog „Sozialweise“).

Im Beschwerdefall ist anspruchsberechtigte Person allein die Mutter, die aber keinen Antrag gestellt hat. Die von ihr abgegebene Verzichtserklärung ist rechtlich unwirksam, weil mit dem Bf kein gemeinsamer Haushalt bestanden hat, was § 2a FLAG tatbestandsmäßig verlangt.

Im Beschwerdefall wird ein reiner Inlandssachverhalt verwirklicht. Als reiner Inlandsfall wäre die Erledigung der Beschwerde aufgrund der zuvor angeführten Gründe aufgrund gegebener Rechtslage und Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abschließend erledigt. Die Mutter müsste einen gesonderten Antrag stellen, dessen Rückwirkung nicht so weit zurückreichen kann wie der Antrag des Bf. Beide Verfahren werden wegen mangelnder Identität der Antragsteller nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als verschiedene Rechtssachen angesehen. Dass es um dasselbe Kind geht, ändert daran nichts.

### **3.1.2. Inländerdiskriminierung**

Für gleichgelagerte Sachverhalte, die in den Anwendungsbereich der unionsrechtlichen sozialen Koordinierung fallen, hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass das Unterbleiben der Antragstellung durch die Person, die nach dem Recht des zuständigen Mitgliedstaates anspruchsberechtigt ist, den Träger nicht dazu berechtigt, den Antrag allein aus diesem Grund abzuweisen, sondern den Antrag zugunsten der berechtigten Person zu berücksichtigen. Mit dieser Rechtsprechung durchbrach der Europäische Gerichtshof,

jedenfalls war Österreich und Deutschland betrifft, das sekundärrechtliche Gebot der Inländergleichstellung des Art 3 Abs 1 VO (EWG) 1408/71.

Mit der seit 1. Mai 2010 in Kraft getretenen neuen sozialen Koordinierung (Verordnung (EG) 883/2004, Verordnung (EU) 987/2009) wurde der Grundsatz der Gleichbehandlung in Artikel 4 VO (EG) 883/2004 verankert und in Umsetzung der vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Rechtsgrundsätze mit Art 60 Abs 1 dritter Satz VO 987/2009 eine eigene Norm geschaffen.

Artikel 4 VO (EG) 883/2004 trägt die Überschrift „Gleichbehandlung“ und lautet:

*„Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.“*

Artikel 60 Abs 1 dritter Satz VO (EU) 987/2009 lautet:

*„Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird.“*

Mit Erkenntnis VwGH 23.09.2021, Ra 2020/16/0125, erkannte der Verwaltungsgerichtshof zu Recht:

*„... In so einem Fall hat das Finanzamt als zuständiger Träger den Antrag auf Familienleistungen der anderen Person (anderer Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder Person oder Institution, die als Vormund des Kindes handelt) als Antrag der anspruchsberechtigten, den Anspruch nicht wahrnehmenden Person zu prüfen und die für die Berücksichtigung des Antrages erforderlichen Ermittlungen nach nationalem Verfahrensrecht anzustellen. Diese Verpflichtung des zuständigen Trägers ergibt sich dabei unmittelbar aus Art. 60 Abs. 1 Satz 3 VO 987/2009. Das Finanzamt als zuständiger Träger hat den Antrag auf Familienleistungen einer Person in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen als Antrag einer anderen Person zu berücksichtigen, wenn sich Hinweise darauf ergeben, dass die Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahrnimmt. Da die Verpflichtung des Finanzamtes bereits unmittelbar auf Grund des Unionsrechts in Verbindung mit dem Erledigungsanspruch nach dem FamLAG 1967 auf Grund eines Antrages besteht, steht der Person, die berechtigt ist, Anspruch auf Leistungen zu erheben, und dieses Recht nicht wahrnimmt, ein Verfahren nach nationalem Recht zur Verfügung. Kommt das Finanzamt in diesem Fall - erforderlichenfalls nach Durchführung weiterer Ermittlungen - zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen für die Auszahlung der Familienleistung vorliegen, ist die Leistung gemäß*

*§ 11 Abs. 1 FLAG 1967 auszuzahlen. Soweit dem als Antrag einer Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistung zu erheben und dieses Recht nicht wahrnimmt, mangels Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Auszahlung der Familienbeihilfe nicht oder nicht vollständig stattzugeben ist, ist gemäß § 13 FLAG 1967 ein Bescheid zu erlassen.“*

In einer vergleichbaren Ausgangslage wie dem Beschwerdefall, jedoch mit Bezug zum Unionsrecht hat der Träger den Antrag zu Gunsten der anspruchsberechtigten Person zu berücksichtigen (zB EuGH 22.10.2015, Rs C- 378/14, *Trapkowski*).

Die Tragweite der auf Inlandsfälle angewendeten Rechtsansicht bezüglich Gewährung der Familienbeihilfe zeigt sich besonders bei Beihilfenrückforderungen gemäß § 26 Abs 1 FLAG 1967, die nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bereits dann rechtlich gedeckt sind, wenn die Rückforderung allein deshalb verfügt wird, weil die Familienbeihilfe nicht der anspruchsberechtigten Person ausbezahlt wurde. *„Die Rückzahlungspflicht gem § 26 Abs 1 FamLAG trifft ausschließlich den Bezieher der Familienbeihilfe. Diese Bestimmung normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist somit lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich“* (VwGH 29.04.2024, Ra 2024/16/0020; mHa VwGH 15.5.1963, 904/62; VwGH 16.2.1988, 85/14/0130). Argumente wie Weiterleitung an die berechtigte Person oder gutgläubiger Verbrauch zugunsten des Kindes haben ein Abgehen von der zitierten Rechtsprechung durch den Verwaltungsgerichtshof nicht bewirkt.

Die deutsche Dienstanweisung zum Kindergeld nach dem Einkommensteuergesetz (DA-KG) sieht in ihrem Abschnitt V 37 Absatz 1 folgende Billigkeitsmaßnahme vor:

*„(1)<sup>1</sup>Hebt die Familienkasse des bisher Berechtigten die Kindergeldfestsetzung rückwirkend auf, hat der Berechtigte (Erstattungsschuldner) das überzahlte Kindergeld grundsätzlich sofort zu erstatten (§ 37 Abs. 2 AO). <sup>2</sup>Das Kindergeld, das von der für den nunmehr Berechtigten zuständigen Familienkasse festgesetzt wird, ist grundsätzlich sofort auszuzahlen. <sup>3</sup>Zur Verfahrensvereinfachung sollen die Rückforderung und die Auszahlung des Kindergeldes unterbleiben, wenn der bisher Berechtigte das Kindergeld an den nunmehr Berechtigten weitergeleitet hat, dieser dies bestätigt und auf seinen Auszahlungsanspruch verzichtet (Weiterleitung). <sup>4</sup>In diesen Fällen hat § 70 Abs. 1 Satz 2 und 3 EStG keine Auswirkung. <sup>5</sup>Die Verfahrensvereinfachung ist eine Billigkeitsmaßnahme.*

*(2) <sup>1</sup>Der Erstattungsschuldner ist im Rahmen des Ermittlungsverfahrens (§ 91 AO) spätestens im Aufhebungsbescheid auf die Möglichkeit der Weiterleitung hinzuweisen. <sup>2</sup>Die Weiterleitung ist nur möglich, sofern gegenüber dem nunmehr Berechtigten das Kindergeld für den betreffenden Zeitraum noch nicht ausgezahlt wurde. <sup>3</sup>Die mögliche Weiterleitung darf die Festsetzung und Auszahlung des Kindergeldes gegenüber dem nunmehr Berechtigten nicht in unangemessener*

Weise verzögern. <sup>4</sup>Ein vollständig ausgefüllter und vom nunmehr Berechtigten unterschriebener Vordruck KG 14 muss binnen eines Monats der Familienkasse des bisher Berechtigten vorgelegt werden. <sup>5</sup>Sie hat zu prüfen, für welche Monate eine Weiterleitung bestätigt wurde. <sup>6</sup>Das Ergebnis ist der Familienkasse des nunmehr Berechtigten mitzuteilen, die wiederum die andere Familienkasse über den bestehenden Kindergeldanspruch des nunmehr Berechtigten informiert. <sup>7</sup>Zur Erfüllung des Erstattungsanspruchs durch Weiterleitung muss der Kindergeldanspruch des nunmehr Berechtigten bereits materiell-rechtlich geprüft worden sein und zweifelsfrei feststehen. <sup>8</sup>Dem Erstattungsschuldner ist durch seine Familienkasse eine Mitteilung über den Umfang der Erfüllung durch Weiterleitung zu übersenden.“

Die in Deutschland mit Dienstanweisung geregelte Vorgangsweise im Fall von Rückforderungen entspricht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in Unionsfällen (EuGH 13.10.2022, Rs C-199/21, DN vs FAÖ; Vorabentscheidungsersuchen des BFG 19.03.2021, RE/7100001/2019; abschließendes Erkenntnis BFG 7.2.2023, RV/7100487/2016; Zurückweisung der Amtsrevision mit Beschluss VwGH 05.09.2024, Ro 2023/16/0015).

Mit Erkenntnis BFG 27.04.2016, RV/7106117/2015, hat das BFG die Verwaltungspraxis, wonach der Beihilfenbehörde das vom Bundessozialamt gemäß § 8 Abs 6 FLAG erstellte Amtsgutachten nicht zu übermitteln ist, als Verstoß gegen den Legalitätsgrundsatz beurteilt, weil die Behörde dadurch der vom Verfassungsgerichtshof ausgesprochenen Verpflichtung, die Behörde habe das Gutachten zu überprüfen, bevor sie die Bescheinigung ihrer Erledigung zu Grunde legt, nicht nachkommen kann (VfGH 10.12.2007, B 700/07, siehe nachfolgend).

Durch die derzeitige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes werden bei gleichgelagerter Ausgangssituation Inländer schlechter gestellt als Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten.

Unter Inländerdiskriminierung „versteht man eine unterschiedliche Behandlung von inlandsbezogenen und grenzüberschreitenden Sachverhalten, die dazu führt, dass Inländer im Vergleich zu Unionsbürgern, die vom Anwendungsbereich einer Grundfreiheit erfasst werden, schlechter gestellt werden“ (vgl Leidenmühler, aaO, 158). Eine Inländerdiskriminierung widerspricht nach stRSp des VfGH dann dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz gem Art 7 Abs 1 B-VG, wenn sie keine Rechtfertigung aus sachlichen Gründen findet“ (Gebhart in Lenneis/Wanke (Hrsg), FLAG-Kommentar, 2. Aufl. 2020, Linde-Verlag § 53 Tz 37 mwN).

Die vom EuGH entwickelte Rechtsprechung bezüglich Berücksichtigung des Antrages zu Gunsten der anspruchsberechtigten Person garantiert, dass den Kindern keine Beihilfenbeträge verloren gehen, und stellt die Erreichung des Normzwecks des Artikel 1 Buchstabe z VO (EG) 883/2004, nämlich dass die vorgesehenen Familienleistungen TATSÄCHLICH einen Ausgleich der Familienlasten bewirken, vor die Erfüllung der Formalvoraussetzung, dass der notwendige Antrag von der anspruchsberechtigten Person gestellt wird.

In Unionsfällen tritt das Finanzamt Österreich in einer dem Beschwerdefall gleichgelagerten Ausgangssituation an die anspruchsberechtigte Person heran, führt mit dieser Person das Beihilfenverfahren ab, stellt ihr die behördliche Erledigung zu und zahlt gegebenenfalls dieser Person die österreichische Familienbeihilfe aus oder erlässt an sie den Abweisungsbescheid.

„Nach ständiger Judikatur des Verfassungsgerichtshofes ist eine *Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber Ausländern am Gleichheitssatz zu messen* und bedarf daher einer sachlichen Rechtfertigung (vgl. VfSlg. 13.084/1992, 14.863/1997, 14.963/1997). Dieser Grundgedanke wurde vom Verfassungsgerichtshof in Anbetracht der ‚doppelten Bindung‘ des Gesetzgebers bei Umsetzung von Gemeinschaftsrecht auch auf die so genannte ‚Inländerdiskriminierung‘ übertragen (vgl. VfSlg. 14.863/1997, 14.963/1997, 15.683/1999, 18.656/2008).

Verstößt eine gesetzliche Bestimmung des nationalen Rechts gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht, dann wird sie in Fällen mit Gemeinschaftsbezug (aufgrund des Anwendungsvorranges des Gemeinschaftsrechts) verdrängt. Die nationalen Normen sind dann so zu lesen, als ob die verdrängte Bestimmung nicht vorhanden wäre; es ist also der gemeinschaftsrechtskonforme nationale Regelungstext anzuwenden. In allen anderen Fällen ist die nationale Norm in ihrer Gesamtheit anzuwenden. Vergleicht man nun die *nationale Norm* mit dem (durch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechtes entstandenen) nationalen Regelungstext, so ist zu prüfen, ob dabei nicht Sachverhalte ohne Gemeinschaftsbezug im Verhältnis zu jenen mit einem solchen Bezug diskriminiert werden (VfSlg. 17.150/2004, 18.656/2008).“ (Gebhart in Lenneis/Wanke (Hrsg), aaO, § 53 Tz 37)

Dasselbe Ziel wie Artikel 1 Buchstabe z VO (EG) 883/2004 auf Unionsrechtsebene verfolgt im nationalen Recht § 1 FLAG 1967, nämlich dass zur Herbeiführung eines Lastenausgleiches im Interesse der Familie die nach diesem Bundesgesetz vorgesehenen Leistungen gewährt werden. Die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs garantiert nicht, dass das Normziel des § 1 FLAG 1967 TATSÄCHLICH erreicht wird, weil durch die Trennung der Rechtssachen nicht gewährleistet ist, dass den Kindern, denen die Familienbeihilfe zu Gute kommen soll, die Ansprüche aus sämtlichen Erhebungszeiträumen erhalten bleiben.

Artikel 60 Abs 1 VO (EU) 897/2009 geht weit über die Manuduktionspflicht des § 113 Bundesabgabenordnung hinaus, denn die unionsrechtliche Verpflichtung muss nicht von der Partei aktiviert werden und wird nicht auf Fälle ohne berufsmäßige Parteienvertreter beschränkt. Artikel 60 Abs 1 VO (EU) 897/2009 verpflichtet die Behörde zur Anerkennung des Antrags und ordnet konkrete Amtshandlungen an, die unmittelbar auf die abschließende Erledigung des Antrages gerichtet sind.

§ 113 BAO lautet:

*„Die Abgabenbehörden haben den Parteien, die nicht durch berufsmäßige Parteienvertreter vertreten sind, auf Verlangen die zur Vornahme ihrer Verfahrenshandlungen nötigen Anleitungen zu geben und sie über die mit ihren Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar verbundenen Rechtsfolgen zu belehren; diese Anleitungen und Belehrungen können auch mündlich erteilt werden, worüber erforderlichenfalls ein Aktenvermerk aufzunehmen ist.“*

Die Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger bei Auseinanderklaffen von der Person, die den Antrag gestellt hat, und der Person, die den Anspruch auf die Familienbeihilfe hat, gegenüber EU-Ausländern ist sachlich nicht gerechtfertigt. Artikel 1 Buchstabe z VO (EG) 883/2204 und § 1 FLAG 1967 verfolgen identische Ziele und nur die analoge Anwendung von Art 60 Abs 1 VO (EU) 987/2009 auf Inlandssachverhalte gewährleistet die Gleichbehandlung österreichischer Staatsbürger gegenüber EU-Ausländern.

Zur Vermeidung einer sachlich nicht gerechtfertigten Inländerdiskriminierung (Art 7 Abs 1 B-VG) ist die Abgabenbehörde bei Stellung des Antrags auf Familienbeihilfe durch die nach §§ 2 Abs 2, 2a, 6 Abs 5 FLAG nicht anspruchsberechtigte Person analog der in Art 60 Abs 1 Satz 3 VO (EU) 987/2009 getroffenen Anordnung auch bei Inlandssachverhalten verpflichtet, den Antrag zu Gunsten der berechtigten Person zu berücksichtigen. Da Art 60 Abs 1 Satz 3 VO (EU) 987/2009 die Einschränkung auf unvertretene Parteien wie § 113 BAO nicht vorsieht, steht § 113 BAO dieser Vorgangsweise auch dann nicht entgegen, wenn der Abgabepflichtige vertreten ist.

### **3.2. (Spruchpunkt II) Fortsetzung des Verfahrens mit der Kindesmutter**

§ 278 BAO lautet:

*„(1) Ist die Bescheidbeschwerde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes*

*a) weder als unzulässig oder nicht rechtzeitig eingebracht zurückzuweisen (§ 260) noch*

*b) als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 261) zu erklären,*

*so kann das Verwaltungsgericht mit Beschluss die Beschwerde durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Beschwerdeentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Eine solche Aufhebung ist unzulässig, wenn die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.*

*(2) Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.*

*(3) Im weiteren Verfahren sind die Abgabenbehörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im aufhebenden Beschluss dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Dies gilt auch dann, wenn der Beschluss einen kürzeren Zeitraum als der spätere Bescheid umfasst.“*

Ein Kassationsbeschluss nach § 278 Abs 1 BAO ist jene Erledigungsform, die den formalrechtlichen Bedürfnissen des Beschwerdefalles am besten gerecht wird. Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und der Beschwerdeentscheidung tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es vor Bescheiderlassung befunden hat. Der Antrag ist wiederum unerledigt, was notwendige Voraussetzung dafür ist, den Antrag gegenüber der Kindesmutter zu erledigen. Der Kindesmutter wird durch die Zurückverweisung der Rechtszug ungekürzt garantiert.

Entgegen dem Gesetzeswortlaut ist gegenständliche Entscheidung keine Ermessensentscheidung, sondern eine gebundene Entscheidung.

Die belangte Behörde hat sodann die Bereitschaft der Kindesmutter abzuklären, ob sie in das vom Kindesvater mit dem Antrag in Gang gesetzte Beihilfenverfahren an dessen Stelle eintreten möchte. Diese Parteierklärung hat die Mutter als ihren Prozesswillen schriftlich abzugeben. Sollte sie das nicht wollen, wäre das Verfahren durch die belangte Behörde einzustellen. Sollte die Kindesmutter in die Rechtsposition der Antragstellerin eintreten wollen, wäre das Beihilfenverfahren in ihrem Namen fortzusetzen. Ihr stünden sämtliche Parteienrechte, einschließlich des Rechts auf Akteneinsicht, Erledigung des Antrags und Zustellung der Enderledigung sowie Ergreifung eines Rechtsmittels, zu.

Die belangte Behörde hat dafür Sorge zu tragen, dass der Antrag an die für die Kindesmutter intern zuständige Dienststelle des Finanzamtes Österreich unter Anschluss des Verwaltungsaktes des Beschwerdeführers weitergeleitet wird.

### **3.3. Spruchpunkt III**

Das Vorliegen der Antragsvoraussetzungen ist von Amts wegen zu prüfen. Im Fall eines Antrages auf Gewährung des Erhöhungsbetrages für erhebliche Behinderung ist stets zunächst zu prüfen, ob Anspruch auf den Grundbetrag besteht. Diese Vorgangsweise ergibt sich aus der Systematik des FLAG und den Grundsätzen der Verwaltungsökonomie. Für die Einholung des BSA-Gutachtens fehlte es im Beschwerdefall an einer rechtlichen Grundlage.

Da das Sachverständigengutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen jedoch tatsächlich eingeholt wurde und das Bundesfinanzgericht aus den zuvor genannten Gründen nicht mit Erkenntnis absprechen kann, ist das Bundesfinanzgericht befugt, zum BSA-

Gutachten rechtlich Stellung zu nehmen und jene Ermittlungen aufzutragen, deren Fehlen die Beschwerde zu Recht gerügt hat.

### **Berufsausbildung, mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit - Grundbetrag**

Der Sohn hat seine Volljährigkeit am \*\*\*2\*\*\* 2011 erreicht und sein 21. Lebensjahr am \*\*\*2\*\*\* 2014 vollendet. Für die Beantwortung der Frage, ob der Sohn seiner Mutter den Grundbetrag nach §§ 2 Abs 1 lit b oder lit c FLAG vermittelt haben kann, hat die zuständige Dienststelle des Finanzamtes Österreich zu ermitteln, ob sich der Sohn zum maßgeblichen Zeitpunkt in Berufsausbildung befunden hat.

Der älteste aktenkundige Befund ist die auf untauglich lautende Bescheinigung des Militärkommandos vom 18.06.2014. Mit dem Befund der Untauglichkeit beim Bundesheer wird jedoch nicht die voraussichtlich dauernde Selbsterhaltungsunfähigkeit nachgewiesen (VwGH 29.09.2011, 2011/16/0063).

Laut zu Grunde liegendem Antrag betrieb der Sohn ein Studium als außerordentlicher Hörer und laut Antragsangaben ist das Ende des Studiums nicht in Sicht. Der Bf hat angegeben, sein Sohn sei krankheitsbedingt außerordentlicher Hörer der TU Wien. Fraglich ist, ob das „außerordentliche Studium im Minimalausmaß an der TU Wien“ den Tatbestand einer Berufsausbildung iSd § 2 Abs 1 lit b FLAG 1967 erfüllt (vgl VwGH 01.03.2007, 2006/15/0178). Die Inskription als außerordentlicher Hörer ist von der Fiktion des § 2 Abs 1 lit b FLAG nicht erfasst. Der Sohn hätte demnach auch im 1. Studienjahr den gesetzlich geforderten Mindesterfolg (zB 16 ECTS) erreichen müssen, um sich in Berufsausbildung zu befinden.

In ständiger Rechtsprechung hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass *es im Fall des § 6 Abs. 2 lit. d FLAG [entspricht § 2 Abs 1 lit c FLAG] weder auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem sich eine Krankheit als solche äußert, noch auf den Zeitpunkt, zu welchem diese Krankheit zu irgendeiner Behinderung führt, sondern dass der Zeitpunkt maßgeblich ist, zu dem diejenige Behinderung (als Folge einer allenfalls schon länger bestehenden Krankheit) eintritt, welche die Erwerbsunfähigkeit bewirkt* (stellvertretend für viele VwGH 20.11.2014, Ra 2014/16/0010; VwGH 17.12.2024, Ra 2024/16/0034). Dieser maßgebliche Zeitpunkt muss innerhalb der Grenzen des § 2 Abs 1 lit c FLAG oder vor Eintritt der Volljährigkeit liegen.

### **Erhebliche Behinderung - Erhöhungsbetrag**

Der Antrag langte laut Vorlagebericht am 2.6.2017 bei der belangten Behörde ein. Ein GdB wurde erst ab Juli 2017 festgestellt. Da das BSA im Gutachten keinen Befund vom Juli 2017 angeführt hat, der den Juli 2017 als Zeitpunkt des Beginns der erheblichen Behinderung begründen würde, wurde der Antrag nicht vollständig erledigt.

Das FLAG normiert in § 8 Abs 4 bis Abs 6 FLAG 1967 zwei verschiedene Alternativen einer erheblichen Behinderung. Die mangelnde Selbsterhaltungsfähigkeit ist kein weiteres, kumulatives Merkmal einer erheblichen Behinderung, wovon die Beschwerde offenbar ausgeht, indem sie die Arbeitsunfähigkeit des Sohnes im Vorlageantrag erwähnt, ohne dieses Vorbringen substantiiert zu belegen.

Das voraussichtlich mehr als drei Jahre andauernde Leiden muss ENTWEDER in einer Schwere vorliegen, die sich in einem GdB von mindestens 50% manifestiert (erste Alternative), ODER es muss sich um ein Kind handeln, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (zweite Alternative). Die zweite Alternative des § 8 Abs 5 FLAG steht in Verbindung mit § 2 Abs 1 lit c FLAG; die erste Alternative des § 8 Abs 5 FLAG steht (in aller Regel) in Verbindung mit den anderen Fällen des § 2 Abs 1 FLAG.

Zum Einwand, es seien nicht Ärzte aus den Fachrichtungen herangezogen worden, ist zu sagen, dass *„weder das Behinderteneinstellungsgesetz noch das FLAG eine Regelung enthalten, aus der erschlossen werden kann, dass ein Anspruch auf die Beiziehung von Fachärzten bestimmter Richtung bestünde. Es besteht demnach kein Anspruch auf die Zuziehung eines Facharztes eines bestimmten medizinischen Teilgebietes. Es kommt vielmehr auf die Schlüssigkeit der eingeholten Gutachten an“* (BFG 15.12.2017, RV/7102062/2017; *Lenneis in Lenneis/Wanke* (Hrsg) FLAG, 2. Auflage, Linde Verlag, § 8 FLAG Tz 29).

Mit dem Vorwurf, das Gutachten sei nicht auf die im Beschwerdefall vorliegende Kombination von Narkolepsie mit Kataplexie, schwergradige Schlafstörung und die Gehbehinderung eingegangen, werden hingegen Unvollständigkeit und Unschlüssigkeit des Gutachtens aufgezeigt.

Es ist ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass *„die Behörde an die der Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen zugrundeliegenden Gutachten gebunden und diese nur insoweit prüfen darf, ob sie schlüssig und vollständig und im Falle mehrerer Gutachten nicht einander widersprechend waren“* (zB VwGH Erkenntnis 22.12.2011, 2009/16/0310, mwN). Daraus ist abzuleiten, dass der/die ärztliche Sachverständige des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen Vollständigkeit und Schlüssigkeit des Sachverständigengutachtens und der darauf aufbauenden Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 zu verantworten hat. Somit ist es Aufgabe des/der ärztlichen Sachverständigen des § 8 Abs 6 FLAG, durch gezielte Fragestellung das oder die von ihm zu beurteilenden Leiden in sachlicher und zeitlicher Hinsicht vollständig zu erheben. Ergibt die Befragung des Patienten, dass nicht sämtliche Befunde zum Begutachtungstermin mitgebracht wurden, so hat der ärztliche Sachverständige die Nachreichung der Befunde unter Setzung einer angemessenen Frist anzuordnen und die Begutachtung allenfalls zu verschieben.

Aus welchem Grund das „rechte Bein nicht untersuchbar“ war, erschließt sich einer medizinisch unkundigen Person, wie einem Beamten der Abgabenbehörde oder einem Richter

des Bundesfinanzgerichts, nicht ohne nähere Ausführungen. Die Sachverständige war weiters verpflichtet, in ihrem Gutachten auszuführen, ob die Umstände, die das „rechte Bein nicht untersuchbar“ machten, beseitigbar waren oder nicht und zutreffendenfalls dafür Sorge tragen müssen, dass das Bein, allenfalls unter Beziehung eines Facharztes, in einen Zustand der Untersuchbarkeit versetzt wird.

Der Sohn leidet nicht an schlichter Narkolepsie, sondern an einem Kombinationsleiden Narkolepsie mit Kataplexie. Die in der Anamnese festgehaltene Kataplexie ist nicht in das Begutachtungsverfahren eingeflossen. Unter den Befunden wurde „AKH Wien vom 11.02.2016: Schlafapnoesyndrom, Narkolepsie, Katalepsie, ....“ zitiert. Der zitierte Befund liegt dem vorgelegten Verwaltungsakt nicht ein, sodass das BFG nicht überprüfen kann, ob es sich um Schreibversehen handelt.

Die Kataplexie wurde bei der Einordnung des Leides nach der EVO nicht erfasst. Die im Gutachten erwähnte Verletzung beim Bundesheer wurde nicht als Ergebnis eines Sturzes, der durch einen kataplektischen Anfall ausgelöst worden sein soll, beschrieben.

§ 8 Abs 6 FLAG ordnet ein ärztliches Sachverständigengutachten durch das Bundessozialamt als Grundlage für die Erstellung einer Bescheinigung an. Das ärztliche Sachverständigengutachten des § 8 Abs 6 FLAG ist ein Amtsgutachten.

*„Ein Gutachten besteht aus einer sachverständigen Tatsachenfeststellung (der Befundaufnahme) und aus sachverständigen Schlussfolgerungen unter Anwendung der jeweiligen Kunst oder Wissenschaft aus eben den festgestellten Tatsachen - dem Gutachten im engeren Sinn (VwGH 31.1.2024, Ra 2023/13/0025; 27.3.2024, Ra 2024/13/0032).“*

*Das Gutachten eines Sachverständigen besteht in der fachmännischen Beurteilung von Tatsachen (VwGH 28.5.1998, 96/15/0220). [...] Aus den erhobenen Tatsachen (dem Befund) zieht der Sachverständige auf Grund besonderer Fachkundigkeit Schlussfolgerungen (Gutachten), er gibt ein fachliches Urteil darüber ab, welche Tatsachen aus dem Befund erschlossen werden können (Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze, 794)“ (Ritz/Koran, BAO8 § 177 BAO Rz 1).*

„Kataplexie“ und „Katalepsie“ sind zwei verschiedene Krankheiten. **„Kataplexie** (altgriechisch κατά kata „von oben nach unten“, altgriechisch πλῆξις plēxis „Niederstrecken, Schlag“), **nicht zu verwechseln mit der Katalepsie**, der Katatonie oder der Apoplexie, ist der medizinische Fachausdruck für den emotionsbedingt (Freude, Lachen, Scham, Begeisterung, Ärger, Erregung oder Schreck) auftretenden kurzzeitigen Verlust des Muskeltonus ohne Bewusstseinstrübung“ (Quelle: <https://de.wikipedia.org/wiki/Kataplexie>, Stand 25.07.2025, Hervorhebung durch BFG).

Im Fall widersprüchlicher Angaben ist der ärztliche Sachverständige des § 8 Abs 6 FLAG verpflichtet, Widersprüche, die in Befunden oder im Vergleich von Befunden zur Anamnese auftreten, aufzuklären.

Auch die rückwirkende Beantragung wurde nicht beachtet.

Im Fall einer rückwirkenden Beantragung wie im Beschwerdefall reicht die Angabe der derzeitigen Beschwerden im Sachverständigengutachten nicht. Der/die ärztliche Sachverständige hat zu fragen: „Wann ist das Leiden das erste Mal aufgetreten, wie hat es sich geäußert und entwickelt und welche Befunde existieren darüber?“ Die Standardfrage des/der Sachverständigen „Wie geht es Ihnen heute“ reicht diesfalls nicht.

Bei einer solchen Befragung wäre die Sachverständige auf den durch die Katalepsie ausgelösten Sturz, der die Gehbehinderung zur Folge hatte, näher eingehen müssen. Die Beschwerde zeigt mit dem Einwand, die ins Auge fallende Gehbehinderung, weil der Sohn an Krücken ging, hätte begutachtet werden müssen, eine Unvollständigkeit und Unschlüssigkeit des Gutachtens auf. Die Aussage der Sachverständigen, „rechtes Bein nicht untersuchbar“ ist unverständlich und nicht nachvollziehbar.

Das ärztliche Sachverständigengutachten des § 8 Abs 6 FLAG ist ein Amtsgutachten. Auch als Amtsgutachten hat es den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen, dass der Sachverständige darin auf Grundlage seines objektiven Befundes nach seiner Fachkompetenz eigene Schlussfolgerungen zu treffen hat, zu entsprechen. Das vorliegende Gutachten erschöpft sich in der Wiedergabe der Befunde, ohne sich um deren Vollständigkeit bemüht zu haben. Der in § 8 Abs 6 FLAG verwendete Begriff „ärztliches Sachverständigengutachten“ erweckt bei den Rechtsunterworfenen den Eindruck, der Sachverständige würde eigenständige Schlüsse ziehen, was das Wesen eines Gutachtens ausmacht. Demgegenüber erschöpft sich das Sachverständigengutachten des § 8 Abs 6 FLAG in der Erfassung vorliegender Befunde.

Über den zweiten Tatbestand einer erheblichen Behinderung liegen naturgemäß keine Befunde vor, weil darin keine Krankheit zu erblicken ist, über die Befunde ausgestellt werden.

*„Die Einschätzungsverordnung (EVO) hat immer die Feststellung eines Grades der Behinderung zum Ziel. § 8 Abs 5 FLAG 1967 sieht ausdrücklich vor, dass für die zweite Alternative des § 8 Abs 5 FLAG (Selbsterhaltungs(un)fähigkeit) ein Grad der Behinderung nicht festzustellen ist (BFG 23.11.2023, RV/7102484/2019). Auf die gebotene Trennung der beiden alternativen Fälle eines erheblich behinderten Kindes iSd § 8 Abs 5 FLAG weist der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung hin“ „... [D]ie Beantwortung der Frage, ob ein Kind voraussichtlich dauernd außer Stande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, [ist] nicht anhand des Grades der Behinderung zu beurteilen ...“ (VwGH 05.04.2011, 2010/16/0220).*

*„Aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 8 Abs 6 FLAG 1967 idF BGBl I 105/2002 ergibt sich, dass der Gesetzgeber nicht nur die Frage des Grades der Behinderung, sondern auch die Frage der voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, der eigenständigen Beurteilung der Familienbeihilfenbehörden entzogen und dafür ein qualifiziertes Nachweisverfahren eingeführt hat, bei dem eine für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution eingeschaltet wird und der ärztliche Sachverstand die ausschlaggebende Rolle spielt.*

*Damit kann 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 besteht, dass sie aus medizinischen Gründen auf längere Sicht zum Scheitern verurteilt sein werden. Der Gesetzgeber hat daher mit gutem Grund die Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit jener Institution übertragen, die auch zur Beurteilung des Behinderungsgrades berufen ist. Die Beihilfenbehörden haben bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und können von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen“ (VfGH 10.12.2007, B 700/07).*

Der alleinige Satz „Kein Leiden, welches eine Erwerbsunfähigkeit begründet“ genügt als schlüssige Begründung nicht. Die Sachverständige hat keine Fragen dokumentiert, wann die Narkolepsie mit Kataplexie begonnen hat, wie häufig die kataleptischen Zusammenbrüche aufgetreten sind, wie sich die Erkrankung auf die Schulausbildung des Sohnes und dessen außerordentliches Studium auswirken und welche Berufe bei diesem Krankheitsbild auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt unter fremdüblichen Verhältnissen ausgeübt werden können.

Das diesbezügliche Beschwerdevorbringen, dass plötzliches Zusammensacken gefährlich sein kann, spricht für sich allein genommen schon dafür, dass dem Sohn eine Berufswahl nicht unbeschränkt offensteht. Als Ausgangspunkt für eine sachverständige Schlussfolgerung, ob und wenn ja welche Berufe für den Sohn in Frage kommen, wären daher Häufigkeit und Intensität der kataplektischen Anfälle zu erheben gewesen, wobei zusätzlich die Gehbehinderung in die medizinische Beurteilung miteinzubeziehen gewesen wäre.

Da die Frage der Selbsterhaltungsfähigkeit, die zunächst Erwerbsfähigkeit voraussetzt, in der Vergangenheit vom Bundessozialamt nicht sachgerecht abgehandelt wurde, weil zB nicht konkrete Berufe, die nach dem Krankheitsbild auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt in Frage kämen, angeführt wurden, hat im Dezember 2017 unter der Leitung des Vizepräsidenten des Bundesfinanzgerichts, Dr Christian Lenneis, eine Besprechung der Rechtslage von Richterinnen und Richtern mit der Leitung des Bundessozialamtes stattgefunden.

Anlässlich der genannten Besprechung wurde ausführlich besprochen, welche gutachterlichen Aussagen iZm der Fähigkeit, sich dauernd selbst den Unterhalt zu verschaffen, zu treffen sind. Die Richterinnen und Richter wiesen darauf hin, dass es auch Aussagen zu Berufen bedürfe, die

ausgeübt werden könnten, wobei auch die Arbeitsmarktsituation beachtlich sein könnte, weil nicht alle Betroffenen in einem wenig anspruchsvollen Beruf unterkommen könnten (Schlagwort Portier). Hiezu wurde seitens des BSA geantwortet, dass das dafür notwendige Wissen bei der PVA angesiedelt sei, denn diese Fragestellung gehe über die Einschätzverordnung, die auch für das Behindertenpasswesen gilt, hinaus. Die PVA verfüge wegen ihrer Kompetenz betreffend Berufsunfähigkeit über das notwendige Fachwissen (vgl BFG vom 22.05.2023, RV/7101685/2017; BFG 30.06.2025, RV/7104673/2016).

Das vorliegende BSA-Gutachten datiert vom Juli 2017 und wurde vor dieser Besprechung erstellt.

Gemäß Artikel 22 B-VG sind alle Organe des Bundes, der Länder, der Gemeinden und der Gemeindeverbände sowie der sonstigen Selbstverwaltungskörper im Rahmen ihres gesetzmäßigen Wirkungsbereiches zur wechselseitigen Hilfeleistung verpflichtet. Sollte das Bundessozialamt nach wie vor zur Beurteilung, ob das Kind voraussichtlich dauernd außerstande sein wird, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, Amtshilfe benötigen, hat im fortgesetzten Verfahren das Bundessozialamt die PVA beizuziehen.

Da das im Vordergrund stehende Kombinationsleiden Narkolepsie mit Kataplexie nicht in Punkt 6.11. der Anlage zur EVO abgebildet wird, worauf die Beschwerde zu Recht hinweist, ist eine analoge Subsumtion unter eine andere Position, die dem Krankheitsbild mehr entspricht, durch § 2 Abs 2 Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung - EVO) gedeckt. Das plötzliche Zusammenfallen des Sohnes bei einem kataleptischen Ereignis ist ein mit der Epilepsie vergleichbares Krankheitsbild. Die Beschwerdeeinwände, aus dem genannten Grund die Einordnung von Narkolepsie mit Kataplexie analog zur Epilepsie Punkt 4.11. EVO vorzunehmen, was auch mit der Anlage zu § 2 deutsche Versorgungsmedizin-Verordnung korrespondiert, wo die Narkolepsie mit Kataplexie in ihrer Gesamtheit erfasst wird, erscheint sachgerecht.

§ 2 Abs 2 Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung - EVO) ordnet an, dass *„bei Auswirkungen von Funktionsbeeinträchtigungen, die nicht in der Anlage angeführt sind, der Grad der Behinderung in Analogie zu vergleichbaren Funktionsbeeinträchtigungen festzulegen [ist].“* Der Umstand, dass sich die Einschätzverordnung möglicherweise als nicht vollständig erweist, kann daher nicht zur Folge haben, dass ein Leiden nicht subsumiert wird.

Der neu zu betrauende Sachverständige wird Ausführungen darüber zu treffen haben, aus welchen medizinischen Gründen eine analoge Einordnung unter Epilepsie Punkt gemäß 4.11. Anlage 1 zur EVO nicht erfolgen kann.

Bei Ermittlung des maßgeblichen Zeitpunktes hat der/die Sachverständige nach seiner eigenen Anschauung und nach eigenen Schlussfolgerungen jenen Zeitpunkt zu bestimmen, zu welchem durch diese Krankheit bzw Krankheiten diejenige Behinderung (als Folge einer allenfalls schon länger bestehenden Krankheit) eintritt, welche die Erwerbsunfähigkeit bewirkt (nochmals VwGH 20.11.2014, Ra 2014/16/0010; VwGH 17.12.2024, Ra 2024/16/0034).

#### **Zu Spruchpunkt IV. (Revision)**

Gegen einen Beschluss des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

##### **4.1. Nichtzulassung der Revision für den Beschwerdeführer**

Dass der Bf zwar als Kindesvater, jedoch als nichthaushaltszugehörige Person des volljährigen Sohnes keinen Anspruch auf den Grundbetrag der Familienbeihilfe hat, ist durch ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes belegt, auf die sich das BFG gestützt hat. Die vom BFG amtswegig wahrgenommene Wahrung des Antragsrechts durch die anspruchsberechtigte Kindesmutter wegen verfassungsrechtlich gebotener Gleichstellung mit Unionssachverhalten bedeutet für den Beschwerdeführer keine Beschwerde und verletzt ihn nicht in subjektiven Rechten. Daher für den Beschwerdeführer die ordentliche Revision nicht zuzulassen.

##### **4.2. Zulassung der Revision für die Amtspartei**

Die Inländerdiskriminierung wurde im vorliegenden Beschwerdefall erstmals vom Bundesfinanzgericht wahrgenommen und es fehlt eine diesbezügliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs. Bereits deshalb war die ordentliche Revision für die Amtspartei zuzulassen.

Wien, am 29. Juli 2025