



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., SP, vertreten durch Mag. Banu Kurtulan, Rechtsanwältin, 1020 Wien, Praterstraße 66/4/41, gegen den Bescheid des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten betreffend (erhöhte) Familienbeihilfe ab 1. September 2011 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) stellte im September 2011 einen Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für ihre Tochter K., geb. 2003.

K. wurde im Zuge des Antragverfahrens im Bundessozialamt untersucht und folgendes Gutachten erstellt:

Betr.: X. K.

Vers.Nr.: 12345

Untersuchung am: 2011-10-03 10:00 im Bundessozialamt Niederösterreich

Identität nachgewiesen durch: --

Anamnese:

K. leidet seit dem 6. Lebensmonat an Asthma bronchiale. Bei Regen und bei Hitze verschlechtert sich ihr Zustand. Sie hustet morgens und bei Anstrengung. Es werden fachärztliche Kontrollen in 2 - wöchigem Intervall durchgeführt. Meeresaufenthalte bessern den Zustand, in der Zeit kann die medikamentöse Therapie pausiert werden. Sie verbrachte einen stationären Krankenhausaufenthalt. Teilnahme am Schulturnen ist möglich.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Aeries, Singulair, tgl. Inhalationen mit Sultanol, Sultanol Spray bei Bedarf(benötigt diesen tgl.),

Untersuchungsbefund:

Über 8-jähriges Mädchen, Körperlänge 130cm, Gewicht 24kg. Sehen und Hören nicht eingeschränkt, Zähne in Ordnung. Herztöne rein, rhythmisch, Lunge: bronchitische Rg's, abhustbar; normale Atemfrequenz in Ruhe, keine Zyanose; weiterer interner Befund unauffällig. Gelenke frei beweglich, Wirbelsäule im Lot

Status psychicus / Entwicklungsstand: altersentsprechend unauffällig imponierend; besucht die 2. Klasse Volksschule

Relevante vorgelegte Befunde:

2006-04-02 LK XY, ABT. F. KINDER-U.JUGENDHEILKUNDE, ambulante Untersuchung:

feieberhafter Luftwegsinfekt; TH: Inhalation mit Sultanol, Nasentropfen, Nureflex

2006-07-09 LK XY, ABT.F.KINDER-U.JUGENDHEILKUNDE: ambulante Untersuchung: oberer Luftwegsinfekt

2006-11-03 LK XY, ABT.F.KINDER-U.JUGENDHEILKUNDE, Entlassungsbericht

nach stat. Aufenthalt 24.9.-26.9.2006; Diagnose: akute obstruktive Bronchitis

2007-11-11 LK XY, ABT.F.KINDER-U.JUGENDHEILKUNDE: ambulante Untersuchung: oberer Luftwegsinfekt

2008-12-29 BEFUNDBERICHT: ALLERGIEDIAGNOSTIK: DIAGNOSE: Milbenallergie; Serum IgE 212kU/l(bis 35)

2009-01-25 LK XY, ABT.F.KINDER-U.JUGENDHEILKUNDE, ambulante Untersuchung: spastische Bronchitis

2009-10-27 LK XY, ABT.F. KINDER-U.JUGENDHEILKUNDE; ambulanter Arztbrief: Diagnose: Gastroenteritis, chron. Asthma bronchiale

2010-02-20 LK XY, ABT.F.KINDER-U.JUGENDHEILKUNDE: ambulanter Arztbrief: feieberhafter oberer Luftwegsinfekt, Tonsillitis

2010-09-09 DR. X (FÄ F. KINDER-U.JUGENDHEILKUNDE): Patientenblatt 14.12.2007-

8.9.2010;Diagnose: Asthma bronchiale, Dyspnoe in der Nacht; wiederholte Verschreibungen von Sultanol, Pulmicort, Singulair, Mucospas, Clarithromycin, Augmentin, Ibuprofen

Diagnose(n): Asthma bronchiale

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

Rahmensatzbegründung: Wahl des oberen Rahmensatzes dieser Richtsatzposition bei weitgehend stabilem Zustand unter oben genannter medikamentöser Therapie; dokumentierte Therapie bis 2010 wird mitberücksichtigt

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

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

erstellt am 2011-11-06 von AfA1

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2011-11-07

Leitender Arzt: LA1

Das Finanzamt legte die Ergebnisse des Gutachtens seiner Entscheidung zu Grunde und wies den Antrag unter Verweis auf die Bestimmungen des [§ 8 Abs. 5 FLAG 1967](#) mit der Begründung ab, dass bei K. der Grad der Behinderung laut Bescheinigung des Bundessozialamtes 40 % betrage, weswegen kein Anspruch auf erhöhte Familienbeihilfe bestehe.

Die Bw. erhob gegen den Abweisungsbescheid fristgerecht Berufung und führte darin aus, dass ihre Tochter mindestens 80 % Asthma habe, weswegen sie den Abweisungsbescheid von 40 % nicht akzeptiere. K. habe seit 8 Jahren Asthma und sei deshalb ständig beim Arzt.

Das Finanzamt ersuchte auf Grund der eingebrachten Berufung im Wege des Bundessozialamtes um Erstellung eines weiteren Gutachtens, das wie folgt lautet:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten
Betr.: X. K.

Vers.Nr.: 12345

Untersuchung am: 2011-12-15 09:15 im Bundessozialamt Niederösterreich

Identität nachgewiesen durch: Reisepass

Anamnese:

Neuerliche Begutachtung wegen Berufung gegen das ärztliche Sachverständigengutachten von 7.11.2011, Dg: Asthma bronchiale, GdB 40%. Lt. Anamnese und vorliegenden Befunden besteht bei K. ein Asthma bronchiale seit dem 1. Lebensjahr. Im Alter von 3 1/2 Jahren wurde sie 1x wegen einer akuten obstruktiven Bronchitis kurzfristig stationär behandelt. Sie inhaliere lt. Anamnese regelmäßig mit Budesonid und Salbutamol, teilweise auch feuchte Inhalationen mit Sultanol. Im Urlaub in der Türkei benötige sie keine Inhalationsbehandlung. Eine Allergieabklärung 2008 bzw. 2009 ergab eine Sensibilisierung gegen Hausstaubmilben (RAST Kl. 3, Ges.-IgE 212 kU/l). Sie befinde sich in pädiatrischer Behandlung bei Fr. Dr. X. und beim Hausarzt. K. habe nach ihren Angaben keine Probleme beim Schulturnen, huste aber teilw. in der Nacht, v.a. beim Schlafengehen. Es wurden keine zusätzlichen Befunde - zu den bereits im VGA zitierten Unterlagen - vorgelegt.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Lt. Anamnese derzeit Dauerbehandlung mit Budesonid- und Sultanolinhalationen, jeweils 2-3 x täglich, teilweise feuchte Inhalationen mit Sultanol; Singulair habe zu keiner entscheidenden Besserung geführt.

Untersuchungsbefund: Knapp 9 Jahre altes Mädchen in gutem AEZ, keine objektivierbare Atemwegssymptomatik, keine Hautprobleme, interner Status unauffällig, insbes. Pulmo frei; Gewicht 28 kg, 50. Perzentile, Körperlänge 131 cm, 25. Perzentile

Status psychicus / Entwicklungsstand: Unauffällig imponierend; K. besucht die 2. Kl. Volksschule.

Relevante vorgelegte Befunde:

2011-11-07 BUNDESSOZIALAMT, LANDESSTELLE NIEDERÖSTERREICH

Ärztliches Sachverständigengutachten, Dg: Asthma bronchiale, GdB 40%.

Diagnose(n): Asthma bronchiale

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

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz, da zwar Therapiepause im Urlaub möglich, aber ansonsten Dauer-Inhalationsbehandlung erforderlich, allerg. Disposition vorliegend

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.

Die Einschätzung des GdB bleibt unverändert zum ärztl. Sachverständigengutachten vom 7.11.2011, der Berufung wird somit nicht stattgegeben; rückw. Anerkennung des GdB ab 1/2008 aufgrund der Dokumentation von Fr. Dr. X.

erstellt am 2011-12-31 von FfKuJ

Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde

zugestimmt am 2012-01-02

Leitender Arzt: LA1

Das Finanzamt erließ am 20. Jänner 2012 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung wiederum unter Verweis auf die Bestimmungen des § 8 Abs. 5 FLAG 1967 mit der Begründung ab, dass bei K. in der Bescheinigung des Bundessozialamtes der Behinderungsgrad mit 40 % festgestellt worden sei.

Die Bw. legte am 7. Februar 2012 eine Ablichtung der Berufungsvorentscheidung sowie Patientenblätter vor. Da nicht erkennbar war, ob es sich dabei um einen Vorlageantrag gehandelt hat, erließ das Finanzamt einen Mängelbehebungsauftrag. Die daraufhin bevollmächtigte Rechtsanwältin übermittelte mit Fax eine "Verbesserung" wegen "erhöhter Familienbeihilfe". Ausgeführt wurde lediglich, dass K. zumindest 50 % invalid sei, da sie an Asthma bronchiale, Dyspnoe in der Nacht und einer Milbenallergie leide.

Das Finanzamt ersuchte in der Folge um Erstellung eines neuerlichen Gutachtens und legte die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat vor.

K. wurde am 20. April 2012 ein weiteres Mal untersucht und folgendes Gutachten erstellt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: X. K.

Vers.Nr.: 12345

Untersuchung am: 2012-04-20 09:15 im Bundessozialamt Niederösterreich

Identität nachgewiesen durch: Reisepass;

Anamnese:

Es erfolgt Berufung gegen die beiden Vorgutachten aus 2011-11-06 und 2011-12-31, in denen ein GdB von 40% zuerkannt wurde wegen einer Erkrankung an Asthma bronchiale; laut Anamnese und vorliegenden Befunden besteht bei K. ein Asthma bronchiale seit dem 1. Lebensjahr; im Alter von 3 1/2 Jahren wurde sie 1x wegen einer akuten obstruktiven Bronchitis kurzfristig stationär behandelt; es erfolgt eine regelmäßige Inhalationsbehandlung mit Sultanol/Pulmicort/NaCl mit Pariboy, fallweise sind Sultanol-Inhalationen nach Angabe des Vaters bis zu 4xtgl. erforderlich; es seien aber auch Therapiepausen von etwa 1-2 Wochen möglich, da es K. zwischendurch auch besser gehe; es wird über nächtlichen Husten geklagt, es besteht Belastungsdyspnoe; anamnestisch Besserung am Meer (Türkeiaufenthalt); in letzter Zeit seien keine stationären Behandlungen erforderlich gewesen, wohl aber häufige ambulante Kontrollen bei der Kinderfachärztin Fr. Dr. X., deren Karteiblatt vorgelegt wird; diesem sind regelmäßige Verordnungen von Sultanol/Pulmicort-Lösung zu entnehmen, wegen einer Milbenallergie wurde 7/2011 auch Acrius bzw. Singulair verordnet, dies werde aber nicht mehr verwendet; bisher wurde keine Lungenfunktion oder Konsultation eines Lungenspezialisten durchgeführt; Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Inhalation mit Sultanol/Pulmicort/NaCl mit Pariboy; häufige Kontrollen bei der Kinderfachärztin;

Untersuchungsbefund: 9-jähriges Mädchen in gutem AEZ, Cor o.B., Pulmo frei, keine Obstruktion, intern und grobneurologisch unauffällig;

Status psychicus / Entwicklungsstand: K. antwortet scheinbar ungern auf Fragen bezüglich ihrer Erkrankung, wird von ihren Eltern tw. auf Türkisch angehalten, zu antworten; insgesamt nur unschlüssige Anamnese mit K. möglich, die mit der Situation etwas überfordert erscheint, obwohl sie sprachlich in Deutsch versiert wirkt;

Relevante vorgelegte Befunde:

2011-11-06 BUNDESZOZIALAMT F.NÖ:

Ärztl. Sachverständigengutachten: GdB 40% 2011-12-31 W.O.

Ärztl. Sachverständigengutachten: GdB 40% 2012-01-04 DR. X, KINDERFACHÄRZTIN, in XY:

Patientenblatt: Dauer-Diagnosen: Milbenallergie, Asthma bronchiale, Dyspnoe in d. Nacht; Einträge rückreichend bis 12/07, erstmalige Inhalationsverordnung 1/2008:

Diagnose(n): Asthma bronchiale, Milbenallergie

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

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz, da unter regelmäßiger Inhalation zwischenzeitlich symptomfreie Intervalle bei Neigung zu nächtl. Dyspnoe; klin. unauffälliger Auskultationsbefund, keine Lungenfunktion vorliegend; Gesamtgrad der Behinderung: 40 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

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

Keine Änderung der Einschätzung gegenüber Vorgutachten aus 2011-12-31, der Berufung kann nicht stattgegeben werden;

erstellt am 2012-04-21 von FfKuJ2

Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde

zugestimmt am 2012-04-25

Leitender Arzt: LA2

Über die Berufung wurde erwogen:

Rechtsgrundlagen

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 außer Stande 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.

Sachverhalt und rechtliche Würdigung

Der Verfassungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis VfGH 10.12.2007, [B 700/07](#), aus, dass sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 8 Abs. 6 FLAG 1967 ergebe, dass der Gesetzgeber sowohl die Frage des Grades der Behinderung und auch die Frage der voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, der eigenständigen Beurteilung der Familienbeihilfenbehörden entzogen und dafür ein qualifiziertes Nachweisverfahren eingeführt habe, bei dem eine für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution eingeschaltet werde und der ärztliche Sachverstand die ausschlaggebende Rolle spiele. Die Beihilfenbehörden hätten bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und könnten von nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung davon abgehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in mehreren Erkenntnissen dieser Rechtsansicht angeschlossen (sh. zB VwGH 18.11.2008, [2007/15/0019](#)).

Auch der unabhängige Finanzsenat hat für seine Entscheidung die ärztlichen Sachverständigengutachten heranzuziehen, sofern diese als schlüssig anzusehen sind. Es ist also im

Rahmen dieses Berufungsverfahrens festzustellen, ob die erstellten Gutachten diesem Kriterium entsprechen.

Im vorliegenden Berufungsfall wurde die Tochter der Bw. dreimal untersucht (Gutachten vom 7. November 2011, 2. Jänner 2012 und 25. April 2012) und von den Sachverständigen übereinstimmend Asthma bronchiale diagnostiziert. Im dritten Gutachten vom 25. April 2012 hielt die Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde zusätzlich fest, dass K. an einer Milbenallergie leidet.

Die Ärzte reihten die Erkrankung unter die Richtsatzposition 0060402 der oben genannten Einschätzungsverordnung ein und wählten ebenso übereinstimmend einen oberen Rahmensatz.

Im ersten Gutachten vom 7. November 2011 wurde dieser mit einem weitgehend stabilen Zustand unter der genannten medikamentösen Therapie begründet; im Gutachten vom 2. Jänner 2012 wurde der obere Rahmensatz mit der Begründung gewählt, dass zwar Therapiepause im Urlaub möglich sei, ansonsten Dauer-Inhalationsbehandlung erforderlich und eine allergische Disposition vorliegend sei. Im dritten Gutachten vom 20. April 2012 wurde der obere Rahmensatz damit begründet, dass unter regelmäßiger Inhalation zwischenzeitlich symptomfreie Intervalle vorliegen würden. Es bestehe eine Neigung zu nächtlicher Dyspnoe; klinisch liege ein unauffälliger Auskultationsbefund vor.

Der Behinderungsgrad wurde in allen drei Gutachten mit 40 v.H. festgesetzt und eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit nicht bescheinigt.

Letztlich entscheidungswesentlich ist somit, in welche der genannten Richtsatzpositionen die Gesundheitsschädigung des Kindes konkret einzureihen ist.

Für die Erkrankung Asthma bronchiale sind in der im Streitzeitraum geltenden Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) folgende Richtsatzpositionen festgelegt:

"06.04

Asthma bronchiale bei Kindern und Jugendlichen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr

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

06.04.01 Zeitweilig leichtes Asthma 10 - 20 %

Durchschnittlich weniger als 6 x im Jahr, meist nur bei Infekt oder Allergenkontakt, lange symptomfreie Intervalle

06.04.02 Leichtes Asthma 30 - 40 %

Exacerbation mehrmals im Jahr aber seltener als 1 x 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 2 x monatlich nachts Atemnotzustände

70 %:

Mittel- bis höhergradig eingeschränkte Lungenfunktion

Umfangreiche/ständige Therapie erforderlich

06.04.04 Anhaltend schweres Asthma 80 - 100 %

Fast täglich und in den meisten Nächten Atemnotzustände

Medikamentöse Dauertherapie

Lungenfunktion dauernd stark eingeschränkt, Begleiterkrankung

Klinisch nahezu immer spastisch"

In den Gutachten vom 7. November 2011 und vom 2. Jänner 2012, die das Finanzamt für seine Entscheidungsfindung heranzog, wurde ausführlich auf die Art des Leidens und das Ausmaß der hieraus resultierenden Behinderung eingegangen. Die getroffene Einschätzung basiert auf den im Rahmen der persönlichen Untersuchung ausführlich erhobenen Befunden. Sie entspricht der festgestellten Funktionseinschränkung. Die Gutachten sind vollständig, schlüssig, nachvollziehbar und weisen keine Widersprüche auf.

Auch in dem im Zuge des Vorlageantrages erstellten Gutachten vom 25. April 2012 hat die Sachverständige mit dem Erstgutachten übereinstimmende Feststellungen getroffen.

Die medizinische Beurteilung in Verbindung mit den von der höchstgerichtlichen Judikatur aufgestellten und im Berufungsfall beachteten Erfordernisse, wonach Gutachten eingehend die Art und das Ausmaß der Leiden und die konkreten Auswirkungen der Behinderung auf die Erwerbstätigkeit in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise zu behandeln haben (vgl. zB VwGH 21.2.2001, [96/14/0139](#); 27.4.2005, [2003/14/0105](#)), lässt daher den eingeschätzten (Gesamt-) Behinderungsgrad von 40% mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit als gewiss erscheinen.

Da somit die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der (erhöhten) Familienbeihilfe gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967 nicht gegeben sind, musste die Berufung abgewiesen werden.

Wien, am 18. Juni 2012