

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. über die Beschwerden der Bf., Wien, vertreten durch Dr. Eric Agstner, Tuchlauben 11/2/13-14, 1010 Wien, vom 15.2.2017 und vom 14.4.2017 gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf

1) vom 7.2.2017, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum November 2016 bis Februar 2017, soweit dieser über den Zeitraum November 2016 bis Jänner 2017 abspricht,

2) vom 3.4.2017, betreffend Abweisung eines Antrags auf Gewährung von (erhöhter) Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner 2012 bis Jänner 2017,

zu Recht erkannt:

ad 1) Der angefochtene Bescheid wird insoweit aufgehoben, als er über den Zeitraum Dezember 2016 bis Jänner 2017 abspricht.

Rückforderungsbetrag für den Monat November 2016: Familienbeihilfe 162 € zuzüglich Kinderabsetzbetrag 58,40 €, **gesamt daher 220,40 €**.

ad 2) 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

### I. Verfahrensgang

#### 1. Rückforderungsbescheid vom 7.2.2017

Die Tochter der Beschwerdeführerin (Bf.) ist 1997 geboren.

Nach einer Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe stellte das Finanzamt fest, dass die Tochter ihre Lehre bereits im Oktober 2016 abgebrochen hatte und forderte unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für den Zeitraum November 2016 bis Februar 2017 zurück.

Gegen den Rückforderungsbescheid wurde vom Rechtsvertreter der Bf. Beschwerde erhoben und von diesem gleichzeitig mitgeteilt, dass er aufgrund des dauernden

Unvermögens der vj. N. E., sich selbst wegen einer geistigen Behinderung einen Unterhalt zu verschaffen, mit Beschluss des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 16. Jänner 2017 (ON 8) zu ABC zum Verfahrenssachwalter und einstweiligen Sachwalter gerichtlich bestellt worden sei.

Der angefochtene Bescheid sei infolge der geistigen Behinderung der betroffenen Person zu Unrecht erlassen worden.

Am 10. Februar 2017 stellte der Rechtsvertreter der Bf. einen Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe rückwirkend ab Jänner 2012 und übermittelte folgende Unterlagen:

- Tonbandprotokoll des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 13. Dezember 2016
- Beschluss des Bezirksgerichtes vom 16. Jänner 2017
- fachärztlicher Befundbericht des KH Hietzing vom 14. April 2015 sowie
- neurologisch-psychiatrisches Gutachten von Dr. E., Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie, vom 5. Februar 2017

In der Begründung des Beschlusses des Bezirksgerichtes wurde im Wesentlichen festgehalten, dass N. an einer leichten Intelligenzminderung leide, die ihr den Umgang mit Geld erschwere und in der Vergangenheit dazu geführt habe, dass sie immer wieder Verträge, vor allem mit Telefonanbietern, geschlossen habe, deren Kosten sie mangels Einkommens nicht zahlen habe können, wodurch bereits beträchtliche Verbindlichkeiten entstanden seien.

Im Tonbandprotokoll des Bezirksgerichtes vom 13. Dezember 2016 wurden zusammengefasst folgende Angaben der Bf. festgehalten:

N. leide von Geburt an einer Lernschwäche (Dyskalkulie). Es gebe mehrere Vorbefunde. Sie habe viele Verträge abgeschlossen, ohne dass es ihr möglich gewesen sei, das Entgelt dafür zu bezahlen. Sie habe mehrere Jobs angefangen und dann wieder aufgehört, weil sie gewisse Vorgaben und Vereinbarungen nicht eingehalten habe. N. sei derzeit beim Projekt Jugend am Werk beschäftigt. Auch dort sei der Bf. empfohlen worden, eine Sachwalterschaft zu beantragen.

Befragt, ob bereits Therapien durchgeführt worden seien, gab die Bf. an, dass ihre Tochter insgesamt 10 Jahre in therapeutischer Betreuung gewesen sei, was jedoch immer nur zu kurzfristigen Erfolgen geführt habe.

Im fachärztlichen Befundbericht wird N. eine weit unterdurchschnittliche intellektuelle Allgemeinbegabung (leichte Intelligenzminderung) attestiert.

Dr. E. kam nach Untersuchung von N. und unter Heranziehung der bereits genannten Unterlagen in ihrem Gutachten vom 5. Februar 2017 zu dem Ergebnis, dass N. an einer leichten Intelligenzminderung leidet. Psychopathologisch falle eine unsichere Persönlichkeit mit herabgesetzter Belastbarkeit auf mit bei Auftreten von Problemen Tendenzen zu Selbstverletzungshandlungen, weiters herabgesetzter Kritikfähigkeit und erhöhter Beeinflussbarkeit. Die Betroffene selbst gebe eine allgemeine Lernschwäche mit

Dyskalkulie an, weshalb sie finanziell nicht haushalten könne. Die Überblicksgewinnung sei deutlich eingeschränkt. Die Betroffene setze immer wieder Handlungen, deren Folgen sie nicht abschätzen könne.

Über Ersuchen des Finanzamtes wurde N. am 27. März 2017 im Wege des Sozialministeriumservice untersucht und der Behinderungsgrad mit 50 % festgesetzt. Die Einreihung des Leidens erfolgte unter die Richtsatzposition 03.04.02 der Einschätzungsverordnung "unsichere Persönlichkeit mit herabgesetzter Belastbarkeit. Unterer Rahmensatz, da verbunden mit einer nur leichten Intelligenzminderung". Ab 01/2007 habe der Behinderungsgrad 40% betragen.

Weiters wurde N. eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit attestiert. Festgehalten wurde, dass die Höhe des Behinderungsgrades und die voraussichtliche Erwerbsunfähigkeit unter Bezugnahme auf das oben wiedergegebene Gutachten vom 5.2.2017 erst ab Februar 2017 bestehen.

Das Finanzamt legte die Untersuchungsergebnisse seiner Entscheidung zu Grunde und wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 31. März 2017 unter Verweis auf die Bestimmungen der §§ 2 Abs. 1 lit. b und c und 8 Abs. 6 FLAG 1967 mit der Begründung ab, dass im Gutachten des Sozialministeriumservice vom 27. März 2017 die dauernde Erwerbsunfähigkeit und ein Behinderungsgrad von 50 % erst ab 1. Februar 2017 bescheinigt worden sei.

Somit lägen die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe gemäß § 2 Abs. 1 lit. c FLAG erst ab 1. Februar 2017 vor und werde der Beschwerde daher insofern teilweise stattgegeben, als die (erhöhte) Familienbeihilfe für diesen Monat gewährt werde.

Für den Zeitraum bis Jänner 2017 seien die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 lit. b FLAG (Berufsausbildung) nicht erfüllt, da N. ihre Lehre am 12. Oktober 2016 abgebrochen habe und somit seit 13. Oktober 2016 in keiner Berufsausbildung stehe.

Der Rechtsvertreter der Bf. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag und verwies zur Begründung auf den Inhalt seiner Beschwerde gegen den Bescheid des Finanzamtes vom 3. April 2017 über die Abweisung der erhöhten Familienbeihilfe für den Zeitraum Jänner 2012 bis Jänner 2017 samt den drei Beilagen.

In dieser Beschwerde, die vom Finanzamt mit Beschwerdevorentscheidung vom 21. August 2017 abgewiesen wurde, führte der Rechtsvertreter aus, dass N. auf Grund der pflegschaftsgerichtlichen Feststellungen gemäß dem unter einem vorgelegten Sachwalterbestellungsbeschluss des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 6.4.2017 sowie dem bereits bei der Antragstellung vorgelegten neurologisch-psychiatrischem Sachverständigengutachten von Frau Dr. E., Fachärztin für Neurologie und Psychiatrie, vom 5.2.2017 bereits seit ihrer Geburt bzw. frühen Kindheit an einer geistigen Behinderung infolge einer Intelligenzminderung leide. Außerdem sei psychopathologisch eine unsichere Persönlichkeit mit herabgesetzter Belastbarkeit mit Tendenzen zu Selbstverletzungshandlungen bei Auftreten von Problemen sowie weiters eine herabgesetzte Kritikfähigkeit und erhöhte Beeinflussbarkeit auffallend.

Die obigen pflegschaftsgerichtlichen Feststellungen seien jedenfalls mit dem nunmehrigen Sachverständigengutachten des Sozialministeriumservice, Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, vom 27.03.2017, wonach die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades der Behinderung erst ab 02/2017 aufgrund des vorgelegten neurologischen-psychiatrischen Sachverständigengutachtens möglich sei, nicht in Einklang zu bringen.

Eine geistige Behinderung infolge einer Intelligenzminderung entstehe bereits aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung nicht erst mit einer behördlichen Antragstellung bzw. gerichtlichen Besachwalterung, sondern habe ihren Ursprung nach der Art und dem Wesen einer geistigen Behinderung jedenfalls viel früher.

Zusammenfassend liege die geistige Behinderung infolge der Intelligenzminderung jedenfalls nicht erst seit der behördlichen Antragstellung bzw. gerichtlichen Besachwalterung vor, sondern vielmehr seit ihrer Geburt bzw. frühen Kindheit, jedenfalls zumindest seit 01/2012.

## **2. Abweisungsbescheid vom 3.4.2017**

Am 8.2.2017 stellte der Sachwalter erkennbar für die Bf. für ihre Tochter den Antrag auf Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung ab Jänner 2012. Mit ebenfalls mit 8.2.2017 datiertem Formular wurde am 10.2.2017 der Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe nachgereicht.

Aufgrund des bereits unter Punkt 1 beschriebenen am 27. März 2017 im Wege des Sozialministeriumservice erstellten Sachverständigengutachtens wies das Finanzamt die Beschwerde mit folgender Begründung ab:

*"Gemäß § 8 Abs. 5 ff Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der derzeit gültigen Fassung gilt ein Kind als erheblich behindert, bei dem nicht nur eine 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 % betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen."*

*Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit ist durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.*

*Eine rückwirkende Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe ist für max. fünf Jahre ab der Antragstellung möglich bzw. ab dem Monat, ab dem das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen den Grad der Behinderung festgestellt hat (§ 10 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 in der geltenden Fassung).*

*Da lt. Gutachten des Sozialministeriumsservice vom 27.3.2017 sowohl der Behinderungsgrad von 50% als auch die dauernde Erwerbsunfähigkeit erst ab 01.02.2017*

*festgestellt wurden, besteht bis 01/2017 kein Anspruch auf erhöhte Familienbeihilfe für N.."*

Die dagegen gerichtete Beschwerde ist ebenfalls unter Punkt 1 wiedergegeben.

Das Finanzamt veranlasste die Erstellung eines weiteren Sachverständigengutachtens im Wege des Sozialministeriumservice. Das am 21.6.2017 von einer Neurologin erstellte Gutachten lautet wie folgt:

*"...Anamnese:*

*Lt. VGA von 3/2017 50% GdB für Diagnose "unsichere Persönlichkeit mit herabgesetzter Belastbarkeit" mit rückwirkender Anerkennung ab 2/2017 (zSV-GA für Sachwalterschaft). Beschwerde von seiten des Sachwalters wird vorgebracht für rückwirkende Anerkennung ab 1/2012 aufgrund seit Geburt bestehender Intelligenzminderung.*

*Vesicoureteraler Reflux linke Niere II-III seit Geburt; AB-Prophylaxe bis 3.Lj.*

*Scheidung der Eltern 2/2004. Seither bis ca. 2013 in psycholog. Betreuung (Störung des Sozialverhaltens).*

*Legasthenie und Dyskalkulie.*

*Selbstverletzungen seit 15.Lj.*

*Bislang keine stationären Aufenthalte.*

*Drogen- und Alkoholanamnese negativ.*

*Derzeitige Beschwerden:*

*habe niemanden zum Reden*

*Behandlung(en) / Medikamente] Hilfsmittel:*

*Seroquel 25mg abds.; keine FÄ-Betreuung, keine Psychotherapie.*

*Sozialanamnese:*

*Ausbildung: Vorschule, I-Klasse in VS, HS-Abschluss (Regellehrplan), Koch-Kellner-Lehre nach 1.J. abgebrochen, 1 Monat als Köchin bei Wien Work, 1.5J. ANIS-Kurs, 8 Monate im Textilbereich gearbeitet, Friseurlehre nach 14 Monaten 10/2016 abgebrochen, 1-3/2017 BFI-Kurs — Abbruch, seit 2 Wochen Praktikum bei Billa - möchte dort gerne arbeiten, wenngleich es körperlich anstrengend sei.*

*Lebt seit 3 Wochen in vollbetreuter WG (davor bei der Mutter).*

*Seit 1/2017 besachwaltet für finanzielle Belange (Dr. Z.).*

*Kein PG-Bezug.*

*Zusammenfassung relevanter Befunde (inkl. Datumsangabe):*

*neue FÄ-Befunde gegenüber dem VGA:*

*4-10/2003, psychologischer Befund/KJP AKH: im Normbereich liegende intellektuelle Leistungsfähigkeit. Leicht verzögerte emotionale Entwicklung. Reduzierte Kontaktfähigkeit. 23.7.2014, psychologischer Befund/KJP KH Rosenhügel: leichte Intelligenzminderung.*

*Untersuchungsbefund:*

*Allgemeinzustand:*

*o.B.*

*Ernährungszustand:*

*Adipositas*

*Größe: cm Gewicht: kg Blutdruck:*

*Status (Kopf/ Fußschema) — Fachstatus:*

*o.B.*

*Gesamtmobilität — Gangbild:*

*o.B.*

*Psycho(patho)logischer Status:*

*Stimmung adäquat, keine Suicidgedanken; seit kurzem wieder (nach 3j. Pause) Selbstverletzungen mittels Ritzen; leicht unterdurchschnittliche Begabung, gute sprachliche Ausdrucksfähigkeit; in ADL teilselbstständig (Unterstützung im Haushalt erforderlich); anamnestisch unruhig und verminderte Konzentrationsfähigkeit; Probleme mit Geldeinteilung; Albträume; emotional labil und unreif.*

*Ergebnis der durchgeführten Begutachtung:*

<i>Lfd. Nr.</i>	<i>Bezeichnung der körperlichen, geistigen oder sinnesbedingten Funktionseinschränkungen, welche voraussichtlich länger als sechs Monate andauern werden: Begründung der Rahmensätze:</i>	<i>Pos.Nr.</i>	<i>GdB %</i>
1	<i>Persönlichkeitsstörung (emotional labil, unreif), leichte Intelligenzminderung - Unterer Rahmensatz, da in ambulanter Setting stabil.</i>	03.04.02	50

*Gesamtgrad der Behinderung 50 v. H.*

*Begründung für den Gesamtgrad der Behinderung:*

*Die Intelligenzminderung allein erreicht keinen GdB über 50% (Pflichtschulabschluss mit Regellehrplan). Deshalb ist eine rückwirkende Anerkennung ab Geburt bzw. früher Kindheit nicht möglich.*

*Erst die kombinierte Persönlichkeitsstörung, welche eine Beschwaltung erforderlich macht, führt zu einem 50% GdB (ab Sachverständigen-GA von 2/2017).*

*Folgende beantragten bzw. in den zugrunde gelegten Unterlagen diagnostizierten Gesundheitsschädigungen erreichen keinen Grad der Behinderung: -*

*Stellungnahme zu Vorgutachten:*

keine Änderung gegenüber dem VGA von 3/2017.

Der festgestellte Grad der Behinderung wird voraussichtlich mehr als 3 Jahre andauern:  
ja

GdB liegt vor seit: 02/2017

Frau N. E. ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen: ja

Die Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist nicht vor vollendetem 18. Lebensjahr eingetreten.

Anmerkung bzw. Begründung betreffend die Fähigkeit bzw. voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen:

Die Fähigkeit sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist weiterhin nicht gegeben (ab SV-GA von 2/2017), da psychische und kognitive Beeinträchtigungen vorhanden sind welche eine Beschäftigung am allgemeinen Arbeitsmarkt gegenwärtig nicht möglich machen.

Nachuntersuchung: in 3 Jahren

Anmerkung hins. Nachuntersuchung:

Nachuntersuchung zwecks Kontrolle der Unterhaltsfähigkeit mit rezenten Befunden erforderlich, da Besserung möglich."

Das Finanzamt erließ eine abweisende Beschwerdevorentscheidung mit folgender Begründung:

"ad 01/2012:

Gemäß § 10 Abs 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) wird 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.

Da Sie den Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe für Ihre Tochter N. erst am 08.02.2017 eingebracht haben, liegt der Monat 01/2012 außerhalb des gesetzmäßigen Rahmens zur Antragstellung.

ad 02/2012 — 01/2017:

Gemäß § 8 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 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 % betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Gem. § 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 Sachverständigengutachten nachzuweisen.

Im ersten Gutachten des Sozialministeriumsservice vom 27.3.2017 wurde für N. ein

*Behinderungsgrad von 40% ab 01/2007 und ein Behinderungsgrad von 50% sowie eine dauernde Erwerbsunfähigkeit ab 02/2017 festgestellt.*

*Auch nach nochmaliger Überprüfung durch das Sozialministeriumsservice im Beschwerdeverfahren lt. Gutachten vom 21.06.2017 wurden ein Behinderungsgrad von 50% und die dauernde Erwerbsunfähigkeit von N. erst ab 02/2017 bescheinigt. Da daher im strittigen Zeitraum nur ein Behinderungsgrad von 40% und keine dauernde Erwerbsunfähigkeit vorliegt und somit die Voraussetzungen des § 8 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) nicht erfüllt werden, war Ihre Beschwerde als unbegründet abzuweisen."*

Der dagegen gerichtete Vorlageantrag enthält folgende Begründung:

*"...Des weiteren wird eingangs ausdrücklich gerügt, dass dem Beschwerdeführervertreter das in der Beschwerdevorentscheidung genannte Gutachten vom 21.06.2017 bis dato nicht zugestellt wurde.*

*Um Wiederholungen zu vermeiden wird ausdrücklich auf den Inhalt der Beschwerde vom 14.04.2017 sowie der beiden Urkundenvorlagen jeweils vom 05.05.2017 verwiesen.*

*Zusammenfassend liegt die geistige Behinderung gemäß der zahlreichen vorgelegten ärztlichen Befunde und Atteste meiner Kurandin, Frau N. E., infolge der Intelligenzminderung mit einem Grad von zumindest 50 % jedenfalls nicht erst seit der behördlichen Antragsstellung bzw. gerichtlichen Besachwalterung (02/2017) vor, sondern vielmehr bereits seit ihrer frühen Kindheit, jedenfalls zumindest seit 01/2012, weshalb nunmehr ausdrücklich gestellt wird der*

#### *Antrag*

*die Behörde möge ein weiteres unabhängiges Gutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen für Psychiatrie und Neurologie einholen, zumal die "Laiengutachter" des Sozialministeriumservices offenkundig alle von mir vorgelegten ärztlichen Befunde und Atteste meiner Kurandin konsequent ignorieren und dadurch einen nachweislich falschen Behinderungsgrad befunden."*

### **3. Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht**

Da nicht ersichtlich war, ob das in der Beschwerdevorentscheidung genannte Gutachten vom 21.6.2017 der Bf. zu Handen ihres Rechtsvertreters zugestellt wurde, übermittelte das BFG das in Rede stehende Gutachten dem Rechtsvertreter und räumte ihm die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme ein.

Innerhalb der gesetzten Frist nahm der Rechtsvertreter zum Gutachten wie folgt Stellung:

*"Es wird erst ab der gerichtlichen Besachwalterung 02/2017 von einem Gesamtgrad der Behinderung in Höhe von 50 % ausgegangen, obwohl nach medizinischem Ermessen davon auszugehen ist, dass dieser bereits weit vorher vorlag.*

*Dafür spricht insbesondere, dass gemäß den ebenfalls beiliegenden Befunden meiner Kurandin, Frau N. E., die gegenständliche Persönlichkeitsstörung und*

*Intelligenzminderung – entgegen dem gegenständlichen Sachverständigengutachten – bereits 11/2014 und 04/2015 diagnostiziert wurde.*

*Zusammenfassend ist daher aus den genannten Gründen das gegenständliche Sachverständigengutachten unrichtig.*

*Für etwaige Rückfragen steht Ihnen meine Rechtsanwaltskanzlei selbstverständlich gerne zur Verfügung.*

*Abschließend werden daher die bisherigen (Beschwerde-) Anträge vollinhaltlich aufrecht gehalten."*

Beigeschlossen war ein Attest einer praktischen Ärztin vom 5.10.2007, in dem diese ausführt, das Kind der Bf. leide seit seiner Einschulung an Lagasthenie und Dyskalkulie mit Progredienz seit der Scheidung der Eltern 2002. Trotz psychologischer Betreuung habe sich die Symptomatik nur unwesentlich gebessert.

Zusätzlich finde sich bei ihr ein vesikourethaler Reflux links, der derzeit zwar klinisch nicht imponiere, doch immer wieder zu rezidivierenden Harnwegsinfekten geführt habe, die eine Antibiotikatherapie erforderten.

Beigeschlossen war ferner ein klinisch-psychologischer Befund vom 11.11.2014, dessen Zusammenfassung wie folgt lautet:

*"N. präsentiert sich freundlich und angepasst und kann sich kommunikativ angemessen mitteilen. Sie zeigt sich affektiv gut schwingungsfähig und ihre Stimmung ist meist ausgeglichen, punktuell ist innere Anspannung spürbar. Ihr Leistungsverhalten ist kooperativ und bemüht. Anfänglich zeigt sie jedoch eine ausgeprägte Aufregung mit starker vegetativer Symptomatik.*

*Das Ergebnis hinsichtlich ihrer intellektuellen Allgemeinbegabung fällt weit unterdurchschnittlich aus, sodass von einer leichten Intelligenzminderung gesprochen werden kann.*

*Die Einschätzungen hinsichtlich der psychischen Symptombelastung divergieren stark: Während die Mutter eine hohe Symptombelastung wahrnimmt, nimmt N. bei sich kaum Symptome von klinischer Relevanz wahr. Angegeben werden unspezifische Ängste, sowie leichte depressive Symptome, die vor allem auf einer geringen Selbstakzeptanz basieren.*

*Psychodynamisch ist die Ambivalenz zwischen Entwicklungswünschen und Ablösebestrebungen einerseits und dem Bedürfnis nach familiärer Nähe, Hilfe und Unterstützung andererseits von Bedeutung. Es gibt Hinweise auf Spannungen in der Mutter-Tochter-Beziehung und Rivalität in der Geschwisterbeziehung, während der Vater kaum repräsentiert wird. Es kommen starke Angststoffe, das Erleben von Aggression und Entwertung zum Ausdruck. Potentiell traumatisierende Situationen werden angegeben.*

*Hinsichtlich ihrer Persönlichkeit zeigen sich im Vergleich zu anderen Jugendlichen mehr Schwierigkeiten, sich initiativ und verantwortlich zu verhalten, sowie sich selbst und andere in ihren Eigenheiten zu akzeptieren. Hinsichtlich des Temperaments finden sich*

*Einschätzungen im Bereich besorgt-vorsichtig und bequem-pragmatisch. N. scheint sich gerne an der Grenze des Erlaubten zu bewegen, lässt aber auch soziale Kompetenzen, wie Hilfsbereitschaft, Fairness und Mitgefühl, erkennen. Sie zeigt sich altersentsprechend interessiert an Sozialkontakt und Freundschaften.*

*Im Vordergrund scheinen aktuell Überforderungsgefühle beim gleichzeitigem Wunsch nach Entwicklung und Unabhängigkeit zu stehen, wobei die weitere berufliche Entwicklung von besonderer Bedeutung ist, daher wird die Unterstützung durch die Sozialarbeit und Maßnahmen zur Berufsorientierung (z.B. „Sprungbrett“ für Mädchen) empfohlen. Weiters ist auf die Förderung einer positiven Geschwisterbeziehung zu achten.“*

Weiters wurde ein (bereits aktenkundiger) kurzer fachärztlicher Befundbericht des KH Hietzing vom 14.4.2015 übermittelt, der zunächst die Zusammenfassung des oben zitierten klinisch-psychologischer Befundes vom 11.11.2014 wiedergibt und dann weiter ausführt:

**"Ergotherapeutischer Bericht vom 25.02.2015**

*Im Rahmen der ambulanten Abklärung h.o wurde N., aufgrund von Schwierigkeiten in der Handlungsplanung, zusätzlich ergotherapeutisch begutachtet.*

*N. zeigte sich in der Ergotherapie gesprächig, offen und gut in Interaktion. Sie ist kooperativ und erledigt die an sie gestellten Aufgaben. Hierbei zeigt sie sich bemüht, oftmals jedoch etwas verunsichert. Vor allem bei neuen und ungewohnten Aufgaben und Tätigkeiten sind anfängliche Unsicherheiten gegeben. N. zweifelt an ihren Fähigkeiten und braucht etwas Lob und Bestätigung, um sich motivieren zu lassen. Im Bereich der Handlungsplanung, hat N. oftmals eine Idee, wirkt dann allerdings "gehemmt" ins Tun zu kommen. Leichte Unsicherheiten im Erstellen bzw. Einhalten einzelner Handlungsschritte sind zu beobachten. Nathalies Vorgehensweise ist oftmals wenig vorausschauend und bei Nichtgelingen wird nach dem Versuch-Irrtum Prinzip vorgegangen. Zur Beendigung ihrer Aufgaben, braucht N. länger und ihr Arbeitsstil ist generell etwas verlangsamt. Bei eingelernten Tätigkeiten, die auch im beruflichen Alltag von ihr eingefordert werden, scheinen keine größeren Schwierigkeiten zu bestehen bzw. gelingen diese nach Übung.*

*Im Gespräch wurden zukünftige Berufswünsche und die Realisierbarkeit dieser besprochen. Am liebsten würde N. als Kindergartenpädagogin arbeiten, gab aber an noch nie gut in der Schule gewesen zu sein und sich mit dem Lernen schwer zu tun. Weiter wollte sich eigentlich auch keine Ausbildung/Schule mehr besuchen, sondern am liebsten gleich in die Lehre (Einzelhandelskauffrau) gehen. Auch der ANIS-Kurs derzeit motiviert sie kaum "ich arbeite da gratis für sie".*

*Nach einer Aktivitätenanalyse ihrer Aufgaben- und Tätigkeitsbereiche im Einzelhandel, kann davon ausgegangen werden, dass N. bei sicher eingelernten Tätigkeiten (derzeit z.B. Kleidung zusammenlegen, Ware sichern...) keine größeren Schwierigkeiten hat. Bei neuen und ungewohnten Aufgaben hingegen, wäre es wichtig, einzelne Handlungsschritte mit N. vor zu besprechen und praktisch durchzugehen.*

*Nathalies derzeitiges Ziel ist es, sich z.B. beim NewYorker zu bewerben und dort eine Lehre zu beginnen. Hier würde sich N. mehr Unterstützung erwarten. Zum Verein "Sprungbrett" wo sie einmalig einen Termin hatte, möchte sie nicht mehr hin gehen "das hat nix gebracht".*

*Aus ergotherapeutischer Sicht wäre eine Unterstützung, im Rahmen der Berufsorientierung, z.B. durch die Sozialarbeit empfehlenswert.*

*Eine medikamentöse Therapie ist nicht indiziert. Wir empfehlen eine Anbindung an das Jugendcoaching zur weiteren Planung von Nathalies Ausbildungsperspektiven."*

## **II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **1. Sachverhaltsfeststellungen**

Unbestritten ist, dass die Tochter der Bf. ihre Berufsausbildung im Oktober 2016 beendet hat. Das Bundesfinanzgericht nimmt es als erwiesen an, dass bei ihr ein Behinderungsgrad von 50% und eine voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, erst ab Dezember 2016 eingetreten ist.

### **2. Beweiswürdigung**

Diese Feststellung beruht auf den oben wiedergegebenen, im Wege des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen erstellten in den wesentlichen Aussagen schlüssigen Gutachten vom 27.3.2017 und 21.6.2017, die allerdings hinsichtlich des Zeitpunktes des Eintritts einer voraussichtlich dauernder Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, (wie unten zu zeigen ist) einer Korrektur bedürfen.

### **3. Rechtliche Würdigung**

Festgehalten wird zunächst, dass das Finanzamt der Beschwerde, soweit sie sich gegen den Monat Februar 2017 richtet, mit Beschwerdevorentscheidung Folge gegeben hat. Auch der Vorlageantrag richtet sich erkennbar nicht gegen diesen Monat. Im Rahmen dieses Erkenntnisses kann daher nur über den Zeitraum Jänner 2012 bis Jänner 2017 abgesprochen werden.

#### **3.1 Jänner 2012**

Das Finanzamt hat in seiner Beschwerdevorentscheidung zu Recht darauf hingewiesen, dass gem. § 10 Abs. 3 FLAG 1967 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 wird.

Da der Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe erst am 8.2.2017 eingebracht haben, kann (erhöhte) Familienbeihilfe für Jänner 2012 schon aus diesem Grund nicht gewährt werden.

#### **3.2 Februar 2012 bis Jänner 2017**

##### **3.2.1 Gesetzliche Bestimmungen**

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. c FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe 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 § 8 Abs. 4 FLAG 1967 erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind. Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967, 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.

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.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG 1967 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.

Die Feststellung des Behindertengrades eines Kindes, für das erhöhte Familienbeihilfe nach § 8 Abs. 4 FLAG beantragt wurde, hat somit nach den Bestimmungen des § 8 Abs. 6 FLAG 1967 auf dem Wege der Würdigung ärztlicher Sachverständigengutachten zu erfolgen.

Die Abgabenbehörde 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 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.

### **3.2.2 Rechtlich folgt daraus:**

Wie aus den oben zitierten Gesetzesbestimmungen ersichtlich ist, ist der Anspruch auf den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe nur dann gegeben, wenn auch der Grundbetrag zusteht.

Dies bedeutet, dass bei volljährigen Kindern, denen nicht schon aus anderen Gründen als aus dem Titel der Behinderung der Grundbetrag an Familienbeihilfe zusteht, der Grad der Behinderung ohne jede Bedeutung ist, und würde er auch 100 % betragen. Besteht also keine vor dem 21. (25.) Lebensjahr eingetretene voraussichtlich dauernde Unfähigkeit,

sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, steht weder Grund- noch Erhöhungsbetrag zu. Besteht eine derartige Unterhaltsunfähigkeit, steht sowohl Grund- als auch Erhöhungsbetrag zu (*Lenneis* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 8 Rz 21). Auch im vorliegenden Beschwerdefall ist daher nur von Relevanz, zu welchem Zeitpunkt bei der Tochter der Bf. die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, eingetreten ist.

Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis VfGH 10.12.2007, B 700/07, ausgeführt, aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 8 Abs. 6 FLAG ergebe sich, dass der Gesetzgeber nicht nur die Frage des Grades der Behinderung, sondern (bereits seit 1994) auch die (damit ja in der Regel unmittelbar zusammenhängende) Frage der voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, der eigenständigen Beurteilung der Familienbeihilfenbehörden entzogen und dafür ein qualifiziertes Nachweisverfahren eingeführt habe, bei dem eine für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution eingeschaltet werde und der ärztliche Sachverständig die ausschlaggebende Rolle spiele. Dem dürfte die Überlegung zugrunde liegen, dass die Frage, ob eine behinderte Person voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, nicht schematisch an Hand eines in einem bestimmten Zeitraum erzielten Einkommens, sondern nur unter Berücksichtigung von Art und Grad der Behinderung bzw. der medizinischen Gesamtsituation der betroffenen Person beurteilt werden könne. Der Gesetzgeber habe daher mit gutem Grund die Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit jener Institution übertragen, die auch zur Beurteilung des Behinderungsgrades berufen sei. Die Beihilfenbehörden hätten bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und könnten von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich seinem Erkenntnis VwGH 18.11.2008, 2007/15/0019, dem etliche weitere gefolgt sind, der Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes angeschlossen; daraus folgt, dass auch das Bundesfinanzgericht für seine Entscheidungsfindung die im Wege des Sozialministeriumservice erstellten ärztlichen Sachverständigengutachten heranzuziehen hat, sofern diese als schlüssig anzusehen sind. Es ist also im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens zu überprüfen, ob die erstellten Sachverständigengutachten diesem Kriterium entsprechen.

Dies ist der Fall; wenn das Zweitgutachten ausführt, nicht schon die Intelligenzminderung allein erreiche einen GdB über 50% (Pflichtschulabschluss mit Regellehrplan), weshalb eine rückwirkende Anerkennung ab Geburt bzw. früher Kindheit nicht möglich sei, und erst die kombinierte Persönlichkeitsstörung, die eine Besuchswaltung erforderlich gemacht habe, hätte zu einem GdB von 50% und zu einer voraussichtlich dauernden Erwerbsunfähigkeit geführt, so ist diesen Feststellungen Schlüssigkeit keinesfalls abzusprechen.

Aus diesem Grund war auch der Antrag der Bf. auf Einholung eines (neuerlichen) Gutachtens eines gerichtlich beeideten Sachverständigen für Psychiatrie und Neurologie abzuweisen, da gemäß der obigen Judikatur eine Bindung der Finanzbehörden und des

Finanzgerichts an im Wege des Sozialministeriumservice erstellten schlüssigen Gutachten besteht.

Wenn der Rechtsvertreter der Bf. darauf verweist, die Behinderung habe bereits seit der frühen Kindheit der Tochter der Bf., jedenfalls zumindest seit 01/2012 bestanden, so wird insbesondere auf das Erkenntnis des VwGH 20.11.2014, Ra 2014/16/0010, hingewiesen in dem der Gerichtshof Folgendes ausführt:

*"§ 6 Abs 2 lit d FLAG stellt darauf ab, dass der Vollwaise auf Grund einer zu einem bestimmten Zeitpunkt eingetretenen Behinderung außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Eine derartige geistige oder körperliche Behinderung kann durchaus die Folge einer Krankheit sein, die schon seit Längerem vorliegt (bei angeborenen Krankheiten oder genetischen Anomalien etwa seit Geburt), sich jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt manifestiert. Erst wenn diese Krankheit zu einer derart erheblichen Behinderung führt, welche die Erwerbsunfähigkeit bewirkt, ist der Tatbestand des § 6 Abs 2 lit d FLAG erfüllt. Mithin kommt es weder auf den Zeitpunkt an, zu dem sich eine Krankheit als solche äußert, noch auf den Zeitpunkt, zu welchem diese Krankheit zu (irgend) einer Behinderung führt. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, zu dem diejenige Behinderung (als Folge der allenfalls schon länger bestehenden Krankheit) eintritt, welche die Erwerbsunfähigkeit bewirkt."*

Ein derartiger Sachverhalt liegt offensichtlich auch im Beschwerdefall vor. Ein Indiz dafür, dass die Erkrankung der Tochter der Bf. nicht bereits in ihrer Kindheit und Jugend zu einer voraussichtlich dauernden Erwerbsunfähigkeit geführt hat, ist auch der Umstand, dass sie sich noch bis Oktober 2016 in Berufsausbildung befunden hat.

Allerdings bedarf das Gutachten in einem Punkt der Korrektur: Wie oben ausgeführt, sind zwar die Feststellungen im Gutachten nicht zu beanstanden, wonach erst die kombinierte Persönlichkeitsstörung, die eine Besuchswaltung erforderlich gemacht habe, zu einem GdB von 50% und zu einer voraussichtlich dauernden Erwerbsunfähigkeit geführt hätte; allerdings wurde die kombinierte Persönlichkeitsstörung bereits bei der gerichtlichen Anhörung vom 16.12.2016 zumindest vermutet, hatte sich daher offensichtlich schon damals manifestiert, und fand bloß ihre Bestätigung im zitierten Gutachten vom 5. Februar 2017. Dass die kombinierte Persönlichkeitsstörung allerdings bereits 11/2014 und 04/2015 diagnostiziert worden wäre, ist aus dem vom Rechtsvertreter der Bf. vorgelegten Befunden nicht ersichtlich.

Somit bestehen keine Bedenken, die Familienbeihilfe nebst Erhöhungsbetrag bereits ab Dezember 2016 zu gewähren.

#### **4. 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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da der Umstand, ab welchem Zeitpunkt die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, vorliegt, eine Sachverhaltsfrage und nicht eine Rechtsfrage darstellt.

Wien, am 16. Jänner 2018