

## BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R über die Beschwerde der Bf., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg vom 13. März 2015, betreffend Abweisung des Antrages auf Zuerkennung der Erhöhungsbetrages gemäß § 8 Abs 4 Familienlastenausgleichsgesetz - FLAG 1967 idgF für den Sohn S, SVNR \*\*\*, ab Jänner 2015, beschlossen:

Der angefochtene Bescheid vom 13. März 2015 und die in dieser Sache ergangene Beschwerdeentscheidung vom 1. Juni 2015 werden gemäß § 278 Abs 1 Bundesabgabenordnung - BAO aufgehoben und die Sache an die belangte Behörde zurückverwiesen.

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

## Entscheidungsgründe

Mit dem amtlichen Formular Beih3 vom **13. Jänner 2015 beantragte** die Beschwerdeführerin (Bf) für ihren 1998 geborenen Sohn die erhöhte Familienbeihilfe, wobei sie zur Wirksamkeit ihres Antrages beide im Antragsformular vorgesehenen Möglichkeiten ankreuzte, d.h. als konkretes Datum den Jänner 2015 angab und gleichzeitig jenen Zeitpunkt des Eintritts der erheblichen Behinderung, den die/der medizinische Sachverständige im Höchstausmaß von rückwirkend fünf Jahren ab Antragstellung feststellt. Sie gab an, dass der Sohn seit Geburt an Neurodermitis leide. Nach dem Verwaltungsakt hat die belBeh die Bf zur Bestimmung der Wirksamkeit der Beantragung nicht befragt. Der im Streitzeitraum mJ Sohn besucht die Schule; der Grundbetrag der Familienbeihilfe steht der Bf daher zu.

Mit **angefochtenem Bescheid vom 13. März 2015** wies die belBeh den Antrag mit Wirksamkeit ab Jänner 2015 ab, weil das Sozialministeriumservice (SMS) den Grad der Behinderung mit 40 % festgestellt habe, das Gesetz jedoch für eine positive Erledigung einen Grad der Behinderung von zumindest 50 % verlange.

Das SMS hatte der belBeh zur Behinderung des Sohnes im Wege der elektronischen Übermittlung unten wiedergegebene Daten zur Einsicht bekannt gegeben. Die gemäß

§ 8 Abs 6 FLAG erstellten Gutachten können die Beihilfenbehörden aufgrund einer im Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (in der Folge: BMASK) erfolgten IT-Änderung seit Ende 2014 nur noch im eingeschränkten Umfang einsehen.

Im Rahmen der elektronischen Abgabendatenverwaltung werden die Familienbeihilfedaten in der Datenbank 7 (DB7) verwaltet. Die zuvor dargestellten Daten werden dabei als Metadaten bezeichnet. Nach der ursprünglichen Form der Datenverwaltung konnte ein Finanzamt am Ende der Metadaten das Sachverständigengutachten durch Eingabe eines Kürzels öffnen und einsehen. Am Ende des Gutachtens war der Vidimierungsvermerk durch den Chefarzt bzw der Chefärztin des BASB angebracht. Seit Ende 2014 kann die belBeh (bzw können die Beihilfenbehörde) weder das Gutachten noch den Vidimierungsvermerk sichtbar machen oder ausdrucken. Die seit Ende 2014 reduzierten Daten tragen keinen Vidimierungsvermerk.

Geändert wurde auch die Art der Übermittlung des Gutachtens an den Beihilfenwerber. Erfolgte bis zur Umstellung die Übermittlung des Gutachtens durch die Beihilfenbehörde gemeinsam mit der Mitteilung oder dem Abweisungsbescheid, so erhält der Beihilfenwerber das Gutachten nunmehr direkt durch vom BASB.

Die Bf erhob gegen den Abweisungsbescheid mit **Schriftsatz vom 26. März 2015** form- und fristgerecht **Beschreibbeschwerde** und trug darin vor, dass sich ihr Sohn wegen seiner Haut extrem schäme, und ersuchte, den psychischen Aspekt, den diese Krankheit mit sich bringe, bei der Ermittlung des Grades der Behinderung nicht außer Acht zu lassen.

Die belBeh entschied über die Beschwerde mit **Beschwerdevorentscheidung vom 1. Juni 2015** im Wesentlichen mit derselben Begründung wie im angefochtenen Bescheid, wogegen die Bf mit **Schriftsatz vom 19. Juni 2015 Vorlageantrag** erhob und ihrerseits das Beschwerdevorbringen wiederholte. Der von der Bf namentlich genannte Sachverständige habe nicht die ganzen Beschwerden beachtet. Die Bf wolle nur wissen, aus welchem Grund die psychische Belastung keine Berücksichtigung im Gutachten gefunden habe. Auch im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde hat die belBeh nicht über die Gutachten verfügt.

Die belBeh konnte im Zeitpunkt der Erlassung der Erledigungen daher bloß folgende Daten aufrufen und einsehen:

„Erledigt: A

20.01.2015 Anforderung vorgemerkt

13.03.2015 Erledigung durchgeführt

Grad der Behind.: 40% ab 01.06.2005

Dauernd erwerbsunfähig: vor 18 Lj.: nein vor 21. Lj.: nein

Nachuntersuchung vorauss. Weitere 3 Jahre: ja

Stellungnahme:

Bescheinigung: 06.03.2015 GZ: 4711“

„Erledigt: A

02.04.2015 Anforderung vorgemerkt

02.06.2015 Erledigung durchgeführt

Grad der Behind.: 40% ab 01.03.2015

Dauernd erwerbsunfähig: vor 18 Lj.: nein vor 21. Lj.: nein

Nachuntersuchung vorauss. Weitere 3 Jahre: ja

Stellungnahme:

Bescheinigung: 20.05.2015 GZ: 4712“

„Erledigt: N

10.08.2015 Anforderung vorgemerkt

25.09.2015 Erledigung durchgeführt

Grad der Behind.: 30% ab 01.09.2015

Dauernd erwerbsunfähig: vor 18 Lj.: nein vor 21. Lj.: nein

Nachuntersuchung vorauss. Weitere 3 Jahre: ja

Stellungnahme: Die aktuell vorliegenden Hautveränderungen wirken sich nicht maßgeblich auf die Fähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, aus.

Bescheinigung: 25.09.2015 GZ: 4713“

Im **Vorlagebericht vom 12. Oktober 2015** nannte die belBeh als Beweismittel drei

Gutachten vom 6.6.2015, vom 20.5.2015 und vom 25.9.2015 und führte dazu aus:

„Betreffend Gutachten wird darauf hingewiesen, dass diese in Originalausfertigung nur bei der Beschwerdeführerin einsehbar sind, diese wären von dieser evt. in Kopie abzuverlangen.“

Mit **Vorhalt des BFG vom 24. November 2015** wurde der Bf aufgetragen, die drei Sachverständigengutachten vorzulegen. Weiters wurde sie gefragt, ob der Sohn wegen der behaupteten krankheitsbedingten psychischen Belastung in psychologischer oder psychotherapeutischer Betreuung sei. Diesfalls seien weiters die Honorarnoten vorzulegen. Diesem Vorhalt entsprach die Bf mit **Schriftsatz vom 28. November 2015** nicht inhaltlich, denn sie teilte darin mit, dass der Sohn das Angebot einer psychologischen bzw. psychotherapeutischen Betreuung dankend ablehne, da er diese nicht benötige und außerdem keine Zeit für diese hätte. Die Gutachten wurden im Schriftsatz nicht erwähnt und auch nicht vorgelegt.

Der per Ende 2014 geänderten Vorgangsweise, dass das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (in der Folge kurz: BASB) das Sachverständigengutachten nicht mehr der Beihilfenbehörde übermittelt, damit diese es gemeinsam mit dem Bescheid oder der Mitteilung dem Beihilfenwerber zustellt, sondern dem Beihilfenwerber direkt - und ausschließlich diesem - übermittelt, bei gleichzeitiger Einschränkung der Einsichtsmöglichkeit in die elektronisch übermittelten Gutachten für die Beihilfenbehörden liegt keine Gesetzesänderung, sondern eine geänderte, vermeintlich am Datenschutz orientierte Gesetzesauslegung durch das Bundesministerium für Soziales, Arbeit und Konsumentenschutz, Sozialministeriumservice, und das Bundesministerium für Familien und Jugend zu Grunde.

Der Vizepräsident des Bundesfinanzgerichts hat in dieser Sache von IT-Ateilung/BMF , zur erfolgten Umstellung folgende Stellungnahme erhalten:

*"Aufgrund einer IT-Umstellung im BMASK (Projekt XY ) waren wir gezwungen, die Schnittstelle der Gutachtenseinsicht neu zu gestalten. Im Zuge dieser Umsetzung wurde diskutiert, ob die Anzeige des vollständigen Gutachtens aus Datenschutzgründen bedenklich sei. Insbesondere wurde vorgebracht, dass die detaillierte Schilderung des Gesundheitszustandes und sonstiger sozialer Umstände für die Feststellung des Anspruches auf Familienbeihilfe nicht maßgebend sei!*

*Es wurde daher vom Fachbereich (BMFJ sowie Produktmanagement P ) entschieden, dass im DB7 nur mehr jene Daten angezeigt werden sollen, die für den Anspruch auf FB maßgebend sind. Das sind nun die Daten, die in der aktuellen DB7-Maske angezeigt werden.*

*Sollten in Einzelfällen doch detaillierte Informationen benötigt werden, kann ja von der anspruchsberechtigten Person das Gutachten abverlangt werden, das im neuen Verfahren direkt durch das BASB (Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen) zugesendet wird und nicht mehr durch DB7.*

*Sollte seitens des BFG dennoch eine andere technische Lösung gewünscht werden, so müsste gemeinsam mit dem zuständigen Fachbereich eine entsprechende IT-Anforderung (inkl. Kosten-Nutzen-Rechnung) erstellt werden."*

In einer an den Amtsleiter des Sozialministeriumservice gerichteten E-Mail vom 31.Juli 2015 hielt der Vizepräsident des BFG fest, dass eine Entscheidung über eine Beschwerde gegen einen Abweisungsbescheid betreffend erhöhte Familienbeihilfe ohne genaue Kenntnis des bzw. der im Verfahren erstellten Gutachten völlig unmöglich sei. Wie die beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts (zB VfGH 10.12.2007, B 700/07; VwGH 18.11.2008, 2007/15/0019) bereits mehrfach entschieden hätten, sei es im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht (und auch bereits im Verfahren vor den Finanzämtern) unumgänglich, die erstellten Gutachten auf ihre Schlüssigkeit zu überprüfen. Hierzu sei natürlich auch die Würdigung des Gesundheitszustandes und der sozialen Verhältnisse notwendig.

*Die erstellten Gutachten würden von den Beschwerdeführern nie ihrer Beschwerde beigelegt und müssten daher im Beschwerdeverfahren von ihnen abverlangt werden.*

*Da aber nicht garantiert werden kann, dass die Beschwerdeführer tatsächlich sämtliche erstellten Gutachten vorlegen, müssten die Gutachten vom SMS abverlangt werden (wofür § 158 Abs. 2 BAO die Basis bildet). Datenschutzgründe stünden dem nicht entgegen, da gemäß § 158 Abs. 2 BAO die Beantwortung von Ersuchsschreiben durch Dienststellen von Körperschaften öffentlichen Rechts mit dem Hinweis auf gesetzliche Verpflichtungen zur Verschwiegenheit nur dann abgelehnt werden kann, wenn diese Verpflichtungen Beihilfenbehörden (bzw. dem BFG – sh. § 2a BAO) gegenüber ausdrücklich auferlegt seien .*

Die Landesstelle Wien des SMS (X2) und die Landesstelle Niederösterreich (X3) erteilten auf Ersuchen am 9. Dezember 2015 die **telefonische Auskunft**, dass die Gutachten do. zwar über Bildschirm aufgerufen, aber nicht ausgedruckt werden könnten. Die Gutachten würden der Finanzverwaltung - nach wie vor elektronisch - übermittelt, die Finanzämter könnten die Gutachten jedoch nur mehr im eingeschränkten Umfang einsehen. Diese technische Beschränkung habe die IT-Abteilung des SMS veranlasst. Im Falle einer Beschwerde hätten die Finanzämter die Möglichkeit, nochmals das oder die Gutachten der anspruchsberechtigten Person zuzustellen, von der dann die Vorlage des Gutachtens verlangt werden könnte. Die Möglichkeit, selbst die Gutachten einzusehen oder auszudrucken, bestünde für die Finanzämter aber nicht.

Im Parallellfall RV/7106117/2015 drohte das Bundesfinanzgericht dem Bundessozialamt mit Beschluss vom 15. Jänner 2016 zur Durchsetzung der Übermittlung eines Sachverständigengutachtens die Verhängung einer Zwangsstrafe in der Höhe von € 5.000,00 an. Die in jenem Beschwerdefall belangte Behörde hatte sich vergeblich bemüht, vom Bundessozialamt das Gutachten zu erhalten. Zu dem zwischenzeitig beim BFG eingelangten Gutachten ist festzustellen, dass dieses den chefärztlichen Vidimierungsvermerk trägt.

Nach mehreren erfolglosen Versuchen des Vizepräsidenten des BFG, den zuständigen Abteilungsleiter des Bundesministeriums für Familien und Jugend seit Sommer 2015 telefonisch zu erreichen, richtet der Vizepräsident am 5. Februar 2016 folgende E-Mail an ihn, dem eine Ablichtung obiger Zwangsstrafenandrohung als Anhang angeschlossen ist:

*... „In letzter Zeit häufen sich die Probleme iZm der Erstellung von Gutachten im Wege des SMS. Es ist in vielen Fällen für das BFG schwierig bis unmöglich, die Gutachten zu erhalten, dies obwohl die Rechtslage mE eindeutig ist.*

*Nach § 8 Abs. 6 FLAG ist der Nachweis der Behinderung durch eine Bescheinigung des SMS aufgrund eines ärztlichen Gutachtens zu erbringen, was auch die Verpflichtung inkludieren muss, das Gutachten dem Auftraggeber (= der Beihilfenbehörde) zur Verfügung zu stellen. Die Finanzämter sehen aber im DB 7 nur mehr den Grad der Behinderung sowie die voraussichtlich dauernde Unterhaltungsunfähigkeit. Die einsehbaren Daten beinhalten auch nicht den Vidimierungsvermerk, was bedeutet, dass die Finanzämter nicht einmal die geforderten Bescheinigungen erhalten.*

*Wie sich allerdings aus dem Erkenntnis des VfGH vom 10.12.2007, B 700/07, ergibt (und auch aus etlichen VwGH-Erkenntnissen), haben die Beihilfenbehörden bei ihrer Entscheidung jedenfalls von der durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und können von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen. Dies bedingt aber natürlich, dass bereits die Finanzämter die Gutachten kennen, um ihre Schlüssigkeit beurteilen zu können. Es ist daher sehr wahrscheinlich, dass mangels Kenntnis der Gutachten in etlichen Fällen FB zu Unrecht gewährt oder auch nicht gewährt wird. Hingewiesen sei auch auf VwGH 15.2.2006 2002/13/0182, wo der*

*Gerichtshof ausdrücklich auf die Vermeidung von Manipulationen bei der Familienbeihilfe hinweist. Die Bedeutung der Gutachten liegt in der Umsetzung des Gleichheitssatzes.*

*Unabdingbar ist natürlich aber jedenfalls, dass dem BFG die Gutachten zur Kenntnis gebracht werden. Die Konsequenzen der Nichtvorlage der Gutachten könnten folgende sein:*

- Abverlangen der Gutachten vom SMS unter Zwangsstrafenandrohung und –festsetzung (sh. hierzu die Anhänge);*
- Aufhebung des angefochtenen Bescheides nach § 278 Abs. 1 BAO;*
- Entscheidung nach § 266 Abs. 4 BAO aufgrund der Behauptungen des Beschwerdeführers.*

*Da all diese Maßnahmen unbefriedigend sind und Ressourcen bei den Beihilfenbehörden und beim BFG binden, **darf ich Sie bitten, darauf zu drängen, dass die Beihilfenbehörden und das BFG wiederum Zugang zu den Gutachten via DB 7 erhalten.***

Mit E-Mail vom 26. Februar 2016 wird das Ersuchen des Vizepräsidenten des BFG durch den zuständigen **Abteilungsleiter des BMFJ** wie folgt beantwortet:

*„... die von Ihnen angesprochene Angelegenheit ist mir zwischenzeitig bekannt geworden.*

*Ich möchte in diesem Zusammenhang im Wesentlichen auf das Beschwerdeverfahren beim Bundesfinanzgericht eingehen:*

*Es ist für mich ganz klar – und da teile ich Ihre Meinung vollinhaltlich, dass dem Bundesfinanzgericht das/die Sachverständigengutachten im Rahmen des Beschwerdeverfahrens zur Kenntnis gebracht werden müssen.*

*Ansonsten wäre ja eine rechtsstaatliche Umsetzung – im Sinne der von Ihnen zitierten Judikatur des VfGH – nicht möglich.*

*Wir werden daher die Finanzämter explizit dahingehend informieren, dass in jedem Fall einer Beschwerde auch das/die bezughabenden Sachverständigengutachten – gemeinsam mit dem Vorlageantrag - vorgelegt wird/werden.*

*Damit müsste sichergestellt sein, dass das Bundesfinanzgericht alle - für die Entscheidungsfindung in Angelegenheiten der erhöhten Familienbeihilfe für erheblich behinderte Kinder - erforderlichen Unterlagen zur Verfügung haben.*

*Sollte es bei der in Rede stehenden Thematik zu Problemstellungen grundsätzlicher Natur oder auch in Einzelfällen kommen, biete ich gerne die Unterstützung meiner Fachabteilung an.*

*Ergänzend möchte ich noch darauf hinweisen, dass wir derzeit - gemeinsam mit dem Produktmanagement des BMF – weitere Überlegungen anstellen, wie wir das Verfahren verbessern können.“*

**Es wurde erwogen:**

## **Rechtsgrundlagen:**

Gemäß § 8 Abs 4 Z 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idF BGBl I 53/2014 (in der Folge kurz: FLAG 1967) erhöht sich die Familienbeihilfe monatlich für jedes Kind, das erheblich behindert ist, ab 1. Juli 2014 um 150 € und ab 1. Jänner 2016 um 152,90 €.

Gemäß § 8 Abs 5 FLAG 1967 idgF 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 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.

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 diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.

Gemäß Abschnitt 01, Haut, des Anhanges zur Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung), idgF sind ua außergewöhnliche psychoreaktive Belastungen zusätzlich zu berücksichtigen und nach Abschnitt 03 einzuschätzen.

Gemäß § 18 Abs 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG) 1991 idF BGBl I 5/2008 (in der Folge: AVG) haben Erledigungen jedenfalls schriftlich zu ergehen, wenn dies in den Verwaltungsvorschriften ausdrücklich angeordnet ist oder von der Partei verlangt wird.

Gemäß § 18 Abs 3 AVG sind schriftliche Erledigungen vom Genehmigungsberechtigten mit seiner Unterschrift zu genehmigen; wurde die Erledigung elektronisch erstellt, kann an die Stelle dieser Unterschrift ein Verfahren zum Nachweis der Identität (§ 2 Z 1 E-GovG) des Genehmigenden und der Authentizität (§ 2 Z 5 E-GovG) der Erledigung treten.

Gemäß § 18 Abs 4 AVG hat jede schriftliche Ausfertigung die Bezeichnung der Behörde, das Datum der Genehmigung und den Namen des Genehmigenden zu enthalten.

Ausfertigungen in Form von elektronischen Dokumenten müssen mit einer Amtssignatur (§ 19 E-GovG) versehen sein; Ausfertigungen in Form von Ausdrucken von mit einer Amtssignatur versehenen elektronischen Dokumenten oder von Kopien solcher Ausdrücke

brauchen keine weiteren Voraussetzungen zu erfüllen. Sonstige Ausfertigungen haben die Unterschrift des Genehmigenden zu enthalten; an die Stelle dieser Unterschrift kann die Beglaubigung der Kanzlei treten, dass die Ausfertigung mit der Erledigung übereinstimmt und die Erledigung gemäß Abs. 3 genehmigt worden ist. Das Nähere über die Beglaubigung wird durch Verordnung geregelt.

Gemäß § 51 Abs 2 Z 5 FLAG 1967 ist mit der Vollziehung des § 8 Abs. 6, soweit es sich um die Begutachtung durch ein Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen handelt, der Bundesminister für Arbeit und Soziales, betraut.

Gemäß § 177 Abs 1 Bundesabgabenordnung - BAO sind die für Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellten Sachverständigen beizuziehen, wenn die Aufnahme eines Beweises durch Sachverständige notwendig wird.

Gemäß § 177 Abs 2 BAO kann die Beihilfenbehörde aber ausnahmsweise auch andere geeignete Personen als Sachverständige heranziehen, wenn es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten erscheint.

Gemäß § 52 Abs 2 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz – AVG - 1991 (in der Folge kurz: AVG) kann die Behörde aber ausnahmsweise andere geeignete Personen als Sachverständige (nichtamtliche Sachverständige) heranziehen, wenn Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder es mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falles geboten ist.

Gemäß § 114 Abs 1 Satz 1 BAO haben die Beihilfenbehörden darauf zu achten, daß alle Abgabepflichtigen nach den Abgabenvorschriften erfaßt und gleichmäßig behandelt werden, sowie darüber zu wachen, daß Abgabeneinnahmen nicht zu Unrecht verkürzt werden.

Gemäß § 115 Abs 1 BAO haben die Beihilfenbehörden die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Gemäß Artikel 18 Abs 1 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.

Gemäß § 166 BAO kommt als Beweismittel im Abgabungsverfahren alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.

Abgesehen von offenkundigen Tatsachen und solchen, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, hat die Beihilfenbehörde gemäß § 167 Abs 2 BAO unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenvorgangs nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Gemäß § 7 Abs 1 Datenschutzgesetz 2000 (in der Folge kurz: DSG) dürfen Daten nur verarbeitet werden, soweit Zweck und Inhalt der Datenanwendung von den gesetzlichen Zuständigkeiten oder rechtlichen Befugnissen des jeweiligen Auftraggebers gedeckt sind und die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzen.



Gemäß § 7 Abs 2 Z 1 bis 3 DSG dürfen Daten nur übermittelt werden, wenn sie aus einer gemäß Abs. 1 zulässigen Datenanwendung stammen und der Empfänger dem Übermittelnden seine ausreichende gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis – soweit diese nicht außer Zweifel steht – im Hinblick auf den Übermittlungszweck glaubhaft gemacht hat und durch Zweck und Inhalt der Übermittlung die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden.

Gemäß § 9 Z 3 DSG werden schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung sensibler Daten ausschließlich dann nicht verletzt, wenn sich die Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verwendung aus gesetzlichen Vorschriften ergibt, soweit diese der Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses dienen.

§ 278 BAO idF des Finanzverwaltungsgerichtsbarkeitsgesetzes 2012, BGBl I 14/2013, lautet:

Absatz 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 gegenstandlos (§ 256 Abs. 3, § 261) zu erklären,

so kann das Verwaltungsgericht mit Beschluss die Beschwerde durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Beschwerdevorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Beihilfenbehörde 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.

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

Absatz 3: Im weiteren Verfahren sind die Beihilfenbehörden 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.

Gemäß § 111 Abs 1 BAO sind die Beihilfenbehörden berechtigt, die Befolgung ihrer auf Grund gesetzlicher Befugnisse getroffenen Anordnungen zur Erbringung von Leistungen, die sich wegen ihrer besonderen Beschaffenheit durch einen Dritten nicht bewerkstelligen lassen, durch Verhängung einer Zwangsstrafe zu erzwingen. Zu solchen Leistungen gehört auch die elektronische Übermittlung von Anbringen und Unterlagen, wenn eine diesbezügliche Verpflichtung besteht.

Gemäß § 111 Abs 3 BAO darf die einzelne Zwangsstrafe den Betrag von 5 000 Euro nicht übersteigen.

**Aufgrund des vorgelegten Verwaltungsaktes und des ergänzend durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:**

Der Anspruch der Bf auf den Grundbetrag der Familienbeihilfe ist unstrittig. Aufgrund einer Erkrankung des Sohnes an Neurodermitis beantragt die Bf die Zuerkennung des Erhöhungsbetrages infolge Behinderung gemäß § 8 Abs 4 bis 6 FLAG 1967. Zur Feststellung des Grades der Behinderung hat das BASB drei Gutachten erstellt und diese direkt der Bf zugestellt. Diese Gutachten wurden von der belBeh nicht beschafft. Die belBeh hat vielmehr ohne Kenntnis der drei Sachverständigengutachten sowohl den Abweisungsbescheid erlassen und als auch über die Beschwerde mit (zwingender) Beschwerdevorentscheidung abgesprochen.

Diese Vorgangsweise ist seit Ende 2014 seitens des Bundesministeriums für Familien und Jugend angeordnet. An der Schnittstelle der Gutachtenseinsicht erfolgte durch eine IT-Umstellung im Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (Projekt XY, idF kurz Änderung an der Schnittstelle), die diese Beschränkung in der Einsichtsmöglichkeit der elektronisch übermittelten Gutachten im DB7 durch die Beihilfenbehörden technisch ausgelöst hat. Die sich dadurch ergebenden Rechtsauswirkungen auf die Beweismittellage im Beihilfenverfahren wird vom Bundesministerium für Familien und Jugend vertreten. Die belBeh hat daher bei ihren Entscheidungen, ohne im Besitz der Gutachten zu sein, weisungskonform gehandelt.

Die für die belBeh im Zeitpunkt der Erledigungen von Antrag und Bescheidbeschwerde lediglich einsehbaren Daten im DB7 waren (Metadaten):

- Grad der Behinderung und Zeitpunkt des Eintritts der Behinderung
- Eintritt der dauernden Erwerbsunfähigkeit vor dem 18. oder 21. Lebensjahres
- Zeitraum bis zur Nachuntersuchung

Diese Metadaten enthalten nicht den chefärztlichen Vidimierungsvermerk oder eine andere Unterschrift (Approbation, Genehmigung oÄ). auch das BASB als verfassende Behörde geht aus den Metadaten nicht hervor. Weder Gutachter noch Art der Erkrankung scheinen darin auf.

Mit der Beschwerde wird vorgetragen, dass die Krankheit des Sohnes von einer psychischen Belastung begleitet wird, und beantragt, diesen psychischen Aspekt bei der Ermittlung des Grades der Behinderung zu berücksichtigen, bzw um Angabe von Gründen ersucht, aus denen hervorgeht, weshalb diese psychische Belastung keinen Einfluss auf den Grad der Behinderung habe.

Der Versuch des BFG, die Sachverständigengutachten bei der Bf zu beschaffen, ist gescheitert.

Die belBeh verfügt möglicherweise über das Gutachten in ihrem IT-System, kann es aber weder einsehen noch ausdrucken. Die belBeh könnte allenfalls die Zusendung des Gutachtens an die Bf nochmals anstoßen.

Das BASB ist zwar befähigt, das Gutachten auf dem Bildschirm seiner Mitarbeiter sichtbar zu machen, sodass die Mitarbeiter des SMS das Gutachten lesen können. Aber auch die Mitarbeiter des BASB sind aufgrund technischer Gegebenheiten faktisch nicht in der Lage, die Sachverständigengutachten auszudrucken und zu übermitteln.

Wegen der Übermittlung der Gutachten an die Beihilfenbehörden stehen weiters datenschutzrechtliche Bedenken im Raum, obgleich sie nicht konkretisiert wurden.

### **Beweiswürdigung:**

Obige Sachverhaltsfeststellung – insbesondere, was die Entscheidung der belBeh ohne Vorliegen der Gutachten angeht - ergibt sich widerspruchsfrei aus dem Verwaltungsakt und den im Verfahrenshergang weiters dargestellten Schriftverkehr des Vizepräsidenten des BFG mit dem zuständigen Abteilungsleiter des BMFJ sowie der telefonischen Auskunft der belBeh am 2. März 2016. Auch die mit E-Mail von der zuständigen Fachabteilung des BMFJ erfolgte Antwort setzt sich mit den vom Vizepräsidenten bezüglich des Gleichheitssatzes geäußerten Bedenken und der Notwendigkeit der Kenntnis der Gutachten im Entscheidungszeitpunkt der Beihilfenbehörden, worauf auch im Beschluss des BFG vom 15. Jänner 2016, RV/7106117/2015, ausführlich eingegangen worden ist, nicht auseinander, sondern befasst sich ausschließlich mit der Gutachtensvorlage an das BFG im Falle eines Vorlageantrages.

### **rechtliche Beurteilung:**

Ob der Einwand, der Gutachter habe sich nicht mit der behaupteten psychischen Beeinträchtigung des Sohnes auseinandergesetzt, zu Recht erhoben wird, lässt sich nur durch Einsicht in die Gutachten klären; ob dem Einwand Berechtigung zukommt, wäre – sofern bisher darauf nicht eingegangen worden ist - durch ein neuerliches Gutachten zu klären, weil es sich um eine medizinische Frage handelt.

Abgesehen vom eigentlichen Rechtsstreit zwischen der Bf und der belBeh wirft die Änderung an der Schnittstelle verfahrensrechtliche Fragen in Bezug auf die Einhaltung von Verfahrensgrundsätzen auf. Die Tragweite gegenständlichen Beschwerdefalles geht also weit über den Einzelfall hinaus, denn in diversen ha. anhängigen Beschwerdeverfahren haben die Beihilfenbehörden vorgetragen, dass sie die Gutachten nicht mehr erhalten und dass das vom BMFJ so gewollt ist.

### **Zur Falllösung sind folgende Rechtsfragen iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beantworten:**

1. Sind Gutachten und Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 voneinander trennbar und ist als Beweismittel im Beihilfenverfahren die Bescheinigung ausreichend?
2. Wie sind die Begriffe „Begutachtung“ iSd § 51 Abs 2 Z 5 FLAG sowie „Bescheinigung“ und „ärztliches Sachverständigengutachten“ iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 auszulegen und welche Behörde ist zur Auslegung befugt?
3. Ist das BASB gesetzlich verpflichtet, das Gutachten der Beihilfenbehörde zu übermitteln, und wenn ja, in welchem Zeitpunkt? Ist es zulässig, dass das BASB das Gutachten dem Beihilfenwerber übermittelt?

4. Unter welchen Voraussetzungen ist eine Abweisung infolge Nichtvorlage des Gutachtens durch den Beihilfenwerber zulässig?
5. Bestehen gegen die Übermittlung der Gutachten seitens des BASB datenschutzrechtliche Bedenken zu Recht?

**ad 1. Sind Gutachten und Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 voneinander trennbar und ist als Beweismittel im Beihilfenverfahren die Bescheinigung ausreichend?**

Zunächst ist festzuhalten, dass § 8 Abs 6 FLAG zwar zwischen einer Bescheinigung und einem Sachverständigengutachten unterscheidet, faktisch jedoch Bescheinigung und Sachverständigengutachten (in der Folge: Gutachten) bis zur Änderung an der Schnittstelle in einem gemeinsamen Schriftstück (bzw in einem gemeinsamen elektronisch übermittelten Datensatz) enthalten waren. Die Änderung an der Schnittstelle macht also erstmals die rechtliche Beurteilung von Bescheinigung und Gutachten erforderlich, denn die seither für die Beihilfenbehörden einsehbaren Daten sind jene, die unter rechtlichen Aspekten der Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG entsprechen. Was die Beihilfenbehörden daher seit Ende 2014 nicht mehr einsehen können, sind die Sachverständigengutachten.

Gutachten eines Sachverständigen zählen – wie in jeder Verfahrensordnung auch – zu den Beweismitteln (§§ 166ff und 1 77 BAO) .

Die Gutachten des § 8 Abs 6 FLAG enthalten insbesondere

- die Bezeichnung der Landesstelle des BASB mitsamt Adresse
- die Bezeichnung der untersuchten Erkrankung/Behinderung,
- die aufgenommenen Befunde, die als Beweismittel zu qualifizieren sind und eine Vollständigkeitskontrolle ermöglichen,
- die Beschreibung des Krankheitsverlaufs,
- die Überlegungen des Arztes, die für die Einordnung unter eine bestimmte Richtsatzposition ausschlaggebend waren,
- den Namen des Gutachters, der allenfalls als Zeuge im Abgabungsverfahren herangezogen werden kann,
- den Namen des vidierenden Chefarztes , der - soweit er als Gutachter tätig war - ebenfalls als Zeuge im Abgabungsverfahren herangezogen werden kann.

All diese Fakten bleiben den Beihilfenbehörden seit der Änderung an der Schnittstelle unbekannt.

**a) ständige Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts:**

Zur Frage, ob die Beihilfenbehörden und das Bundesfinanzgericht berechtigt sind, das im § 8 Abs 6 FLAG genannte Gutachten einzusehen, hat der Verfassungsgerichtshof bereits mit **Beschluss VfGH 10.12.2007, B 700/07**, zu Recht erkannt, dass die Beihilfenbehörden bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen haben und von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen können. Die Bescheinigung selbst enthält

– wie oben ausgeführt - keine Daten, die die vom VfGH angesprochene qualifizierte Auseinandersetzung ermöglichen würden, weshalb davon auszugehen ist, dass der Verfassungsgerichtshof die Übermittlung der Sachverständigengutachten an die Beihilfenbehörden geradezu als selbstverständlich vorausgesetzt hat.

Nach dem zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes kann von solchen Gutachten nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung auch abgegangen werden (VwGH 13.12.2012, 2009/16/0325).

Nach **ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes** ist die Behörde an die der Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen zu Grunde liegenden Gutachten gebunden und darf diese nur insoweit prüfen, ob sie schlüssig und vollständig und im Falle mehrerer Gutachten nicht einander widersprechend waren (vgl VwGH 09.09.2015, 2013/16/0049; VwGH 16.12.2014, Ro 2014/16/0053; VwGH 16.12.2014, Ro 2014/16/0054; VwGH 27.09.2012, 2010/16/0261; VwGH 13.12.2012, 2009/16/0325; VwGH 22.12.2011, 2009/16/0307; VwGH 22.12.2011, 2009/16/0310, jeweils mwN).

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 Bundessozialamtes zu prüfen und erforderlichenfalls für deren Ergänzung zu sorgen. Sowohl eine Gutachtensergänzung als auch ein neues Gutachten stellen lediglich Beweismittel dar, deren Richtigkeit und Schlüssigkeit von der antragstellenden Partei bekämpft werden kann. Auch das Bundesfinanzgericht ist nicht verpflichtet, solche Gutachten in jedem Fall ihrer Entscheidung über den geltend gemachten Familienbeihilfenanspruch zugrunde zu legen (nochmals VwGH 2009/16/0325, mwN).

Die Bindung der Beihilfenbehörden an die Bescheinigung besteht also nur dann, wenn das zu Grunde liegende Sachverständigengutachten einer Schlüssigkeits- und Vollständigkeitskontrolle durch die Beihilfenbehörde standhält.

Die Bescheinigungen des BASB und die diesen zu Grunde liegenden Gutachten sind Beweismittel in einem Abgabungsverfahren, sei es wegen außergewöhnlicher Belastung (§§ 34, 35 EStG 1988) oder erhöhter Familienbeihilfe (§ 8 Abs 5 – Abs 7 FLAG 1967), und sind daher bereits vor Erlassung des Bescheides (bzw. der Mitteilung gemäß § 13 FLAG) von der Beihilfenbehörde auf ihre Schlüssigkeit zu überprüfen, und nicht erst im Zuge eines eventuellen Bescheidbeschwerdeverfahrens (vgl VwGH 13.12.2012, 2009/16/0325, mwN).

Beide Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts stimmen also überein, dass die Gutachten Beweismittel in einem Abgabungsverfahren sind und die Beihilfenbehörden nicht zwingend binden, sondern im abgesteckten Rahmen der freien Beweiswürdigung unterliegen. Der unabhängige Finanzsenat und das Bundesfinanzgericht gab und gibt erforderlichenfalls

in seinen Entscheidungen den Inhalt der Gutachten ganz oder teilweise wieder; teilweise wurden diese auch vom Verwaltungsgerichtshof übernommen (zB VwGH 28.06.2012, 2011/16/0023). Die Gutachten sind eine *conditio sine qua non* für die abgabenrechtliche Sachentscheidung.

## **b) Verfahrensgrundsätze der Bundesabgabenordnung in Bezug auf Beweismittel**

Das Beweisverfahren wird vor allem beherrscht vom Grundsatz der Unbeschränktheit und Gleichwertigkeit der Beweismittel (§ 166) sowie vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 167) (Ritz, BAO, 5. Auflage 2014, § 166 Tz 2).

In den **Grundsatz der Unbeschränktheit der Beweismittel** gemäß § 166 BAO hat bereits der einfache Gesetzgeber eingegriffen, indem er zur Beantwortung der Frage des Grades der Behinderung und der voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ein qualifiziertes Nachweisverfahren eingeführt hat, bei dem eine für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution eingeschaltet wird und der ärztliche Sachverstand die ausschlaggebende Rolle spielt (nochmals VwGH B700/07). Dieser Eingriff ist aber deshalb verfassungsrechtlich unbedenklich, weil er sachlich gerechtfertigt ist, wie der Verfassungsgerichtshof ja selbst ausführt, und weil der in § 167 Abs 2 BAO verankerte **Grundsatz der freien Beweiswürdigung** dadurch unberührt bleibt. Aus diesem Grund führt der Verfassungsgerichtshof in demselben Erkenntnis aus, dass die Beihilfenbehörden nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung (mit dem Gutachten) von der Bescheinigung (Grad der Behinderung etc) sogar abgehen können.

## **c) neue Auslegung des § 8 Abs 6 FLAG 1967 verletzt Legalitätsgrundsatz und Gleichheitsgrundsatz**

Die Beihilfenbehörden sind auch in Vollziehung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 gemäß § 114 BAO iVm Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG dem Gleichheitsgrundsatz und dem Grundsatz der amtswegigen Erforschung der materiellen Wahrheit gemäß § 115 Abs 1 BAO verpflichtet. Nach Ritz ist § 114 BAO zum Teil eine *einfachgesetzliche Wiederholung verfassungsrechtlicher Grundsätze*, nämlich des **Gleichheitsgrundsatzes** (Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG) und des **Legalitätsgrundsatzes** (Art 18 Abs 1 B-VG, vgl auch § 5 F-VG) (Ritz, BAO, 5. Aufl. 2014, § 114 Tz 1). Der Gleichheitsgrundsatz verpflichtet die Beihilfenbehörden, von Amts wegen darauf zu achten, dass alle Abgabepflichtigen nach den Abgabenvorschriften erfasst und gleichmäßig behandelt werden, sowie darüber zu wachen haben, dass Abgabeneinnahmen nicht zu Unrecht verkürzt werden. Jede Ausnahme von der Abgabepflicht - bzw jede Zuerkennung einer Transferleistung - ist von der Allgemeinheit der Steuerzahler zu tragen und daher zuvor von der Abgabenbehörde zu prüfen.

Die neue Rechtsauslegung führt aber dazu, dass die Beihilfenbehörden jene Gutachten, die nicht von der anspruchsberechtigten Person beanstandet würden, nie auf ihre Vollständigkeit und/oder Schlüssigkeit prüfen könnten bzw würden. Für Gutachten, die einen Grad der Behinderung von mindestens 50 % ausweisen und die daher nicht bekämpft würden, tritt daher eine faktische rechtswidrige Bindung der

Beihilfenbehörde an einen der Rechtskontrolle nicht zugänglichen Akt der Verwaltung ein, die verfassungsrechtlich nicht gedeckt ist.

Die neue Rechtsauslegung verletzt primär den Legalitätsgrundsatz (und dadurch in der Folge weitere Grundsätze), indem die Beihilfenbehörden an einen Akt der Verwaltung gebunden werden, nämlich die Bescheinigung, die – wie unter Punkt ausgeführt – mangels Genehmigung nicht einmal als behördliche Erledigung anzusehen ist.

Das Rechtsmittelverfahren und damit der Rechtsschutz sind durch das Gesetz in das Abgabungsverfahren eingebettet. Die Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 basiert (arg „auf Grund“) auf dem Sachverständigengutachten und besitzt für sich allein keinerlei Beweiskraft. Bescheinigung und Sachverständigengutachten stehen in derselben Beziehung zueinander wie Spruch und Begründung eines Bescheides: So wie die Begründung den Spruch tragen muss, muss auch das Sachverständigengutachten die Bescheinigung tragen. **Bescheinigung und Sachverständigengutachten bilden erst gemeinsam ein einheitliches Beweismittel.** Die Beihilfenbehörde gibt Bescheinigung und Sachverständigengutachten beim BASB in Auftrag und hat Anspruch, vom BASB Bescheinigung und Sachverständigengutachten zu erhalten.

#### **d) Rechtsnatur des Gutachtens als Amtsgutachten iSd § 177 BAO**

Der Verwaltungsgerichtshof ordnet die gemäß § 8 Abs 6 FLAG 1967 erstellten Gutachten dem § 177 BAO zu (nochmals VwGH 2009/16/0325) ebenso *Ritz (Ritz, aaO, § 177 Tz 5)*. Das gemäß § 8 Abs 6 FLAG 1967 erstellte Gutachten zählt also zu den sog Amtsgutachten, die von der Beihilfenbehörde in Auftrag gegeben werden. §§ 51 Abs 2 Z 5 und 8 Abs 6 FLAG 1967 begründen daher ein im öffentlichen Recht normiertes Auftragsverhältnis zwischen Beihilfenbehörde als Auftraggeber und BASB als Auftragnehmer. Da Auftraggeber die Beihilfenbehörde ist, trifft sie auch die Verantwortung, im Fall von Unschlüssigkeit oder Unvollständigkeit eine Ergänzung oÄ des Gutachtens von sich aus – also ohne Zutun der Partei – zu veranlassen (vgl zB VwGH 15.12.2008, 2007/15/0019, VwGH 28.05.2009, 2007/15/0225, mwN). Dass das BASB die Gutachtenserstellung auf Grundlage von § 52 Abs 2 AVG in Auftrag gibt, ändert nichts an seiner Einordnung unter § 177 BAO, weil die Frage nach der Qualität als Amtsgutachten aus der Sicht des Verfahrens zu beantworten ist, in dem das Amtsgutachten als Beweismittel verwendet wird.

Die Herausgabe des Gutachtens vom BASB an die Beihilfenbehörde hat daher in Erfüllung dieses Auftragsverhältnisses zu erfolgen. Es liegt in der Natur jeden Auftragsverhältnisses, dass der Auftraggeber einen Anspruch auf Herausgabe der beauftragten Sache gegen den Beauftragten hat. Ebenso liegt es in der Natur eines Auftragsverhältnisses, dass der Auftraggeber die Kosten für die Gutachtenserstellung trägt. Auch das ist hier der Fall, denn gemäß § 8 Abs 6 2. Satz FLAG 1967 sind die diesbezüglichen Kosten aus den Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen. Im Fall der Nichtvorlage durch das BASB ist die Beihilfenbehörde aufgrund der rechtlichen Gestaltung als Amtsgutachten verpflichtet, die Vorlage des Gutachtens mit

allen ihr zu Gebote stehenden Mitteln durchzusetzen. Die Bundesabgabenordnung kennt als einziges Zwangsmittel die Zwangsstrafe gemäß § 111 BAO.

Die vom BASB direkte Übermittlung des Gutachtens an den Beihilfenwerber bringt die aus dem Auftragsverhältnis resultierende Obliegenheit des BASB gegenüber der auftraggebenden Beihilfenbehörde nicht zum Erlöschen. Die neue Rechtsanschauung, die Beihilfenbehörde könne sich das Gutachten bei Bedarf ohnehin von den Beschwerdeführern vorlegen lassen, steht mit geltendem Recht daher nicht Einklang. Die Herausgabe des Gutachtens an die belangte Behörde ist vielmehr eine nach wie vor offene Bringschuld des BASB. Diesen Anspruch macht eine Beihilfenbehörde aber nicht durch ein auf § 158 BAO gestütztes Ersuchschreiben geltend, sondern durch Vorgehen mit Zwangsstrafe gemäß § 111 BAO. Auf die weiteren Ausführungen unter Punkt 2 wird zur Vermeidung von Wiederholungen verweisen.

**ad 2. Wie sind die Begriffe „Begutachtung“ iSd § 51 Abs 2 Z 5 FLAG sowie „Bescheinigung“ und „ärztliches Sachverständigengutachten iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 auszulegen?**

Zunächst ist festzuhalten, dass der in der Kompetenznorm § 51 Abs 2 Z 5 FLAG verwendete Begriff „Begutachtung“ im § 8 Abs 6 FLAG selbst nicht vorkommt. Die Begutachtung im hier gefragten Zusammenhang umfasst die Summe aller Handlungen durch den zum Sachverständigen bestellten Arzt, die notwendig sind, damit dieser am Ende aufgrund seiner medizinischen Fachkenntnisse das Gutachten erstellen kann. Die Begutachtung ist daher von rein medizinischer Natur. Fraglich erscheint, wie eine rein *medizinische* Kompetenz, die der Bundesministerin für Familien und Jugend als *Abgabenbehörde* (§ 51 Abs 1 FLAG iVm § 49 Abs 1 BAO) ohnedies nicht zukommt, überhaupt auf den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz *übertragen* werden kann.

Jedenfalls hat der Gesetzgeber mit dem Begriff „Begutachtung“ im § 51 Abs 2 Z 5 FLAG eine klare Trennung vorgenommen, indem ausschließlich Fragen, die medizinische Fachkenntnis verlangen, in die Zuständigkeit des BASB fallen. Für Fragen juristischer Natur bleibt die alleinige Zuständigkeit der Abgabenbehörde. Diese Trennung der Kompetenzen entspricht hM und Judikatur zum Amtsgutachten, wonach der Sachverständige keine Rechtsfragen zu lösen hat (VwGH 17.12.1993, 93/15/0094; Stoll, BAO, 1858; Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze, 794; Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrenrecht 9, Tz 358; Kotschnigg, Beweisrecht BAO, § 177 Rz 4). Die Beantwortung der Frage, ob § 8 Abs 6 FLAG dahingehend auszulegen sei, dass das FLAG nur die Übermittlung der Bescheinigung erfordere, fällt nicht in die Kompetenz des BASB. Das BASB ist nicht befugt § 8 Abs 6 FLAG auszulegen; diese Kompetenz wird mit § 51 Abs 2 Z 5 FLAG nicht übertragen. Das BASB hat jene Urkunden auszufolgen, die die Beihilfenbehörde bei ihm beauftragt hat.

*Bescheinigungen* sind Wissenserkklärungen und als solche nicht normativ. Werden sie von Behörden ausgestellt, sind sie Ausdruck behördlichen Wissens. Als öffentliche



Urkunde iSd § 292 ZPO sind sie ein Beweismittel von besonderer Art und von besonderem Beweiswert (vgl. *Ritz*, BAO-Kommentar, 5., überarbeitete Auflage 2014, § 92 Tz 17 mwN).

Das *Gutachten* eines Sachverständigen besteht in der fachmännischen Beurteilung von Tatsachen. 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. Dabei hat der Sachverständige keine Rechtsfragen zu lösen (vgl. *Ritz*, BAO-Kommentar, 5., überarbeitete Auflage 2014, § 177 Tz 1 mwN).

Nach dem klaren Wortlaut fordert § 8 Abs 6 FLAG zwei Urkunden, und zwar ein ärztliches Sachverständigengutachten und - auf diesem aufbauend - eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen (VwGH 21.09.2009, 2009/16/0090). Die Einführung des Gutachtens iVm einer Bescheinigung geht auf mehrere Fälle mit Manipulationshandlungen bei der erhöhten Familienbeihilfe zurück, sodass es gänzlich unverständlich erscheint, weshalb die nachvollziehbaren Gründe für die Bescheinigung den Beihilfenbehörden nicht zugänglich sein sollten (vgl. VwGH 15.02.2006, 2002/13/0182). Gerade das Gutachten dient der Erfüllung des gesetzlichen Auftrages des § 114 BAO und damit der Verhinderung von Abgabenausfällen. Nach den Ausführungen der belBeh sollen die Beihilfenbehörden aber ohne Gutachten entscheiden. Auch das BMFJ geht in seiner E-Mail vom 26. Februar 2016 ausschließlich auf das Beschwerdeverfahren vor dem BFG ein.

Die Bescheinigung des § 8 Abs 6 FLAG ist nach dem Gesetzeswortlaut eine behördliche Erledigung (argumentum „Bescheinigung *des Bundesamtes*...“). Als *behördliche* Erledigung ist die Bescheinigung nach den für das BASB geltenden Verwaltungsverfahrensvorschriften zu erstellen ist, das ist das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz. Als eine juristische Person des öffentlichen Rechts bedarf das BASB zum Handeln eines Organs, das zur Ausstellung der Bescheinigung nach dem AVG befugt ist.

Wie oben geschildert, konnten die vom BASB elektronisch übermittelten Daten von den Beihilfenbehörden in der DB7 schrittweise geöffnet werden, sodass am Schluss ein alle Daten beinhaltender gemeinsamer Computerausdruck erstellt werden konnte, der zum Verwaltungsakt genommen wurde. Faktisch lag stets nur ein gemeinsamer Datensatz vor. Die Verwaltungspraxis hat diesen Datensatz so ausgelegt, dass er zum einen das Sachverständigengutachten darstellt und zum anderen jene *Teile des Gutachtens*, die unter § 8 Abs 5 FLAG fallen - wie Bezeichnung der Behinderung, Grad der Behinderung, Datum des Eintritts der Behinderung etc - *durch den chefärztlichen Vidimierungsvermerk zur behördlichen Bescheinigung des BASB werden*. Denn anders als die gutachtenden Ärzte sind die Chefärzte und -ärztinnen Dienstnehmer des BASB, weshalb für die Chefärzten und -ärztinnen seitens der Abgabenverwaltung die Befugnis zur Genehmigung iSd Verwaltungsvorschriften angenommen wurde. Es ist ausreichend, dass rechtlich zwei Urkunden vorliegen; eine faktische körperliche Trennung ist nicht erforderlich.

Über den reinen behördlichen Aspekt hinaus erfüllt der Chefarzt bzw die Chefärztin aber auch Gutachtertätigkeit. So fällt es bei Vorliegen mehrerer Behinderungen in die Chefarztkompetenz, den einheitlichen Prozentsatz zu ermitteln.

Wie eingangs dargestellt wurde im Parallellfall das Gutachten vorgelegt und vom BFG festgestellt, dass der Vidimierungsvermerk auf dem papierenen Sachverständigengutachten angebracht ist. Im Lichte obiger – früher auf den gemeinsamen Datensatz angewandter – Auslegung ist somit das papierene Gutachten unter rechtlichen Aspekten das *Sachverständigengutachten UND die Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 in einem gemeinsamen papierenen Schriftsatz*. Damit fehlt aber der verbliebenen, elektronisch übermittelten „Bescheinigung“ ein Genehmigungsvermerk iSd AVG, sodass die vom BASB und vom BMFJ als Bescheinigung bezeichneten Metadaten in ihrer reduzierten Form als ein rechtliches Nullum anzusehen ist und keinerlei Rechtswirkung entfalten. Durch die Änderungen an der Schnittstelle erfolgt im Ergebnis eine Bindung der Beihilfenbehörden an eine behördliche Nichterledigung. Nicht unerwähnt kann bleiben, dass die elektronische Übermittlung von Daten zwischen BASB und Beihilfenbehörden– anders als im Einkommensteuerrecht – ohne gesetzliche Regelung im FLAG erfolgt.

**ad 3. Ist das BASB gesetzlich verpflichtet, das Gutachten der Beihilfenbehörde zu übermitteln, und wenn ja, in welchem Zeitpunkt? Ist es ausreichend, dass das BASB das Gutachten dem Beihilfenwerber übermittelt?**

Das BASB erstellt die Gutachten nicht selbst durch eigenes Personal, sondern erteilt seinerseits gemäß § 52 Abs 2 AVG iVm § 2a Bundessozialamtsgesetz – BASBG an nichtamtliche Sachverständige den Auftrag dazu. Die Gutachten werden von niedergelassenen Ärzten, mitunter in deren eigenen Praxen, erstellt. Der letztlich mit der Sache betraute ärztliche Sachverständige wird - aus der Sicht der Beihilfenbehörde betrachtet - quasi im Subauftrag tätig. Sein unmittelbares Auftragsverhältnis besteht nur gegenüber dem BASB. Da per Gesetz zwischen der Beihilfenbehörde und dem Gutachter das BASB eingeschaltet ist, hat die Beihilfenbehörde *aus dem Auftragsverhältnis heraus* kein unmittelbares Durchgriffsrecht auf den Gutachter. Auch trägt das Gutachten zu diesem Zeitpunkt noch nicht den Vidimierungsvermerk des Chefarztes des BASB (s. Punkt 2).

Die Anordnung, als Sachverständiger tätig zu werden, kann bei den im § 177 Abs 3 genannten Personen mit Zwangsstrafe (§ 111) erzwungen werden (Ritz, BAO-Kommentar, 5., überarbeitete Auflage 2014, § 177 Tz 8 mwN). Da die Beihilfenbehörde zur Beauftragung eines Gutachtens gemäß § 8 Abs 6 FLAG an das BASB gebunden, und nicht frei in der Wahl eines Sachverständigen ist, ist jedenfalls von einer unvertretbaren Leistung des BASB iSd § 111 BAO auszugehen. Das mit §§ 51 Abs 2 Z 5, 8 Abs 6 FLAG 1967 zwischen Beihilfenbehörde und BASB gesetzlich begründete Auftragsverhältnis zur Beweismittelbeschaffung *derogiert dem Grundsatz des § 165 BAO*, demzufolge die Beihilfenbehörde zuerst mit dem Abgabepflichten Verhandlungen zu führen hat. Folglich hat sich die Beihilfenbehörde zuerst an das BASB zu halten und die Pflichterfüllung des

BASB durchzusetzen. Dass das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen eine Bundesbehörde ist, steht einer auf § 111 BAO gestützten Vorgangsweise nicht entgegen, zumal Gutachten und Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 in einem gemeinsamen Schriftsatz enthalten sind.

Die Rechtsansicht der belBeh, das Amtsgutachten des § 8 Abs 6 FLAG 1967 könne beim Beihilfenwerber beschafft werden, ohne zuvor die Herausgabe des Gutachtens beim BASB erfolglos durchgesetzt zu haben, ist rechtlich verfehlt.

Die Übermittlung des Gutachtens an den Beihilfenwerber obliegt der Abgabenbehörde zur Wahrung des Parteienghört, um effizienten Rechtsschutz zu garantieren (vgl Ritz, aaO, § 177, Tz 4), denn der Rechtsschutz ist ins Abgabenverfahren eingebettet und fällt gemäß § 51 Abs 1 FLAG 1967 in den Vollzugsbereich der Bundesministerin für Familien und Jugend als Abgabenbehörde iSd § 49 Abs 1 BAO. Die Übermittlung des Gutachtens an den Beihilfenwerber durch das BASB entbehrt daher jeder Rechtsgrundlage. Hingegen besteht für die Abgabenbehörde gemäß § 183 Abs 4 BAO die Verpflichtung (arg „ist ... zu geben“) dem Beihilfenwerber als Partei (§ 78 BAO) vor Erlassung des abschließenden Sachbescheides Gelegenheit zu geben, von den durchgeführten Beweisen und vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern (Ritz, aaO, § 177 Tz 4). Übermittelt also die Abgabenbehörde dem Beihilfenwerber das Gutachten, basiert diese Amtshandlung daher sehr wohl auf einer Rechtsgrundlage, denn Beihilfenbehörde und Beihilfenwerber als Partei sind in einem hoheitlichen Verwaltungsverfahren miteinander verbunden.

Die zuständige Fachabteilung des BMFJ hat selbst mitgeteilt, dass die Gutachten im Fall einer Beschwerde vorlage dem BFG zur Verfügung gestellt würden. Damit räumt sie selbst ein, dass die Gutachten für die Sachentscheidung notwendige Beweismittel im Sinn der Bundesabgabenordnung sind.

Das BASB ist aus dem gesetzlichen Auftragsverhältnis (§§ 51 Abs 2 Z 5, 8 Abs 6 FLAG 1967) heraus verpflichtet, Gutachten und Bescheinigung sofort nach Fertigstellung der Beihilfenbehörde zu übermitteln. Die Beihilfenbehörde ist nur dann befugt, über einen Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe zu entscheiden, wenn ihr Gutachten und Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 vorliegen. Die abgabenrechtliche Verfahrensordnung enthält keine Norm, der zufolge die Qualität als Beweismittel vom Verfahrensstand abhinge, also insbesondere erst im Zeitpunkt der Beschwerdevorlage an das Verwaltungsgericht entstünde; eine solche Norm wäre weiters mit den Prinzipien eines Rechtsstaates nicht vereinbar.

#### **ad 4.) Unter welchen Voraussetzungen ist eine Abweisung infolge Nichtvorlage des Gutachtens durch den Beihilfenwerber zulässig?**

Im vorliegenden Fall hat das BFG die Bf zur Vorlage der Gutachten aufgefordert und von dieser nicht erhalten. Die belBeh hat selbst weder bei der Bf noch beim BASB versucht, die Gutachten zu beschaffen. Fraglich ist daher, ob das BFG die Beschwerde als unbegründet abweisen darf, was der Normalfall ist, wenn die Partei trotz Aufforderung

ein Beweismittel nicht vorlegt. Die Frage nach der zulässigen Sachentscheidung ist wesentlich, da die Beihilfenbehörde der Entscheidungspflicht (§ 284 BAO) unterliegt.

Da das geltende Recht das BASB aus einem gesetzlichen Auftragsverhältnis heraus als Verpflichteten zur Herausgabe des Amtsgutachten bestimmt, sind die Beihilfenbehörden vor Inanspruchnahme des Beihilfenwerbers verpflichtet, zunächst das Amtsgutachten des § 8 Abs 6 FLAG 1967 beim primär verpflichteten BASB durchzusetzen. Den Beihilfenwerber trifft keine Verantwortung, dass sich das zur Erstellung des Beweismittels "Bescheinigung und Gutachten" beauftragte BASB seiner gesetzlichen Pflicht zur unverzüglichen Übermittlung des Gutachtens an die Beihilfenbehörde entzieht.

Erst nach trotz Einsatz von Zwangsmitteln gescheitertem Vorgehen gegen das BASB sind die Abgabenbehörden berechtigt, den Beihilfenwerber zur Vorlage des Gutachtens aufzufordern, wobei in der Aufforderung auf die Rechtsfolge hinzuweisen ist, dass bei Nichtentsprechung der Antrag abgewiesen werden wird. Nur unter diesen Umständen ist eine Abweisung bei unterbliebener Nichtvorlage des Gutachtens durch den Beihilfenwerber gesetzlich gedeckt.

#### **ad 5.) Bestehen gegen die Übermittlung der Gutachten seitens des BASB datenschutzrechtliche Bedenken bestehen zu Recht?**

Datenschutzrechtliche Bedenken gegen die Übermittlung des Gutachtens wurden bloß allgemein erhoben. Dass sie nicht konkretisiert wurden, erschwert eine fundierte Auseinandersetzung mit diesem Einwand.

Bei den im Gutachten des BASB enthaltenen Daten handelt es sich um solche der Gesundheit, die unter die sensiblen Daten des § 4 Z 2 DSG fallen.

Datenschutzrechtliche Bedenken können bereits deshalb nicht zu Recht eingewendet werden, weil die Amtsgutachten im Verfahren jener Person verwendet werden, die Betroffene iSd § 4 Z 3 DSG und Partei iSd § 78 BAO des Beihilfenverfahrens sind. Beihilfenverfahren, in denen die Zuerkennung der erhöhten Familienbeihilfe den Gegenstand bildet, können weiters NUR auf Antrag der Partei eingeleitet werden. Eine amtswegige Verfahrenseinleitung ist gesetzlich nicht vorgesehen und daher unzulässig. Die Generierung dieser Daten wurde beim BASB von der Abgabenbehörde in Auftrag (§ 4 Z 4 DSG) gegeben, weil sie in einem Abgabenverfahren des Betroffenen benötigt werden, und sind bereits aus dem abgabenrechtlichen Auftragsverhältnis heraus der Abgabenbehörde zu übermitteln. Das BASB erstellt als Dienstleister iSd § 4 Z 5 DSG das auftraggebende Gutachten und hat die Daten gemäß § 4 Abs 12 DSG der auftraggebenden Beihilfenbehörde zu überlassen. Zweck und Inhalt der Datenanwendung sind somit von den gesetzlichen Zuständigkeiten oder rechtlichen Befugnissen der Beihilfenbehörden gedeckt; die ausreichende gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis der Beihilfenbehörde steht aufgrund des bei ihr auf Antrag anhängig gemachten Beihilfenverfahrens außer Zweifel.

Die Ermächtigung oder Verpflichtung zur Verwendung aus gesetzlichen Vorschriften iSd § 9 Z 3 DSG ergibt sich aus § 114 BAO und dient der gleichmäßigen Behandlung aller

Abgabepflichtigen nach den Abgabenvorschriften, was als Wahrung eines wichtigen öffentlichen Interesses anzusehen ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf obige Ausführungen (Punkt 1) verwiesen. Schließlich ist auf das in der Bundesabgabenordnung im Vergleich zum AVG strengere Abgabengeheimnis zu verweisen (§ 48a bis 48c BAO).

Aber selbst dann, wenn man das Gutachten gemäß § 8 Abs 6 FLAG 1967 entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes (vgl nochmals VwGH 2009/16/0325) nicht als Amtssachverständigengutachten (§ 177 BAO, § 52 AVG), sondern als Privatgutachten betrachtete, könnten die Daten des Gutachtens vor der Abgabenbehörde nicht geheim bleiben. Im Fall eines Privatgutachtens wäre Auftraggeber der Beihilfenwerber, der aus dieser Rechtsposition heraus selbstverständlich berechtigt wäre, das Gutachten vom BASB zu erhalten. Er wäre aber seinerseits verpflichtet, den Abgabenbehörden gegenüber das Gutachten als Beweismittel im Beihilfenverfahren vorzulegen. Es ist wohl einleuchtend, dass zur Erlangung einer staatlichen Geldleistung gegenüber der befugten und auszahlenden Behörde die Erfüllung jener Tatbestandsmerkmale nachzuweisen ist, die das Gesetz vorschreibt, was auch dem Wortlaut des § 8 Abs 6 FLAG 1967 entspricht (arg. „*ist durch eine Bescheinigung ... auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen*“).

Das Datenschutzgesetz steht der Überlassung der Daten der Sachverständigengutachten gemäß § 8 Abs 6 FLAG 1967 durch das BASB an die Beihilfenbehörde nicht entgegen, da sämtliche Tatbestandsmerkmale der §§ 7 Abs 2 Z 1 bis 3 und 9 Z 3 DSG erfüllt sind.

### **Ergebnis:**

In Verkennung der Rechtslage hat die belangte Behörde die an sich verfassungskonforme Norm des § 8 Abs 6 FLAG 1967 in denkunmöglicher Weise ausgelegt und den angefochtenen Bescheid bereits deshalb mit Rechtswidrigkeit belastet, indem sie diesen erlassen hat, ohne überhaupt im Besitz bzw Kenntnis der drei Amtsgutachten als für eine Sachentscheidung notwendig Beweismittel zu sein. Der Einwand von Datenschutzgründen wird zu Unrecht erhoben. Die belBeh war folglich ohne Kenntnis des Amtsgutachtens zur Sachentscheidung nicht befugt. Es ist auch unverständlich, dass die belangte Behörde zwei weitere Gutachten beauftragt hat, ohne noch das erste zu kennen.

Die im Vorlagebericht von der belBeh vertretene Ansicht, das BFG hätte die Gutachten von der Bf evt. in Kopie abzuverlangen, ist rechtlich verfehlt. Vielmehr hätte die belBeh vor der Entscheidung versuchen müssen, mit allen zur Verfügung stehenden Mittel - allenfalls mit Zwangsstrafe - die Herausgabe des Gutachtens bei der verpflichteten Behörde durchzusetzen.

Die Pflichterfüllung der Herausgabe des Gutachtens an die Beihilfenbehörde ist mit **Zwangsstrafe** gemäß § 111 BAO durchsetzbar. Die in Anspruch zu nehmende Institution ist gemäß § 8 Abs 5 und Abs 6 FLAG 1967 das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, zu Händen der Amtsleitung, und zwar in jedem einzelnen Abgabenverfahren.

### **Gründe für die Kassation:**

Neu in § 278 Abs 1 BAO ist im Vergleich zur Vorgängernorm § 289 Abs 1 BAO idF vor dem Finanzverwaltungsgerichtsbarkeitsgesetz 2012 u.a. der teilweise wiederholte Grundsatz der Verwaltungsökonomie iSd § 39 Abs 2 letzter Satz AVG, wonach ab 1.1.2014 auf Raschheit oder erhebliche Kostenersparnis Bedacht zu nehmen ist. Dieses Verbot erfolgte in Übereinstimmung mit Art 130 Abs 4 Z 2 B-VG idF BGBl I 2012/51 (*Ritz*, aaO, § 278m, Tz 1).

Fraglich könnte sein, ob das Bundesfinanzgericht auch dann befugt ist, die Kassation allein deshalb zu verfügen, weil es nicht seine Aufgabe ist, erstmals jenes Beweismittel zu beschaffen, ohne das die belBeh nicht entscheidungsbefugt war, wenn das zu beschaffende Beweismittel das einzige ist, das zur Entscheidung benötigt wird. Denn wie unter Punkt 2 ausgeführt, werden trotz erfolgter Änderung an der Schnittstelle Gutachten und Bescheinigung nach vor wie in einem gemeinsamen Schriftsatz zusammengefasst. War es früher ein gemeinsamer elektronischer Datensatz, so ist es seither ein gemeinsamer Schriftsatz in Papier.

Jedoch sind Zweck der Kassationsmöglichkeit und Grenzen der Ermessensübung unverändert geblieben: Zweck der Kassationsmöglichkeit des § 278 Abs 1 ist die Entlastung der Rechtsmittelbehörde und die Beschleunigung des Beschwerdeverfahrens (vgl zu § 100 Abs 3 FGO zB BFH, BStBl 1997 II 541). Zur *Ermessensübung* (zu § 66 Abs 2 AVG) weist der VwGH (21.11.2002, 2002/20/0315 , ZfV B 2004/234) darauf hin, es würde die Anordnungen des Gesetzgebers (über ein zweitinstanzliches Verfahren) unterlaufen, wenn es wegen des Unterbleibens eines Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens vor die Rechtsmittelbehörde käme und die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen damit zur bloßen Formsache würde. Es sei nicht im Sinn des Gesetzes, wenn die Rechtsmittelbehörde, statt ihre (umfassende) Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, jene Behörde ist, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht (*Ritz*, aaO, § 278m, Tz 5).

Zu den *Kosten* ist zu sagen, dass die belBeh in Summe drei Gutachten in Auftrag gegeben hat, ohne vor Erlassung des angefochtenen Bescheides überhaupt das erste Gutachten geprüft zu haben. Allein diese Vorgangsweise der belBeh ist fern von jeglichem zweckorientierten und gesetzesgebundenen Verwaltungshandeln. Die belBeh hat diese Vorgangsweise bei Erlassung der Beschwerdeentscheidung unreflektiert wiederholt und dadurch § 262 Abs 1 BAO, idF BGBl I 14/2013, sinnentleert, weil die Beschwerdeentscheidung als *zwingend* eingerichtet wurde, um die Beihilfenbehörde dazu anzuhalten, allfällige Verfahrensmängel selbst zu sanieren. Schließlich und endlich hat die belBeh im Vorlagebericht ausgeführt, die Gutachten seien in Originalausfertigung nur bei der Bf einsehbar und *das Bundesfinanzgericht* könne die Gutachten *eventuell* von der Bf *abverlangen*. Dass die belBeh das BASB vergeblich um Übermittlung der Gutachten ersucht hätte, behauptet sie selbst nicht.

Ein solches Behördenverhalten kann nicht dazu führen, dass das Bundesfinanzgericht die Ermittlungstätigkeit übernimmt, auch wenn es nur um die Beschaffung eines einzigen Beweismittels geht.

Zugleich lässt dieser Fall einen an Missstand grenzenden Zustand erkennen, der bei den Beihilfenbehörden durch die Änderung an der Schnittstelle hervorgerufen wird und weit über den gegenständlichen Fall hinausreicht. Vermeidbare Kosten und Verfahrensverzögerungen entstehen in der Abgabenverwaltung (und im Bundessozialamt) sowie im Bundesfinanzgericht vielmehr solange, wie die geänderte Vorgangsweise durch das BASB bestehen bleibt. Eine rasche Beendigung dieses Zustandes spricht ebenfalls für eine Aufhebung gem § 278 Abs 1 BAO.

Die Kassation ist schließlich die einzige Entscheidungsmöglichkeit für das BFG, um mit hinreichend Nachdruck der Rechtsansicht der belBeh, die Gutachten könnten ja im Fall einer Bescheidbeschwerde von der Partei beschafft werden, entgegen zu treten und darzulegen, dass die *Beihilfenbehörden bereits im Zeitpunkt der Erlassung der Mitteilung (§ 13 FLAG 1967) oder des Bescheides Kenntnis des Amtssachverständigengutachten gemäß § 8 Abs 6 FLAG 1967 haben müssen*, dass also die Beihilfenbehörden im Verfahrensstadium der Antragserledigung über Gutachten und Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 verfügen müssen, denn durch die Aufhebung tritt das Verfahren gemäß § 279 Abs 2 BAO in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung des Bescheides befunden hat, und das ist das Stadium der Antragstellung. Dass der belBeh diese Rechtsansicht zum Teil von dritter Seite oktroyiert wird, ändert nichts daran, dass sie es im Beschwerdeverfahren zu vertreten hat.

Der Spruch des angefochtenen Bescheides bestimmt gemäß § 279 Abs 1 BAO die Sache des nachfolgenden Bescheidbeschwerdeverfahrens, also im vorliegenden Fall konkret die Abweisung der erhöhten Familienbeihilfe ab Jänner 2015. Der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (Beih3) ist eine der Auslegung zugängliche Willenserklärung der Partei. Bleibt trotz Auslegung der Parteiwille unklar, so wären verbleibende Zweifel durch Befragen der Partei zu beseitigen. Bezeichnet der Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe zwei Zeitpunkte in Bezug auf die Wirksamkeit des Antrages und wird kein Vorhalteverfahren zur Bestimmung der Wirksamkeit des Antrags durchgeführt, so ist der für den Beihilfenwerber günstigere Zeitpunkt maßgebend, das ist hier maximal der Jänner 2010. Aus keinem der drei Bescheinigungen ergibt sich eine medizinische Begutachtung auf einen zurückliegenden Zeitpunkt zwischen Jänner 2010 und Jänner 2015. Aus dem Umstand, dass die Bf nicht den Zeitraum anfechtet, kann nicht geschlossen werden, dass sie ihren Antrag eingeschränkt hätte, weil ja die Beschwerde über den Bescheidspruch nicht hinausgehen kann.

Die Frage nach der Wirksamkeit eines Antrages gemäß § 8 Abs 6 FLAG 1967 ist eine Rechtsfrage, die von der Beihilfenbehörde, und nicht vom Sachverständigen zu beantworten ist (s Judikatur und Nachweise im Punkt 2).

Soweit der *Antrag* den Zeitraum vor dem Jänner 2015 betrifft, ist er also *nach wie vor bei der belangten Behörde unerledigt*, weshalb die belBeh zur Erledigung des noch offenen Antrages ohnedies ein Ergänzungsgutachten anzufordern haben wird.

Aber auch der in der „Bescheinigung“ vom 6. März 2015 enthaltene Eintritt der Behinderung per 1. Juni 2005 mit 40% wirft Fragen auf, denn der 1. Juni 2005 liegt dermaßen außerhalb jeden hier denkbaren Zeitrahmens, dass ein Schreibfehler vorliegen dürfte, der sich durch Einsicht in das zu Grunde liegende Gutachten möglicherweise schnell aufklären ließe. Aber der 1. Juni 2015 liegt wiederum nach dem Zeitpunkt der Ausfertigung der Bescheinigung. Demnach wäre im März 2015 eine künftig, nämlich am 1. Juni 2015 eintretende Behinderung bescheinigt worden. Den Erfahrungen des Lebens entsprechend wäre eine Verwechslung von Tag (6. März) und Monat (Juni als sechster Monat) denkbar. Offen bleibt aber, ob der Gutachter auch für den Zeitraum Jänner bis Februar 2015 die Begutachtung durchgeführt hat, denn der Begutachtungszeitraum wurde von der belBeh offenbar mit 1. Jänner 2015 (Monat der Antragstellung und Zeitraum laut Spruch des angefochtenen Bescheides) beauftragt. Der Tag der Wirksamkeit der Antragstellung bestimmt aber die Beihilfensache in zeitlicher Hinsicht und ist unverschiebbar, auch wenn weitere Gutachten in der Sache erstellt werden. Denkbar wäre, dass der Gutachter nicht auf den Tag der Wirksamkeit der Antragstellung Jänner 2015, sondern den Monat der Gutachtenserstellung abgestellt hat. Aber auch das im Vorlagebericht von der belBeh mit Datum 6.6.2015 erstgenannte Gutachten wirft Fragen auf, weil die erstgenannte Bescheinigung vom 6.3.2015. stammt. Allein um solch lapidare Fragen beantworten zu können, müssen die Beihilfenbehörden - bzw nach der im Vorlagebericht vertretenen Rechtsansicht das BFG - den mühsamen und kostenintensiven Weg der Zwangsstrafenandrohung beschreiten, weil das BASB den Beihilfenbehörden die Gutachten zu Unrecht vorenthält.

Da Ermittlungen (§ 115 Abs. 1 BAO) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden können, und weder die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen noch mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist, werden der belBeh folgende Ermittlungen aufgetragen:

Entsprechend obiger rechtlicher Ausführungen hat die belBeh zunächst die Beibringung der drei Gutachten beim BASB unter Androhung einer Zwangsstrafe durchzusetzen, wobei jedes Gutachten für sich eine eigenständige Leistung iSd § 111 BAO darstellt. Erhält sie die Gutachten, hat sie diese auf Vollständigkeit und Schlüssigkeit iSd Beschwerdevorbringens sowie auch auf Vollständigkeit in zeitlicher Hinsicht (ab Jänner 2015) zu prüfen und zu entscheiden. Dabei hat sie darauf zu achten, ob die Gutachten den psychischen Aspekt der Krankheit behandelt haben, widrigenfalls hat sie ein Ergänzungsgutachten in Auftrag zu geben (und allenfalls nochmals mit Zwangsmitteln durchzusetzen) und sodann zu entscheiden.



Dass die belBeh zur vollständigen Erledigung des *Antrags* (Jänner 2010) ein Gutachten in Auftrag zu geben hat, kann ihr nicht angeordnet werden, weil dieser Zeitraum die Beschwerdesache verlässt ist. Es sei jedoch daran erinnert.

Sollte das BASB der Aufforderung durch die belBeh nicht nachkommen, hat die belBeh die Gutachten bei der Bf unter Ankündigung der Rechtsfolgen bei Nichtentsprechung - wie unter Punkt 3 und 4 dargelegt - zu beschaffen und im Fall der Nichtvorlage abzuweisen, ansonsten wie oben zu verfahren. Sie hat dabei zu klären, ob die Bf aufgrund ihrer Deutschkenntnisse in der Lage ist, den Sinn und die rechtliche Tragweite der Aufforderung zu erfassen.

Es war daher 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.

Mit Ende 2014 erfolgte seitens des BMASK eine technische Änderung an der Schnittstelle der Gutachtensübermittlung. Im Zuge dieser Umstellung wurden auch datenschutzrechtliche Überlegungen angestellt, sodass die Beihilfenbehörden seit Ende 2014 vom BASB die Gutachten nicht mehr erhalten. Das BMFJ war bei diesem Projekt eingebunden und vertritt die Ansicht, dass die Gutachten erst im Zeitpunkt der Beschwerdevorlage an das BFG beim Beihilfenwerber zu beschaffen sind. Die technische Änderung hat also eine neue Auslegung des § 8 Abs 6 FLAG 1967 zu Folge, wonach die Beihilfenbehörden nach Ansicht der belBeh zu Recht nurmehr die Bescheinigungen, jedoch nicht mehr die Gutachten erhalten.

Das BFG hat in diesem Beschluss die von der belBeh vertretene Rechtsauffassung nicht geteilt und bei der Falllösung folgende Rechtsfragen beantwortet:

1. Sind Gutachten und Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 voneinander trennbar und ist als Beweismittel iSd § 166 ff BAO im Beihilfenverfahren die Bescheinigung ausreichend?
2. Wie sind die Begriffe „Begutachtung“ iSd § 51 Abs 2 Z 5 FLAG sowie „Bescheinigung“ und „ärztliches Sachverständigengutachten iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 auszulegen?
3. Ist das BASB gesetzlich verpflichtet, das Gutachten der Beihilfenbehörde zu übermitteln, und wenn ja, in welchem Zeitpunkt? Ist es ausreichend, dass das BASB das Gutachten dem Beihilfenwerber übermittelt?
4. Unter welchen Voraussetzungen ist eine Abweisung infolge Nichtvorlage des Gutachtens durch den Beihilfenwerber zulässig?
5. Bestehen gegen die Übermittlung des Gutachtens seitens des BASB datenschutzrechtliche Bedenken zu Recht?

Da zu diesen Rechtsfragen eine Judikatur des Verwaltungsgerichtshof fehlt, war gemäß § 25a Abs 1 VwGG die (ordentliche) Revision zuzulassen.

Wien, am 14. April 2016