

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri in der Beschwerdesache A, Adresse, vertreten durch K, Rechtsanwalt,Adresse , über die Beschwerde vom 13.06.2016 gegen den Bescheid der belangten Behörde Finanzamt B vom 17.05.2016, betreffend Familienbeihilfe für ihr Kind M ,SV-Nr. O\*, ab Dezember 2015 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

### Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin (Bfin.) beantragte am 03.03.2016 zusätzlich die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe (Beih 3) für das Kind M ab Dezember 2015. Dieser Antrag langte am 14.03.2016 bei der Abgabenbehörde ein.

Das Kind , welches am geb. geboren wurde, litt in der Folge an CF (=Cystische Fibrose).

Beigelegt wurde das erste Sachverständigungsgutachten des Sozialministerium Service vom 30.04.2016, in dem ein Grad der Behinderung von 30 v.H. festgestellt worden ist.

Das Finanzamt erließ am 17.05.2016 den **Abweisungsbescheid** (über den Antrag v. 14.03.2016 (=Zeitpunkt des Einlangens bei der Abgabenbehörde) betreffend erhöhte Kinderbeihilfe (Zeitraum ab Dezember 2015)). Begründend wies es auf § 8 Abs. 5 ff FLAG 1967 hin. Da der Grad der Behinderung mit 30 vH festgestellt worden sei, war der Antrag abzuweisen.

Die Bfin. erhob gegen den Bescheid fristgerecht **Beschwerde** und führte zusammenfassend aus:

"Bezugnehmend auf den Abweisungsbescheid der erhöhten Familienbeihilfe für M (Geschäftszahl O\*) möchte ich hiermit einen Einspruch einlegen. Herrn Dr. F (Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen) stellte lt. seiner Untersuchung am 21.04.2016 eine Behinderung von 30 v. H. fest. Lt. Ihrem Abweisungsbescheid „gilt ein Kind als erheblich behindert, bei dem eine nicht 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 Jahre.“ Da es sich bei M, lt. A Universitätsklinikum um einen Gendefekt (Cystische Fibrose) handelt, finde ich die Feststellung von Herrn Dr. F nicht annähernd als zutreffend. Die angeborene Erbkrankheit (Gendefekt) wird nicht, wie von Herrn Dr. F diagnostiziert, nur vorübergehend festzustellen sein. Daher möchte ich eine erneute Begutachtung durch einen Facharzt für meine Tochter M. In der Anlage sende ich Ihnen den Therapieplan von M.

Darin wurde ausgeführt (Tätigkeiten u. Bemerkungen):

Alle paar Tage die Türgriffe desinfizieren, Spielsachen (Stofftiere usw. des öfteren waschen - Plastikteile usw. von Zeit zu Zeit desinfizieren), - durch vermehrtes Schwitzen bzw. auch immer wieder Durchfälle 2-3 x, Kleidung wechseln, ca. jeden 2ten Tag Bettwäsche wechseln - daher mehr Wäsche - öfters Baden wegen schwitzen (ebenfalls Wasser 5 Min. laufen lassen bevor man die Badewanne befüllt und gut lüften) - tägliche Reinigung des gesamten Fußbodens (trocken) jeden 2ten Tag auch nass Rezepte organisieren - Medikamente holen Kinderarzt - Impfungen jeglicher Art (6-Fach,..., jedes Monat von Oktober bis April Synagisimpfung, ab dem 1ten Lebensjahr Grippeimpfung) Jedes Monat Kontrolle - A Universitätsklinikum (u.a. tiefer Rachenabstrich) (bei auffälligen Husten auch zwischendurch Kontrollen notwendig, Wasser abkochen für Vaporisator und Fläschchen 2-3 x täglich, Medikamente vorbereiten Vitamin ADEK in Spritze füllen, IMaCl in Spritze füllen, Vitamin 1 x täglich NaCl 1-2 x täglich, Vaporisator mit den Inhalationsteilen (Vernebier) starten 2-3 x täglich Kalorienreiche Nahrung zubereiten (Fläschchen, Brei, usw.) 6-8 x täglich, zu jedem Essen Kreon verabreichen 6-8 x täglich, Zum Essen ADEK Vitamin verabreichen, über den Tag verteilt 1-3 ml NaCl / pro KG Körpergewicht, Vitamin 1 x täglich, NaCl 5 x täglich, desinfizieren und die Inhalationsteile zusammenbauen, mit 0,9 % NaCl und Berudalin-Tropfen befüllen 2-3 x täglich, Inhalation 2-3 x täglich, Reinigung Vaporisator und Inhalationsteile mit Wasser und Spülmittel trocknen, alle paar Tage mit Desinfektionstücher auswischen bzw. entkalken, 2-3 x täglich, Therapie - Kontaktatmen 2-3 x täglich, Erhöhter Hygieneaufwand, - Morgens alle Wasserleitungen einige Minuten laufen lassen und lüften, (ansonsten Keimgefahr), - alle Fläschchen, Schnuller, Löffel usw. ebenfalls vaporisieren, (Vaporisator ebenfalls wieder reinigen) alles zum Trocken aufstellen und komplett austrocknen lassen (ansonsten Keimgefahr), Vaporisator alle 2-3 Tage entkalken, - alle Flächen der Küche täglich gründlich reinigen (alle paar Tage mit Desinfektionstücher), - täglich alle Handtücher / Geschirrtücher waschen, Wiederholung wenn länger kein Wasser aufgedreht wurde 2-3 x täglich).

Das Finanzamt holte ein weiteres Sachverständigengutachten über das SMS ein. Auch nach diesem **zweiten zeitnahen Gutachten** v.03.08.2016 ergab sich ein GdB von 30 %. Auf dieses Gutachten wird verwiesen.

In der **Beschwerdevorentscheidung** v.19.08.2016 wurde zusammengefasst ausgeführt:

*...Das ärztliche Sachverständigengutachten vom 03.08.2016 ergab einen Grad der Behinderung von 30 vH. Es liegen somit zwei zeitnahe Gutachten, nämlich vom 17.05.2016 und 03.08.2016 vor, die jeweils einen Grad der Behinderung von 30 vH. bescheinigen. Da die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe nicht erfüllt sind, war die Beschwerde abzuweisen."*

Im **Vorlageantrag** v. 19.09.2016 wurde Folgendes ausgeführt:

*" Mit Antrag vom 14.03.2016 hat die Antragstellerin einen Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe gestellt, zumal sie an Mucoviszidose, einer Stoffwechselerkrankung, leidet, die nach und nach Atemfunktion, sowie Organe beeinträchtigt. Der Antrag auf erhöhte Kinderbeihilfe wurde mit Bescheid vom 17.05.2016 abgewiesen, zumal der Grad der Behinderung nicht 50 % erreichen würde. Dagegen hat die Kindesmutter und Obsorgeberechtigte für die Antragstellerin wiederum das Rechtsmittel eine Beschwerde mit 09.06.2016 eingebracht, wogegen mit Berufungsvorentscheidung vom 19.08.2016 abweisend beschrieben wurde. Dagegen richtet sich der nunmehrige Vorlageantrag.*

Zur Beschwerde wird **ergänzend** ausgeführt:

*1. Die durch den Sachverständigen durchgeführten Untersuchungen berücksichtigen nicht, dass die Atemfunktion der Antragstellerin eingeschränkt ist und darüber hinaus auch die Bauchspeicheldrüse nicht funktioniert. Weiters hat sich bereits ein Keim in der Lunge festgesetzt. Die Einordnung nach der Einschätzungsverordnung Bundesgesetzblatt II Nr. 261/2010 ist somit nach Ansicht der Antragstellerin unrichtig. Aus dieser Einordnung nach der Einschätzungsverordnung ergibt sich eine wenigstens 50 %-ige Behinderung. Die Kriterien für die 30%ige Behinderung lauten: Cystische Fibrose derzeit unter laufender Behandlung leichte Ausprägung mit bestätigten guten perzentilengetreuen Gedeihen ohne Einschränkungen der Atemfunktion und bisher ohne Komplikationen oder Antibiotikabehandlungen. Für die Einstufung einer Behinderung ab 50 bis 70 %, ist nach der Einschätzungsverordnung gefordert, dass mäßig häufig wiederkehrende Bronchopulmonale und / oder intestinale Symptome auftreten, geringe - bis mittelgradige Einschränkung der Lungenfunktion, Bronchiektasien, Sinusitiden, Asthma, Bronchiale oder beginnendes Emphysem wiederkehrend, jedoch nicht ständig Infekte mit Problemkeimen vorliegen. Nicht berücksichtigt wurde in den Sachverständigengutachten somit, dass die Voraussetzungen für eine wenigstens 50 %-ige Behinderung erfüllt sind, nämlich, dass mäßig häufig wiederkehrende Bronchopulmonale und / oder intestinale Symptome vorliegen. Zum einen ist die Bauchspeicheldrüse nur unzureichend tätig (Pankreasinsuffizienz, intestinale Symptome), sodass weitere Medikamente zur Verdauung verabreicht werden müssen. Dabei kommt es immer wieder zu schweren Durchfällen, wodurch wiederum eine Dehydrierung stattfindet bzw. diese durch Beigabe*

von Mineralsalzen vermieden werden muss. Somit liegen intestinale Symptome vor, nämlich Pankreasinsuffizienz und Diarröh. Weiters liegt eine mittelgradige Einschränkung der Lungenfunktion vor. Das Atmen ist nur dann halbwegs beschwerdefrei möglich, wenn Inhalationen durchgeführt werden, sodass die Sekrete, in der Lunge und Bronchien leicht mobilisiert und abgehustet werden können. Die Lungenfunktion besteht nicht zu 100 %, alleine schon auf Grund der Schleimsekretion. Dies wird so gut wie möglich durch atemtherapeutische Übungen kompensiert. Ein derzeit vorliegendes perzentilgetreues Gedeihen ist nur darauf zurückzuführen, dass darauf geachtet wird, entsprechende Zusatzerneuerung dem Säugling zu verabreichen. Somit ist nur auf Grund der erhöhten Pflege und Pflegeaufwand überhaupt möglich, dass soweit wie möglich die Symptome geringgehalten werden. Nach Ansicht der Antragstellerin liegt somit eine mittelschwere Form der cystischen Fibrose vor. Dies nicht zuletzt auch deshalb, da ein Staph. Aureus bereits in der Lunge vorhanden ist. Es ist voraussichtlich in Kürze mit den ersten Antibiotikatherapien zu beginnen. Es werde daher der Antrag auf Aufhebung des erinstanzlichen Bescheides und Stattgabe des Antrages auf erhöhte Familienbeihilfe seit 29.12.2015 gestellt."Beweis: Einzuholendes ergänzendes Sachverständigengutachten, beigeschlossene Befunde, wie bisher.

Das Finanzamt holte in der Folge - noch vor Vorlage der Beschwerde an das BFG- ein weiteres (nummehr schon das dritte) **Sachverständigengutachten** über das SMS ein. Darin heißt es im Ergebnis:

**Zusammenfassung relevanter Befunde (inkl. Datumsangabe):** Bef. K. UK med. D IV 6/2016 : Verlaufskontrolle bei Mukoviscidose ; M geht es seit der letzten Kontrolle 4/2016 sehr gut, sie hat keine Antibiotika gebraucht , sie hustelt ganz wenig, auch in der Nacht nur gering, der Stuhl war 2 Woche etwas ölig, ist zur Zeit aber wieder normal geformt. Der Appetit ist altersentsprechend normal. Keine Auffälligkeiten im Status , gedeiht perzentilengetreu im Rachenabstrich Staph. Aureus positiv derzeit nicht antibiotikabedürftig, keine Spross und Fadenpilze. Bef. 4/2016 KUK med. D IV: Es wird ein ähnlicher Zustand wie im Bef. 6/2016 beschrieben.

#### **Stellungnahme der behandelnden Ärztin:**

"Zum Zeitpunkt der Untersuchung wurde gegenüber einem gesunden Säugling unter laufender Behandlung ein normales Gedeihen festgestellt und auch in Befunden bestätigt. In den bei der Untersuchung vorgelegten Befunden wurde ein Keim im Rachenabstrich, ohne Therapiebedarf, bestätigt , keinesfalls war davon die Rede, dass dieser sich in der Lunge festgesetzt hat. Unter laufender Therapie herrschten bestätigt gute Organfunktionen, welche ein gegenüber dem gesunden Kind normales Gedeihen zuließen und der Stuhl laut Anamnese und beigebrachtem Befund 6/2016 meist sehr schön ist. Appetit und Ernährung funktionierten mit Muttermilch, Brei-Nahrung und Babykost altersentsprechend. Berücksichtigt wird der Grad der Behinderung unter laufender Behandlung, es wird nicht eingeschätzt ,wie der Gesundheitszustand ohne Behandlung wäre."

## **Beweiswürdigung**

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den vom Finanzamt vorgelegten elektronischen Akt , den ärztlichen Gutachten v. 30.04.2016., v.03.08.2016 u.v.24.10.2016 sowie dem Parteienvorbringen (Beschwerde der Bfin. bzw. Vorlageantrag der anwaltlichen Vertretung).

## ***Über die Beschwerde wurde erwogen:***

## **Rechtslage**

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

lit a) für minderjährige Kinder

Nach § 8 Abs. 5 FLAG 1967 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.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG 1967 ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtliche dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen aufgrund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.

Nach den Erkenntnissen des VfGH 10.12.2007, B 700/07 , sowie des VwGH 18.11.2008, 2007/15/0019 , ua folgt, dass de facto eine Bindung der Beihilfenbehörden sowie des Bundesfinanzgerichtes - an die Feststellungen der im Wege des Bundessozialamtes erstellten Gutachten gegeben ist (siehe: Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, Linde-Verlag, Stand 1.1.2011, Rzn. 5, 21 und 29 zu § 8).

Nach § 10 Abs. 3 FLAG 1967 werden die Familienbeihilfe und die erhöhte Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4 ) höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt. In Bezug auf geltend gemachte Ansprüche ist § 209 Abs. 3 der Bundesabgabenordnung, BGBl.Nr. 194/1961, anzuwenden.

### **Als erwiesen angenommener Sachverhalt:**

Im Gegenstandsfall ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

In allen drei , nicht anzuzweifelnden und schlüssigen Sachverständigengutachten vom 30.04.2016, v. 03.08.2016 u. v. 24.10.2016 ist der Gesamtgrad der Behinderung mit 30 vH festgestellt worden.

Strittig war die Frage, ob der Erhöhungsbetrag ab dem Zeitraum Dezember 2015 zusteht.

Nach den Erkenntnissen des VfGH 10.12.2007, B 700/07 , sowie des VwGH 18.11.2008, 2007/15/0019 , ua folgt, dass de facto eine Bindung der Beihilfenbehörden sowie des Bundesfinanzgerichtes an die Feststellungen der im Wege des Bundessozialamtes (nunmehr Sozialministeriumservice) erstellten Gutachten gegeben ist (siehe zu vor: Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG-Kommentar, Linde-Verlag, Stand 1.1.2011, Rz 29 zu § 8). Der Gesetzgeber hat mit der Regelung des § 8 Abs. 6 FLAG die Kompetenz für die Beurteilung des Grades der Behinderung und der Unfähigkeit sich selbst den Unterhalt zu verschaffen ausdrücklich an eine dafür qualifizierte Institution übertragen. Daraus folgt, dass der Entscheidungsfindung durch die Behörde weder Bekundungen der Eltern über den Gesundheitszustand ihres Kindes noch anderer Personen, mögen sie auch über fachärztliche Kenntnisse verfügen, zu Grunde zu legen sind (VwGH vom 20.9.1995, 95/13/0134 ). Die Tätigkeit der Behörde hat sich im Wesentlichen darauf zu beschränken, ob die Gutachten als schlüssig anzusehen sind (VwGH vom 18.11.2009, 2009/13/0014 ).

Dies bedeutet, dass im Sinne des § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu urteilen ist, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Das Beweisverfahren wird vor allem u.a. beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 167). Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln (keine gesetzliche Rangordnung, keine formalen Regeln) gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen. Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (Ritz, BAO-Kommentar, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN). Die Sachverständigen in den Gutachten kommen übereinstimmend zu einem Grad der Behinderung von jeweils 30 vH. (s. auch letztes Gutachten v.24.10.2016 voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend). Sämtliche von der Bfin.vorgelegten Befunde wurden berücksichtigt.

Der angefochtene Bescheid des Finanzamtes entspricht somit der anzuwendenden Rechtslage, weshalb die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen war.

**Unzulässigkeit einer ordentlichen Revision:**

Gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG ist eine Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da keine Rechtsfragen strittig sind, sondern der vorliegende Sachverhalt in freier Beweiswürdigung ermittelt wurde. Gegen dieses Erkenntnis ist daher eine ordentliche Revision nicht zulässig.

Linz, am 8. November 2017