



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 30. April 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 15. April 2010 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe ab Mai 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Ende März 2010 nahm das Finanzamt eine Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe betreffend die Berufungswerberin (Bw.) vor (Schreiben BSB 2010-01-29 vom 31. März 2010). Das Schreiben wurde seitens der Bw. ergänzt und berichtigt und langte am 9. April 2010 beim Finanzamt ein; beigelegt wurde hinsichtlich des Sohnes M., geb. im Juli 1994, eine Schulbestätigung. Die Polytechnische Schule, Bezirk-Wien Wien, bestätigte, dass der genannte Sohn der Bw. im Schuljahr 2009/10 die näher bezeichnete Klasse besucht (Bestätigung vom 26. November 2009).

Der Sohn der Bw. wurde in der Folge am 17. Februar 2010 im Bundessozialamt Wien untersucht und folgendes fachärztliche Sachverständigengutachten erstellt:

"Anamnese:

Bekanntes Asthma seit dem 1. Lebensjahr, Allergie gegen Tierepithelien und Hausstaubmilbe, die Mutter leide ebenfalls an Asthma. Es wird das Polytechnikum besucht, normaler Schulbesuch ist möglich, wegen subjektiv empfundener Atemnot könne er allerdings am

Turnunterricht nicht teilnehmen. Es werde 1mal jährlich eine Kontrolle bei der Lungenfachärztin Dr. W... durchgeführt, die Therapie wird vom Hausarzt verordnet. Schon seit Jahren keine Spitalsaufenthalte mehr, Atemnot bei Belastung, keine Teilnahme am Turnunterricht, auch nachts komme es zu Atemnot, immer wieder Husten.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Seretide, Zyrtec, Singulair

Untersuchungsbefund:

15-jähriger Knabe, normaler Allgemein- und Ernährungszustand, Lunge: sonor Klopfschall, expiratorisches Giemen beidseits.

Status psychicus / Entwicklungsstand:

unauffällig

Relevante vorgelegte Befunde:

keine

Diagnose(n):

moderates persistierendes Asthma bronchiale

Richtsatzposition: 286 Gdb: 040% ICD: J45.0

Rahmensatzbegründung:

ORs, da mäßig- bis mittelgradige Einschränkung der respiratorischen Leistungsreserven bei moderaten persistierenden Asthma

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

Es liegt keine ständige erhebliche Behinderung vor, es ist ein normaler Schulbesuch und normales Alltagsleben möglich – daher Änderung gegenüber VGA des BSA v. 9.5.2007, dies begründet sich darin, dass nunmehr eine Beurteilung:

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

(auf Grund des) Krankheitslängsschnittes möglich ist. Es war seit Jahren kein Spitalsaufenthalt mehr erforderlich, Häufigkeit akuter Exacerbationen d. Grunderkrankung sind zurückgegangen – es liegt keine ständige erhebliche Behinderung vor.

erstellt am 2010-02-19 von Dr. K... Facharzt für Lungenkrankheiten"

Mit dem am 15. April 2010 erlassenen Bescheid wies das Finanzamt den Antrag der Bw. auf Weitergewährung der erhöhten Familienbeihilfe unter Hinweis auf die gesetzliche Bestimmung des § 8 Abs. 5 FLAG 1967 mit der Begründung ab, dass der Behinderungsgrad mindestens 50 % betragen müsse.

Die Bw. erhob gegen diesen Bescheid das Rechtsmittel der Berufung und führte aus:

"Zunächst wollte ich festhalten, den Gesundheitszustand eines Kindes zu beurteilen, wenn kurz zuvor noch Medikamente eingenommen wurden, ist für mich etwas verwirrend, dass die

Häufigkeit der Verwendung der Medikamente erheblich angestiegen ist und auch die Anamnese des Arztes nicht richtig wiedergegeben wurde. Ich leide weder an Asthma, noch habe ich jemals an Asthma gelitten, die Therapie wurde von der Lungenfachärztin Dr. W... verordnet, weiters ist der Schulbesuch keineswegs normal, da (mein Sohn) durch seine Atemprobleme nicht turnen kann und auch durch seine Anfälle viele Fehlstunden hat. Ebenfalls problematisch ist die nächtliche Atemnot, die er sehr häufig hat und dann die mehrmalige Benützung des Asthmasprays nötig ist.

Auch sein Entwicklungsstatus ist nicht dem Alter entsprechend, da er durch die Einnahme der Medikamente seit dem fast 3. Lj. noch immer nicht in der Pubertät ist und falls sich diese nicht in den nächsten Monaten einstellt, im AKH mit Hormonen behandelt werden muss. Daher ersuche ich um eine weitere Untersuchung."

Der Sohn der Bw. wurde am 31. Mai 2010 ein weiteres Mal untersucht und folgendes Gutachten erstellt:

Anamnese:

Asthma bronchiale seit dem 2. Lebensjahr diagnostiziert durch das .... Spital, er könne nicht mehr gescheit schlafen, müsse oft schlafen, sei seit 6 Wochen daheim, weil er nicht in die Schule könne, dauernd schwindlig und Kopfweg, weil er keine Luft bekomme. Er habe schon eine Phobie, wenn er Spital höre, habe schon selbständig die Medikation in die Höhe gesetzt. Er würde sich wünschen Meeresbiologe zu werden. Am Meer werde es besser. Die Nasenscheidewände seien auch verkrümmt, jetzt atme er alles durch den Mund. Scheinbar habe sich durch die Medikamente seine Pubertät verzögert. Letzter KH-Aufenthalt 2007. Er besuche die Polytechnische im ... Bezirk. Regelmäßig bei der Lungenärztin, normalerweise einmal im Jahr. Den letzten Befund haben sie zuhause vergessen, vom Nov. 07. Sport übe er keinen aus. Allergie auf Hausstaub, Tierepithelien und Pollen.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Flixotide bei Bedarf, Sultanol, 1x abends, Serertide 1x morgens

Untersuchungsbefund:

15jähriger AW in gutem AEZ, 1,63 m 52 kg RR 1 10/70 Caput: HNAP frei, Rachendbland, Lichtreaktion unauffällig, keine Lippenyanose, Collum: Halsorgane unauffällig, Thorax: symmetrisch, Cor HT rein, rhythmisch, n.f. Pulmo: verschärftes VA, sonor KS, im Sitzen vertiefte Inspiration vorgezeigt Abdomen: BD im TN, Hepar am RB, keine pathologischen Resistenzen tastbar WS: im Lot, FBA; 5 cm, altersentsprechend frei beweglich Extremitäten: keine Ödeme, altersentsprechend frei beweglich, Haut: unauffällig Gang: unauffällig

Status psychicus / Entwicklungsstand:

unauff.

Relevante vorgelegte Befunde:

2010-02-17 FLAG Dr. K...

Asthma 40%

2007-05-09 FLAG Dr. R...

Asthma 50%

2007-01-08 FLAG Dr. N...

Asthma 40%

2004-02-11 FLAG Dr. N...

Asthma 50%

2003-11-25 FLAG Dr. S...

Asthma 40%

2007-05-10 FLAG Dr. W...

hochgradig obstruktives Ventilationsmuster, ventilierbare Luftmenge eingeschränkt,  
Residualvolumen erhöht

2010-05-31 Vitalograph Alpha

leichte Atemwegsobstruktion, VC 3,87 109%, VFC 4,43 125%, FEVI 3,05 94%

Asthma 40%

MEF 50 2,1 52%

Diagnose(n):

Asthma bronchiale

Richtsatzposition: 286 Gdb: 040% ICD: J45.0

Rahmensatzbegründung:

oberer Rahmensatz, da mäßige Atemwegsobstruktion bei persistierendem Asthma bronchiale  
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.

Einschätzung unverändert zur 1. Instanz, da nur mäßige Atemwegsobstruktion objektivierbar  
ist und klinisch ein weitgehend unauffälliger Status imponiert. Es liegt nunmehr keine ständige  
erhebliche Behinderung vor.

erstellt am 2010-05-31 von W... Arzt für Allgemeinmedizin"

Das Finanzamt erließ auf Basis der beiden Gutachten eine Berufungsvorentscheidung und  
wies die Berufung mit der Begründung ab, dass auch bei der Erstellung des zweiten  
Gutachtens eine 40%ige Behinderung festgestellt wurde und somit keine Änderung des  
Vorgutachtens vorgenommen worden sei.

Die Bw. brachte einen Vorlageantrag ein und begründete diesen wie folgt:

"Hiermit erhebe ich ... Einspruch, da es sich bei dem untersuchenden Arzt um keinen  
Lungenfacharzt, sondern um einen Allgemeinmediziner gehandelt hat.

Die Medikation meines Sohnes ... wird ständig erhöht und auch seine körperliche Belastung wird geringer, dennoch scheint er laut dieser Gutachten gesund zu werden.

Anbei sende ich Ihnen einen neuen Facharztbefund, in dem auch sein Zustand unter Einnahme der gesamten Medikamentenpalette hervorgeht."

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

Gemäß § 8 Abs. 4 FLAG 1967 erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind.

Als erheblich behindert gilt gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967 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 v.H. 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 die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957, BGBl. Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung, und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965, BGBl. Nr. 150 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 in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2002 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.

Für die Einschätzung des Grades der Behinderung ist das Kriegsopferversorgungsgesetz 1957 idgF (§§ 7 und 9 Abs. 1) sowie die so genannte "Richtsatzverordnung" zwingend vorgesehen.

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 oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Die Feststellung des Behindertengrades eines Kindes, für das erhöhte Familienbeihilfe nach § 8 Abs. 4 FLAG beantragt wurde, hat nach den Bestimmungen des § 8 Abs. 6 FLAG auf dem Wege der Würdigung ärztlicher Sachverständigengutachten zu erfolgen (ohne dass den Bekundungen des anspruchswerbenden Elternteiles dabei entscheidende Bedeutsamkeit zukäme; vgl. VwGH 20.9.1995, 95/13/0134).

Was ein ärztliches Zeugnis betreffend das Vorliegen einer Behinderung im Sinne des FLAG anlangt, so hat ein solches - nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - Feststellungen über Art und Ausmaß des Leidens sowie auch der konkreten Auswirkungen der Behinderung auf die Erwerbsfähigkeit in schlüssiger und damit nachvollziehbarer Weise zu enthalten (VwGH 21.2.2001, 96/14/0139).

Im Berufungsfall wurde der Sohn der Bw. - abgesehen von (Bundessozialamt)

Untersuchungen im Jahr 2007 und davor - zwei Mal untersucht und zwar:

Untersuchung am	untersuchender Arzt	Diagnose	Richtsatzposition	Grad der Behinderung
17.02.2010	K. Facharzt für Lungenkrankheiten	moderates persistierendes Asthma bronchiale	286	40 vH
31.05.2010	W. Arzt für Allgemeinmedizin	mäßige Atemwegsobstruktion bei persistierendem Asthma bronchiale	286	40 vH

Die beiden untersuchenden Fachärzte reihten die Krankheit "Asthma bronchiale" übereinstimmend unter die Richtsatzposition 286 der Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965 über die Richtsätze für die Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit nach den Vorschriften des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957, BGBl. Nr. 150/1965, ein, die wie folgt lautet:

Abschnitt III - Innere Krankheiten

a) Bronchien und Lunge (unspezifische Erkrankungen und Verletzungen):

	Asthma bronchiale:	MdE. in Hundertsätzen
286.	Schwerere Fälle ohne dauernde Beeinträchtigung des Allgemeinbefindens mit eventueller geringgradiger cardiopulmonaler Funktionsstörung	30 - 40

Die Wahl des *oberen* Rahmensatzes als Prozentsatz des Grades der Behinderung wurde in den Gutachten folgendermaßen begründet: "... mäßig- bis mittelgradige Einschränkung der respiratorischen Leistungsreserven bei moderaten persistierenden Asthma" bzw. "mäßige Atemwegsobstruktion bei persistierendem Asthma bronchiale".

Die Verordnung lautet hinsichtlich der Richtsatzpositionen 285 bis 288:

Abschnitt III Innere Krankheiten, a) Bronchien und Lunge, Asthma bronchiale:

285.	Leichte Fälle ohne wesentliche Beeinträchtigung des Allgemeinbefindens	0 - 20 v.H.
286.	Schwerere Fälle ohne dauernde Beeinträchtigung des Allgemeinbefindens mit eventueller geringgradiger cardiopulmonaler Funktionsstörung	30 - 40 v.H.
287.	Schwere Fälle mit dauernder Beeinträchtigung des Allgemeinbefindens - bei längerem Bestehen des Leidens - und mittelgradiger cardiopulmonaler Funktionsstörung	50 - 70 v.H.
288.	Schwerste Fälle mit hochgradiger cardiopulmonaler Funktionsstörung	80 - 100 v.H.

Die Diagnose des Erstgutachtens und jene des Zweitgutachtens stimmen demgemäß überein und ist nicht zu erkennen, dass eine unzutreffende Einreihung erfolgte.

Die untersuchenden Ärzte stellten den Gesamtgrad der Behinderung auf Grund der Anamnese, nach den Untersuchungen und den vorhandenen Befunden übereinstimmend mit 40 v.H. fest.

Wie die wiedergegebene Richtsatzposition zeigt, erreicht der für den gegenständlichen Fall heranzuziehende Rahmensatz einen Prozentsatz von maximal 40 % (oberer Rahmensatz, vgl. auch die beiden ärztlichen Sachverständigengutachten: Rahmensatzbegründung).

Im Schreiben vom 7. Juli 2010 (dem Vorlageantrag) bringt die Bw. vor, sie erhebe "Einspruch, da es sich bei dem (*zu ergänzen: zweiten*) untersuchenden Arzt um keinen Lungenfacharzt, sondern um einen Allgemeinmediziner gehandelt hat."

Diesem Einwand der Bw. ist entgegenzuhalten, dass – wie aus dem Gutachten ersichtlich – es geboten war, nicht bloß die Lunge und die Lungenfunktion zu untersuchen/beurteilen, sondern den Allgemein(Ernährungs)zustand des Sohnes; im Rahmen der Untersuchung wurde insbesondere auch auf etwaige Auswirkungen der Asthmaerkrankung auf andere Organe und Körperteile geachtet. Im Untersuchungsbefund sind dementsprechend ausdrücklich die Untersuchungen vom Kopf, Halsbereich bis zu den Extremitäten angeführt.

Wenn die Bw. ins Treffen führt, die Medikation ihres Sohnes werde ständig erhöht und auch seine körperliche Belastung werde geringer und als Nachweis einen neuen Facharztbefund vorlegt, ist hierzu auszuführen:

Die Diagnose *Asthma bronchiale* entspricht jener der beiden Gutachten.

Die aufgelisteten Medikamente *Seretide Diskus FTE 2x1*, *Singulair FTBL 10mg 1x abds*, *Sultanol Dosaer FCKW-frei*, *2Hb b Bed* finden sich in den Gutachten unter der Bezeichnung *Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz)*. Zum im Befundbericht

angesprochenen (vom Sohn der Bw. betriebenen) Sport (Dyspnoe beim Sport) wird bemerkt, dass in den Anamnesen der Gutachten angegeben ist: "keine Teilnahme am Turnunterricht", "Sport übe er keinen aus".

Es sind somit die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der erhöhten Familienbeihilfe (ab Mai 2010) nicht gegeben, weswegen wie im Spruch zu entscheiden war.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass unter den in § 35 Abs. 1 EStG 1988 angeführten Voraussetzungen bei der Behinderung des Kindes von 40% gemäß § 35 Abs. 3 EStG 1988 ein Freibetrag in Höhe von € 99 jährlich gewährt wird oder gemäß § 35 Abs. 5 EStG 1988 anstelle des Freibetrages auch die tatsächlichen Kosten aus dem Titel der Behinderung im Rahmen der Arbeitnehmer- bzw. Einkommensteuerveranlagung als außergewöhnliche Belastung ohne Abzug eines Selbstbehaltes geltend gemacht werden können.

Wien, am 10. November 2010