

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Elisabeth Wanke über die Beschwerde der A B, Adresse, vertreten durch Dr. Michael Bereis, Rechtsanwalt, Verteidiger in Strafsachen, 1050 Wien, Pilgramgasse 22/7, vom 23.12.2015 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, 1030 Wien, Marxergasse 4, vom 26.11.2015, wonach zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 1.378,40) und Kinderabsetzbetrag (€ 467,20) für den im Mai 1992 geborenen C B für den Zeitraum Februar 2015 bis September 2015 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurückgefördert werden, Gesamtrückforderungsbetrag € 1.845,60, Sozialversicherungsnummer X, zu Recht erkannt:

I. Die Beschwerde wird gemäß § 279 BAO als unbegründet abgewiesen.

Der Spruch des angefochtenen Bescheides bleibt unverändert.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe

Das Finanzamt übermittelte der späteren Beschwerdeführerin (Bf) A B (vom Finanzamt teilweise auch als A B bezeichnet) am 30.9.2015 ein Formular betreffend Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe für ihren Sohn C.

Am 20.10.2015 teilte die Bf dem Finanzamt mit, dass der Anspruch ab 1.9.2015 wegen "Schulunterbrechung" erloschen sei.

Das Finanzamt ersuchte die Bf mit Vorhalt vom 30.10.2015 um Vorlage von:

*Schulnachricht/Jahreszeugnis und Bestätigung von Schule wie lange C die Schule besucht hat.*

*Bei Nichtvorlage muss die Familienbeihilfe zurückgefördert werden.*

Die Bf legte am 18.11.2015 folgende Unterlagen dem Finanzamt vor:

Schulbesuchsbestätigung eines Wirtschaftskundlichen Bundesrealgymnasiums für Berufstätige in Wien vom 24.10.2014, wonach C B an der Abend-AHS als ordentlicher Studierender angemeldet sei und die im späteren Zeugnis vom 29.1.2015 angeführten Module inskribiert habe. Das Wintersemester beginne am 1.9.2014 und ende am 30.1.2015.

Zeugniskopie eines Wirtschaftskundlichen Bundesrealgymnasiums für Berufstätige in Wien vom 29.1.2015, wonach C B im Wintersemester 2014/15 in der Schulform Realgymnasium für Berufstätige als ordentlicher Studierender nach dem Schulversuch AHS für Berufstätige neu (achtsemestrig mit modularem Aufbau) folgende Leistungen erbracht habe: Religion (1 Wst.) nb, Geschichte und Sozialkunde/Politische Bildung (3 Wst.) 2, Geografie und Wirtschaftskunde (4 Wst.) nb, Individuelles Wahlfach Kunst (4 Wst.) nb.

## **Rückforderungsbescheid**

Mit dem angefochtenen Bescheid vom 26.11.2015 forderte das Finanzamt von der Bf zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe (€ 1.378,40) und Kinderabsetzbetrag (€ 467,20) für den im Mai 1992 geborenen C B für den Zeitraum Februar 2015 bis September 2015 gemäß § 26 FLAG 1967 und § 33 EStG 1988 zurück und begründete dies so:

*Gemäß § 2 Abs. 1 lit. b Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) steht Familienbeihilfe nur dann zu, wenn das Kind in Berufsausbildung steht. Die wesentlichen Merkmale einer Berufsausbildung im Sinne des Gesetzes sind praktischer und theoretischer Unterricht, bei dem fachspezifisches, nicht auf Allgemeinbildung ausgerichtetes Wissen vermittelt wird, eine angemessene Unterrichtsdauer, sowie die Verpflichtung zur Ablegung einer Abschlussprüfung.*

Der Bescheid wurde laut Rückschein am 1.12.2015 durch Hinterlegung zugestellt.

## **Beschwerde**

Durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter erhab die Bf mit Schreiben vom 23.12.2015 Beschwerde wie folgt:

*In umseits bezeichneter Angelegenheit erhebe ich gegen den Bescheid vom 26.11.2015 Innerhalb offener Frist nachstehende Beschwerde*

*Die in der Beschwerde angeführte Begründung entspricht nicht den Tatsachen. Wie aus dem in Kopie beiliegenden Schreiben der Wiener Gebietskrankenkasse vom 10.12.2015 ersichtlich ist, war und ist CB erwerbsunfähig.*

*Beweis:*

*beizuschaffender Akt der Wiener Gebietskrankenkasse*

*Einvernehme AB*

*Einvernehme DB*

*vorzulegende Urkunden*

*weitere Beweise vorbehalten*

*Ich stelle daher den Antrag den Bescheid vom 26.11.2015 ersatzlos aufzuheben.*

Beigefügt war folgendes Schreiben der Wiener Gebietskrankenkasse vom 10.12.2015 an den Vater D B:

*Ihr Kind ist bei Ihnen mitversichert.*

*Dies gilt, solange es wegen Krankheit oder Gebrechen erwerbsunfähig ist, vorerst befristet bis 31.12.2017. Suchen Sie im Bedarfsfall vor Ablauf dieser Frist um Verlängerung an.*

*Bitte teilen Sie uns Änderungen in den Familienverhältnissen umgehend mit.*

### **Vorhalt vom 28.12.2015**

Das Finanzamt ersuchte in weiterer Folge die Bf mit Vorhalt vom 28.12.2015 um Bekanntgabe, welche erhebliche Behinderung bzw. Erkrankung bei C bestehe und seit wann diese bestehe.

Die Bf beantwortete diesen Vorhalt nach Fristverlängerung dahingehend, dass sie am 20.1.2016 Anträge Formular Beih 1 und Beih 3 betreffend C einreichte. Am Formular Beih 3 ist bei Behinderung bzw. Erkrankung "Zwangsstörung" angegeben.

### **Sozialministeriumservice**

Das Finanzamt forderte am 1.2.2016 ein Gutachten durch das Sozialministeriumservice an, worauf dieses am 18.3.2016 rückmeldete:

*Beschwerde!!! Kein Vorgutachten - keine Befunde vorhanden - gegen was wird Beschwerde eingelegt????*

Über neuerliche Anforderung teilte das Sozialministeriumservice dem Finanzamt am 19.4.2016 zur Zahl Y elektronisch mit, dass keine Einstufung möglich sei, da keinerlei ärztliche Befunde vorlägen.

### **Gutachten des Sozialministeriumservice**

Am 19./20.4.2016 erstattete das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen, BASB Landesstelle Wien, folgendes am 4.3.2015 vidiertes Sachverständigengutachten,

das von diesem dem Finanzamt mit E-Mail vom 13.6.2016 übermittelt wurde (der zu Untersuchende war nicht anwesend):

*Sachverständigengutachten (mit Untersuchung) nach der Einschätzungsverordnung (BGBl. II Nr. 261/2010)*

<i>Name des/der Untersuchten:</i>	CB
<i>Geschlecht:</i>	<i>Männlich</i>
<i>Geburtsdatum:</i>	....5.1992
<i>Verfahrensordnungsbegriff:</i>	Y
<i>Wohnhaft in</i>	<i>Adresse, Österreich</i>
<i>Identität nachgewiesen durch:</i>	<i>Führerschein des Vaters</i>
<i>Rechtsgebiet:</i>	<i>FLAG</i>
<i>Verfahren:</i>	
<i>Begutachtung durchgeführt am</i>	<i>13.04.2016</i>
<i>In der Zeit</i>	<i>Von 13:51 bis 14:07 Uhr</i>
<i>Untersuchung:</i>	<i>In der Landesstelle des Sozialministeriumservice</i>
<i>Dolmetsch anwesend: NEIN</i>	<i>Name</i>
<i>Begleitperson anwesend: JA</i>	<i>Name: DB (Vater)</i>
<i>Begleitperson erforderlich</i>	<i>Nein</i>
<i>Name der / des Sachverständigen</i>	<i>Dr.in EF</i>
<i>Fachgebiet der / des Sachverständigen</i>	<i>Neurologie</i>

*Anamnese:*

*Anamnese mit dem Vater, da Sohn nicht in der Lage war den Untersuchungstermin wahrzunehmen:*

*Beginn mit Essstörung ca. 12.Lj. (konnte nur allein und nicht in Anwesenheit anderer essen), zunehmende Ordnungstics sowie Zwangsstörung mit massiven Zwangshandlungen.*

*Drogen- und Alkoholanamnese negativ.*

*Eine FÄ-Behandlung werde bisher abgelehnt.*

*Derzeitige Beschwerden:*

*Behandlung(en) / Medikamente / Hilfsmittel:*

*Therapie wird abgelehnt*

*Ausbildung: VS, 4J. Gymnasium, 2J. Tourismusschule - dann Abbruch (nachdem der ältere Bruder dort die Matura absolviert hatte und kein gemeinsamer Schulbesuch mehr möglich gewesen war); diverse kurze Jobs; ab 2013 Abendschule mit Zeugnissen, seit Sommer 2015 kein Schulbesuch mehr, Führerschein praxis ausständig.*

*Lebt bei den Eltern; nicht besachwaltet; kein PG-Bezug. Freundin gegeben.*

*Zusammenfassung relevanter Befunde (inkl. Datumsangabe):*

*keine Befunde vorliegend*

*Untersuchungsbefund:*

*Allgemeinzustand:*

*Ernährungszustand:*

*Größe: cm Gewicht: kg Blutdruck:*

*Status (Kopf/ Fußschema) — Fachstatus:*

*Gesamtmobilität — Gangbild:*

*Psycho(patho)logischer Status:*

*durchschnittliche Begabung, Freundeskreis gegeben, verlässt Wohnung vorwiegend nur abends (Fitnesscenter), schlafst tagsüber, Alltag durch Zwänge massiv beeinträchtigt, in ADLs unselbstständig (könne sich selbst kaum versorgen).*

*Ergebnis der durchgeföhrten Begutachtung:*

<i>Lfd. Nr</i>	<i>Bezeichnung der körperlichen, geistigen oder sinnesbedingten Funktions-einschränkungen, welche voraussichtlich länger als sechs Monate andauern werden: Begründung der Rahmensätze:</i>	<i>Pos.Nr.</i>	<i>GdB%</i>
1	<i>gz. Verdacht auf Zwangsstörung</i>	11.02.01	0

Unterer Rahmensatz, da keine ärztlichen Befunde vorliegend.		
--	--	--

Gesamtgrad der Behinderung: 0 v.H.

Begründung für den Gesamtgrad der Behinderung:

Keine GdB-Einstufung möglich, da keinerlei ärztliche Befunde vorliegend.

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

Stellungnahme zu Vorgutachten:

-

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

ja  nein

GdB liegt vor seit: 04/2016

Herr CB 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:

Dauerzustand

Nachuntersuchung:

Anmerkung hins. Nachuntersuchung:

-

Gutachten erstellt am 19.04.2016 von Dr.in EF

Gutachten vidiert am 20.04.2016 von Dr. GH

## Beschwerdevorentscheidung

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 21.4.2016 wies das Finanzamt die Beschwerde als unbegründet ab:

Gemäß § 8 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) gilt ein Kind als erheblich behindert, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei

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

*Da seitens des Sozialministeriumservice keine dauernde Erwerbsunfähigkeit festgestellt werden konnte, war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.*

Die Beschwerdevorentscheidung wurde der Bf zu Handen ihres rechtsfreundlichen Vertreters am 9.5.2016 zugestellt.

## **Vorlageantrag**

Mit Schriftsatz ihres rechtsfreundlichen Vertreters vom 8.6.2016 stellte die Bf Vorlageantrag ohne sich zu den Ausführungen in der Beschwerdevorentscheidung zu äußern.

## **Vorlage**

Mit Bericht vom 11.7.2016 legte das Finanzamt die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und gab dazu an:

*Sachverhalt:*

*Am 26.11.2015 wurde der Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge erlassen (Rückforderung der Familienbeihilfe, des Kinderabsetzbetrages für das Kind BC, geb. am ...5.1992 im Betrage von € 1.845,60; Grund der Rückforderung: Abbruch der Berufsausbildung).*

*Am 23.12.2015 wurde das Rechtsmittel der Beschwerde gegen den gegenständlichen Rückforderungsbescheid erhoben.*

*Darin wurde erwähnt, dass das Kind erwerbsunfähig sei.*

*Eine Erwerbsunfähigkeit konnte seitens des Sozialministeriumservice nicht festgestellt werden.*

*Die Beschwerde wurde mittels Beschwerdevorentscheidung vom 21.4.2016 als unbegründet abgewiesen.*

*Am 8.6.2016 langte der Vorlageantrag ein.*

*Beweismittel:*

*Gescannte Dokumente.*

*Stellungnahme:*

*Es wird ersucht, die Beschwerde im Sinne der Ausführungen der Beschwerdevorentscheidung abzuweisen.*

## **Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:**

### **Sachverhalt**

Die Bf A B bezog für ihren 1992 geborenen und im Beschwerdezeitraum daher volljährigen Sohn C von Februar 2015 bis September 2015 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag im Gesamtbetrag von Euro 1.845,60.

Im Wintersemester 2014/2015 besuchte C ein wirtschaftskundliches Bundesrealgymnasium für Berufstätige in Wien, wobei er Module im Gesamtumfang von 12 Wochenstunden inskribierte. Er wurde in drei von vier Modulen nicht beurteilt. Das Wintersemester 2014/2015 endete am 30.1.2015.

Es kann nicht festgestellt werden, dass C sich von Februar 2015 bis September 2015 in Berufsausbildung befand.

Es kann auch nicht festgestellt werden, dass C wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

### **Beweiswürdigung**

Die getroffenen Feststellungen ergeben sich aus der Aktenlage.

Dass C ab Februar 2015 irgendeiner Berufsausbildung nachgegangen ist, wurde von der Bf im Verfahren durch keinerlei Nachweise belegt. Der letzte Nachweis eines Schulbesuchs betrifft Zeiträume vor dem Rückforderungszeitraum. Das Bundesfinanzgericht kann es in diesem Verfahren dahingestellt lassen kann, ob bei dem offenbar nur sehr sporadischen Besuch einer Abendschule mit 12 inskribierten Wochenstunden überhaupt von einer Berufsausbildung im Sinne des FLAG 1967 gesprochen werden kann (vgl. zum erforderlichen zeitlichen Umfang einer Ausbildung Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG § 2 Rz 39 ff. m.w.N.).

Da C zur Untersuchung vor dem Sozialministeriumservice nicht erschien und diesem auch keinerlei Befunde vorgelegt wurden, kann auch nicht festgestellt werden, ob die angegebene "Zwangsstörung" dazu führt, dass C voraussichtlich außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, und wenn ja, ab welchem Zeitpunkt dieser Zustand eingetreten sein sollte.

Wie noch darzustellen, ist dieser Nachweis nach dem Gesetz ausschließlich durch eine Bescheinigung des Sozialministeriumservice zu führen. Daher ist den in der Beschwerde

erfolgten Beweisanträgen auf Einvernahme der Eltern sowie Beischaffung eines Aktes der Wiener Gebietskrankenkasse gemäß § 183 Abs. 3 BAO wegen Unerheblichkeit nicht nachzukommen. Es wäre an der Bf gelegen gewesen, entsprechende Unterlagen der Gutachterin des Sozialministeriumservice vorzulegen.

## **Rechtsgrundlagen:**

§ 2 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

*§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,*

*a) für minderjährige Kinder,*

*b) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBI. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten. Wird ein Studienabschnitt in der vorgesehenen Studienzeit absolviert, kann einem weiteren Studienabschnitt ein Semester zugerechnet werden. Die Studienzeit wird durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis (zB Krankheit) oder nachgewiesenes Auslandsstudium verlängert. Dabei bewirkt eine Studienbehinderung von jeweils drei Monaten eine Verlängerung der Studienzeit um ein Semester. Zeiten als Studentenvertreterin oder Studentenvertreter nach dem Hochschülerschaftsgesetz 1998, BGBI. I Nr. 22/1999, sind unter Berücksichtigung der Funktion und der zeitlichen Inanspruchnahme bis zum Höchstmaß von vier Semestern nicht in die zur Erlangung der Familienbeihilfe vorgesehene höchstzulässige Studienzeit einzurechnen. Gleiches gilt für die Vorsitzenden und die Sprecher der Heimvertretungen nach dem Studentenheimgesetz, BGBI. Nr. 291/1986. Der Bundesminister für Umwelt, Jugend und Familie hat durch Verordnung die näheren Voraussetzungen für diese Nichteinrechnung festzulegen. Zeiten des Mutterschutzes sowie die Pflege und Erziehung eines eigenen Kindes bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres hemmen den Ablauf der Studienzeit. Bei einem Studienwechsel gelten die in § 17 Studienförderungsgesetz 1992, BGBI. Nr. 305, angeführten Regelungen auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Aufnahme als ordentlicher Hörer gilt als Anspruchsvoraussetzung für das erste Studienjahr. Anspruch ab dem zweiten Studienjahr besteht nur dann, wenn für ein vorhergehendes Studienjahr die Ablegung einer Teilprüfung der ersten Diplomprüfung oder des ersten Rigorosums oder von Prüfungen aus Pflicht- und Wahlfächern des betriebenen Studiums im Gesamtumfang von acht Semesterwochenstunden oder im Ausmaß von 16 ECTS-Punkten nachgewiesen wird. Der Nachweis ist unabhängig von*

einem Wechsel der Einrichtung oder des Studiums durch Bestätigungen der im § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannten Einrichtungen zu erbringen. Für eine Verlängerung des Nachweiszeitraumes gelten die für die Verlängerung der Studienzeit genannten Gründe sinngemäß,

- c) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen,
- d) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen dem Abschluss der Schulausbildung und dem Beginn einer weiteren Berufsausbildung, wenn die weitere Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach Abschluss der Schulausbildung begonnen wird,
- e) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, für die Zeit zwischen der Beendigung des Präsenz- oder Ausbildungs- oder Zivildienstes und dem Beginn oder der Fortsetzung der Berufsausbildung, wenn die Berufsausbildung zum frühestmöglichen Zeitpunkt nach dem Ende des Präsenz- oder Zivildienstes begonnen oder fortgesetzt wird,
- f) (Anm.: aufgehoben durch BGBl. I Nr. 111/2010)
- g) für volljährige Kinder, die in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, den Präsenz- oder Ausbildungsdienst oder Zivildienst leisten oder davor geleistet haben, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres, sofern sie nach Ableistung des Präsenz- oder Ausbildungsdienstes oder Zivildienstes für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- h) für volljährige Kinder, die erheblich behindert sind (§ 8 Abs. 5), das 25 Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist; § 2 Abs. 1 lit. b zweiter bis letzter Satz sind nicht anzuwenden,
- i) für volljährige Kinder, die sich in dem Monat, in dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, in Berufsausbildung befinden und die vor Vollendung des 24. Lebensjahres ein Kind geboren haben oder an dem Tag, an dem sie das 24. Lebensjahr vollenden, schwanger sind, bis längstens zur Vollendung des 25. Lebensjahres; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- j) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, bis längstens zum erstmöglichen Abschluss eines Studiums, wenn sie

- aa) bis zu dem Kalenderjahr, in dem sie das 19. Lebensjahr vollendet haben, dieses Studium begonnen haben, und
- bb) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums bis zum erstmöglichen Studienabschluss zehn oder mehr Semester beträgt, und
- cc) die gesetzliche Studiendauer dieses Studiums nicht überschritten wird,
- k) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr vollendet haben bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres, und die sich in Berufsausbildung befinden, wenn sie vor Vollendung des 24. Lebensjahres einmalig in der Dauer von acht bis zwölf Monaten eine freiwillige praktische Hilfstätigkeit bei einer von einem gemeinnützigen Träger der freien Wohlfahrtspflege zugewiesenen Einsatzstelle im Inland ausgeübt haben; für Kinder, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992 genannte Einrichtung besuchen, jedoch nur im Rahmen der in § 2 Abs. 1 lit. b vorgesehenen Studiendauer,
- l) für volljährige Kinder, die das 24. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die teilnehmen am
- aa) Freiwilligen Sozialjahr nach Abschnitt 2 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- bb) Freiwilligen Umweltschutzjahr nach Abschnitt 3 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- cc) Gedenkdienst, Friedens- und Sozialdienst im Ausland nach Abschnitt 4 des Freiwilligengesetzes, BGBl. I Nr. 17/2012,
- dd) Europäischen Freiwilligendienst nach dem Beschluss Nr. 1719/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. November 2006 über die Einführung des Programms „Jugend in Aktion“ im Zeitraum 2007 - 2013.“
- § 8 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) lautet:
- § 8. (1) Der einer Person zustehende Betrag an Familienbeihilfe bestimmt sich nach der Anzahl und dem Alter der Kinder, für die ihr Familienbeihilfe gewährt wird.
- (2) Ab 1. Jänner 2003 beträgt die Familienbeihilfe für jedes Kind monatlich 105,4 €; sie erhöht sich für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem dieses das 3. Lebensjahr vollendet, um monatlich 7,3 €; sie erhöht sich weiters für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem dieses das 10. Lebensjahr vollendet, um monatlich 18,2 €; sie erhöht sich weiters ab Beginn des Kalendermonats, in dem das Kind das 19. Lebensjahr vollendet, um monatlich 21,8 €. Diese Beträge gelten für eine Vollwaise (§ 6) entsprechend.
- (3) Ab 1. September 2013 erhöht sich die Familienbeihilfe monatlich für jedes Kind, wenn sie
- a) für zwei Kinder gewährt wird, um 6,4 € für jedes Kind,
- b) für drei Kinder gewährt wird, um 15,94 € für jedes Kind,
- c) für vier Kinder gewährt wird, um 24,45 € für jedes Kind,

- d) für fünf Kinder gewährt wird, um 29,56 € für jedes Kind,
- e) für sechs Kinder gewährt wird, um 32,97 € für jedes Kind,
- f) für sieben Kinder gewährt wird, um 35,4 € für jedes Kind,
- g) für acht Kinder gewährt wird, um 37,23 € für jedes Kind,
- h) für neun Kinder gewährt wird, um 38,65 € für jedes Kind,
- i) für zehn Kinder gewährt wird, um 39,78 € für jedes Kind,
- j) für elf Kinder gewährt wird, um 40,71 € für jedes Kind,
- k) für zwölf Kinder gewährt wird, um 41,49 € für jedes Kind,
- l) für dreizehn Kinder gewährt wird, um 42,14 € für jedes Kind,
- m) für vierzehn Kinder gewährt wird, um 42,7 € für jedes Kind,
- n) für fünfzehn Kinder gewährt wird, um 43,19 € für jedes Kind und
- o) für sechzehn und mehr Kinder gewährt wird, um 50 € für jedes Kind.

(4) Ab 1. Jänner 2003 erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes Kind, das erheblich behindert ist, monatlich um 138,3 €.

(5) Als erheblich behindert gilt 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, BGBI. 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, BGBI. 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.

(6) Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist 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.

(7) Die Abs. 4 bis 6 gelten sinngemäß für Vollwaisen, die gemäß § 6 Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

(8) Für jedes Kind, das in einem Kalenderjahr das 6. Lebensjahr bereits vollendet hat oder vollendet und das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, erhöht sich die Familienbeihilfe für den September dieses Kalenderjahres um 100 €.

§ 26 FLAG 1967 lautet:

*§ 26. (1) Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.*

*(2) Zurückzuzahlende Beträge nach Abs. 1 können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.*

*(3) Für die Rückzahlung eines zu Unrecht bezogenen Betrages an Familienbeihilfe haftet auch derjenige Elternteil des Kindes, der mit dem Rückzahlungspflichtigen in der Zeit, in der die Familienbeihilfe für das Kind zu Unrecht bezogen worden ist, im gemeinsamen Haushalt gelebt hat.*

*(4) Die Oberbehörden sind ermächtigt, in Ausübung des Aufsichtsrechtes die nachgeordneten Abgabenbehörden anzuweisen, von der Rückforderung des unrechtmäßigen Bezuges abzusehen, wenn die Rückforderung unbillig wäre.*

§ 33 Abs. 3 EStG 1988 lautet:

*(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu. Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden.*

## **Beschwerdevorbringen**

Die durch einen Rechtsanwalt eingebrachte Beschwerde beschränkt sich darauf zu behaupten, C sei erwerbsunfähig.

Mit dieser Behauptung allein wird kein Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag dargelegt, denn um einen solchen nach § 2 Abs. 1 lit. c FLAG 1967 zu vermitteln, müsste C erstens voraussichtlich dauernd erwerbsunfähig sein und zweitens müsste diese voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder, bis spätestens vor Vollendung des 25. Lebensjahres, während einer späteren Berufsausbildung eingetreten sein.

Zu diesen speziellen Voraussetzungen enthält die Beschwerde keine Ausführungen.

Das Schreiben der Schreiben der Wiener Gebietskrankenkasse vom 10.12.2015 an den Vater D B enthält allenfalls eine Aussage über eine vorübergehende Erwerbsunfähigkeit. Details dazu gehen aus dem Schreiben nicht hervor.

Wie oben zur Beweiswürdigung ausgeführt, ist der Nachweis der voraussichtlich dauernden Erwerbsunfähigkeit nach dem Gesetz ausschließlich durch eine Bescheinigung

des Sozialministeriumservice zu führen. Die Einvernahme der Eltern sowie Beischaffung des Aktes der Wiener Gebietskrankenkasse können diesen Nachweis nicht ersetzen.

## **Nachweisführung**

§ 8 Abs. 6 FLAG 1967 bestimmt zur Lösung der Frage, ob das Kind behindert oder voraussichtlich dauernd unfähig ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, die Nachweisführung ausschließlich durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen (früher: Bundessozialamt, jetzt: Sozialministeriumservice).

Diese Bescheinigung hat gemäß § 8 Abs. 6 FLAG 1967 auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens zu erfolgen.

Bei der Antwort auf die Frage, ob das Kind der Bf zu mindestens 50% behindert (§ 8 Abs. 5 FLAG 1967) oder dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (§ 2 Abs. 1 lit. c FLAG 1967), ist die Behörde bzw. das Bundesfinanzgericht an die der Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen zugrunde liegenden Gutachten gebunden und darf diese nur insoweit prüfen, ob sie schlüssig und vollständig und im Fall mehrerer Gutachten nicht einander widersprechend sind (vgl. VwGH 9.9.2015, 2013/16/0049; VwGH 16.12.2014, Ro 2014/16/0053; VwGH 22.12.2011, 2009/16/0310; VwGH 29.9.2011, 2011/16/0063; VwGH 25.11.2010, 2010/16/0068, und die bei Lenneis in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 8 Rz 29 zitierte Rechtsprechung). Die Beihilfenbehörden haben bei ihrer Entscheidung von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und können von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen (vgl. VwGH 25.11.2010, 2010/16/0068; VfGH 10.12.2007, B 700/07).

## **Sachverständigengutachten**

Die Sachverständigengutachten, die den Bescheinigungen des Sozialministeriumservice zugrunde zu legen sind, haben sich mit allen der Behörde vorliegenden Beweismitteln, die für die Frage, ob das Kind behindert oder voraussichtlich dauernd unfähig ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, von Bedeutung sein können, auseinanderzusetzen.

Diese Beweismittel sind in den Befund des Gutachtens aufzunehmen. Es bilden nur jene Tatsachen, die in den Befund aufgenommen wurden, die Grundlage für die im Rahmen der Gutachtenserstattung im engeren Sinn vorgenommen Wertungen.

## **Inhaltliche Anforderungen an Gutachten des Sozialministeriumservice**

Ein Gutachten ist die begründete Darstellung von Erfahrungssätzen und die Ableitung von Schlussfolgerungen für die tatsächliche Beurteilung eines Geschehens oder Zustands auf der Basis des objektiv feststellbaren Sachverhalts durch einen oder mehrere Sachverständige. Sachverständige haben dabei fundierte und wissenschaftlich belegbare konkrete Aussagen zu treffen und dürfen ihre Beurteilungen und Feststellungen nicht auf Spekulationen, sondern ausschließlich auf die festgestellten Tatsachen verbunden mit ihrem fachspezifischen Wissen stützen (vgl. für viele VwGH 25.9.2013, 2013/16/0013). Auch die Gutachten der Ärzte des Sozialministeriumservice 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 Sozialministeriumservice zu prüfen und erforderlichenfalls für deren Ergänzung zu sorgen (vgl. etwa VwGH 25.11.2010, 2010/16/0068, m.w.N.).

Ein Gutachten darf sich nicht in einer bloßen Behauptung erschöpfen, sondern muss sich mit den vorliegenden Beweismitteln so auseinandersetzen, dass dies für den Antragsteller, die belangte Behörde und das Gericht auch nachvollziehbar ist. Insbesondere muss eine Auseinandersetzung mit den aktenkundigen Befunden erfolgen und ist vom Sozialministeriumservice in einer Zusammenschau aller Beweismittel zu begründen, warum eine vom Sozialministeriumservice diagnostizierte, einer selbständigen Unterhaltsverschaffung entgegenstehende Behinderung vor oder nach dem im Gesetz genannten Zeitpunkt eingetreten ist, warum eine diagnostizierte Behinderung nicht zu einem Grad der Behinderung von mindestens 50% führt oder warum eine derartige Behinderung nicht besteht (vgl. BFG 10.3.2016, RV/7101890/2015; BFG 6.3.2016, RV/7103019/2015; BFG 10.11.2015, RV/7105545/2014; BFG 19.7.2015, RV/7104999/2014; BFG 20.4.2015, RV/7103843/2014; BFG 6.4.2015, RV/7103602/2014; BFG 23.3.2015, RV/7105504/2014; BFG 2.3.2015, RV/7100039/2015; BFG 21.7.2014, RV/7101144/2014; BFG 17.3.2014, RV/7100539/2014).

## **Gutachten vom 19./20.4.2016**

Nach dem aktenkundigen Gutachten des Sozialministeriumservice war eine Untersuchung des Sohnes der Bf nicht möglich, da dieser zur Untersuchung nicht erschienen ist.

Dass der Sohn tagsüber schläft und vorwiegend nur abends weggeht, etwa um ein Fitnesscenter aufzusuchen, ist ohne entsprechende medizinische Befunde, dass dem Sohn ein Erscheinen bei der Gutachterin gesundheitlich nicht möglich ist, kein beachtlicher Grund, den Untersuchungstermin nicht wahrzunehmen.

Die Angaben der anstelle seines Sohnes erschienenen Vaters hat die Gutachterin berücksichtigt.

Der Gutachterin wurde kein einziger ärztlicher Befund vorgelegt.

Wenn sich bei C, wie behauptet, bereits ab dem 12. Lebensjahr eine schwere Erkrankung manifestiert hat, ist es völlig unverständlich, dass darüber keinerlei ärztliche Befunde existieren. Es mag sein, dass der volljährige Sohn nunmehr eine ärztliche Untersuchung und Behandlung ablehnt. Es wäre jedoch an den Eltern gelegen, in der Kindheit des Sohnes in Wahrung des Kindeswohls entsprechende ärztliche Hilfe in Anspruch zu nehmen, wenn eine solche erforderlich gewesen sein sollte. Sollten die "Zwangshandlungen" ein Ausmaß angenommen haben, dass eine spätere krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit im Raum steht, wären diese daher von einem Arzt oder einem Psychologen dokumentiert worden. Sollte der Sohn sich nunmehr außerstande sehen, unter Tags außer Haus zu gehen, wäre eine Diagnose und Behandlung in einer Abendordination oder in einem Krankenhausambulatorium ebenso wie im Wege eines ärztlichen Hausbesuchs möglich. Besteht tatsächlich eine schwere, behandlungsbedürftige Erkrankung des Sohnes wäre es in erster Linie an den Eltern gelegen, für eine Behandlung Sorge zu tragen und gegebenenfalls das Pflegschaftsgericht einzuschalten.

Die Gutachterin konnte daher auch kein Aktengutachten auf Grund von Vorbefunden erstellen.

Wenn die Gutachterin nur auf Grund der Angaben des Vaters über den Lebenslauf und die Lebensumstände seines Sohnes zu dem Schluss kommt, weder einen Grad der Behinderung noch eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit feststellen zu können, ist diese Bescheinigung schlüssig.

Die durch einen Rechtsanwalt vertretene Bf hat sich im Vorlageantrag mit der Beschwerdevorentscheidung und der (negativen) Bescheinigung des Sozialministeriumservice mit keinem Wort auseinandergesetzt, sondern lediglich die Entscheidung des Bundesfinanzgerichts beantragt. Die Bf hat daher nichts vorgebracht, was die Schlüssigkeit des Gutachtens erschüttern würde.

## **Rückforderung**

Wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, hat gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen. Diese Rückzahlungspflicht normiert eine objektive Erstattungspflicht desjenigen, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist von subjektiven Momenten unabhängig. Entscheidend ist lediglich, ob der Empfänger die Beträge zu Unrecht erhalten hat. Ob und gegebenenfalls, wie der Bezieher die erhaltenen Beträge verwendet hat, ist unerheblich (u.a. VwGH 23.9.2005, 2005/15/0080).

Gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag für jedes Kind zu. Mangels Anspruchs auf Familienbeihilfe für den streitgegenständlichen Zeitraum waren auch die Kinderabsetzbeträge zurückzufordern.

### **Keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides**

Die Bf zeigt somit keine Rechtswidrigkeit (Art. 132 Abs. 1 Z 1 B-VG) des angefochtenen Bescheides auf, die Beschwerde ist als unbegründet abzuweisen.

### **Nichtzulässigkeit einer Revision**

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da der hier zu lösenden Rechtsfrage keine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Bundesfinanzgericht folgt der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes.

Wien, am 15. August 2016