

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache der Beschwerdeführerin, über die Bescheidbeschwerde gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 04. November 2014, betreffend Abweisung des Antrages auf Zuerkennung des Erhöhungsbetrages gemäß § 8 Abs 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) idgF für die Tochter T ab September 2014, zu Recht erkannt:

I. Die Bescheidbeschwerde wird abgewiesen. Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

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

Entscheidungsgründe

Mit dem Formular Beih3 vom 3. September 2014 beantragt die Beschwerdeführerin (Bf) für ihre 2002 geborene Tochter die Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung ab dem Zeitpunkt des Eintritts der erheblichen Behinderung, den die/der medizinische Sachverständige feststellt im Höchstausmaß von rückwirkend fünf Jahren ab Antragstellung. Die bei ihrer Tochter bestehende erhebliche Behinderung bzw Erkrankung gibt die Bf mit Infektasthma seit 2004 in regelmäßigen Abständen an.

Die belangte Behörde (belBeh) gibt die Begutachtung als "Neuantrag ab dem Eintritt der Behinderung lt. Bescheinigung" beim Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (BSAB) in Auftrag, das am 27.10.2014 im Beisein der Bf die Begutachtung durchführt. Mit Gutachten vom 27. Oktober 2014 (in der Folge kurz: Gutachten I) wird der Grad der Behinderung mit 40 % ausgewiesen. Die Bescheinigung (Zustimmung durch den Chefarzt) vom 31. Oktober 2014 gibt den Eintritt der Behinderung mit 1. Oktober 2014 an (in der Folge kurz: Bescheinigung I).

Mit **angefochtenem Bescheid vom 4. November 2014** weist die belBeh den Antrag unter Wiedergabe des Wortlauts des § 8 Abs 5 Satz 1 bis 3 FLAG 1967 ab September 2014 als unbegründet ab. Auf der Rückseite des Bescheides ist das Gutachten, nicht aber die Bescheinigung wiedergegeben.

Das Gutachten I hat folgenden Wortlaut:

" Anamnese:

Seit dem 3. Lebensjahr bestehen rezidivierende obstruktive Bronchitiden. Abklärung über Atem und Allergieambulanz der Kinderklinik, seitdem Betreuung den KFA Dr. M. Die Therapie umfasste regelmässig Sultanol, Symbicort, Singulair, Bronchovaxom. Die körperliche Belastbarkeit ist eingeschränkt; sie muss immer wieder Pausen einlegen. Das Durchschlafen ist ebenfalls gestört.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Sultanol bei Bedarf, Symbicort, Sultanol, Montelukast, Bronchovaxom

Untersuchungsbefund:

Guter AZ und EZ, Pulmo frei, Cor rein, HNO bland, Abdomen weich, keine Defence

Status psychicus / Entwicklungsstand:

besucht die 3. Klasse Mittelschule, gut integriert

Relevante vorgelegte Befunde:

2005-05-17 AKH KINDERKLINIK ATEMAMBULANZ

rez obstruktive Bronchitis

2014-10-20 KFA [Name Kinderfacharzt], KARTEIAUSDRUCK

seit 2006-07-10 regelmäßige Vorstellungen (monatlich) im Sinne der rez.obstr. Bronchitiden/Asthma bronchiale mit unterschiedlicher Therapieintensität

2014-10-20 KFA [Name Kinderfacharzt]

Seit 2006 Juli, regelmäßige Kontrollen in der Kinderordination, wegen chron Asthma bronchiale. Trigger: Infekte, Belastung. letzter schwerer Infekt März 2014

Diagnose(n):

allergisches Asthma bronchiale

Richtsatzposition: 060402 Gdb: 040% ICD: J45.0

Rahmensatzbegründung:

URS, da unter Dauertherapie weitgehende KH-Kontrolle erzielbar; im Intervall auskult. frei

Gesamtgrad der Behinderung: 40 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Der(Die) Untersuchte ist voraussichtlich n i c h t dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

erstellt am 2014-10-27 vom [Name Gutachter I]

Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde

zugestimmt am 2014-10-31

Leitender Arzt: [Name Chefarzt]"

Mit Schriftsatz vom 6. November 2014 erhebt die Bf gegen den Abweisungsbescheid **Bescheidbeschwerde** und führt aus, dass die Tochter seit ihrem 3. Lebensjahr an regelmäßigen Atemwegserkrankungen leide. Seit ihrem 3. Lebensjahr inhaliere sie fast täglich und durchgehend, mit diversen Sprays. Vom behandelnden Kinderfacharzt sei Asthma diagnostiziert und eine Dauertherapie in Form von Sprays verordnet worden. Asthma sei sowohl in ihrer Familie als auch in der des Kindesvaters verbreitet. Es sei offensichtlich, dass das Asthma der Tochter **vererbt** sei, und sie nicht nur mehr als Jahre (wie im Bescheid angegeben) daran erkrankt sein werde.

Zum Grad der Behinderung von 40% führt sie aus, dass der Gutachter I (in der Folge kurz: Gutachter I) die Tochter lediglich abgehört und gefragt habe, ob sie in der Schulde gut integriert sei. So stelle man den Grad der Behinderung fest?

Die Tochter klagt über **Atemnot und Schmerzen** im Brustbereich, ähnlich wie **Messerstiche**. Im Turnunterricht könne sie mit ihren Mitschülern nicht mithalten und müsse regelmäßig Pausen einlegen oder gar aufhören. Bei Läufen sei sie mehrmals **zusammengebrochen**. Dies hätten sie dem Gutachter I ausführlich geschildert und sei **nicht protokolliert** worden.

Sie ersuche um **nochmalige Prüfung** sowie Begutachtung durch einen Lungenfacharzt.

Die belBeh gibt ein weiteres Gutachten mit dem Stichtag 1. September 2014 beim BASB in Auftrag.

Ende 2014 erfolgt aufgrund einer technischen Änderung im Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz eine Änderung bei den Beihilfenbehörden dahingehend, dass sie die Gutachten nicht mehr in ihrem EDV-System (DB7) einsehen können. Seit der Ende 2014 eingetretenen Änderung sind die Beihilfenbehörden darüber hinaus angewiesen, allein aufgrund der Bescheinigungen, die unverändert elektronisch vom BASB übermittelt werden, zu entscheiden. Die Gutachten werden direkt den Beihilfenwerbern übermittelt.

Die 2. Begutachtung erfolgt im Beisein der Bf am 23.02.2015 in der Landesstelle des SMS. Die zum Gutachten II gehörige elektronische Bescheinigung vom 28. April 2015 (in der Folge: Bescheinigung II) hat folgenden Inhalt und weist keine Genehmigung auf:

"Grad der Behind.: 50 % ab 01.02.2015

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

Nachuntersuchung: 28.04.2018 vorauss. weitere 3 Jahre: ja

Stellungnahme:

Bescheinigung: 28.04.2015 GZ: 4712"

Die belBeh spricht allein aufgrund der Bescheinigung über die Bescheidbeschwerde ab und weist mit **Beschwerdevorentscheidung vom 28. Mai 2015** die Bescheidbeschwerde für den Zeitraum September 2014 bis Jänner 2015 als unbegründet ab. Mit Wirksamkeit vom 1. Februar 2015 veranlasst die belBeh bloß auf Grundlage der Bescheinigung II die Auszahlung des Erhöhungsbetrages wegen erheblicher Behinderung.

Mit **Schriftsatz vom 17. Juni 2015** erhebt die Bf **Vorlageantrag** und trägt an Neuerungen vor, dass sie **alle Befunde** sowie einen **Ausdruck der Krankengeschichte** des Kinderfacharztes, samt Diagnose und Therapie, im Oktober 2014 der Landesstelle des SMS bei der ersten Begutachtung in Kopie vorgelegt habe. Bei der Begutachtung im Februar 2015 sei dem Gutachter II der Akt ihrer Tochter nicht vorbereitet vorgelegt worden. Er habe sich in den Akt der Tochter nachträglich einlesen wollen und eine aktuelle Lungenfunktion angefordert, welche die Bf nachgereicht habe. Anhand dieser Lungenfunktion sei die Entscheidung zur 50%igen Einschränkung der Tochter ausgefallen.

Als 2. Beschwerdepunkt trägt sie vor, dass sie die erhöhte Familienbeihilfe rückwirkend für die letzten 5 Jahre beantragt habe. Ihre Tochter sei nicht erst seit Februar 2015 erkrankt!! Die Tochter sei erstmalig im Mai 2005 im AKH in der Atemambulanz vorstellig gewesen und habe seitdem Beschwerden und akutell Infekte alle 4-6 Wochen! Die Bf fordere die Anerkennung der Erkrankung ab 2005 und Überweisung der erhöhten Familienbeihilfe rückwirkend für die letzten mindestens 5 Jahre.

Aus dem dem elektronisch vorgelegten Akt einliegenden E-Mail-Verkehr geht hervor, dass sich die belBeh bemüht hat, vom BSAB das Gutachten II zu erhalten, damit sie die Vorlage der Bescheidbeschwerde an das Bundesfinanzgericht vornehmen kann. Von einer Supportstelle des Sozialministeriumservice wird ihr zur Gutachtensübermittlung Folgendes mitgeteilt:

"... Ich darf Sie auf § 8 Abs. 6 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 verweisen, wonach der Grad der Behinderung durch eine Bescheinigung nachzuweisen ist. Die Übermittlung ausgewählter Daten über die elektronische Schnittstelle stellt wie bisher diese Bescheinigung dar.

Die Übermittlung des gesamten Gutachtens wäre von Seiten Sozialministeriumservice technisch möglich, leider scheitert es an der unklaren gesetzlichen Grundlage und den technischen Möglichkeiten auf Ihrer Seite.

Die Übermittlung von Gutachten im Einzelfall stellt einen bedeutenden und jedenfalls vermeidbaren Mehraufwand dar. Die Übermittlung von Gesundheitsdaten per Mail oder Fax ist datenschutzrechtlich problematisch. ..."

In der E-Mail der Amtsvertreterin an eine Mitarbeiterin des SMS vom 10. Dezember 2015 kündigt sie an, dass die Bf zur dritten Begutachtung alle Befunde mitnehmen werde.

Aufgrund des Vorbringens im Vorlageantrag gibt die belBeh am 10. Dezember 2015 ein drittes Gutachten beim BASB in Auftrag, und zwar für einen Neuantrag mWv Juni 2010.

Der belBeh wird trotz mehrmaliger telefonischer Ersuchen und Ersuchen per E-Mail das Gutachten II nicht vom BASB übermittelt, sondern sie beschafft es gesondert bei der Beschwerdeführerin, die es der belBeh am 11. Dezember 2015 per E-Mail übermittelt, damit die belBeh das Gutachten als Beweismittel dem BFG vorlegen kann.

Das vidierte Gutachten II hat folgenden Wortlaut:

" **Anamnese:**

Die letzte Begutachtung erfolgte 2014-10-27, mit Anerkennung von 40% GdB für die Diagnose Asthma bronchiale. Die Berufung erfolgte, da die Einschränkung als zu gering angesehen wird. Asthma seit dem 3. Lebensjahr. Eine Dauertherapie ist notwendig. V.a. bei und nach Infekten Lungenfunktion eingeschränkt. Eine Allergie besteht nicht. Familiär Asthma gehäuft. Die Betreuung erfolgt bei [Name Kinderfacharzt]. T besucht eine KMS, bzw. Sport-Mittelschule.

Derzeitige Beschwerden: Belastbarkeit eingeschränkt

Behandlung(en) / Medikamente / Hilfsmittel: Symbicort, ständig seit 7/2014; Salbutamol, Budesoid, Aerocortin, Montekulast abgesetzt, Antihistamine abgesetzt.

Sozialanamnese: besucht eine Sportmittelschule, lebt bei den Eltern

Zusammenfassung relevanter Befunde (inkl. Datumsangabe):

27-02.2015 [Name Kinderfacharzt]: Lungenfunktion MEF75/50/25=47/48/36, FEV1 57%

2014-10-20 [Name Kinderfacharzt]: seit 7/2006 in Betreuung, Asthma bronchiale, Trigger Infekte, zuletzt 3/2014

Untersuchungsbefund:

Allgemeinzustand: gut

Ernährungszustand: gut

Größe: 164,00 cm Gewicht: 42,06 kg Blutdruck:

Status (Kopf / Fußschema) — Fachstatus: 12 6/12 Jahre altes Mädchen, Haut bland, Pulmo diskret obstruktiv, Cor rh, kein HG, Leber und Milz nicht vergrößert, Muskeltonus unauffällig.

Gesamtmobilität - Gangbild: unauffällig

Psycho(patho)logischer Status: besucht die 3. Klasse einer KMS, Sportmittelschule, unauffällig

Ergebnis der durchgeführten Begutachtung:

Anhaltend mittelschweres Asthma. Einordnung unter Richtsatzposition 06.04.03, unterer Rahmensatz, da ständige Therapie notwendig, und Lungenfunktion mittelgradig eingeschränkt.

Gesamtgrad der Behinderung 50 v.H.

Begründung für den Gesamtgrad der Behinderung:

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

Stellungnahme zu Vorgutachten:

Anerkennung ab aktueller Lungenfunktion 2/2015. Damit Änderung gegenüber VGA, da unter ständiger Therapie Lungenfunktion mittelgradig eingeschränkt

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

ja

GdB liegt vor seit: 2/2015

Nachuntersuchung: **in 3 Jahren**

Anmerkung hins. Nachuntersuchung:

Gutachten erstellt am 28.04.2015 von [Name Gutachter II]

Gutachten vidiert am 29.04.2015 von [Name Chefarzt II]"

Mit Beschluss des Bundesfinanzgerichtes vom 15. Jänner 2016 wird dem Bundessozialamt für den Fall der Nichtübermittlung des Gutachtens III an das BFG die Verhängung einer Zwangsstrafe im Ausmaß von € 5.000,00 angedroht. Mit Schriftsatz vom 7. März 2016 übermittelt das BASB dem BFG folgendes vidierte Gutachten III:

"Anamnese:

Im letzten Gutachten 02/2015 (Berufung gegen Höhe der Einschätzung im Erstgutachten 10/2014) Einstufung mit GdB 50% bei Diagnose "Asthma bronchiale" gem. Pos 06.40.03, ab 02/2015 (Datum der Lungenfunktion, welche Verschlechterung zum VGA (10/2014, GdB 40%) belegte).

Nun wird Berufung gegen das Datum der Rückwirkung (02/02015) eingebracht und eine Rückwirkung ab 09/2006 beantragt.

Zur Beurteilung wird der Karteiauszug des behandelnden Kinderfacharztes herangezogen und darüberhinaus Lungenfunktionsbefunde aus dem beantragten Zeitraum nachgefordert. Diese sind bis zum 4.3. nicht eingelangt

Aktuell besteht ein unauffälliger Auskultationsbefund unter weiterer Dauertherapie.

Derzeitige Beschwerden:

Asthma bronchiale, getriggert durch Infekte

Behandlung(en) / Medikamente / Hilfsmittel:

Symbicort Dauerinhalation, Flixotide, Sultanol

Sozialanamnese:

unauffällig

Zusammenfassung relevanter Befunde (inkl. Datumsangabe):

2016-02-17 [Name Kinderarzt], Fa für Kinderheilkunde. Karteiauszug.

Karteiauszüge mit Diagnosen im Zusammenhang mit dem Atemsystem:

2/2015: Diagnose "Infektasthma" Lungenfunktion mässig obstruktiv

10/2014: Hyperreaktives Bronchialsystem. Lungenfunktion o.B.

04/2014: Pneumonie, danach Montelukast Kautabletten, Aerocortin Inhalation, Novolizer

04/2014: Lungenfunktion im Normbereich

02/2013: Visite bei Diagnose "Tracheobronchitis"

01/2012: Visite bei Diagnose "Bronchitis"

05/2010;04/2011; 08/2011: jeweils Visiten bei Diagnose "Infektasthma"

07/2006-10/2007: 9 Visiten bei obstruktiver Bronchitis

Untersuchungsbefund:

Allgemeinzustand: gut

Ernährungszustand: eutroph

Größe: 170,00 cm Gewicht: 50,00 kg Blutdruck:

Status (Kopf / Fußschema) — Fachstatus:

intern: Cor/ Pulmo heute auskultatorisch unauffällig, keine Obstruktion. Leber
Rippenbogen, Grobmotorik und feinmotorische Entwicklung altersgemäss. Neuro oB.
Visus oB, Gehör klinisch oB. Haut oB

Gesamtmobilität — Gangbild: unauffällig

Psycho(patho)logischer Status: altersgemäss. Besucht Sportmittelschule

Ergebnis der durchgeführten Begutachtung:

Anhaltend mittelschweres Asthma. Einordnung unter Richtsatzposition 06.04.03, da
Dauerinhalation erforderlich und Lungenfunktion mässig eingeschränkt. URS, da unter
Therapie keine Atemnot und unauffälliger Auskultationsbefund.

Gesamtgrad der Behinderung 50 v.H.

Begründung für den Gesamtgrad der Behinderung:

GdB von 50 vH seit 02/2015. Eine länger rückwirkende Bestätigung ist nicht möglich, da
die beigebrachten Befunde keine Behinderung im Ausmaß von 50% für einen früheren
Zeitraum bestätigen.

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

Stellungnahme zu Vorgutachten:

keine Veränderung zum VGA.

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

GdB liegt vor seit: 02/2015

Frau [Name der Tochter] ist voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den
Unterhalt zu verschaffen: **NEIN**

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

es liegt kein Leiden vor, das eine spätere Erwerbsfähigkeit maßgeblich beeinträchtigen
würde

Nachuntersuchung: in **3 Jahren**

Anmerkung hins. Nachuntersuchung:

Gutachten erstellt am 04.03.2016 von [Name Gutachterin III]

Gutachten vidiert am 04.03.2016 von [Name Chefarzt III]“

Mit einem EDV-generierten Begleitschreiben ohne Datum und ohne Absender ist der Bf das Gutachten mit dem Hinweis zugesendet worden, dass dies das Ergebnis der Begutachtung sei, sie aber die Erledigung ihres Antrages direkt von ihrem Finanzamt in den nächsten Tagen erhalten werde. Am 27. April 2016 bestätigt sie telefonisch, dass ihr das Gutachten III tatsächlich zugegangen ist.

Dem vorgelegten Verwaltungsakt liegt die Auftragserteilung zu Begutachtung III ein. Ergänzend wurden vom BFG die Auftragserteilung zu den Begutachtungen I und II und das Gutachten III beschafft sowie geklärt, dass die belBeh das Gutachten II am 11. Dezember 2014 von der Bf per E-Mail erhalten hat.

Es wurde erwogen:

1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 8 Abs 4 Z 1 FLAG 1967 (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 €.

Gemäß § 8 Abs 5 FLAG 1967 gilt als erheblich behindert ein Kind, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muß mindestens 50 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.

Der Anhang zur Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) bestimmt unter Punkt „06.04.02 und

03 Asthma bronchiale bei Kindern und Jugendlichen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr“
Folgendes:

Die Einschätzung orientiert sich an der Häufigkeit der Asthmaanfälle, der Lebensqualität und der Lungenfunktion.

06.04.02 Leichtes Asthma 30 – 40%

Exacerbation mehrmals im Jahr aber seltener als 1x im Monat,

30 %: Keine Dauertherapie

40 %: Stabil unter Dauertherapie oder kumulativer Bedarfsmedikation, Lungenfunktion nur bei Infekten, Allergenkontakt mit messbarer Obstruktion, klinisch pathologischer Befund, im Intervall ohne pathologische Befunde

06.04.03 Anhaltend mittelschweres Asthma 50 – 70 %

Mehr als 1-2 x pro Woche tagsüber und/oder mehr als 2x monatlich nachts
Atemnotzustände

70 %: Mittel- bis höhergradig eingeschränkte Lungenfunktion

Umfangreiche/ständige Therapie erforderlich

Gemäß § 18 Abs 3 AVG (Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (AVG)
1991 idF BGBl I 5/2008, in der Folge: 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 Abgabenvorhaben 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 Abgabenvorfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

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.

2. Sachverhaltsfeststellung, Beweiswürdigung, Rechtsfragen:

2.1. Aufgrund des Ergebnisses des von der belangten Behörde und vom Bundesfinanzgericht durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Die Bf hat im zu Grunde liegenden Antrag zur Wirksamkeit ihres Antrages die Variante "ab dem Zeitpunkt des Eintritts der erheblichen Behinderung, den die/der

medizinische Sachverständige feststellt im Höchstausmaß von rückwirkend fünf Jahren ab Antragstellung" durch Ankreuzen ausgewählt. Die Auftragserteilung zur Begutachtung hat dieser Rückwirkung entsprochen. Mit Bescheinigung I wird der Zeitpunkt des Eintritts der erheblichen Behinderung mit 1. Oktober 2014 bestimmt. Die Bf hat für den Streitzeitraum ab September 2014 (und den nicht verfahrensgegenständlichen davorliegenden Zeitraum) trotz ausdrücklicher Aufforderung durch die Gutachterin III keine Lungenfunktionsbefunde vorgelegt, die für Zeiten vor dem Oktober 2014 einen Grad der Behinderung von zumindest 50% belegen.

Der Inhalt der drei Auftragserteilungen durch die belBeh, der drei ärztlichen Sachverständigengutachten und der drei Bescheinigungen werden als rechtsheblicher Sachverhalt festgestellt. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird diesbezüglich auf obige, zu Teil wortgetreue Wiedergabe dieser Beweismittel verwiesen.

Die belBeh hat der Bf die Bescheinigung I nicht zur Kenntnis gebracht und den angefochtenen Bescheid nicht auch auf die Bescheinigung I, sondern ausschließlich auf das Gutachten gestützt. Die belBeh hat ohne Kenntnis des Gutachtens II über die Bescheidbeschwerde abgesprochen, sondern allein auf Grundlage der stark reduzierten Metadaten entschieden. Sie hat bei diesem Vorgehen weisungskonform gehandelt.

2.2. Obige Sachverhaltsfeststellung ergibt sich schlüssig aus den im Verfahrenshergang dargestellten - zum Teil vom BFG in einem ergänzenden Ermittlungsverfahren erhobenen - Beweisen.

2.3. Schließlich wirft das - wenn auch weisungskonforme - Vorgehen der belBeh, ohne ärztliche Sachverständigengutachten iSd § 8 Abs 5 und 6 FLAG 1967 zu entscheiden, mehrere Rechtsfragen grundsätzlicher Natur auf (s.u. Punkt 4).

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?

Die Rechtsfragen betreffen die Bescheinigungen II und III sowie die ärztlichen Sachverständigengutachten II und III.

Datenschutzrechtliche Bedenken wegen der Einsichtsmöglichkeit der Beihilfenbehörden in die Daten der Gutachten wurden in diesem Verfahren nicht vorgetragen (anders BFG 14.04.2016, RV/7105160/2015).

3. rechtliche Beurteilung:

a) Gegenstand des Beschwerdeverfahrens:

Den Gegenstand oder die Sache des Beschwerdeverfahrens wird gemäß § 279 Abs 1 BAO durch den Spruch des angefochtenen Bescheides bestimmt, und zwar auch in zeitlicher Hinsicht. Der angefochtene Bescheid vom 4. November 2014 spricht über den zu Grunde liegenden Antrag *ab September 2014* ab. Mit Mitteilung wird der Bf ab Februar 2015 der Erhöhungsbetrag zusätzlich zur Familienbeihilfe ausgezahlt, sodass aufgrund vorliegender Beschwerde der Streitzeitraum die Monate September 2014 bis Jänner 2015 umfasst. Der von der Bf im Vorlageantrag ins Treffen geführte Einwand, sie habe ihren Antrag rückwirkend für fünf Jahre bzw sogar zumindest rückwirkend für fünf Jahre gemeint, verlässt somit die Sache des Beschwerdeverfahrens.

Ein Antrag ist eine der Auslegung zugängliche Willenserklärung der Partei. Entgegen der von der Bf vertretenen Auffassung hat sie keineswegs klar und zweifelsfrei die rückwirkende Zuerkennung des Erhöhungsbetrages auf höchstens fünf Jahre beantragt, sondern *"ab dem Zeitpunkt des Eintritts der erheblichen Behinderung, den die/der medizinische Sachverständige feststellt im Höchstausmaß von rückwirkend fünf Jahren ab Antragstellung"*. Damit hat sie die Wirksamkeit ihres Antrages mit der Bescheinigung und dem Gutachten, wann der Eintritt der erheblichen Behinderung bestimmt wird, verknüpft.

Um ihren Willen der Rückwirkung bis fünf Jahre vor Antragstellung im September 2014 klar und zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen, hätte die Bf im ersten Kästchen des amtlichen Formular Beih3 die fünf Jahre zurückgerechnete Zeitangabe "September 2009" oder "09 2009" einsetzen müssen. Mit diesem Beschwerdevorbringen kann der belBeh im Ergebnis nicht mit Erfolg entgegengetreten werden, wenn sie dem Antrag Wirksamkeit ab September 2014 zuerkannt und diesen Zeitpunkt als Beginn des Spruchzeitraumes herangezogen hat.

Die belBeh hat daher auch rechtmäßig gehandelt, wenn sie den im Vorlageantrag vom 17. Juni 2015 erhobenen Einwand als Neuantrag ab diesem Zeitpunkt mit Rückwirkung bis Juni 2010 gewertet hat.

b) Grad der Behinderung im Zeitraum September 2014 bis Jänner 2015

Die Entscheidung darüber, ob ein Gutachten unschlüssig oder ergänzungsbedürftig ist, obliegt in jedem Fall der Beihilfenbehörde oder im Fall der Erhebung einer Bescheidbeschwerde dem Bundesfinanzgericht. 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. Nach dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 10. Dezember 2007, ZI B 700/07, kann von solchen Gutachten nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung auch abgegangen werden (vgl VwGH 25.09.2013, 2013/16/0013 mwN sowie unten angeführte Judikatur).

Die belBeh hat den ersten Auftrag zur Begutachtung zutreffend mit der rückwirkender Begutachtung erteilt. Bescheinigung I bestimmt den Eintritt der Behinderung erst ab

Oktober 2010; das der Bf mit dem angefochtenen Bescheid bekanntgegebene Gutachten I enthält die Zeitangabe zum Eintritt der Behinderung nicht und die Bescheinigung I wird weder im angefochtenen Bescheid angeführt noch ist sie der Bf - wie das Gutachten I - als Beilage zum angefochtenen Bescheid bekannt gegeben worden.

Mit ihrem Beschwerdevorbringen rügt die Bf zwar die Feststellung des Grades der Behinderung (GdB) von 40%, zeigt aber nicht auf, worin die Unschlüssigkeit des der Bescheinigung I zu Grunde liegenden Gutachtens I besteht. Die bloße Behauptung, der GdB sei zu niedrig bemessen worden, ist für sich allein kein substantiierter Einwand. Zur Frage, ob man den Grad der Behinderung so feststelle, indem der Sachverständige die Tochter abgehört und und gefragt habe, ob sie in der Schule gut integriert sei, ist zu sagen, dass diese Vorgangsweise in Punkt 06.04 der Einschätzverordnung Deckung findet, wonach sich die Einschätzung an der *Häufigkeit der Asthmaanfälle, der Lebensqualität und der Lungenfunktion zu orientieren* hat. Die Frage nach der Integration ist auch als eine Frage nach der Lebensqualität zu verstehen. Zur Lebensqualität führt das Gutachten I weiters aus, dass die körperliche Belastbarkeit der Tochter eingeschränkt ist, sie immer wieder Pausen einlegen muss, auch das Durchschlafen gestört ist und dass Infekte und Belastung den Zustand der Tochter verschlechtern. Auch die Häufigkeit der Asthmaanfälle hat der Gutachter I ermittelt, indem er festgehalten hat, dass die Tochter seit 10. Juli 2006 monatliche Vorstellungen im Sinn der rez. obstr. Bronchitis/Asthma bronchiale mit unterschiedlicher Therapieintensität zu verzeichnen hat. Der Vorwurf, der Gutachter I hätte wesentliche Krankheitssymptome nicht protokolliert, wird daher zu Unrecht erhoben.

Die Aussage, dass die Behinderung voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhalten wird, musste der Gutachter im Hinblick auf § 8 Abs 5 Satz 1 und 2 FLAG 1967, tätigen. Auf den Umstand, ob das Asthma vererbt ist oder nicht, kommt es dabei nicht an.

Da das Gutachten I zur Vergangenheit keine Aussagen macht, könnte fraglich sein, ob sich Gutachter I auftragswidrig nicht mit der Rückwirkung des Antrages auseinandergesetzt hat. Selbst wenn man Gutachten und Bescheinigung I so auslegte, dass sie die rückwirkende Antragstellung nicht beachtet hätten, ist durch die Begutachtungen II und III jedenfalls Heilung eingetreten, weil aus Gutachten und Bescheinigung II und III zweifelfrei hervorgeht, dass sich für die Vergangenheit eine erhebliche Behinderung nicht belegen lässt, wobei Gutachter II bis September 2014 und Gutachterin III bis September 2009 ermittelt haben. Spätestens nach der 2. Begutachtung hätte die Bf erkennen können, dass es für die Einstufung von Asthma ganz wesentlich auf die Lungenfunktionswerte ankommt, wie sich aus Punkt 06.04 des Anhangs zur Einschätzverordnung ergibt. Gutachten III führt für Oktober 2014 eine Lungenfunktion o.B. und für April 2014 eine Lungenfunktion im Normalbereich an, obgleich die Tochter im April 2014 eine Lungenentzündung hatte. Aus dem Gutachten III ergibt sich, dass die Gutachterin III dezidiert Lungenfunktionsbefunde für die Vergangenheit verlangt hat. Doch mangels Vorlage geeigneter Befunde (Seite 1, 3. Absatz des Gutachtens) ist eine länger rückwirkende Bestätigung einer erheblichen Behinderung von 50% nicht möglich, "da

die beigebrachten Befunde keine Behinderung im Ausmaß von 50% für einen früheren Zeitraum belegen" (Seite 3, 2. Absatz des Gutachtens).

Die im § 8 Abs 6 FLAG 1967 angeführten Nachweise sind nicht in § 35 Abs 1 Z 2 2. Unterabsatz Teilstrich 3 EStG 1988 angeführt, sodass sie nicht als Nachweise im Einkommensteuerverfahren geeignet sind. Damit verletzt der angefochtene Bescheid die Bf aber nicht in subjektiven Rechten, weil es im Regime des § 8 Abs 5 und 6 FLAG 1967 ohne Belang ist, ob der Tochter für den September 2014 aufgrund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens eine Behinderung von unter 50% zu bescheinigen gewesen wäre.

4. Rechtsfragen

ad 2.3.1. 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.

1. Gutachten eines Sachverständigen zählen – wie in jeder Verfahrensordnung auch – zu den Beweismitteln (§§ 166ff und 1 77 BAO) .
2. Die Gutachten des § 8 Abs 6 FLAG enthalten insbesondere
3. 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 Abgabenverfahren 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.

ad 2.3.2. Wie sind die Begriffe „Begutachtung“ iSd § 51 Abs 2 Z 5 FLAG sowie „Bescheinigung“ und „ärztliches Sachverständigengutachten iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 auszulegen?

Die belBeh vertritt die Rechtsanschauung, dass in den von ihr im DB7 einsehbaren Megadaten nach wie vor die Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 zu erblicken ist. Das BASB verweigert die Bekanntgabe der Gutachtensdaten aufgrund einer unklaren Gesetzeslage, ohne zu konkretisieren worin die Unklarheit bestehen soll.

Zunächst ist dazu 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 Wissenserklärungen 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.

Die Bescheinigung des § 8 Abs 6 FLAG ist nach dem Gesetzeswortlaut eine *behördliche Erledigung* (argumento „Bescheinigung des Bundesamtes...“).

Als *behördliche Erledigung* ist die Bescheinigung nach den für das BASB geltenden Verwaltungsverfahrensvorschriften zu erstellen, 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. Da das "neue" Gutachten zugleich auch als die Bescheinigung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967 anzusehen ist, hat das BASB jedenfalls diese Gutachten/Bescheinigung den Beihilfenbehörden zu übermitteln.

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. Damit ist der Chefarzt bzw die Chefärztin rechtlich betrachtet ein Mischorgan. Inwieweit es als medizinisches Kontrollorgan der sachverständigen Ärzte fungiert, geht weder aus den Gutachten noch den Bescheinigungen hervor. Aus dem Gutachten ist nicht ersichtlich, welche Sachverständigenschritte der Chefarzt oder die Chefärztin gesetzt hat.

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 Seit Ende 2014 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.

Laut Auskunft der belBeh wurde ihr das Gutachten von der Bf per E-Mail übermittelt. Soweit das BASB darauf hinweist, dass die Übermittlung von Gesundheitsdaten per Mail oder Fax datenschutzrechtlich problematisch ist, ist es im Recht. Unter anderem fallen Daten natürlicher Personen über ihre Gesundheit unter die sensiblen Daten des § 4 Z 2 Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) und der E-Mailverkehr ist keine gesicherte Übermittlungsart. Wesentlich sinnvoller wäre eine Überlassung dieser Daten in einem entsprechend geschützten Übermittlungs

ad 2.3.3. 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.

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 mit allen zu Gebote stehenden Mitteln versucht zu haben, ist rechtlich verfehlt. Aufgrund der E-Mail des BASB vom 9. Dezember 2015 ist das BFG nach § 111 BAO vorgegangen.

Die Übermittlung des Gutachtens an den Beihilfenwerber obliegt der Abgabenbehörde zur Wahrung des Parteiengehörs, 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.

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.

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.

Ende 2014 erfolgte seitens des BMASK eine technische Änderung an der Schnittstelle der Gutachtensübermittlung iSd § 8 Abs 6 FLAG 1967. Die Beihilfenbehörden können seit Ende 2014 die Gutachtensdaten nicht mehr einsehen. Seither sind die Beihilfenbehörden angewiesen, ohne Gutachten zu entscheiden und erst im Zeitpunkt der Beschwerdevorlage an das BFG das Gutachten 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?

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

Wien, am 27. April 2016