



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., W., gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend erhöhte Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Februar 2006 bis 31. Dezember 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) stellte im Februar 2011 den Antrag auf rückwirkende Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe auf fünf Jahre für seinen Sohn F., geb. 2004.

Im Zuge des Antragsverfahrens wurde im Wege des Bundessozialamtes folgendes Gutachten erstellt:

Betr.: S. F.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2011-03-29 11:00 Ordination

Identität nachgewiesen durch: RP

Anamnese:

Vorstellung bei diagnostiziertem Aspergerschem Autismus. Geburt 36. SSW, 2040g SGA 9/9. Postpartal nur Wärmebett notwendig. Deutlich verzögerte Statomotorik, Gehen erst mit 2a, gute Sprachentwicklung, sauber erst mit 5a. Im Kindergarten ab 3a deutliche soziale Überforderung mit Aggressionen gegen die anderen Kinder. F. hat am liebsten stundenlanges Basteln für sich alleine. Er hat sich selbst das Zählen und Buchstaben im Alter zwischen 2 und 4 beigebracht. Hat dann stundenlang etwa Kastanien oder Blätter gezählt.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Therapie bei "M." 1/Woche. Ab kommenden Sept. Einschulung im I System vorgesehen.

Untersuchungsbefund: Altersentspr. Status, guter AZ, EZ.

Status psychicus / Entwicklungsstand:

Stimmung sehr ernst, nicht gut affizierbar. Sprachliche Ausdrucksweise sehr gut; wenn er selbst etwas sagen will, jedoch kaum Antworten möglich, soziale Überforderung deutlich.

Relevante vorgelegte Befunde:

2011-01-04 MMAG. BS, KLIN. PSYCHOLOGIN. M. .

Diagnostischer 10 seitiger Befund (state of the art Diagnostik liegt vor). Asperger Syndrom

Diagnose(n): Asperger Syndrom

Richtsatzposition: 030202 Gdb: 050% ICD: F84.5

Rahmensatzbegründung:

Unterer Rahmensatz bei frühem Therapiesetting und möglicher guter Prognose.

Gesamtgrad der Behinderung: 50 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Eine Nachuntersuchung in 3 Jahren ist erforderlich.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 2011-01-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

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

erstellt am 2011-03-29 von TW

Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde

zugestimmt am 2011-03-30

Leitender Arzt: FW

Das Finanzamt legte die Ergebnisse des Sachverständigengutachtens dem Bescheid vom 11. April 2011 zugrunde und wies den Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe für den Zeitraum Februar 2006 bis Dezember 2010 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 8 Abs. 5 ff FLAG 1967 ab.

Der Bw. erhob gegen den Abweisungsbescheid mit folgender Begründung Berufung:

#### "1. Fehlende Begründung

Der Bescheid zitiert in seiner "Begründung" lediglich Gesetzesbestimmungen, ohne auf den Antragsfall einzugehen und darzulegen, aus welchem Grund die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für den Zeitraum Feb. 2006 bis Dez. 2010 abgelehnt wird.

Eine inhaltliche Argumentation meiner Berufung gegen diesen Bescheid ist daher für mich insofern schwer, als ich nicht erkennen kann, aus welchen Gründen die Zuerkennung der erhöhten Familienbeihilfe für meinen Sohn F. S. für den genannten Zeitraum abgelehnt wurde.

#### 2. Fehlerhafte Entscheidung

Die Entscheidung des FA ist insofern fehlerhaft, als sie den Anspruch auf erhöhte Familienbeihilfe für den o.g. Zeitraum negiert.

a) Wie sich aus dem dem Bescheid beigelegten SV-Gutachten des Dr. T. richtigerweise ergibt, liegt ein Grad der Behinderung von 50 % voraussichtlich mehr als 3 Jahre vor, Diagnose: Asperger-Autismus.

b) Das Gutachten ist jedoch in Bezug auf die rückwirkende Einschätzung des Grades der Behinderung fehlerhaft: Asperger-Autismus besteht ausschließlich von Geburt an, diese Form der Behinderung kann nicht zu einem späteren Zeitpunkt eintreten (siehe entsprechenden Stand der Wissenschaft bzw. Wikipedia "Asperger-Syndrom"). Die Behinderung liegt bei F. also bereits seit 2004 vor.

Im Rahmen der Untersuchung bzw. auch der Antragstellung wurden auch Befunde vorgelegt, die das Auftreten von Symptomen bzw. deren Behandlungen bei F. (zB taktile Wahrnehmungsstörung, Ergotherapien etc.) auch für die Vorjahre als Kleinkind dokumentieren. Umso mehr ist es unverständlich, dass das Gutachten unrichtigerweise feststellt, dass eine rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades der Behinderung erst ab 1.1.2011 möglich sei – bei einer ab Geburt bestehenden Behinderung (!)..."

Auf Grund der vom Bw. eingebrachten Berufung wurde F. am 6. Juni 2011 ein weiteres Mal im Bundessozialamt untersucht und folgendes Gutachten erstellt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: S. F.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2011-06-06 13:30 im Bundessozialamt Wien

Identität nachgewiesen durch: RP Mutter.

Anamnese:

Es liegt ein Vorgutachten vom 3/2011 auf, mit der Diagnose eines Aspergersyndroms, Einstufung Pos.030202, 50% Grad der Behinderung, aufgrund des vorgelegten Befundes mit der Diagnosestellung rückwirkend ab 1/2011. Es wurde Berufung gegen das Datum der rückwirkenden Anerkennung eingelegt, mit der Begründung, dass ein Aspergersyndrom eine angeborene Erkrankung ist, die Rückwirkung wurde ab Geburt eingereicht. Es wurden keine neuen Befunde vorgelegt.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Therapie bei M. 1x Woche.

Untersuchungsbefund:

6-jähriger Knabe in gutem AZ und EZ, interner und grobneurologischer Status o.b., Gangbild unauffällig.

Status psychicus / Entwicklungsstand:

Erzählt gerne und gut, abwechselnde Kommunikation jedoch sehr schwierig, Blickkontakt nur kurzfristig auf Aufforderung; im Kindergarten kaum Freunde, spielt lieber allein; Einschulung als Integrationskind vorgesehen.

Relevante vorgelegte Befunde: 2011-04-01 MAG.BS, M.:

siehe Vorgutachten; Diagnose Aspergersyndrom.

Diagnose(n): Aspergersyndrom

Richtsatzposition: 030202 Gdb: 050% ICD: F84.5

Rahmensatzbegründung:

unterer Rahmensatz bei frühem Therapiesetting und möglicher guter Prognose.

Gesamtgrad der Behinderung: 50 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Eine Nachuntersuchung in 3 Jahren ist erforderlich.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 2011-01-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

Der(Die) Untersuchte ist voraussichtlich nicht dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Rückwirkende Anerkennung ab Diagnosestellung möglich; davor trotz angeborener Erkrankung kein 50% -iger Grad der Behinderung nachvollziehbar.

erstellt am 2011-07-02 von R.

Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde

zugestimmt am 2011-07-04

Leitender Arzt: FW

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Das Gutachten vom 4. Juli 2011, das das Finanzamt im Zuge des Berufungsverfahrens erstellen ließ, wurde dem Bw. mit Schreiben vom 20. Oktober 2011 übermittelt.

Der Bw. gab hierzu folgende Stellungnahme ab:

"...vielen Dank für die Übermittlung des Gutachtens des Bundessozialamtes vom 4. Juli 2011, welches mir zuvor nicht zur Kenntnis gebracht wurde.

Das Gutachten des BSA enthält im Wesentlichen die Wiederholung der Diagnose für meinen Sohn F. (angeborenes Asperger-Syndrom) und hält fest, dass aufgrund dieser Diagnose eine 50%ige Behinderung voraussichtlich mehr als 3 Jahre vorliegt.

Weiters führt das Gutachten am Ende richtigerweise aus, dass das Asperger-Syndrom eine angeborene Behinderung ist. Obwohl daher nach Aussage des begutachtenden Arztes die Behinderung F's seit Geburt 2004 vorliegt, ist für ihn "für die Zeit vor der Diagnosestellung [Anm.: Jänner 2011] kein

50%iger Grad der Behinderung nachvollziehbar". Damit widerspricht sich das Gutachten selbst: Einerseits wird bestätigt, dass es sich um eine *angeborene Behinderung* handelt, andererseits soll "ein 50%iger Grad der Behinderung erst ab Diagnosestellung nachvollziehbar" sein. Der Gutachter behandelt das Asperger-Syndrom so, als wäre es eine (irgendwann) plötzlich auftretende "Erkrankung" (so auch die Wortwahl des Gutachtens).

Da es sich jedoch nicht um eine Erkrankung, sondern eine angeborene Behinderung handelt, ist es vielmehr nicht nachvollziehbar und geradezu zynisch zu behaupten, dass eine 50%ige Behinderung erst ab dem Zeitpunkt der Diagnosestellung vorliegen soll:

F. hat seit frühester Kindheit aufgrund seiner (für das Asperger-Symptom typischen) verzögerten Entwicklung und sozialen Probleme Therapien in Anspruch nehmen müssen: Physiotherapie 2005/06 aufgrund zu langsamer motorischer Entwicklung (konnte erst mit 2 Jahren laufen) bei Fr. CH, Ergotherapie aufgrund einer sensorischen Wahrnehmungs- und Integrationsstörung und einer damit verbundenen motorischen Koordinationsstörung 2008-2009 bei Fr. E. G. (siehe Bestätigung), Psychodramatherapie zur Förderung der sozialen und emotionalen Kompetenz 2009-2010 bei Frau J. BV.

F's Entwicklung und Therapiegeschichte wurde unsererseits im Verfahren und auch im Rahmen der Begutachtungen mehrfach releviert. Dies und die Tatsache, dass Asperger-Syndrom ausschließlich ab Geburt vorliegt, können bei richtiger Interpretation der relevanten Gesetzesbestimmungen nur zur rückwirkenden Zuerkennung der erhöhten Familienbeihilfe führen.

Somit beantrage ich, die Entscheidung des FA abzuändern und dem Antrag auf Zuerkennung erhöhter Familienbeihilfe vollumfänglich, somit auch für die Zeit vor dem 1.1.2011, Folge zu leisten.

Zur besseren Erörterung der Sachlage beantrage ich die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung."

Am 23. November 2011 richtete der Unabhängige Finanzsenat folgendes Schreiben an den Bw.:

"In Ihrem Schreiben vom 13. November 2011 verweisen Sie unter anderem darauf, dass Ihr Sohn F. seit frühester Kindheit aufgrund seiner für das Asperger-Symptom typischen verzögerten Entwicklung und sozialen Probleme Therapien in Anspruch nehmen musste, so zB

- Physiotherapie 2005/06 aufgrund zu langsamer motorischer Entwicklung bei Frau CH und
- Psychodramatherapie zur Förderung der sozialen und emotionalen Kompetenz von 2009 bis 2010 bei Frau J. BV .

Sie legten Ihrem Schreiben vom November 2011 jedoch nur die Bestätigung der ergotherapeutischen Behandlung (16. Mai 2008 bis 5. Februar 2009) bei Frau E. G. vor. Im Übrigen wurden in den beiden Sachverständigengutachten vom 30. März 2011 und vom 4. Juli 2011 diese Therapien auch nicht erwähnt, weshalb angenommen werden muss, dass dies den begutachtenden Fachärzten bei der Untersuchung von F. nicht bekannt war.

Sie werden ersucht, Bestätigungen über die von Ihnen angeführten Therapien innerhalb einer Frist von drei Wochen ab Zustellung dieses Schreibens vorzulegen.

Der unabhängige Finanzsenat wird diese dann dem Bundessozialamt zur Kenntnis bringen und um Mitteilung ersuchen, ob sich dadurch eine Änderung in der rückwirkenden Einstufung des Behinderungsgrades ergibt."

Der Bw. legte dem unabhängigen Finanzsenat folgende Unterlagen vor:

Bestätigung der Kinésithérapie P. (ins Deutsche übersetzt), dass F. auf Grund von psychomotorischer Entwicklungsverzögerung und verspätetem Gehenlernen vom 20. März bis 20. Juli 2006 26 Therapieeinheiten bei AdH in der Praxis für Heilgymnastik und Psychomotorik

inB. erhalten hat. (In seinem Schreiben verwies der Bw. darauf, dass er mit seiner Familie damals in I. wohnte.)

Bestätigung von Frau J. BV, Psychotherapeutin und Supervisorin, vom 10. Dezember 2011, dass F. im Schuljahr 2009/2010 an einer psychotherapeutischen Kindergruppe teilgenommen hat.

Betreffend die physiotherapeutische Behandlung merkte der Bw. an, dass diese nicht – wie irrtümlich im letzten Schreiben angegeben – durch CH, sondern durch AdH erfolgt sei.

In seinem Schreiben vom 16. Dezember 2011, mit dem er die Therapiebestätigung von J. BV vorlegte, führte der Bw. unter anderem aus, dass die Behandlungen im Rahmen der Untersuchungen beim Bundessozialamt besprochen, von diesem jedoch keine Unterlagen angefordert worden seien.

Der unabhängige Finanzsenat richtete am 23. Dezember 2011 folgendes Schreiben an das Bundessozialamt:

"Der Berufungswerber, Bw., beantragte für seinen Sohn F., die erhöhte Familienbeihilfe rückwirkend ab Februar 2006.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Grund des erstellten Gutachtens vom 30. März 2011, in dem bei F. der Behinderungsgrad mit 50 v.H. ab 1. Jänner 2011 festgesetzt wurde, für den Zeitraum 1. Februar 2006 bis 31. Dezember 2010 ab.

Für den Zeitpunkt der rückwirkenden Einschätzung des Behinderungsgrades wurde offensichtlich der Befund von MMag. BS herangezogen.

Aufgrund des Vorlageantrages wurde über Anforderung des Finanzamtes ein weiteres Gutachten (4. Juli 2011) erstellt. In diesem Gutachten wurde darauf verwiesen, dass eine rückwirkende Anerkennung ab Diagnosestellung möglich sei; davor sei trotz angeborener Erkrankung kein 50%-iger Grad der Behinderung nachvollziehbar.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2011 übermittelte Dr. S. dem unabhängigen Finanzsenat die in der Beilage angeführten Bestätigungen und verwies darauf, dass er die Behandlungen von F. im Rahmen der Untersuchungen beim Bundessozialamt besprochen habe, jedoch keine Unterlagen angefordert worden seien.

Es wird somit um Mitteilung gebeten, ob die nunmehr offenbar erstmals vom Berufungswerber vorgelegten Befunde bzw. Bestätigungen das Ergebnis der Begutachtung in Hinblick auf den Zeitpunkt des Eintritts der erheblichen Behinderung beeinflusst hätten."

Folgendes Aktengutachten wurde dem unabhängigen Finanzsenat am 6. Februar 2012 übermittelt:

Anamnese:

Mitteilung auf Grundlage der vorliegenden FLAG-Gutachten vom 30.03.2011 und vom 04.07.2011, jeweils mit der Diagnose eines Asperger Syndroms, F84.5, Einstufung auf Pos.030202, 50% Grad der Behinderung.

In diesen Gutachten wird angegeben, dass der Knabe in der 36.SSW, mit GG 2040 g, geboren wurde, und es postpartal zu einer verzögerten motorischen Entwicklung bei normaler Sprachentwicklung gekommen war. Ab dem Kindergartenalter mit 3 Jahren zeigten sich auffällige Verhaltensweisen mit Aggressivität und sozialer Überforderung im Umgang mit anderen Kindern. Bei den beiden FLAG-Untersuchungen wurde jeweils der gleiche Befund von Mag.BS vom Institut M. vom 4.1.2011 vorgelegt, der in state of art - Diagnostik die Diagnose eines Asperger Syndroms stellt, weitere Befunde wurde nicht vorgelegt.

Therapie:

Psychotherapie bei M. 1x/Woche  
Befunde: neu eingelangte Befunde:

1.

Fr. J. BV, Psychotherapeutin:

Dg: Asperger Autismus; Bestätigung der Therapie im Schuljahr 2009/2010.

2.

08.12.2011, C. D., Päd. Heilgymnastik u. Psychomotorik, Frankreich: Bestätigung der Therapie (Heilgymnastik), wegen psychomotorischer Entwicklungsverzögerung und verspätetem Gehenlernens von 20.3.2006 bis 20.6.2006.

Status:

Patient nicht anwesend

Diagnose

Asperger Syndrom, F84.5;

Einstufung auf Pos. 030202, 50% Grad der Behinderung, unterer Rahmensatz bei guter Prognose bei frühem Therapiesetting.

Zusatzeintragung:

Begründung:

Bezüglich der Frage nach einer weiteren Rückdatierung als in den Vorgutachten angegeben (ab 1.1.2011), kann trotz der neu vorgelegten Bestätigungen einer Heilgymnastik für 3 Monate im Alter von 2 Jahren, als auch der Bestätigung einer psychotherapeutischen Begleitung im Alter von 5 Jahren, kein 50% Grad der Behinderung zu diesen Zeitpunkten nachvollzogen werden, keine dieser beiden Bestätigungen sind ärztliche oder psychotherapeutischen Befundungen, die einen Entwicklungsstand beschreiben oder befunden; somit besteht keine Änderung der Rückdatierung ab 1.1.2011.

Das Gutachten wurde dem Bw. mit Schreiben vom 21. Februar 2012 zur Kenntnis und eventuellen Stellungnahme übermittelt.

Der Bw. äußerte sich dazu wie folgt:

"Das Gutachten des BSA enthält im Wesentlichen die Wiederholung der Diagnose für meinen Sohn F. (angeborenes Asperger-Syndrom) und hält fest, dass trotz der vorgelegten Bestätigungen über zwei therapeutische Maßnahmen im Alter von 2 bis 5 Jahren kein 50% Grad der Behinderung zu diesen Zeitpunkten nachvollzogen werden kann, "weil es sich um Bestätigungen und nicht um ärztliche oder psychotherapeutische Befundungen" handelt.

Dazu ist festzuhalten:

Zum einen lag dem BSA offensichtlich die ergotherapeutische Befundung durch Frau E. G (Behandlungen im Zeitraum 2008 – 2009), welche wir dem UFS im Schreiben vom 13.11.2011 übermittelt haben, nicht vor, da sie in dem Gutachten nicht erwähnt wird.

Zum anderen wurden wir im Schreiben des UFS vom 22. November 2011 aufgefordert, weitere zwei "Bestätigungen über die von Ihnen angeführten Therapien vorzulegen". Diese Bestätigungen über Physiotherapie (2006) und Psychodramatherapie (2009 – 2010) wurden mit Schreiben vom 16.12.2011 an den UFS übermittelt. Die Beibringung einer ärztlichen oder psychotherapeutischen Befundung für diese Behandlungen wurde ausdrücklich nicht verlangt.

Es ist jedoch auch nicht nachvollziehbar, warum das Bundessozialamt mit dieser Argumentation das Vorliegen einer Behinderung für den Zeitraum vor 2011 verneint:

Es kann als notorisch angesehen werden, dass die Behinderung des Asperger Autismus ausschließlich ab Geburt vorliegt und nicht später "entstehen" kann (S. dazu Stand der Wissenschaft). Das Gutachten setzt sich damit überhaupt nicht auseinander, sondern hält ohne Begründung daran fest, dass für die Zeit vor 2011 "kein 50% Grad der Behinderung nachvollzogen werden kann".

Die durchgeführten Therapien im Zeitraum 2006 bis 2010 ergeben mit ihren Bestätigungen bzw der ergotherapeutischen Befundung vielmehr darüber Nachweis, dass bereits in diesem Zeitraum vor Diagnostizierung der Behinderung und Antragstellung eine nachgewiesene, massive Beeinträchtigung durch die Autismus-Behinderung (Aggressivität, Reizüberflutung, gestörtes Sozialverhalten) vorlag. Andernfalls hätte es bei F. wohl auch kaum eines durchgehenden Therapieverlaufs seit Mai 2008 bedurft.

Es wird daher beantragt, dem BSA den ergotherapeutischen Befund von Fr E. G zu übermitteln und um Ergänzung bzw Korrektur des Gutachtens zu ersuchen.

Für den Fall, dass das BSA die Nachvollziehbarkeit einer 50% Behinderung für den Zeitraum vor 2011 weiterhin verneint, wird beantragt, dass das ärztliche Gutachten eine Aussage darüber trifft, warum trotz vom BSA diagnostizierter vorliegender Behinderung seit Geburt und erfolgter therapeutischer

Maßnahmen eine 50% Behinderung für den Zeitraum vor 2011 aus ärztlicher Sicht nicht nachvollziehbar ist..."

Am 29. März 2012 richtete der unabhängige Finanzsenat folgendes Schreiben an das Bundessozialamt:

"Das am 20.1.2012 erstellte Aktengutachten wurde dem Berufungswerber zur Kenntnis gebracht. Er hat hierauf mit beiliegendem Schreiben reagiert und zu Recht darauf hingewiesen, dass die nunmehr ebenfalls beigeschlossene Bestätigung der ergotherapeutischen Behandlung von F. S. dem Bundessozialamt (offenbar irrtümlich) nicht übermittelt wurde.

Um das Vorliegen eines Verfahrensmangels auszuschließen, darf ich mich nochmals an Sie wenden und um Mitteilung bitten, ob diese Bestätigung an der Einschätzung etwas geändert hätte. Weiters darf ich auf den (letzten) Absatz des Schreibens des Berufungswerbers verweisen."

Das Bundessozialamt gab dazu folgende "Kinderfachärztliche Stellungnahme" ab:

"2. Stellungnahme auf Grundlage der vorliegenden FLAG-Gutachten vom 30.3.2011 und vom 4.7.2011, jeweils mit der Diagnose Asperger Syndrom, ICD F84.5, Einstufung auf Pos. 030202, 50 % Grad der Behinderung. Die Rückdatierung des Grades der Behinderung wird aufgrund der vorgelegten Befunde ab der Diagnosestellung mit genauer Befundung, Beschreibung der Defizite und state of art-Diagnostik vom 4.1.2011 ab 1/2011 ermöglicht. Es wurde ein Antrag zur weiteren Rückdatierung über den unabhängigen Finanzsenat im 12/2012 gestellt, dabei wurden Befunde über Heilgymnastik 2006 – 2008 und Psychotherapie 2009-2010 vorgelegt (Hr. C. D., Fr. J. BV), die beide keinen nachvollziehbaren Grad der Behinderung von 50 % angeben. Es wurde ein neuerlicher Antrag zur weiteren Rückdatierung über den unabhängigen Finanzsenat im 3/2012 gestellt, und ein weiterer Befund vorgelegt.

Befund neu:

11.11.2011, E. G., Ergotherapeutin:

20 Einheiten Ergotherapie 5/2008 bis 2/2009, sensorische Wahrnehmungs- und Integrationsstörung, motorische Koordinationsstörung (weitere Termine 12/2010, 1/2011).

Diagnose: Asperger Autismus, F 84.5; Pos. 030202, 50 % Grad der Behinderung.

Die rückwirkende Anerkennung ist wie bei den Vorgutachten ab 1/2011 gerechtfertigt, ein 50%iger Grad der Behinderung vor diesem Zeitpunkt ist auch mit dem neu vorgelegten Befund nicht nachvollziehbar.

Begründung:

Trotz der neu erbrachten Ergotherapiebestätigung von 2008-2009 besteht kein Hinweis auf eine 50% Grad der Behinderung zu diesem Zeitpunkt. Die beschriebenen Störungen (sensorische Integrationsstörung, motorische Koordinationsstörung) zu diesem Zeitpunkt können als 30 % Grad der Behinderung mit Pos. 030201 eingestuft werden.

Die Argumentation von Bw. im Berufungsbescheid, dass für eine rückwirkende Einstufung von 50 % nur eine Therapiebestätigung erbracht werden müsse, kann nicht nachvollzogen werden, da natürlich der Inhalt der vorgelegten Befunde von entscheidender Bedeutung ist, und wie in der 1. Stellungnahme ausgeführt, in diesen Bestätigungen keine Befundung oder Beschreibung über einen Entwicklungsstand mit einer 50%-igen Behinderung erfolgt.

Weiters wird kritisiert, dass sich die Stellungnahme einzig dem Grad der Behinderung und nicht der Diagnose per se widmet, obwohl doch das Leiden als angeborene Erkrankung gilt. Hierzu kann im vorliegenden Gutachten nur auf die Definition der Einstufung nach der Einstufungsverordnung hingewiesen werden, wobei diese ausschließlich nach den Defiziten und nicht nach dem Namen der Erkrankung erfolgt."

Die Gutachtensergänzung wurde dem Bw. mit Schreiben vom 22. Mai 2012 zur Kenntnis und eventuellen Stellungnahme übermittelt.

Der Bw. gab dazu folgende Stellungnahme ab:

"Das Gutachten des BSA enthält im Wesentlichen die Wiederholung der Diagnose für meinen Sohn F. (angeborenes Asperger-Syndrom) und hält fest, dass trotz der vorgelegten Bestätigungen über therapeutische Maßnahmen und Befunde im Alter von 2 bis 5 Jahren kein 50% Grad der Behinderung zu diesen Zeitpunkten nachvollzogen werden kann.

Dabei unterstellt das Gutachten des BSA offenbar, dass vom Antragsteller als Voraussetzung für die Rückwirkung eine detaillierte "Befundung oder Beschreibung über einen Entwicklungsstand mit

50%iger Behinderung" und das Vorliegen entsprechender Defizite gemäß Einstufungsverordnung für die Vergangenheit beizubringen wäre.

Demgegenüber lässt der UFS richtigerweise eine Glaubhaftmachung des Vorliegens der 50%igen Behinderung genügen und fordert mit Schreiben vom 22. November den Antragsteller auf, "Bestätigungen über die von Ihnen angeführten Therapien vorzulegen". Diese Bestätigungen über Physiotherapie (2006) und Psychodramatherapie (2009-2010) wurden mit Schreiben vom 16.12.2011 an den UFS, ebenso wie zuvor schon der ergotherapeutische Befund, übermittelt.

Die Beibringung einer ärztlichen oder psychotherapeutischen Befundung bzw. Beschreibung der Defizite laut Einstufungsverordnung für diese Behandlungen wurde ausdrücklich nicht verlangt. Dies würde auch die Anforderungen, die billigerweise zum Nachweis für die Vergangenheit gestellt werden können, überspannen bzw. würde dies die Anwendung der Rückwirkungsbestimmung im FLAG unmöglich machen. Deshalb ist die rückwirkende Gewährung in § 10 Abs. 3 FLAG als Rechtsfrage eine Entscheidung der Behörde, die nicht vom Nachweis der Bescheinigung des Bundessozialamts über das Vorliegen der Voraussetzungen in der Vergangenheit abhängig ist.

Bei rechtlich richtiger Anwendung des § 10 Abs. 3 FLAG muss der rückwirkenden Gewährung stattgegeben werden:

- Es kann als notorisch angesehen werden, dass die Behinderung des Asperger Autismus ausschließlich ab Geburt vorliegt und nicht später "entstehen" kann (so auch die Stellungnahme des BSA).
- Die durchgeführten drei Therapien im Zeitraum 2006 bis 2010 ergeben mit ihren Bestätigungen bzw. der ergotherapeutischen Befundung vielmehr darüber Nachweis, dass bereits in diesem Zeitraum vor Diagnostizierung der Behinderung und Antragstellung eine nachgewiesene, massive Beeinträchtigung durch die Autismus-Behinderung vorlag.
- Die in der Diagnose-Befundung beschriebenen Defizite lagen daher - in diesem Ausmaß - auch schon im Zeitraum vor 2011 aufgrund angeborener Behinderung (50%) vor.

Der Antrag auf mündliche Verhandlung vor dem UFS bleibt weiterhin aufrecht."

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

## **1. Rechtsgrundlagen**

### **1.1 Antrag auf mündliche Berufungsverhandlung**

Gemäß [§ 284 Abs. 1 Z 1 BAO](#) hat über die Berufung eine mündliche Verhandlung stattzufinden, wenn es in der Berufung, im Vorlageantrag oder in der Beitrittserklärung beantragt wird.

Der Bw. hat den Antrag auf mündliche Verhandlung nicht in der Berufung vom 4.5.2011 gestellt, sondern erst in einem ergänzenden Schriftsatz vom 13.11.2011, somit also verspätet.

Da dem Bw. zu jedem Verfahrensschritt Parteiengehör gewährt wurde, bestand auch keine Veranlassung, eine mündliche Verhandlung von Amts wegen anzuberaumen.

### **1.2 Erhebliche Behinderung**

Gemäß [§ 8 Abs. 4 FLAG 1967](#) erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind.

Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß [§ 8 Abs. 5 FLAG 1967](#), bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen



Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren.

Der Grad der Behinderung muss mindestens 50 v.H. betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind § 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 Abgabenbehörde hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht ([§ 167 Abs. 2 BAO](#)). Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. für viele VwGH 23.11.2005, 2003/16/014) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

## 2. Sachverhalt

Im vorliegenden Berufungsfall wurde der Sohn des Bw. drei Mal untersucht, und zwar:

| Untersuchung am | untersuchender Facharzt                         | Richtsatzposition | Grad der Behinderung | rückwirkend ab |
|-----------------|---|-------------------|----------------------|----------------|
| 29.3.2011       | TW , Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde   | 030202            | 50 %                 | 1.1.2011       |
| 6.6.2011        | Dr. R. Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde | 030202            | 50 %                 | 1.1.2011       |
| 20.1.2012       | Dr. R. Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde | 030202            | 50 %                 | 1.1.2011       |

Des Weiteren wurde über Ersuchen des unabhängigen Finanzsenates eine "Kinderfachärztliche Stellungnahme" (Aktengutachten am 25. April 2012) abgegeben.

Im ersten Gutachten gelangte der damit befasste Sachverständige, ein Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde zu dem Ergebnis, dass der Gesamtgrad der Behinderung 50 vH rückwirkend ab Jänner 2011 beträgt. Eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit wurde nicht bestätigt.

Zu demselben Ergebnis gelangte auch die mit dem zweiten Gutachten (vom 6. Juni 2011) befasste Sachverständige, ebenfalls eine Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde.

Auf Grund der vom Bw. neu vorgelegten Unterlagen (J. BV, Psychotherapeutin, 8.12.2011, C. D., Päd. Heilgymnastik und Psychomotorik, Frankreich: Bestätigung der Therapie (Heilgymnastik) wegen psychomotorischer Entwicklungsverzögerung und verspätetem Gehen Lernens von 20.3.2006 bis 20.6.2006) forderte der unabhängige Finanzsenat schließlich ein drittes Gutachten an und legte die entsprechenden Unterlagen bei. Sowohl das zweite als auch das dritte Gutachten wurden von derselben Ärztin erstellt.

Trotz der neu vorgelegten Unterlagen gelangte die Ärztin zu keiner Änderung der Rückdatierung des Behinderungsgrades ab 1. Jänner 2011. Dies mit der Begründung, dass trotz der neu vorgelegten Bestätigungen einer Heilgymnastik für 3 Monate im Alter von 2 Jahren als auch der Bestätigung einer psychotherapeutischen Begleitung im Alter von 5 Jahren kein 50% Grad der Behinderung zu diesen Zeitpunkten nachvollzogen werden könne. Keine dieser beiden Bestätigungen seien ärztliche oder psychotherapeutische Befundungen, die einen Entwicklungsstand beschreiben oder befunden.

Auch in der "Kinderfachärztlichen Stellungnahme" (Aktengutachten vom 25. April 2012) gelangte die betraute Ärztin, eine Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde, zu keinem anderen Ergebnis. Ausführlich begründet sie in der Stellungnahme, warum die rückwirkende Anerkennung von 50 % erst ab Jänner 2011 gerechtfertigt ist und warum trotz der neu erbrachten Ergotherapiebestätigung von 2008 – 2009 die Behinderung bloß mit 30 % unter der Pos. 030201 in diesem Zeitpunkt gegeben ist.

Die Gutachter legten ihrer Entscheidung, ab wann ein Behinderungsgrad von 50 v.H. vorliegt, offensichtlich den vom Bw. vorgelegten Befund von Mag. BS vom Jänner 2011 zugrunde.

### **3. Rechtlich folgt daraus:**

Aus dem Erkenntnis des VfGH 10.12.2007, [B 700/07](#), ergibt sich, dass der Gesetzgeber die Frage des Grades der Behinderung der eigenständigen Beurteilung der Familienbeihilfenbehörden entzogen und dafür ein qualifiziertes Nachweisverfahren eingeführt hat, bei dem eine

für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution (nämlich das Bundessozialamt) eingeschaltet wird und der ärztliche Sachverstand die ausschlaggebende Rolle spielt.

Daraus folgt, dass auch die Berufungsbehörde an die in den Gutachten getroffenen Feststellungen gebunden ist, sofern diese schlüssig sind (sh. zB VwGH 18.11.2008, [2007/15/0019](#); 18.12.2008, [2007/15/0151](#); 22.12.2011, [2009/16/0307](#)). Dies ist im Berufungsfall zu bejahen.

Die mehrfach über Ersuchen der Berufungsbehörde ergänzten Gutachten haben sämtliche vom Bw. vorgelegte Befunde und sonstige Unterlagen berücksichtigt. Insbesondere die Gutachtensergänzung vom 25.4.2012 kommt – insofern übereinstimmend mit dem Vorbringen des Bw. – zum Ergebnis, dass bereits vor dem 1.1.2011 eine Behinderung vorgelegen ist, die aber noch nicht den für die Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe maßgeblichen Grad von 50% erreicht hat. Entscheidend seien ausschließlich die Defizite und nicht der Namen der Erkrankung.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass der Sohn des Bw. 2004 geboren ist; der Behinderungsgrad hängt aber selbst bei gleichbleibendem Krankheitsbild auch vom Alter des Kindes ab. Das Ausmaß eines Entwicklungsrückstandes etwa stellt sich je nach Alter des Kindes unterschiedlich dar, da die Fertigkeiten, die ein Kind im Kindergartenalter beherrschen sollte, sich wesentlich von jenen, die von einem Schulkind erwartet werden, unterscheiden. Das Ausmaß eines Entwicklungsrückstandes ist daher immer im Vergleich zum Entwicklungsstand gleichaltriger gesunder Kinder zu sehen. So kann schon im Kindergartenalter ein gewisser Entwicklungsrückstand vorliegen, der sich aber bis zum Schulalter weiter vergrößern und einen höheren Behinderungsgrad herbeiführen kann (sh. *Lenneis* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 8 Rz 11 unter Hinweis auf UFS 30.6.2009, RV/1997-W/09).

Aus den ärztlichen Sachverständigengutachten und hierzu verfassten Ergänzungen, die alle Einwendungen des Bw. schlüssig und nachvollziehbar entkräften konnten, geht für den Unabhängigen Finanzsenat klar und eindeutig hervor, dass ein Grad der Behinderung von 50 % beim Sohn des Bw. erst ab 1. Jänner 2011 beweisbar eingetreten ist.

Es kann daher im Rahmen der freien Beweiswürdigung angenommen werden, dass die Feststellung des (Gesamt-)Grades der Behinderung mit 50 % erst ab 1.1.2011 aufgrund dieser schlüssigen Gutachten mit größter Wahrscheinlichkeit den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass bei einer Behinderung des Kindes von mindestens 25 % unter den in der [Verordnung des Bundesministers für Finanzen über außergewöhnliche Belastungen](#), BGBl 1996/303, angeführten Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, die tatsächlichen für die Kinder geleisteten Mehraufwendungen im Rahmen der Arbeitnehmer- bzw.

Einkommensteuerveranlagung als außergewöhnliche Belastung ohne Abzug eines Selbstbehaltes zu berücksichtigen.

Wien, am 27. Juni 2012