

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache A, Adr, über die Beschwerde vom 10.06.2016 gegen den Bescheid des Finanzamtes Kufstein Schwaz vom 01.06.2016, SV-Nr, betreffend Abweisung des Antrages auf den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe ab März 2016 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Frau A (= Beschwerdeführerin, Bf) bezieht für den Pflegesohn B, geb. November 2006, laufend die Familienbeihilfe.

Mit Antrag vom 7.4.2016 hat sie die erhöhte Familienbeihilfe für das Kind begehrts.

Dieser Antrag wurde vom Finanzamt mit Bescheid vom 1.6.2016, SV-Nr, für den Zeitraum ab März 2016 abgewiesen. Begründend führt das Finanzamt nach Darstellung der Bestimmung gemäß § 8 Abs. 5 FLAG aus, vom Bundessozialministeriumservice sei für den Sohn ein Grad der Behinderung von lediglich 40 % (dh. nicht zumindest 50 %) bescheinigt worden, weshalb der Erhöhungsbetrag nicht gewährt werden könne.

Im Akt erliegt dazu das vom Sozialministeriumservice (vormals Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen) erstellte, der Bf übermittelte ärztliche Sachverständigungsgutachten "mit Untersuchung" vom 31.5.2016, woraus auszugsweise hervorkommt:

"Name des Untersuchten: B

....

Begutachtung durchgeführt am: 24.5.2016

....

Name der Sachverständigen: DrX

Fachgebiet: Kinder- und Jugendheilkunde

Anamnese:

B lebt seit seinem 7. Lebensmonat bei Pflegeltern, Fam. AA. In der Schule gab es Probleme, weil er Konzentrationsschwierigkeiten hatte. ... Bewegt sich viel. Mit Klassenkollegen kommt es häufig zu Konflikten. B besucht die 3. Klasse der VS in ... und wird nach regulärem Lehrplan unterrichtet. Er schreibe lt. Pflegemutter sehr schön und lerne gerade schriftliches Dividieren. Schwierigkeiten hat er vor allem in unstrukturierten Situationen mit Gleichaltrigen, zB Pausen. Es kommt zu Impulsausbrüchen. Er macht gerne Sport, Fußball ... Aufgrund von sozialen Schwierigkeiten konnte er nicht im Fussballverein bleiben. Zur Zeit besucht er die Kinderbühne ... Immer wieder obstruktive Bronchitiden, im Dez. stationärer Aufenthalt an der Pädiatrie aufgrund einer Viruspneumonie. Gelegentlich Leistungseinschränkung beim Sport

....

Behandlung: Sultanolinhalation

Sozialanamnese :

B lebt mit einer Pflegeschwester und einem Adoptivbruder bei Pflegeeltern.

Zusammenfassung relevanter Befunde:

Stationärer Arztbrief, Pädiatrie XY, vom 30.12.2015: Viruspneumonie ...Psychologisches Gutachten, MagC, vom 26.1.2016:

RIAS: kognitive Leistungsfähigkeit im unterdurchschnittlichen Bereich (Gesamt IQ: 79) Marburger Beurteilungsskala zum Asperger-Syndrom: Gesamtsumme, geteilte Aufmerksamkeit, Stereotypien, Sprachstil unterhalb des Cut-off-Wertes, Theory of Mind über Cut-off.

ToM-Test: mit 21 Punkten unterhalb des Durchschnittes

Untersuchungsbefund :

...

Status:

zarter 9,6 jähriger Knabe

...

Psycho(patho)logischer Status:

B nimmt gut Kontakt mit der Untersucherin auf ... Sucht intensiv die körperliche Nähe zur Pflegemutter. Motorisch ist er sehr unruhig, wechselt den Platz, möchte den Untersuchungsraum vorzeitig verlassen. Seine Konzentrationsspanne reicht nicht aus, um dem Gespräch vollständig zu folgen. Stimmung stabil und ausgeglichen, im Positiven gut affizierbar. Soziale Wechselseitigkeit im Gespräch gegeben.

Ergebnis der durchgeführten Begutachtung:

Entwicklungseinschränkungen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr, Entwicklungsstörung leichten Grades mit unterdurchschnittlicher Intelligenz (Gesamt IQ von 79) mit geringen Einschränkungen der schulischen Fertigkeiten aber mit Verhaltensauffälligkeiten und autistischen Zügen.

Pos. Nr. 03.02.01

Gesamtgrad der Behinderung (GdB): 40 %

Begründung: s.o.

...
Der festgestellte Grad der Behinderung wird voraussichtlich mehr als 3 Jahre andauern: ja
GdB liegt vor seit: 1/2016
Dauerzustand

Gutachten erstellt am 25.5.2016 von DrX
Gutachten vidiert am 31.5.2016 von DrY"

In der gegen den Abweisungsbescheid rechtzeitig erhobenen Beschwerde wendet die Bf ein, beim Pflegekind sei ein Asperger-Autismus mit einem Behinderungsgrad von 50 % diagnostiziert worden. Vorgelegt wurde das diesbezügliche psychologische Gutachten vom 26.1.2016 des MagC (ua. klinischer Psychologe, Kinder- und Neuropsychologe), worin auf S. 12 ausgeführt wird:

"... Es liegt eine tiefgreifende Entwicklungsstörung vor. Diese wird als Asperger Syndrom F84.5 beschrieben. Diese geht bei B mit einer leichten intellektuellen und kognitiven Beeinträchtigung ... einher ...

Laut Einschätzungsverordnung ... kommen folgende Richtsatzpositionen zum Tragen:
Bereich 03.02 Entwicklungseinschränkung bis zum 18. Lebensjahr

Bereich 03.02.03: Entwicklungsstörung schweren Grades

.... wobei hier nahezu alle Lebensbereiche, jegliches Handeln und Denken betroffen sind, was das soziale Funktionsniveau deutlich und dauerhaft beeinträchtigt.

Dies bringt aus psychologischer Sichtweise einen Behinderungsgrad von 50 % mit sich.
..."

Laut Vorbringen der Bf sei die GdB-Abweichung im Sachverständigengutachten (40 %) von DrX nicht hinreichend begründet. Es sei die Frage der dauernden Erwerbsunfähigkeit nicht eindeutig beantwortet, sondern nur ein "Dauerzustand" festgestellt worden. Zudem bestehe die Störung lt. MagC seit früher Kindheit und nicht erst ab dem Zeitpunkt der Diagnose ab 01/2016. Es werde daher um neuerliche Überprüfung gebeten.

In der Folge wurde vom Sozialministeriumservice ein zweites Sachverständigengutachten am 23.6./1.7.2016 "aufgrund der Aktenlage" mit auszugsweise folgendem Inhalt erstellt:

"...

Name der Sachverständigen: DrZ

Fachgebiet: Kinder- und Jugendheilkunde

Zusammenfassung relevanter Befunde ...:

... Es liegen keine weiteren Befunde vor (Psychologisches Gutachten MagC vom 26.1.2016). In der ToM-Skala wurde der cut-off Wert überschritten, in den restlichen Kategorien, einschließlich Gestik, Mimik, geteilte Aufmerksamkeit, Sprachstil wurde kein erhöhter Wert getestet. Die Gesamtsumme liegt mit einem Wert von 88 deutlich unter dem cut-off Wert von 103. Objektivierbar ist eine leicht verminderte Aufmerksamkeitsspanne (20-25 min) und Verhaltensauffälligkeiten mit impulsiven Durchbrüchen besonders in unstrukturierten Situationen. Die schulischen Leistungen sind gut bei einem gesamt IQ von 79, der im unterdurchschnittlichen Bereich liegt.

Behandlung ...:

Kinderbühne .., 10 Stunden Ergotherapie 2015 absolviert.

Ergebnis:

Entwicklungseinschränkungen ... (Anm.: gleichlautend wie im Erstgutachten)

... Es besteht kein Hinweis für eine tiefgreifende Entwicklungsstörung, weder in der kinderpsychiatrischen Begutachtung noch in der psychologischen Testung. In der Beurteilung werden geringfügige Einschränkungen objektiv festgestellt.

Pos. Nr. 03.02.01

Gesamtgrad der Behinderung (GdB): 40 %.

Begründung GdB:

Bei B liegen entwicklungspsychologische Verhaltensauffälligkeiten vor, mit impulsiven Durchbrüchen in unstrukturierten Situationen. Die gesamtschulischen Leistungen in der Regelschule sind gut. Die Entwicklungsstörung hat keinen angeborenen Charakter

....

Stellungnahme zu Vorgutachten:

Die Einschätzung im Vorgutachten ist anamnestisch und testpsychologisch begründet. Der Einschätzungsgrad im Gutachten von MagC stellt eine unverbindliche Empfehlung dar. Es besteht eine vollständige Übereinstimmung mit dem Vorgutachten von DrX.

Der festgestellte GdB wird voraussichtlich mehr als 3 Jahre andauern: ja

GdB liegt vor seit: 01/2016

Dauerzustand ...".

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 6.7.2016 hat das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet abgewiesen, da "auch bei der neuerlichen Begutachtung durch das Sozialministeriumservice nur ein Grad der Behinderung in Höhe von 40 % bescheinigt wurde".

Im Vorlageantrag wird ergänzend vorgebracht, für den Pflegesohn sei eine Schulassistenz im Ausmaß von 20 Wochenstunden gem. Tiroler Rehabilitationsgesetz gewährt worden, was nach Ansicht der Bf die erheblichen sozialen Probleme in der Schule sehr deutlich widerspiegle; dazu beigebracht wurde ein Schreiben der Bezirkshauptmannschaft vom 30.5.2016, wonach diese die Kosten für "bewilligte Maßnahme: Schulassistenz, 20 Stunden pro Woche, Zeitraum 1.9.2016 bis 31.7.2017" übernimmt.

Vom Bundesfinanzgericht (BFG) wurde mit Vorhaltschreiben vom 3.10.2016 – wozu nochmals das Gutachten MagC, der Vorlageantrag sowie das Schreiben der Bezirkshauptmannschaft übermittelt wurde - beim Sozialministeriumservice ergänzend zur bisherigen Begutachtung eine nochmalige Überprüfung und begründete Stellungnahme angefordert, konkret zu folgenden Fragen:

- ob unter Bedachtnahme auf die gewährte Schulassistenz von einem höheren Grad der Behinderung auszugehen wäre;
- wenn ja, ob ein GdB von *zumindest 50 %* erreicht würde;

- ob unabhängig von der Diagnose in 01/2016 (des MagC) von einem Bestehen der Entwicklungsstörung dennoch "seit frühester Kindheit" auszugehen wäre;
 - was der Befund "Dauerzustand" konkret bedeute;
 - ob eine nach dem Gesetz relevante, jedoch bislang nicht festgestellte "dauernde Erwerbsunfähigkeit" (dh. ob das Kind "dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen") voraussichtlich gegeben ist oder nicht
- (im Einzelnen: siehe Vorhalt/Beilage A).

Seitens des Sozialministeriumservice, DrZ, wurde in der diesbezüglichen Stellungnahme vom 10.11.2016 dem BFG Folgendes mitgeteilt (siehe Beilage B):

"Ad 1. ...

Der Antrag auf Schulassistenz wurde laut Unterlagen von Frau A am 2.5.2016 bei der BH-XY gestellt und mit dem Schreiben vom 30.5.2016 schriftlich bewilligt. Der Antrag wurde somit vor Erhalt des Sachverständigengutachtens von Frau DrX vom 24.5.2016 mit negativem Bescheid und des Aktengutachtens von DrZ vom 23.6.2016 vorab bewilligt. Es liegt im Ermessen der Behörde zu entscheiden, welche Unterlagen zur Beurteilung herangezogen werden, allerdings lässt sich daraus nicht rückwirkend ein höherer Grad der Behinderung ableiten bzw. erzwingen.

Ad 2.

nein, ein Grad von 50 % wird nicht erreicht. Der Fall wurde von 2 unabhängigen FachgutachterInnen bearbeitet und übereinstimmend mit 40 % beurteilt, wobei der GdB bereits der höchsten RSP der Pos. Nr. 03.02.01 entspricht.

Ad 3.

Das Neuropsychologische Gutachten stellt eine Empfehlung dar, die von den Fachärztlichen Gutachtern in die Beurteilung einbezogen wird. Eine tiefgreifende frühkindliche Entwicklungsstörung wird durch die Testung nicht unterstützt und bleibt eine persönliche Interpretation von MagC.

Die Entwicklung einschließlich der Sprachentwicklung verlief in den Grenzen der Norm. Die Ursachen für die sozialen Auffälligkeiten wurden lt. Unterlagen erstmals 1/2016 getestet. Berichte von Therapien und Beurteilungen vor diesem Datum liegen nicht vor. Somit ist eine rückwirkende Anerkennung nicht möglich.

Ad 4.

Der Dauerzustand bezieht sich auf die Entwicklungsstörung leichten Grades mit unterdurchschnittlicher Intelligenz, da diese fortbestehen wird.

Ein Dauerzustand bezieht sich nicht auf die sozialen Auffälligkeiten, die durch Interaktion mit dem Umfeld auftreten, wobei sowohl eine Verbesserung wie auch eine Verschlechterung eintreten kann. Die Veränderung muss durch psychologische Gutachten belegt werden.

Ein neuerlicher Antrag kann eingebracht werden, sollten sich die Beschwerden ändern.

Ad 5.

Es besteht keine nach dem Gesetz relevante dauernde Erwerbsunfähigkeit.

Diese Angaben beziehen sich auf den Entwicklungsstand eines 10jährigen Knaben.

Ergänzungen:

In die Beurteilung wurde der Gesamtgrad der Behinderung leichte Intelligenzminderung (Gesamt IQ 79 PR8,1 und soziale Verhaltensauffälligkeiten bei guten schulischen Leistungen in der Regelschule) miteinbezogen. Diesbezüglich wurde der obere Prozentrang verwendet (Pos. Nr. 03.02.01 30-40 %: leichte bis mäßige soziale Beeinträchtigung in ein bis zwei Bereichen, beispielsweise Schulausbildung und alltägliche Tätigkeiten, Freizeitaktivitäten).

In der Beschwerde von Frau A, Pflegemutter von B, wird angegeben, dass ein Asperger-Autismus vorliege. Nach Einschätzung der GutachterInnen DrX (FÄ f. Kinderpsychiatrie) und DrZ (FÄ f. Kinder und Jugendheilkunde) erfüllt B die Kriterien eines Asperger-Autismus lt. Testung nicht.

Das Gutachten von MagC ist in einigen objektiven Befunden widersprüchlich
- Marberger Beurteilungsskala zum Asperger-Syndrom. Dabei handelt es sich um einen Fragebogen.

B erreicht in der Gesamtsumme nur einen Wert von 88, sollte aber deutlich über dem Cut-off Wert von 103 liegen bei positivem Nachweis (Dazu schreibt MagC "dass B insgesamt den Cut-off nicht erreicht, ist hier zu vernachlässigen. Er zeigt offensichtlich nicht sehr viele typische Symptome" (Anm. eines Asperger-Syndroms)).

Um dem Umstand stattzugeben, dass die Unter-Kategorie Theory of Mind und Spielverhalten leicht auffällig bewertet wurde, wurde dies im Sachverständigengutachten richtigerweise als Verhaltensauffälligkeiten mit autistischen Zügen berücksichtigt.

- Gegen einen Asperger Autismus sprechen die normale Sprachentwicklung, das Fehlen eines auffälligen Sprachstils und die leicht unterdurchschnittliche Intelligenz. Ein Asperger Autismus ist immer mit einer normalen bis hohen Intelligenz vergesellschaftet.

Die Einschätzung ist mit 1/2016 angegeben, da vor diesem Datum keine Neuropsychologischen Testungen vorliegen, die ein Entwicklungsproblem dokumentieren, laut Angaben der Pflegemutter besucht B die VS und wird nach regulärem Lehrplan unterrichtet."

Über die Beschwerde wurde erwogen:

1.) Gesetzliche Bestimmungen:

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG), BGBl 1967/376 idgF., haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe (Anm.: auf den Grundbetrag an Familienbeihilfe)

lit a) für minderjährige Kinder,

Nach § 8 Abs. 4 FLAG erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes Kind, das erheblich behindert ist, ab 1. Jänner 2016 um monatlich € 152,90 (von 1.7.2014 bis 31.12.2015: mtl. € 150).

Gemäß § 8 Abs. 5 FLAG gilt als **erheblich behindert** 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 v.H.** betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Nach § 8 Abs. 6 FLAG ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch eine *Bescheinigung* des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines *ärztlichen Sachverständigengutachtens* nachzuweisen.

2.) Bescheinigung:

Zum Nachweis obgenannter Voraussetzungen ist eine Bescheinigung des Bundessozialamtes iSd § 8 Abs. 6 FLAG *zwingend* erforderlich.

Die Abgabenbehörden sowie der UFS, nunmehr das Bundesfinanzgericht, sind an die Feststellungen der im Wege des Bundessozialamtes, nunmehr Sozialministeriumservice, erstellten Gutachten **gebunden** (vgl. VwGH 18.11.2008, 2007/15/0019 ua.).

Gleichzeitig hat das BFG die Beweiskraft - insbesondere Nachvollziehbarkeit bzw. Schlüssigkeit - der Gutachten zu prüfen und erforderlichenfalls für deren Ergänzung zu sorgen (VwGH 13.12.2012, 2009/16/0325).

3.) Rechtliche Würdigung:

In gegenständlichem Beschwerdefall wurden seitens der Fachärzte des Sozialministeriumservice insgesamt zwei ärztliche Sachverständigen-Gutachten sowie – auf Veranlassung durch das BFG zur nochmaligen Überprüfung und Vervollständigung – eine ergänzende Stellungnahme erstellt.

In dieser abschließenden Stellungnahme vom 10.11.2016 (siehe Beilage B) wurde nach nochmaliger eingehender Überprüfung, unter Bedachtnahme insbesondere auch auf die neuropsychologische Befundung durch MagC, ausführlich und für das BFG sowohl schlüssig wie auch nachvollziehbar wiederum begründet, dass ein Behinderungsgrad von 50 % nicht erreicht wird, sondern der GdB zutreffend von den zwei unabhängigen Fachgutachterinnen übereinstimmend mit dem höchsten Satz der Pos. Nr. 03.02.01 mit 40 % festzustellen war.

Zudem wird – nunmehr ausdrücklich und eindeutig – festgestellt, dass voraussichtlich *keine* – nach dem Gesetz relevante – dauernde Erwerbsunfähigkeit besteht.

Zu der von der Bf monierten Störung "Asperger-Syndrom" wird dezidiert festgehalten, dass der Pflegesohn "*die Kriterien eines Asperger-Autismus laut Testung nicht erfüllt*", wobei die hier gegebene "*normale Sprachentwicklung, das Fehlen eines auffälligen Sprachstils und die leicht unterdurchschnittliche Intelligenz*" gegen einen Asperger-Autismus sprechen; ein Asperger-Autismus sei demnach "*immer mit einer normalen bis hohen Intelligenz*" verbunden.

Die Diagnose des MagC, worauf sich die Bf stützt, stellt dagegen lediglich eine - von den Gutachterinnen in ihre Beurteilung miteinbezogene - Empfehlung sowie letztlich dessen "persönliche Interpretation" dar, die überdies in sich gewisse Widersprüche aufweise, wenn lt. MagC ein bestimmter Wert (Cut-off Wert) zum Nachweis des Asperger-Syndroms im Rahmen der Testung gar nicht erreicht wurde.

An der mehrfachen fachärztlichen Begutachtung vermag auch eine vorab und von einer anderweitigen Behörde erteilte Bewilligung einer Schulassistenz somit nichts zu ändern.

Wie oben ausgeführt, ist das Bundesfinanzgericht an die Feststellungen der im Wege des Sozialministeriumservice erstellten Gutachten *gebunden*.

Im Hinblick darauf, dass zufolge dieser Begutachtung samt ergänzender Stellungnahme nach nochmaliger Überprüfung mehrfach und auch unter Bedachtnahme auf den zuletzt gemachten Einwand der bewilligten Schulassistenz für den Pflegesohn

1. der Grad der Behinderung im Ausmaß von *weniger als 50 %*, nämlich jeweils mit 40 %, sowie

2. voraussichtlich *keine dauernde Erwerbsunfähigkeit*

festgestellt wurde, liegen aber beim Pflegesohn die in § 8 Abs. 5 FLAG bestimmten Kriterien für eine "erhebliche Behinderung" nicht vor.

Die gesetzlich geforderten Voraussetzungen für die Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe sind damit nicht erfüllt.

In Anbetracht obiger Sach- und Rechtslage konnte daher der Beschwerde kein Erfolg beschieden sein und war spruchgemäß zu entscheiden.

Zulässigkeit einer Revision:

Gegen ein Erkenntnis 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.

Die Voraussetzungen, unter welchen der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe zusteht, ergeben sich aus den bezughabenden Gesetzesbestimmungen.

Der Gesamtgrad der Behinderung bzw. die Erwerbs(un)fähigkeit ist seitens des Sozialministeriumservice festzustellen; das BFG ist an die diesbezüglich erstellten ärztlichen Gutachten gebunden. Da es sich dabei um eine Tatfrage handelt, liegt gegenständlich keine Rechtsfrage von "grundsätzlicher Bedeutung" vor. Eine Revision ist daher nicht zulässig.

Innsbruck, am 22. November 2016