

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R***** in der Beschwerdesache B*****, vertreten durch Mag. Patrick Jean-Pierre Gaulin, Andreas-Hofer-Straße 27, 6020 Innsbruck, über die Beschwerde vom 17. November 2015 gegen den Bescheid des Finanzamt Innsbruck vom 10. November 2015, betreffend Abweisung eines Antrages auf erhöhte Familienbeihilfe (den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung)

zu Recht erkannt:

I.

Der Bescheid vom 10. November 2015 wird, soweit er über die Monate August und September 2015 abspricht, ersatzlos aufgehoben.

II.

Im Übrigen wird die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

III.

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

Entscheidungsgründe

1) Verwaltungsverfahren:

Von der Kindesmutter wurde bis inklusive Juli 2015 für ihren minderjährigen Sohn S***** Familienbeihilfe und der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung bezogen. Dies auf Grund eines ärztlichen Gutachtens und einer Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen aus dem Jahr 2012. Da in dieser Bescheinigung eine Nachuntersuchung nach drei Jahren als erforderlich angesehen wurde, beauftragte das Finanzamt das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen mit der Veranlassung der Erstellung eines neuen ärztlichen Sachverständigengutachtens. Unter Berücksichtigung der vorgelegten Befunde und des Ergebnisses der Untersuchung des Kindes stellte die ärztliche Sachverständige auf Grund der beim Kind bestehenden Erkrankung nunmehr einen Grad der Behinderung von 30%

fest. Zudem wurde festgehalten, dass der Grad der Behinderung rückwirkend ab Juli 2012 bestanden habe.

Das Finanzamt stellte die Auszahlung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe mit August 2015 ein. Von einer Rückforderung der - nach diesem Gutachten und der Bescheinigung - zu viel ausbezahlten Beträge wurde offenbar abgesehen. Die Gründe dafür sind dem vorgelegten Verwaltungsakt nicht zu entnehmen.

Mit Eingabe vom 13. Oktober 2015 stellte die Kindesmutter einen (ausdrücklich als "neuen" bezeichneten) Antrag auf Auszahlung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe. Eine rückwirkende Antragstellung ist diesem Antrag nicht zu entnehmen. Im Antrag wurde ausgeführt, dass die Kindesmutter mit dem Gutachten vom 22. September 2015 (ein derartiges Gutachten befindet sich nicht im Verwaltungsakt, gemeint war wohl das Gutachten vom 6. Juli 2015) "*nicht einverstanden*" sei. Der Gesundheitszustand ihres Sohnes habe sich seit dem 5. Lebensmonat nicht geändert. Beigelegt wurde ein Befund der Kinderklinik und Arztbriefe einer Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde.

Unter Hinweis auf § 8 Abs 5 FLAG 1967 und das erstellte Gutachten samt Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen wies das Finanzamt den Antrag "*ab Aug. 2015*" ab.

Daraufhin erhob die Antragstellerin Beschwerde gegen diesen Bescheid. Ihr Sohn sei seit seinem 5. Lebensmonat "*extremer Allergiker, auf alles was mit M***** zu tun*" habe "*sowie alles mit E******". Daran habe sich bis jetzt nichts geändert. Sie ersuche darum, ihren Sohn nochmals von einem anderen Arzt untersuchen zu lassen.

Das Finanzamt ersuchte das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen unter Anschluss der neu vorgelegten Befunde um Veranlassung der Erstellung eines neuen ärztlichen Gutachtens. Die Untersuchung fand am 10. Feber 2016 statt. Im Gutachten wurde als Diagnose neuerlich eine Allergie auf M***** und E***** festgestellt. Im Weiteren wurde auch auf die Vorgutachten Bezug genommen. Zusammenfassend wurde festgestellt, dass der Grad der Behinderung des Sohnes der Beschwerdeführerin ab August 2015 10% betragen hat bzw beträgt.

Das Finanzamt erlies unter Hinweis auf den festgestellten Grad der Behinderung eine abweisende Beschwerdeentscheidung.

Durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter brachte die Antragstellerin einen Vorlageantrag ein. Das Sachverständigengutachten wäre nicht nachvollziehbar. Die Sachverständige stelle "*unter Allergenkenz*" Beschwerdefreiheit und einen guten allgemeinen Ernährungszustand fest. Nicht berücksichtigt worden wäre dabei, "*dass dieser grundsätzlich gute Allgemein- und Ernährungszustand ausschließlich auf die außergewöhnlich vorsichtige und zeitaufwändige Betreuung durch die Eltern bzw. die äußerst kostenintensive "Diät-nahrung" zurückzuführen*" sei. Ausschließlich aus diesen Gründen wäre ein grundsätzlich besserer Gesundheitszustand zu erkennen, da die Folgen der nach wie vor bestehenden Krankheit aufgrund dieser Maßnahmen nicht

akut seien. Würde ein geringeres Maß an Sorgfalt an den Tag gelegt, wären die Folgen "*katastrophal*". Dies würden auch die Ausführungen der behandelnden Ärztin belegen. Die "*lebensbedrohliche allergische Reaktion*" auf die in Rede stehenden Nahrungsmittel wäre nicht geringer geworden. Nicht nachvollziehbar wäre auch die Feststellung der Sachverständigen, wonach aufgrund des Umstandes, dass eine Reevaluierung erst nach einem Jahr geplant sei, nicht davon ausgegangen werden könne, dass der "GdB" voraussichtlich mehr als drei Jahre anhalten würde.

Das Finanzamt legte die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor. In Ergänzung der Ausführungen im Vorlageantrag wurde mit späterer Eingabe noch darüber berichtet, dass es im April 2016 zu einer allergischen Reaktion gekommen sei, weil der Sohn der Beschwerdeführerin aus Versehen zwei Schluck der M***** seines Bruders getrunken habe.

2) Rechtslage:

Die Familienbeihilfe wird nach § 10 Abs 1 FLAG 1967 nur auf Antrag gewährt; die Erhöhung der Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind ist besonders zu beantragen. Gemäß § 10 Abs 3 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe und die "erhöhte Familienbeihilfe" für ein erheblich behindertes Kind höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Nach § 8 Abs 4 FLAG 1967 erhöht sich die Familienbeihilfe für ein Kind, das erheblich behindert ist, monatlich um einen bestimmten Betrag.

§ 8 Abs 5 FLAG 1967 bestimmt, dass als erheblich behindert ein Kind gilt, 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.

Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist nach Abs 6 der zitierten Gesetzesstelle durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.

3) Sachverhalt:

Der Sohn der Beschwerdeführerin leidet seit seinem 5. Lebensmonat unbestritten unter einer Allergie gegen bestimmte Nahrungsmittel. Strittig ist im vorliegenden Fall die Höhe des Grades der Behinderung.

Das Bundesfinanzgericht hält es für erwiesen, dass dieser Grad der Behinderung (zumindest) seit August 2015 unter 50% liegt. Ferner steht für das Bundesfinanzgericht fest, dass das Kind voraussichtlich nicht dauernd außer Stande sein wird, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

4) Erwägungen und Beweismwürdigung:

a) Zeitraum August und September 2015

Die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe und der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe für ein erheblich behindertes Kind zustehen, ist anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruchs und des Anspruches auf den Erhöhungsbetrag für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa VwGH 25.3.2010, 2009/16/0119, und VwGH 25.3.2010, 2009/16/0121).

Dem gegenständlichen Antrag, der ausdrücklich als "neuer" Antrag bezeichnet wurde, ist nicht zu entnehmen ab wann der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe beantragt wird. Damit hat die Beschwerdeführerin die Möglichkeit einer rückwirkenden Beantragung des Erhöhungsbetrages nicht ausgeschöpft und war davon auszugehen, dass der Erhöhungsbetrag damit vom Tag der Antragstellung im Oktober 2015 an begehrt wurde (vgl. die erwähnten Erkenntnisse vom 25. März 2010 und das Erkenntnis VwGH 30.1.2014, 2012/16/0052).

Das Finanzamt hat daher insoweit, als es auch über den Zeitraum August und September 2015 absprach, seine Entscheidungskompetenz überschritten, was in diesem Umfang zur ersatzlosen Behebung des vor dem Bundesfinanzgericht bekämpften Bescheides führen muss (vgl. VwGH 18.4.2007, 2006/13/0120).

Ergänzend ist auf die unten folgenden Ausführungen zu verweisen, die auch für den Zeitraum August und September 2015 grundsätzliche Gültigkeit haben.

b) Zeitraum ab Oktober 2015

Der Gesetzgeber hat mit der Regelung des § 8 Abs 6 FLAG 1967 die Frage der Höhe des Grades der Behinderung der eigenständigen Beurteilung der Familienbeihilfenbehörden entzogen und dafür ein qualifiziertes Nachweisverfahren eingeführt, bei dem eine für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution eingeschaltet wird und der ärztliche Sachverstand die ausschlaggebende Rolle spielt (vgl. VfGH 10.12.2007, B 700/07).

Die ärztliche Bescheinigung bildet daher die Grundlage für die Entscheidung, ob der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung zusteht.

Das Finanzamt und auch das Bundesfinanzgericht sind verpflichtet, die Beweiskraft der Gutachten des Bundessozialamtes zu prüfen und erforderlichenfalls für deren Ergänzung zu sorgen. Die Entscheidung darüber, ob ein Gutachten unschlüssig oder ergänzungsbedürftig ist, obliegt der Beihilfenbehörde bzw. dem Bundesfinanzgericht (vgl. etwa VwGH 13.12.2012, 2009/16/0325).

Zur Einschätzung des Grades der Behinderung wurden drei ärztliche Gutachten erstellt. In allen drei Gutachten wurde die gleiche Diagnose erstellt. Der minderjährige Sohn der Beschwerdeführerin leidet demnach unstrittig unter einer Allergie gegen bestimmte Nahrungsmittel. Insoweit wird in den Eingaben der Beschwerdeführerin und ihres rechtsfreundlichen Vertreters auch keinerlei Rüge hinsichtlich der Unvollständigkeit der ärztlichen Gutachten erhoben. Im ersten und im dritten Gutachten erfolgte die Einreihung dieser Erkrankung unter die Richtsatzposition 0704XX. Dies wird im dritten Gutachten auch unter Berufung auf die Einschätzungsverordnung ausdrücklich als zutreffend beurteilt. Indem im zweiten ärztlichen Gutachten eine Richtsatzposition 0101XX (betreffend Hauterkrankungen) ausgewiesen wurde, ist dieses Gutachten für das Bundesfinanzgericht nicht als schlüssig anzusehen und daher nicht beweiskräftig. Damit verbleibt die Prüfung des ersten und des dritten Gutachtens auf deren Eignung als Beweismittel einer Entscheidung zu Grunde gelegt zu werden. In beiden Gutachten wird auf die unbestritten bestehende Nahrungsmittelallergie Bezug genommen. Der Anamnese des ersten Gutachtens ist zu entnehmen, dass es im Jahr der Erstellung zu erstmaligen Reaktionen auf bestimmte Lebensmittel gekommen sei, bei keiner dieser Reaktionen wäre jedoch ein Arzt aufgesucht worden. Es wäre keine Blutabnahme und daher auch keine Blutuntersuchung möglich gewesen. Die behandelnde Ärztin führte in ihrem Befund aus, im Alter von 18 Monaten sei ein Provokationsversuch unter stationären Bedingungen geplant. Die begutachtende Ärztin stellte bei der Untersuchung fest, dass der Sohn der Beschwerdeführerin in einem sehr guten "AEZ", intern unauffällig und infektfrei sei. Zudem merkte sie im Gutachten an, dass eine genaue Abklärung derzeit nicht möglich wäre. Dennoch erfolgte die Einstufung in die Richtsatzposition 070406 und wurde ein Grad der Behinderung von 50% festgestellt. In der Anlage zur Einschätzungsverordnung ist die Richtsatzposition 070406 mit "Chronische Darmstörungen schweren Grades mit schweren chronischen Schleimhautveränderungen" betitelt. Im Weiteren ist zu lesen: "Tägliche, auch nächtliche Durchfälle, anhaltende oder häufig rezidivierende erhebliche Beschwerden, erhebliche Beeinträchtigung des Allgemein- und Ernährungszustandes, ausgeprägte Schleimhautveränderungen und schwere Beeinträchtigung des Ernährungszustandes". Keine dieser Voraussetzungen für die Einreihung in diese Richtsatzposition ist nach den Feststellungen im Gutachten gegeben. Die untersuchende Ärztin selbst führt sogar aus, dass eine "genaue Abklärung" im Zeitpunkt der Erstellung des Gutachtens nicht möglich ist und eine Nachkontrolle in sechs(!) Monaten notwendig ist. Wie es bei diesem Sachverhalt zu einer Bestätigung eines Grades der Behinderung von 50%, voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend, durch die begutachtende Ärztin kommen konnte, ist völlig unverständlich und entbehrt jeglicher Schlüssigkeit.

Im dritten ärztlichen Gutachten wird auf die sich aus den Vorgutachten ergebenden Sachverhaltselemente Bezug genommen und werden die von der Beschwerdeführerin neu vorgelegten Unterlagen berücksichtigt. Die Einstufung erfolgte unter die Richtsatzposition 070404, "Chronische Darmstörungen leichten Grades ohne chronische Schleimhautveränderungen", mit einem Grad der Behinderung von 10%. Dazu wird in der Anlage zur Einschätzungsverordnung ausgeführt: "Mit geringen Auswirkungen,

geringe Beschwerden (Reizdarmsymptomatik); keine oder geringe Beeinträchtigung des Kräfte- und Ernährungszustandes, seltene Durchfälle leichten Grades, ohne chronische Schleimhautveränderungen". Im Vorlageantrag wird dieses Gutachten als "nicht nachvollziehbar" bezeichnet. Die Nichtnachvollziehbarkeit bestehe deshalb, weil nicht berücksichtigt worden sei, dass der (unbestritten) bestehende gute Allgemein- und Ernährungszustand ausschließlich auf die Betreuung durch die Eltern zurückzuführen sei. In diesem Zusammenhang muss festgehalten werden, dass es wohl keiner näheren Begründung bedarf, dass es eine Verpflichtung der Eltern ist, ihre Kinder entsprechend den bestehenden Notwendigkeiten zu betreuen und nach Kräften zu versuchen, schädliche Einflüsse abzuwenden. Dazu gehört natürlich auch, dass bei einer Nahrungsmittelallergie unverträgliche Lebensmittel nicht Aufnahme in den Speiseplan des Kindes zu finden haben. Die Argumentation, dass bei Vernachlässigung dieser Selbstverständlichkeiten gesundheitliche Beeinträchtigungen zu befürchten oder in Kauf zu nehmen wären, richtet sich daher selbst und vermag die Schlüssigkeit des ärztlichen Gutachtens nicht zu erschüttern. Auch ist auffallend, dass im Vorlageantrag mit dem Bestehen einer "sehr ausgeprägten und lebensbedrohlichen" Allergie argumentiert wird. Betrachtet man nun die ärztlichen Bescheinigungen der Ärztin D*****, zeigt sich, dass diese im Arztbrief aus dem Jahr 2012 ausführt, dass der Sohn nach dem Verzehr von M***** "rot im Gesicht" wurde und zu erbrechen begann. Ein weiterer Kontakt mit M***** einige Monate später führte zu Atemnot, welche die Beschwerdeführerin mit der Gabe von Tabletten, die eigentlich für ihren anderen Sohn bestimmt gewesen seien, zum Abklingen brachte. In der Folge verordnete die in Rede stehende Ärztin ein Notfallset mit einem Adrenalin-Pen, welcher dann etwas später auch zum Einsatz kam. Wieder etwas später führte der Verzehr von E***** zu einem ausgeprägten Ausschlag rund um die Augen. Im Arztbrief aus dem Jahr 2015 wurde sodann bestätigt, dass die allergischen Reaktionen wider Erwarten nicht geringer geworden seien und die Medikamente des Notfallsets "wiederholt erforderlich" gewesen wären. Der Anamnese des ärztlichen Gutachtens aus dem Jahr 2012 ist zudem zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin bei keiner der angeführten Reaktionen einen Arzt aufgesucht habe. Der Arztbrief der in Rede stehenden Ärztin aus dem Jahr 2016 ist im Wesentlichen ident mit dem Arztbrief aus dem Jahr 2015, jedoch wird nunmehr erstmals von einer lebensbedrohlichen anaphylaktischen Reaktion gesprochen. Dies geschuldet wohl ausschließlich dem Verfahren betreffend den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe.

Letztlich wird im dritten ärztlichen Gutachten nicht etwa behauptet, dass sich die Allergiesituation gebessert hätte, oder angenommen, dass keinerlei Diät mehr zu halten sei. Für das Bundesfinanzgericht stellt das dritte ärztliche Gutachten das einzig nachvollziehbare und schlüssige dar; in diesem werden sowohl das Krankheitsbild als auch die Auswirkungen der Erkrankung richtig und vollständig festgestellt, die entsprechende Richtsatzposition angewendet und ein sich daraus ergebender, der Anlage zur Einschätzungsverordnung entsprechender Grad der Behinderung ausgewiesen. Die Beschwerdeführerin (bzw der vor ihr beauftragte rechtsfreundliche Vertreter) hat es unterlassen, sich substantiell mit den Aussagen in den Gutachten auseinander zu

setzen und diese durch Beibringung von aussagekräftigen und den Feststellungen entgegenstehenden Beweismitteln zu entkräften (vgl VwGH 29.9.2011, 2011/16/0063, mwN). Alleine der Umstand, dass im Jahr 2012 in einem offensichtlich widersprüchlichen ärztlichen Gutachten ein Grad der Behinderung von 50% attestiert wurde und der Hinweis darauf, dass seit damals keine Änderung der Erkrankung eingetreten sei, reicht dazu jedenfalls ebenso wenig aus (weil dies im dritten Gutachten auch gar nicht behauptet wird), wie der Umstand, dass es im April 2016 aus den bekannten Gründen zu einer allergischen Reaktion gekommen ist, die mittels Medikamentengabe durch die Beschwerdeführerin sofort wieder gemildert werden konnte und die keinerlei weitere Sofortmaßnahmen erforderte.

Anzumerken ist noch, dass der Gesetzgeber in Zuge der Einführung des Erhöhungsbetrages wegen erheblicher Behinderung zur Familienbeihilfe mit dem BGBl 23/1973 in § 8 Abs 5 lit a FLAG 1967 normierte, dass als erheblich behinderte Kinder solche gelten, deren körperliche oder geistige Entwicklung in Folge eines Leidens oder Gebrechens so beeinträchtigt ist, dass sie im vorschulpflichtigen Alter voraussichtlich dauernd einer besonderen Pflege oder eines besonderen Unterhaltsaufwandes bedürfen. In Richtung des letzten Halbsatzes wird seitens der Beschwerdeführerin offenbar argumentiert, indem in den Eingaben mehrmals auf die aufwändige Betreuungsarbeit und die, im Übrigen nicht einmal ansatzweise bezifferten, Mehrkosten der Diätverpflegung hingewiesen wird. Fest steht jedoch, dass in sämtlichen Gutachten von einer Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Entwicklung des Sohnes der Beschwerdeführerin keine Rede ist und dies auch von der Beschwerdeführerin nicht behauptet wird.

§ 8 FLAG 1967 wurde bis heute mehrfach novelliert und besteht eine mit dem damaligen § 8 Abs 5 lit a FLAG 1967 vergleichbare Regelung nicht mehr. Für den vorliegenden Fall kommt es somit ausschließlich auf den Grad der Behinderung an und müsste dieser zumindest 50% betragen, was gegenständlich nicht zutrifft.

Abschließend ist noch festzuhalten, dass es im Rahmen dieser Entscheidung mangels Vorliegen eines Grades der Behinderung von zumindest 50% nicht mehr näher zu erläutern ist, ob der Grad der Behinderung für voraussichtlich weniger oder mehr als drei Jahre anhaltend sein wird, da ein Anspruch auf den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe bereits alleine auf Grund des Umstandes, dass kein ausreichender Grad der Behinderung bescheinigt wurde, nicht besteht.

5) Zulässigkeit einer Revision:

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Im vorliegenden Fall hat das Bundesfinanzgericht die bestehende einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe die oben angeführten Entscheidungen) angewendet, weshalb eine ordentliche Revision nicht zulässig ist.

Innsbruck, am 26. September 2016