

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Mag. Helga Hochrieser in der Beschwerdesache der Bf., Adr., über die Beschwerde vom 3.11.2015 gegen den Bescheid des Finanzamts Wien 2/20/21/22 vom 22.10.2015, betreffend Abweisung des Antrags auf erhöhte Familienbeihilfe für den Zeitraum August 2010 bis März 2014 zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

### Entscheidungsgründe

Die Beschwerdeführerin (Bf.) beantragte per FinanzOnline am 27.08.2015 samt Ergänzungsschreiben per Mail die erhöhte Familienbeihilfe (FB) ab Juli 1997 für ihren Sohn p, geb. 1997 wegen einer Aufmerksamkeitsdefizitstörung. Bereits am 05.06.2008 wurde ein Antrag auf erhöhte FB ab März 2003 abgewiesen. Im Sachverständigengutachten vom 13.10.2015 wurde ein Grad der Behinderung von 50 v.H. ab April 2014 festgestellt. Die erhöhte FB wurde ab April 2014 zuerkannt und der Antrag für den Zeitraum von August 2010 bis März 2014 am 22.10.2015 abgewiesen und für den Zeitraum Juli 1997 bis Juli 2010 zurückgewiesen. Gegen den Abweisungsbescheid wurde am 03.11.2015 Beschwerde erhoben. Die Begründung der Beschwerde lautete wie folgt:

*"Betreffend meines Sohnes, SV-Nr. 123, muss ich als Mutter, Bf., SV-Nr. 222, Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid einlegen.*

*Mein Sohn hat die ADS-Erkrankung nicht erst seit April 2014. Das war der letzte Befund. Beim Ansuchen der erhöhten FBH, mailte ich auch ein Schreiben von Dr. X vom 10.03.2008 (an post.fal2-av04@bmf.gv.at), welcher dies ebenfalls belegt.*

*Ich lege Ihnen nochmals folgende Befunde bei:*

- ) Entlassungsbericht nach seiner Frühgeburt*
- ) Befund von Frau Dr. X vom 10.08.2008*
- ) Psychologische Stellungnahme von Frau Dr. X vom 10.08.2008*
- ) Befund von Frau Mag. Y*

*Sollten noch weitere Befunde über diverse therapeutische Verläufe aus der Entwicklungsdiagnostik für Frühgeburten notwendig sein, kann ich diese nachreichen.*

*Zusätzlich war p immer wieder bei verschiedensten Therapien und diversen Nachhilfen (das hält bis heute noch an), bereits im Volksschulalter, welche ich aus eigener Tasche bezahlen musste. Leider musste er auch bereits mehrmals psychologische Betreuung in Anspruch nehmen (auch das hält bis heute noch an), welche ebenfalls von mir bezahlt wurden.*

*Daher erbitte ich um Erstattung für den Zeitraum August 2010 bis März 2014."*

Das Sachverständigengutachten vom 04.02.2016 ergab wieder nur einen Grad der Behinderung von 50 v.H. ab April 2014. Die Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 01.03.2016 mit folgender Begründung abgewiesen:

*"Sie stellten am 26.8.2015 den Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe für Ihren Sohn P ab dem Monat Juli 1997. Laut amtsärztlichen Sachverständigengutachten vom 22.10.2015 wurde der Grad der Behinderung im Ausmaß von 50v.H. ab dem Monat April 2014 festgestellt. Am 22.10.2015 wurde der Antrag auf Familienbeihilfe für die Monate Juli 1997 bis Juli 2010 wegen Verjährung zurückgewiesen und für die Monate August 2010 bis März 2014 abgewiesen. Am 3. November 2015 legten Sie form- und fristgerecht Beschwerde ein.*

*Gemäß § 8 Abs. 5 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 gilt ein Kind als erheblich behindert, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich muss mindestens 50v. H. betragen.*

*Da auf Grund des ärztlichen Sachverständigengutachtens vom 4.2.2015 der Behinderungsgrad Ihres Sohnes p im Ausmaß von 50v.H. ab dem Monat April 2014 festgestellt wurde, bestand die Abweisung der erhöhten Familienbeihilfe für die Monate August 2010 bis März 2014 zu Recht.*

*Ihrem Beschwerdebegehren konnte folglich nicht stattgegeben werden."*

Am 14.03.2016 wurde ein Vorlageantrag mit folgender Begründung eingebracht:

*"Betreffend meines Sohnes p, SV-Nr. 123, muss ich als Mutter, Bf., SV-Nr. 222, Beschwerde gegen die Beschwerdevorentscheidung einlegen, da mein Sohn die ADS-Erkrankung nicht erst seit April 2014 hat. Zu diesem Zeitpunkt wurde eine neuerliche Austestung gemacht. Ursprünglich war auch bereits im Jahre 2008 eine Austestung durchgeführt worden.*

*Des Weiteren fand eine Austestung im Februar 2010 bei Frau Mag. Z (Psychologin) statt. Von ihr reichte ich die Honorarnote, welche als Diagnose F90.0 beinhaltet, als Mail-Anhang am 25.01.2016 ins Sozialministerium nach und bat zugleich, wenn es noch Fragen gäbe, mich zu kontaktieren.*

*Im Sachverständigengutachten musste ich leider raus lesen, dass keine Stellungnahme zum Vorgutachten gegeben wurden. Sowie, die beigebrachten Befunde keine Veräderung des Kalküls ergeben. In der nachgereichten Honorarnote ist jedoch die Diagnose F90.0 festgehalten. Wurde dieser Beleg irrtümlich nicht weitergeleitet? Wenn doch, warum wurde*

*ich nicht davon verständig, dass dies zu wenig ist? Das ist für mich unerklärlich. Daher würde ich den Befund gerne nachreichen.*

*p war immer wieder bei verschiedensten Therapien und diversen Nachhilfen (das hält bis heute noch an), bereits im Volksschulalter. Leider musste er auch bereits mehrmals psychologische Betreuung in Anspruch nehmen (auch das hält bis heute noch an). Für all diese Privatkosten musste ich aufkommen. Daher erbitte ich um Erstattung für den Zeitraum August 2010 bis März 2014."*

Am 9.8.2016 reichte die Bf. beim Finanzamt noch einen Befund von Frau Mag. Z ein, der bei der Begutachtung nicht vorgelegt werden konnte.

Das Bundesfinanzgericht ersuchte am 7. November 2016 das Sozialministeriumservice (Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, BASB) um Erstellung eines ärztlichen Sachverständigengutachtens unter Vorlage dieses nachgereichten Befundes.

Das Gutachten vom 17.11.2016 lautete wie folgt:

" Name: P

Vers.Nr.: 123

Begutachtung vom: 17 11 2016

### **Aktenmäßiges Nervenfachärztliches- Sachverständigengutachten**

*Betreff: Beschwerde der Bf. gegen den Bescheid des Finanzamts*

*Wien 2/20/21/22 vom 22 10 2015, Abweisung erhöhte Familienbeihilfe für den Zeitraum August 2010-März 2014*

*Es wird ein Befund von Fr. Mag. Z übermittelt, welcher bei der Begutachtung nicht vorgelegt wurde.*

*Es wird um Überprüfung (durch neuerliches Sachverständigengutachten ) und Mitteilung an das BFG bis zum 07 12 2016 ersucht, ob sich durch diesen Befund am Zeitpunkt des Eintritts der attestierten Behinderung des Sohnes der BF etwas ändert.*

### **vorliegende Vorgutachten:**

*Aktenmäßiges VGA 27 05 2008: komb. Entwicklungsstörung GdB 30%, verminderte Vitalkapazität Gdb 20%, Gesamtgrad der Behinderung: GdB 30%*

*Nervenfachärztliches VGA Dr. B 13 10 2015: ADS GdB 50%, ab 04/2014, voraussichtlich dauernd außerstande sich selbst den Unterhalt zu verschaffen: NEIN, NU 12/2016 (nach Beendigung der Lehre)*

*Nervenfachärztliches VGA Dr. C 20 01 2016: ADS GdB 50%, ab 04/2014, voraussichtlich dauernd außerstande sich selbst den Unterhalt zu verschaffen: NEIN, NU 4/2017*

### **vorgelegter Befund:**

*Psychologischer Befundbericht Mag. Z Untersuchung 28 01, 17*

*02, 20 02, 25 02 2010:.....besuchte die VS 4 Jahre, ..... dzt. 2. Klasse kooperative Mittelschule ..... Im Rahmen der psychologischen Untersuchung wurden im Leistungstest bei einem recht harmonischen Profilverlauf deutliche Schwächen im*

*Bereich des räumlichen Denkens der visumotorischen Verarbeitung, des Wortschatzes und rechnerischen Denkens. Altersentsprechende Ergebnisse erzielt er beim kurzfristigen auditiven Speichern und beim Erkennen von Zusammenhängen. Die Exploration, die Verhaltensbeobachtung und die von Eltern und den Klassenvorstand ausgefüllten Fragebogen zeigen außerdem deutliche Probleme im Bereich der Konzentration und Ausdauer..... private Lernförderung...schon einige Erfolge ..... Betreuung auf jeden Fall fortsetzen...*

**Beurteilung und Stellungnahme:**

*Aus dem nun vorgelegten Befund aus 2/ 2010 ergibt sich keine andere Einschätzung, da zwar Unterstützungsbedarf beim Lernen gegeben ist und in einzelnen Bereichen Schwächen in den Testverfahren auffallend sind, aber der Schulbesuch in der Regelschule möglich war. Ansonsten keine therapeutischen Maßnahmen aufgeführt. Eine ernsthafte und durchgängige Beeinträchtigung der meisten sozialen Bereiche lag nicht vor."*

**Über die Beschwerde wurde erwogen:**

**Gesetzliche Bestimmungen:**

Gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967 idF BGBl I Nr. 531/1993 gilt ein Kind als erheblich behindert, 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. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsoferversorgungsgesetzes 1957, BGBl. Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung, und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965, BGBl. Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzusetzen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG 1967 idF BGBl. I Nr. 150/2002 ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesens auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.

Wie sich aus § 8 Abs. 6 FLAG 1967 ergibt, ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, zwingend durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesens unter der Würdigung ärztlicher Sachverständigengutachten nachzuweisen. Dabei sind jedenfalls die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsoferversorgungsgesetzes und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965, BGBl. Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung, anzuwenden. Eine andere Form der Beweisführung ist nicht zugelassen. Die ärztliche Bescheinigung bildet jedenfalls die

Grundlage für die Entscheidung, ob erhöhte Familienbeihilfe zusteht, sofern das Leiden und der Grad der Behinderung einwandfrei daraus hervorgehen.

### **Feststehender Sachverhalt und rechtliche Würdigung:**

Im Beschwerdefall liegen drei Sachverständigengutachten des Sozialministeriumservice (SMS) vom 13.10.2015, 4.2.2016 und 17.11.2016 vor. Im Gutachten vom 4.2.2016 wurde dem Sohn der Bf. nach der am 20.1.2016 durchgeführten Untersuchung ein Gesamtgrad der Behinderung von 50 % bescheinigt. Aus dem Gutachten geht hervor, dass der festgestellte Grad der Behinderung **ab 04/2014** vorliegt. Durch das neuerliche Gutachten vom 17.11.2016 trat diesbezüglich keine Änderung ein.

Die Feststellung, ob, ab wann und in welchem Ausmaß eine Person behindert ist, ist nicht von der Abgabenbehörde, sondern bindend von den in § 35 Abs. 2 EStG 1988 genannten Stellen zu treffen (Jakom/*Baldauf* EStG, 2015, § 35 Rz 7).

Das Bundesfinanzgericht hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 iVm § 2a BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 9.9.2004, 99/15/0250) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Bei der Beantwortung der Frage, wann die Behinderung eingetreten ist, ist die Behörde bzw. das Bundesfinanzgericht an die der Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen zugrunde liegenden Gutachten gebunden und darf diese nur insoweit prüfen, ob sie schlüssig und vollständig und nicht einander widersprechend sind (vgl. VwGH 29.9.2011, 2011/16/0063; VwGH 25.11.2010, 2010/16/0068, und die bei *Lenneis* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 8 Rz 29 zitierte Rechtsprechung). Die Beihilfenbehörden haben bei ihrer Entscheidung von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und können von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen (vgl. VwGH 25.11.2010, 2010/16/0068; VfGH 10.12.2007, B 700/07).

Zur Schlüssigkeit von Gutachten des BASB besteht umfangreiche Rechtsprechung des Bundesfinanzgerichtes (etwa BFG 20.4.2015, RV/7102843/2014, BFG 6.4.2015, RV/7103602/2014, BFG 23.3.2015, RV/7105504/2014, BFG 2.3.2015, RV/7100039/2015, BFG 17.3.2014, RV/7100539/2014).

Die Sachverständigengutachten, die den Bescheinigungen des BASB/SMS zugrunde zu legen sind, haben sich mit allen der Behörde vorliegenden Beweismitteln, die für die Frage, ob das Kind behindert oder voraussichtlich dauernd unfähig ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, von Bedeutung sein können, auseinanderzusetzen.

Diese Beweismittel sind in den Befund des Gutachtens aufzunehmen. Es bilden nur jene Tatsachen, die in den Befund aufgenommen wurden, die Grundlage für die im Rahmen der Gutachtenserstattung im engeren Sinn vorgenommen Wertungen.

Ein Gutachten ist die begründete Darstellung von Erfahrungssätzen und die Ableitung von Schlussfolgerungen für die tatsächliche Beurteilung eines Geschehens oder Zustands auf der Basis des objektiv feststellbaren Sachverhalts durch einen oder mehrere Sachverständige. Sachverständige haben dabei fundierte und wissenschaftlich belegbare konkrete Aussagen zu treffen und dürfen ihre Beurteilungen und Feststellungen nicht auf Spekulationen, sondern ausschließlich auf die festgestellten Tatsachen verbunden mit ihrem fachspezifischen Wissen stützen (vgl. für viele VwGH 25.9.2013, 2013/16/0013). Auch die Gutachten der Ärzte des BASB haben den an ärztliche Sachverständigengutachten zu stellenden Anforderungen an ihre Nachvollziehbarkeit zu entsprechen. Sie dürfen sich daher insbesondere nicht widersprechen oder in bloßen Behauptungen erschöpfen. Die Behörden des Verwaltungsverfahrens sind daher verpflichtet, die Beweiskraft der Gutachten des BASB zu prüfen und erforderlichenfalls für deren Ergänzung zu sorgen (vgl. etwa VwGH 25.11.2010, 2010/16/0068, m.w.N.).

Die Anführung der Stellen, die zur Feststellung der Behinderung und des Ausmaßes der Minderung der Erwerbsfähigkeit bzw. des Grades der Behinderung berufen sind, und ferner die Anordnung, dass der Anspruch auf einen Freibetrag an die Vorlage einer amtlichen Bescheinigung dieser Stellen geknüpft sind, lassen erkennen, dass der Gesetzgeber bindende Beweisregeln geschaffen und damit insbesondere die Regel des § 166 BAO – wonach als Beweismittel im Abgabungsverfahren alles in Betracht kommt was zur Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist – durchbrochen hat (*Fuchs in Hofstätter/Reichel*, EStG Kommentar § 35 Tz 4).

Der Nachweis der Behinderung kann daher nur durch ein Gutachten der im Gesetz genannten zuständigen Stelle geführt werden. Haus- oder fachärztliche Bestätigungen oder Privatgutachten sind nicht ausreichend (*Wanke in Wiesner/Grabner/Wanke*, EStG 16. EL, § 35 Anm. 32). Ebenso wenig vermögen Arztbriefe anlässlich eines stationären Krankenhausaufenthaltes den gesetzlich ausdrücklich geforderten Nachweis zu ersetzen.

Da für den strittigen Zeitraum kein Behinderungsgrad betreffend ADS für den Sohn der Bf. angegeben wurde und die oben wiedergegebene Begründungen in den Sachverständigengutachten hierfür als schlüssig anzusehen sind, konnte die Familienbeihilfe für diesen Zeitraum nicht gewährt werden.

Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen.

### **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.

Im gegenständlichen Beschwerdefall ist eine Revision nicht zulässig, weil sich die einkommensteuerrechtliche Rechtsfolge bei Nichtvorlage einer entsprechenden Bescheinigung des Sozialministeriumservice unmittelbar aus dem Gesetz ergibt. Damit ist das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG zu verneinen.

Wien, am 5. Dezember 2016