



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 8. Jänner 2013 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 12/13/14 Purkersdorf, vertreten durch ADir. Rudolf Stifter, vom 10. Dezember 2012 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe ab 1. November 2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Eingabe vom 18. Oktober 2012 stellte die Bw. den Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für ihre im Jahr 2000 geborene Tochter B ab dem 1. November 2011 (richtig wohl 2012).

Dem Antrag wurde ein mit 20. September 2012 datiertes Schriftstück des SMZ Ost, demgemäß bei der Tochter der Bw. ob nasaler Sprache eine V in Aussicht genommen werde, wobei der Operationstermin selbst auf 5. Februar 2013 laute, beigelegt.

In weiterer Folge fand am 20. November 2012 eine fachärztliche Untersuchung beim Bundessozialamt statt, im Zuge derer der begutachtende Mediziner zur Überzeugung gelangte, dass auf Grund der relevante Befunde des SMZ Ost (Prim. Wa) vom 20. September 2012 sowie der mit 19. Oktober 2012 datierten Honorarnote der Zahnklinik bei der Tochter der Bw. wegen einer Gaumenspalte ein elektiver Mutismus verbunden mit einer Artikulationsstörung vorliege.

Zusammenfassend resultiere aus vorgenannter Diagnose ein Grad der Behinderung von 40 v. H voraussichtlich mehr als drei Jahre andauernd.

In Ansehung nämlichen Gutachtens wurde der Antrag der Bw. mit Bescheid vom 10. Dezember 2012 abgewiesen und hierbei begründend ausgeführt, dass B nicht als erheblich behindert im Sinne des § 8 Abs. 5 FLAG 1967 anzusehen sei.

In der mit 8. Jänner 2013 datierten Berufung rügte die Bw. eingangs die Voreingenommenheit des untersuchenden Facharztes, zumal sich dieser vorweg einerseits nach dem Grund ihres wiederholten Erscheinens beim Bundessozialamt erkundigt habe, andererseits der Bw. zu verstehen gegeben habe, dass die (Letzt)Entscheidung betreffend den Behinderungsgrad ohnehin dem „Chef“ anheimgestellt sei.

Darüber hinaus erscheine der Bw. auch die gutachterliche Feststellung eines in der Bandbreite von 20% bis 40% angesiedelten Grades der Behinderung innerhalb kürzester Zeit nicht nachvollziehbar.

Der festgestellte Grad der Behinderung von 40 v. H sei schon ob der Tatsache, dass sich die Tochter der Bw. bereits der achten Operation unterziehen müsse, wobei anzumerken sei, dass nämliche Maßnahme bedingt durch das Wachstum mit Sicherheit nicht den letzten chirurgischen Eingriff darstellen werde, als nicht rechtens zu qualifizieren.

Der im Gutachten verneinte sonderpädagogische Förderbedarf sei nach Auffassung der Bw. sehr wohl gegeben, da sich in den letzten drei Jahren sowohl die Sprache als auch die Schulnoten ihrer Tochter rapide verschlechtert hätten.

Des Weiteren sei ungeachtet dessen, dass wie der Wendung des Gutachtens **„Folgeoperation zum Verschluss geplant“** zu folgern sei, dass die Befunde des SMZ Ost nicht einmal richtig durchgelesen worden seien, sei auch der Name der Fachärztin mit Wa anstatt richtigerweise mit W wiedergegeben worden.

Betreffend der Tochter der Bw. sei anzumerken, dass diese sowohl – wegen des wohl auf die mehrmalige Vorsprache – zurückzuführende aggressive Verhaltens der Ärzte im Allgemeinen, als auch vor der schmerzhaften Untersuchung mit dem Stäbchen im Speziellen ängstlich sei.

In Ansehung obiger Berufung wurde die Tochter der Bw. am 16. April 2013 neuerlich beim Bundessozialamt untersucht.

Hierbei wurde in der Anamnese festgehalten, dass B auf Grund ihrer Gaumenspalte am 5. Februar 2013 operiert worden sei, wobei diese bereits den achten chirurgischen Eingriff dargestellt habe.

Darüber hinaus. wurde angemerkt, dass die Tochter der Bw., welche zweimal in der Woche ein Schwimmtraining absolviere, bzw. einmal die Woche in logopädischer Betreuung stehe, mit niemanden spreche, wobei dieser Umstand allerdings dem Besuch der zweiten Klasse AHS nicht abträglich sei.

Die letzte Operation habe drei Stunden gedauert und es sei nach der Abheilung eine Zahnsperre geplant.

Bezugnehmend auf den mit 17. Februar 2013 datierten, für das Gutachten vom 16. April 2013 als relevant eingestuften Befund des SMZ Ost werde in diesem sowohl ein normaler postoperativer Verlauf attestiert, als auch auf den Umstand verwiesen, dass keine pflegerische Betreuung vonnöten sei.

Was den Entwicklungsstand der Tochter der Bw. anlange, erscheine das Verständnis – auch ohne verbale Kommunikation – normal, da sie die gesprochenen Aufforderungen anstandslos habe befolgen können.

Zusammenfassend diagnostizierte der begutachtende Facharzt - in Übereinstimmung mit dem Ergebnis des Gutachtens vom 20. November 2012 -, dass bei der Tochter der Bw. ein elektiver Mutismus verbunden mit einer Sprachstörung vorliege.

Der Grad der Behinderung lautet - unter Kumulation beider Leiden – auf 40 v. H. voraussichtlich mehr als 3 Jahre andauernd, wobei die Tochter der Bw. voraussichtlich nicht dauernd außer Stande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis des Gutachtens vom 16. April 2013 wurde das Rechtsmittel der Bw. mit Berufungsvorentscheidung vom 6. Mai 2013 als unbegründet abgewiesen.

In dem mit 7. Juni 2013 datierten Vorlageantrag rügte die Bw., dass die Fakten, demgemäß ihre Tochter B oftmals operiert habe werden müssen und seit Jahren ob ihrer schlechten Sprache extremer logopädischer Betreuung bedürfe, in die Beurteilung des Grades der Behinderung nicht eingeflossen seien.

Darüber hinaus sei, es unerklärlich, dass das SMZ Ost in seinem Befund eine postoperative häusliche Pflege in Abrede stellt, da betreffend deren Erforderlichkeit die Bw. in ihrer Eigenschaft als Kindesmutter naturgemäß bessere befinden könne.

Die Aussage des Gutachtens der gemäß B in der Lage sei sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, versetze die Bw. zusätzlich in Erstaunen, da auf diesem Weg - ungeachtet des

Alters des Kindes und der bestehenden Schulpflicht – gesetzlich verbotene Kinderarbeit goutiert werde.

In Ansehung des Vorhandenseins einer doppelten Gaumenspalte und der vor allem auf zahlreiche Arztbesuche zurückzuführende anhaltenden Angstzustände ihrer Tochter gewinne die Bw. zunehmend den Eindruck einer schikanösen Behandlung durch das Bundessozialamt sowie einer- nicht zuletzt wegen divergierender Aussagen - offenbar auf Lust und Laune der begutachtenden Ärzte basierenden Feststellung des Grades der Behinderung.

Die Bw. legte - offenbar zur Untermauerung ihrer Auffassung, der gemäß der Behinderungsgrad ihrer Tochter richtigerweise zumindest auf 50 v.H. zu lauten habe - die Bestätigung des Besuches eines 50 Minuten pro Woche umfassenden Sprachheilkurses sowie einen, von der behandelnden HNO- Fachärztin in Bezug auf das Tonaudiogramm als altersentsprechend unauffällig eingestuften Audiometriebefund vor.

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

#### **1. Festgestellter Sachverhalt**

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz legt ihrer Entscheidung nachstehend festgestellten Sachverhalt zu Grunde:

Im Zuge des Antrags- bzw. des Rechtsmittelverfahrens wurde die Tochter der Bw. beim Bundessozialamt sowohl am 20. November 2012, als auch am 16. April 2013 fachärztlich untersucht, wobei beide Gutachten übereinstimmend einen Grad der Behinderung von 40 V. H. ausgewiesen haben, respektive diese das voraussichtliche Außerstandesein sich selbst den Unterhalt zu verschaffen nicht bestätigt haben.

Was das Ausmaß des Grades der Behinderung im Speziellen anlangt, so wurde dieses unisono mit dem Vorliegen eines elektiven Mutismus verbunden mit einer mäßigen sozialen Beinträchtigung ohne sonderpädagogischen Förderbedarf begründet.

#### **2. Rechtliche Würdigung**

Der unter Punkt 1 der Berufungsentscheidung festgestellte Sachverhalt war seitens des unabhängigen Finanzsenates wie folgt zu würdigen:

Nach der Bestimmung des § 8 Abs. 4 FLAG 1967 erhöht sich ab dem 1. Jänner 2003 die Familienbeihilfe ab für jedes Kind, das erheblich behindert ist, monatlich um 138,3 €.

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.

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.

Der Verfassungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 10.12.2007, B 700/07, aus, dass sich aus dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte des § 8 Abs. 6 FLAG 1967 ergebe, dass der Gesetzgeber sowohl die Frage des Grades der Behinderung als 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 geeigneten Institution eingeschaltet werde und der ärztliche Sachverstand die ausschlaggebende Rolle spiele.

Die Beihilfenbehörde hätte bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und könnte von dieser nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen.

Nach der, dem vorgenannten Erkenntnis folgenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat sich demzufolge die Tätigkeit der Abgabenbehörde im Wesentlichen auf die Frage zu beschränken, ob das Gutachten als schlüssig zu qualifizieren ist (VwGH v. 18.11. 2008, 2007/15/0019; v. 18.11. 2009, 2008/13/0014).

In Anbetracht vorstehender Ausführungen hat der unabhängige Finanzsenat somit für seine Entscheidung zwingend die ärztlichen Sachverständigengutachten heranzuziehen, sofern diese als schlüssig anzusehen sind.

Es ist also im Rahmen dieses Berufungsverfahrens festzustellen, ob die beiden gegenständlichen Gutachten des Bundessozialamtes diesem Kriterium entsprechen.

Aus den obigen Ausführungen geht hervor, dass zwischen den beiden gegenständlichen Gutachten des Bundessozialamtes vom 20. November 2012 bzw. vom 16. April 2013 weder bei der Erstellung der Diagnose im Allgemeinen, noch bei der Festsetzung des Behinderungsgrades im Besonderen Divergenzen bestehen.

Demzufolge ist den Ausführungen der Bw., welche sowohl im Berufungsschriftsatz, als auch im Vorlageantrag den gutachterlichen Feststellungen im Wesentlichen mit dem Argument der Voreingenommenheit bzw. der mangelnden Fachkompetenz der begutachtenden Ärzte entgegentritt, nachstehendes zu entgegnen:

Einleitend ist festzuhalten, dass die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen hat, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 (VwGH v. 24.3.1994, 92/16/0142).

In Ansehung der an obere Stelle dargestellten in Bezug auf die Behinderung der Tochter gleichlautenden Ergebnisse ist daher im Rahmen der freien Beweiswürdigung anzunehmen, dass die in den - bezogen auf den vorliegenden Fall relevanten Gutachten – vorgenommene Einstufung des Behinderungsgrades mit 40 v. H die überragende, den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende Wahrscheinlichkeit für sich hat.

Demgegenüber vermochten nach dem Dafürhalten des unabhängigen Finanzsenates die im Rechtsmittelverfahren vorgebrachten Argumente diesem nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Ungeachtet dessen, dass die Schriftsätze der Bw. keine substanziellen, die Feststellungen der in Rede stehenden Gutachten erschütternden Einwendungen beinhalten, sondern diese hauptsächlich darauf abzielen, die begutachtenden Fachärzte der Voreingenommenheit und Inkompetenz zu zeigen, kann auch aus abweichenden aus Vorbegutachtungen stammenden Behinderungsgraden nicht die Unschlüssigkeit der Gutachten vom 20. November 2012 bzw. vom 16. April 2013 gefolgert werden.

In diesem Zusammenhang bewirkt weder die Tatsache, dass sich die Tochter der Bw. ob ihres Leidens bereits mehrfachen chirurgischen Eingriffen habe unterziehen müssen, noch jene, dass B nachgewiesener Maßen seit Jahren in logopädischer Betreuung steht, für sich allein, deren Einstufung als erheblich behindert im Sinne des § 8 Abs. 5 FLAG 1967.

Der Vollständigkeit halber sei die Bw. aber auch auf das Faktum hingewiesen, dass die in einem Gutachten getroffenen Feststellungen stets als dem rechtsstaatlichen Prinzip Rechnung tragendes Ergebnis eines samt und sonders auf gesetzlichen Grundlagen basierenden Verfahrens zu qualifizieren sind und diese nicht der jeweiligen Lust und Laune des Gutachters, bzw. der Befindlichkeit seines „Vorgesetzten“ anheimgestellt sind.

Zusammenfassend vermag der unabhängige Finanzsenat daher in der gutachterlichen Nichtqualifikation der Tochter der Bw. als erheblich behindert, verbunden mit der Folge der Versagung des Anspruches auf erhöhte Familienbeihilfe keine Rechtswidrigkeit zu erblicken.

Es war daher wie im Spruch zu befinden.

Wien, am 26. September 2013