



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Senat 5

GZ. RV/3054-W/12

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., P., gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Familienbeihilfe und erhöhte Familienbeihilfe ab 1. April 2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.), geb. 1990, bezog bis März 2012 erhöhte Familienbeihilfe. Mit Schreiben vom 27. März 2012 ersuchte er um Weitergewährung, dies mit der Begründung, dass er sich in den letzten Tagen einer neuerlichen Untersuchung bezüglich seiner Erkrankung der Wirbelsäule unterzogen hätte. Wie den beigefügten Befunden zu entnehmen sei, habe sich sein Gesundheitszustand verschlechtert. Da es ihm zur Zeit nicht möglich sei, einer geregelten Tätigkeit nachzugehen, ersuche er zu prüfen, ob die Zuerkennung der Familienbeihilfe erfolgen könne.

Im Zuge des Antragsverfahrens wurde der Bw. untersucht und folgendes Gutachten erstellt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: L. B.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2012-01-26 08:30 Ordination

Identität nachgewiesen durch: BP 4529419

Anamnese:

April 2009 Z.n. Retrolisthese L5/S1, Herr L. hat 11/07 eine Lehre zum Einzelhandelskaufmann abgeschlossen, war dann 5 Monate bei einer Tankstelle beschäftigt, musste aufgrund des Wirbelsäulenleidens das Arbeitsverhältnis beenden. Es wurde eine Pensionsbevorschussung vom 01.03.2010 bis 16.12.2011 bewilligt, ein neuerlicher Antrag jedoch abgelehnt. Seither bezieht Herr L. den Notstand und wohnt alleine in einer Wohnung in X.. Bezüglich seiner Beschwerden ist keine Re-Operation notwendig, jedoch intensive stabilisierende Heilgymnastik, laut orthopädischen Befund von 11/11 kann der knöcherne Durchbau bis zu 5 Jahre dauern. Eine Umschulung wird in Erwägung gezogen. Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Tramal und Sirdalud bei Bedarf, physikalische Therapie

Untersuchungsbefund:

21-jähriger Mann in gutem AEZ, 170cm, 62kg, Caput/Collum: Optomotorik unauffällig, Pupillen rund isocor, reagieren prompt auf Licht, die einsehbaren Schleimhäute gut durchblutet, Zähne saniert. Thorax symmetrisch, Herzaktion rein rhythmisch normocard, Vesikulärratmung, keine pathologischen RGs auskultierbar. Abdomen palpatorisch unauffällig. Extremitäten frei beweglich, das Gangbild frei. WS: HWS in allen Ebenen frei beweglich, BWS/LWS: blande Narbe nach OP, Druckschmerz der SIG und paravertebralen Muskulatur der gesamten LWS, Drehung und Seitneigung des Oberkörpers nach links und rechts mittelgradig eingeschränkt, Finger-Bodenabstand: Mitte Schienbein. Durchblutung grob neurologisch unauffällig.

Status psychicus / Entwicklungsstand: unauffällig

Relevante vorgelegte Befunde:

2011-11-12 DR. W., FA FÜR ORTHOPÄDIE, DG.: SPONDYLODESE L5/S1, CT: inkompletter Durchbau, Implantate sind fest, Procedere: keine Re-OP notwendig, intensive stabilisierende Heilgymnastik, Durchbau kann bis zu 5 Jahre dauern

2011-07-08 DR. ILBEYGUI, FA FÜR ORTHOPÄDIE, DG.: RETROLISTHESE L5/S1, pseudoradikuläre Beschwerden im Segment S1

Diagnose(n): Zustand nach Bandscheiben-Operation L5/S1

Richtsatzposition: 020102 Gdb: 040% ICD: M41.9

Rahmensatzbegründung: oberer Rahmensatz, da pseudoradikuläre Beschwerden im Segment S1

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

im Vergleich zum Vorgutachten Leiden 1 aufgrund einer gewissen Stabilisierung knappe 3 Jahre nach Operation bei laufender Heilgymnastik und der seit 2010 geltenden neuen Einschätzungsverordnung um 1 Stufe herabgesetzt

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

erstellt am 2012-01-27 von EB

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2012-01-28

Leitender Arzt: SG

Das Finanzamt legte die Untersuchungsergebnisse seiner Entscheidung zu Grunde und wies den Antrag mit Bescheid vom 13. April 2012 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 2 Abs. 1 lit. b bis e Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 mit der Begründung ab, dass auf Grund des ärztlichen Sachverständigengutachtens vom 28. Jänner 2012 eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit nicht mehr vorliege.

In der dagegen eingebrachten Berufung führte der Bw.im Wesentlichen aus, dass er dem Finanzamt im letzten Brief die neuen Befunde nach dem Sachverständigengutachten vom 28. Jänner 2012 mitgeschickte habe, woraus man sehe, dass sich sein gesundheitlicher Zustand wieder verschlechtert habe. Er hätte auch aus diesem Grund den AMS-Kurs bei BBRZ-REHA in Wr. Neustadt abbrechen müssen. Er mache jetzt wieder im Rehabzentrum Liesing eine Physikalische- und Wassertherapie. Auch müsse er wegen seiner starken Schmerzen wieder eine Kur (Rehab) in Kärnten machen. Zusätzlich müsse er sich in psychologische Be-

handlung begeben, da es ihm in dieser Richtung auch sehr schlecht gehe. Er würde sehr gerne arbeiten, aber er sei ihm in nächster Zeit leider durch seinen schlechten Gesundheitszustand nicht möglich.

Auf Grund der vom Bw. eingebrachten Berufung ersuchte das Finanzamt im Wege des Bundessozialamtes um neuerliche Untersuchung des Bw.

Folgendes Gutachten wurde erstellt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: L. B.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2012-07-16 09:45 Ordination

Identität nachgewiesen durch: Behindertenpass

Anamnese:

B. hat einen Hauptschulabschluss, danach das Polytechnikum absolviert und dann eine Lehre als Elektro Einzelhandelskaufmann abgeschlossen. Nach dem Lehrabschluss hatte er 5 Monate Therapie. Dann hat er f. 5 Monate auf einer Tankstelle gearbeitet u. war im Anschluss im Krankenstand bis zur Wirbelsäulenoperation (04/2009) im KH Speising. Postoperativ war er auf Rehab in Althofen, hatte dann Physiotherapie und ambulante Rehab in Liesing. Er hatte wieder Schmerzen. 2011 war er im Fitnesscenter. B. wohnt alleine. Er hat einen Behindertenpass mit 50 GdB ausgestellt am 13.6.2012. Zusätzlich hat er eine Depression entwickelt und ist in neurologischer Behandlung. Er hat absichtlich und relativ rasch einiges an Gewicht abgenommen um die Wirbelsäule zu schonen. B. ist beim AMS gemeldet.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Physiotherapie, Tramal 50 mg . b. Bed, Sirdalud 6 mg b. Bed, Mirtabene 15 mg 1x1

Untersuchungsbefund:

22 Jähriger, 57 kg, 170 cm, Cor, Abdomen grob klinisch unauffällig, Pulmo: Vesikuläres Atmen abgeschwächt; LWS : Beweglichkeit eingeschränkt, Fingerbodenabstand 30 cm, PSR bds. mittlebhaft, Lasegue bds. 60 °, keine Sensibilitätsstörungen, Motorik unauff.

Status psychicus / Entwicklungsstand: depressiv

Relevante vorgelegte Befunde:

2012-03-07 INST. F. BILDGEBENDE DIAGNOSTIK / CT

CT d. LWS : Z.n. dorsaler Spondylodese; L4 / L5 breitbasige Protrusion, geringfügige Anterolisthese

2012-04-27 DR. R. ( ORTHOPÄDE )

Retrolisthese L5/ S1 post OP 04 / 2009, Mb. piriformis Syndrom, Lumboischialgie, multiple Blockierungen der BWS u. LWS

2012-06-28 PENS.VERS. ANSTALT N.Ö.

Bewilligung von Rehab Aufenthalt

2012-05-30 DR. F. (NEUROLOGIN)

rezidiv. Depressio, dzt. mittelgradige Episode; Therapieversuch m. Mirtabene, Psychother. ist unbedingt anzuraten.

Diagnose(n):

Zustand nach Bandscheibenoperation L5/ S1

Richtsatzposition: 020102 Gdb: 040% ICD: M41.9

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz, da Bewegungseinschränkung und breitbasige Bandscheibenprotrusion L4 / L5 Depression

Richtsatzposition: 030601 Gdb: 030% ICD: F32.-

Rahmensatzbegründung: 2 Stufen über unterem Rahmensatz, da Medikation erforderlich und Psychotherapie dringend empfohlen wurde.

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

Leiden 1 wird durch Leiden 2 um 1 Stufe erhöht, da eine wechselseitige ungünstige Leidensbeeinflussung besteht

Eine Nachuntersuchung in 3 Jahren ist erforderlich.

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

Gegenüber Vorgutachten um 1 Stufe erhöht, da ein Leiden dazugekommen ist und eine wechselseitige Leidensbeeinflussung besteht.

erstellt am 2012-07-28 von S.

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2012-07-29

Leitender Arzt: RR

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 4. September 2012 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 8 FLAG mit der Begründung ab, dass im ärztlichen Sachverständigengutachten vom 29. Juli 2012 abermals festgestellt worden sei, dass eine voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, im Fall des Bw. nicht vorliege. Es bestehe daher kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Das vom Bw. mit der Bezeichnung "Berufung gegen die Berufungsvorentscheidung" eingebrachte Schreiben wurde vom Finanzamt als Vorlageantrag gewertet und der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorgelegt.

Die Ausführungen im Vorlageantrag sind im Wesentlichen ident mit der Berufung vom 17. April 2012.

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

#### **1. Rechtsgrundlagen**

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach [§ 2 Abs. 1 lit. c FLAG 1967](#) für volljährige Kinder, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 27. (ab 1.7.2011: 25.) Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Eine analoge Bestimmung enthält [§ 6 Abs. 2 lit. d FLAG 1967](#) für volljährige Vollwaisen und die ihnen nach [§ 6 Abs. 5 FLAG 1967](#) gleichgestellten Personen.

Gemäß [§ 8 Abs. 4 FLAG 1967](#) erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind. Voraussetzung für den Erhöhungsbetrag ist, dass der Grundbetrag an Familienbeihilfe zusteht.

[§ 8 Abs. 5 FLAG 1967](#) in der ab 1. September 2010 geltenden Fassung lautet:

"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, 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 9.9.2004, [99/15/0250](#)) 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. Feststehender Sachverhalt

Der Bw. bezog von Oktober 2008 bis März 2012 auf Grund seiner Erkrankung erhöhte Familienbeihilfe (Gutachten vom 22. März 2011: Behinderungsgrad 50 %, Bescheinigung einer voraussichtlich dauernden Erwerbsunfähigkeit).

Der Bw. wurde im Zuge des Antrages auf Weitergewährung der erhöhten Familienbeihilfe (ab April 2012) zwei Mal untersucht.

In beiden im Wege des Bundessozialamtes erstellten Sachverständigengutachten (Gutachten vom 28. Jänner 2012 und vom 29. Juli 2012) wurde als Diagnose "Zustand nach Bandscheibenoperation L5/ S1" gestellt.

In den Gutachten wurden folgende Befunde berücksichtigt:

Gutachten vom 28. Jänner 2012:

2011-11-12 DR. W., FA FÜR ORTHOPÄDIE, DG.: SPONDYLODESE L5/S1, CT: innkompletter Durchbau, Implantate sind fest, Procedere: keine Re-OP notwendig, intensive stabilisierende Heilgymnastik, Durchbau kann bis zu 5 Jahre dauern

2011-07-08 DR. ILBEYGUI, FA FÜR ORTHOPÄDIE, DG.: RETROLISTHESE L5/S1, pseudoradikuläre Beschwerden im Segment S1

Gutachten vom 29. Juli 2012:

2012-03-07 INST. F. BILDGEBENDE DIAGNOSTIK / CT

CT d. LWS : Z.n. dorsaler Spondylodese; L4 / L5 breitbasige Protrusion, geringfügige Anterolisthese

2012-04-27 DR. R. ( ORTHOPÄDE )

Retrolisthese L5/ S1 post OP 04 / 2009, Mb. piriformis Syndrom, Lumboischialgie , multiple Blockierungen der BWS u. LWS

2012-06-28 PENS.VERS. ANSTALT N.Ö.

Bewilligung von Rehab Aufenthalt

2012-05-30 DR. F. (NEUROLOGIN)

rezidiv. Depressio, dzt. mittelgradige Episode; Therapieversuch m. Mirtabene, Psychother. ist unbedingt anzuraten.

Die Einschätzungsverordnung sieht für die Erkrankungen des Bw. folgende Behinderungsgrade vor:

## **02 Muskel - Skelett - und Bindegewebsystem Haltungs- und Bewegungsapparat**

### **Allgemeine einschätzungsrelevante Kriterien:**

Beweglichkeit und Belastbarkeit - den allgemeinen Kriterien der Gelenksfunktionen, der Funktionen der Muskel, Sehnen, Bänder und Gelenkkapsel sind gegenüber den alleinigen Messungen des Bewegungsradius eine stärkere Gewichtung zu geben.

Entzündungsaktivität (Schmerzen, Schwellung).

Bei radiologischen Befunden ist die Korrelation mit der klinischen Symptomatik für die Einschätzung relevant.

Ausmaß der beteiligten Gelenke, Körperregionen und organische Folgebeteiligung.

### **02.01 Wirbelsäule**

#### **02.01.02**

Funktionseinschränkungen mittleren Grades

30 – 40 %

Rezidivierende Episoden (mehrmals pro Jahr) über Wochen andauernd

maßgebliche radiologische Veränderungen

andauernder Therapiebedarf wie Heilgymnastik, physikalische Therapie, Analgetika

Beispiel: Bandscheibenvorfall ohne Wurzelreizung (pseudoradikuläre Symptomatik)

30 %: Rezidivierende Episoden (mehrmals pro Jahr) über Wochen andauernd, maßgebliche radiologische Veränderungen

andauernder Therapiebedarf wie Heilgymnastik, physikalische Therapie, Analgetika

40 %: Rezidivierend und anhaltend, Dauerschmerzen eventuell episodische Verschlechterungen, maßgebliche radiologische und/oder morphologische Veränderungen

maßgebliche Einschränkungen im Alltag und Arbeitsleben

### **03 Psychische Störungen**

#### **03.06 Affektive Störungen**

Manische, depressive und bipolare Störungen

#### **03.06.01**

Depressive Störung – Dysthymie - leichten Grades

Manische Störung – Hypomanie - leichten Grades

10 – 40 %

Keine psychotischen Symptome, Phasen mindestens 2 Wochen andauernd

20 %: Unter Medikation stabil, soziale Integration

30 % Unter Medikation stabil, fallweise beginnende soziale Rückzugstendenz, aber noch integriert

40 % Trotz Medikation in stabil, mäßige soziale Beeinträchtigung

Die mit der Erstellung des ersten Gutachtens betraute Fachärztin (Ärzte für Allgemeinmedizin) bezogen die ihnen im Zuge der Untersuchung vorgelegten Befunde in ihr Untersuchungsergebnis mit ein und reihte die Erkrankung "Zustand nach Bandscheiben-Operation L5/S1" unter die Richtsatzposition 020102 der ab 1. September 2010 gültigen Einschätzungsverordnung. Der Behinderungsgrad wurde mit 40% festgesetzt und ein oberer Rahmensatz gewählt, dies mit der Begründung "da pseudoradikuläre Beschwerden im Segment S1". Weiters wurde Folgendes festgehalten: *"im Vergleich zum Vorgutachten Leiden 1 aufgrund einer gewissen Stabilisierung knappe 3 Jahre nach Operation bei laufender Heilgymnastik und der seit 2010 geltenden neuen Einschätzungsverordnung um 1 Stufe herabgesetzt"*.

Die mit dem zweiten Gutachten (29. Juli 2012) befasste Sachverständige wählte bei der Erkrankung "Zustand nach Bandscheiben-Operation L5/S1" dieselbe Richtsatzposition und setzte den Behinderungsgrad mit 40% fest.

Die nunmehr vom Bw. angegebenen psychischen Beschwerden reihte die Ärztin unter die Richtsatzposition 03.06.01 mit einem Behinderungsgrad von 30%. Insgesamt wurde der Gesamtgrad der Behinderungsgrad mit 50% festgelegt.

Eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit wurde aber auch in diesem Gutachten nicht bescheinigt.

### **3. 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 geeigneten 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 ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen. Der Verwaltungsgerichtshof hat sich in mehreren Erkenntnissen dieser Rechtsansicht angeschlossen (sh. zB VwGH 18.11.2008, [2007/15/0019](#)).

Der unabhängige Finanzsenat hat somit 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.

Wie bereits ausgeführt wurde dem Bw. im ersten Gutachten eine 40%ige und im zweiten Gutachten eine 50%ige Behinderung, jedoch keine Erwerbsunfähigkeit bescheinigt.

Hierbei ist zu beachten, dass der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe nur dann zusteht, wenn auch der Anspruch auf den Grundbetrag gegeben ist. Dies bedeutet, dass bei volljährigen Kindern, denen nicht schon aus anderen Gründen als aus dem Titel der Behinderung der Grundbetrag an Familienbeihilfe zusteht, der Grad der Behinderung ohne jede Bedeutung ist, und würde er auch 100 % betragen. Besteht also keine vor dem 21. (25 bzw. 27.) Lebensjahr eingetretene dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, steht weder

Grund- noch Erhöhungsbetrag zu. Besteht eine derartige Unterhaltsunfähigkeit, steht sowohl Grund- als auch Erhöhungsbetrag zu (sh. *Lenneis* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 8 Rz 19ff).

Die medizinische Beurteilung in Verbindung mit den von der höchstgerichtlichen Judikatur aufgestellten und im Berufungsfall beachteten Erfordernissen, 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 somit den in den vorliegenden Gutachten festgestellten Gesamtbehinderungsgrad von 50% zwar mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit als richtig erscheinen; dass aber beim Bw. eine voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, vorliegt, ist aufgrund der beiden erstellten schlüssigen Sachverständigengutachten zu verneinen.

Die Berufung musste daher abgewiesen werden.

Wien, am 23. November 2012