



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Walter Pfliegler gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 9., 18. und 19. Bezirk und Klosterneuburg in Wien betreffend Zurückweisung des Antrages auf Gewährung von erhöhter Familienbeihilfe für das Kind K., geb. 1997 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### Entscheidungsgründe

Die Bw. beantragte am 19. Oktober 2001 die erhöhte Familienbeihilfe für das Kind K., geb. 1997.

Vorgelegt wurden zwei ärztliche Bescheinigungen (Beih 3). Beide Bescheinigungen (datierend mit 17.10.2001 und 20.12.2001) weisen den Grad der Behinderung mit 30 vH aus.

Das Finanzamt erließ am 8. März 2002 einen Bescheid, mit dem es den Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe ab Oktober 2001 mit folgender Begründung abwies:

*“Gemäß § 8 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz in der derzeit geltenden Fassung 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 vH betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.*

*Obiger Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe muss für die Zeit ab 01.10.2001 abgewiesen werden, da der Behinderungsgrad Ihres Sohnes K. nur 30 vH beträgt.”*

Die steuerliche Vertretung der Bw. stellte mit Schreiben vom 25.11.2002 den “Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe” und führte dazu Folgendes aus:

*“...Hinsichtlich des minderjährigen K. wurde bereits einmal ein Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe gestellt, welcher jedoch abweislich erledigt wurde. Die einschreitende Behörde hat damals die Ansicht vertreten, dass der Behinderungsgrad des Sohnes nur 30 von 100 beträgt.*

*Die Annahme der Behörde ist nicht zutreffend.*

*Im Zuge eines neuerlich durchzuführenden Ermittlungsverfahrens wird sich zeigen, dass der Behinderungsgrad weit über 50 % liegt. Außerdem, dass die Behinderung weit mehr als 3 Jahre andauernd sein wird.*

*Der minderjährige Sohn K. wurde 1997 geboren. Seit seinem 6. Lebensmonat leidet er an schwerer Bronchitis. Mehrfache Besuche bei behandelnden Ärzten waren erforderlich, darüber hinaus ist es wiederkehrend notwendig, in Extremsituationen das nächstgelegene Spital aufzusuchen.*

*Die Krankheit ist sehr stark ausgeprägt.*

*Zu bedenken ist weiters, dass nicht nur der minderjährige Sohn K. unter der erwähnten Krankheit leidet, sondern auch die im Jahr 2001 geborene Tochter K. Auf das diesbezüglich ebenfalls eingeleitete Verfahren wird verwiesen.*

*Die Erkrankung beider Kinder ist gravierend. Sie ist derart ausgeprägt, dass es nahezu einer rund um die Uhr-Betreuung bedarf, um das Wohlergehen der Kinder sicherzustellen.*

*Aufgrund dieser schwerwiegenden Erkrankung ist es der Kindesmutter jedenfalls nicht möglich, einer eigenen Erwerbstätigkeit nachzugehen. Das Familieneinkommen muss daher ausschließlich vom Kindesvater aufgebracht werden.*

*Dieses vom Kindesvater ins Verdienen gebrachte Einkommen wird durch erhebliche Aufwendung für die Medikamente und Behandlungsgeräte belastet. Die Aufwendungen machen monatlich erhebliche Beträge aus, welche auch nicht rückvergütet werden.*

*Aufgrund der gravierenden Erkrankung der beiden Kinder hat der behandelnde Arzt einen dringenden Wohnsitzwechsel empfohlen. Dieser Wohnsitzwechsel wurde mittlerweile vollzogen. Durch den Wechsel des Wohnsitzes sind den Kindeseltern erhebliche Ausgaben erwachsen, welche ausschließlich mit dem Einkommen des Kindesvaters bestritten werden mussten. Der finanzielle Spielraum der Familie ist daher äußerst gering.*

*Die behandelnden Ärzte empfehlen Auslandsaufenthalte in klimatisch begünstigten Zonen. Bei den zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln der Kindeseltern kann darin nicht einmal ansatzweise gedacht werden.*

*Die Erkrankung des minderjährigen Sohnes ist derart gravierend, dass auch der Besuch des Kindergartens nur sehr eingeschränkt stattfinden kann. Der Minderjährige besucht derzeit den Kindergarten ... Dort fehlt er sehr oft wegen der Krankheit. Der Besuch des Kindergartens wäre jedoch zur Vorbereitung auf das kommende Schuljahr von großer Wichtigkeit. Da die Erkrankung in ihrem zeitlichen Ablauf nicht einschätzbar und auch nicht vorhersehbar ist, kommt es zu oftmaligen Absenzen. Ebenso oft ist die Kindesmutter gezwungen, den Minderjährigen untertags vom Kindergarten abzuholen.*

*Wenn die bescheiderlassende Behörde im zuvor abgeführten Ermittlungsverfahren zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Erkrankung lediglich eine Behinderung in Höhe von 30 von 100 rechtfertigt, so ist dieses Ermittlungsergebnis für die Kindeseltern nicht nachvollziehbar.*

*Es wird sohin gestellt der Antrag auf Einholung eines medizinischen Gutachtens über das Ausmaß der krankheitsbedingten Behinderung des minderjährigen K."*

Das Finanzamt ersuchte das Bundessozialamt Wien um Erstellung eines fachärztlichen Sachverständigengutachtens, das wie folgt lautet.

Relevante vorgelegte Befunde:

1999-07-16 WSP, KINDERABTEILUNG

Meteismus, Obstipation

2001-02-12 DR. E.

Hyperkin Syndrom, obstrukt. Bronchitis

2001-11-30 DR. E.

obstrukt. Bronchitis, Kind erscheint im Lebenslauf nicht wesentlich

beeinträchtigt

2002-12-12 OBSTRUKT. BRONCHITIS

Therapievorsreibung Pulmicort, Bricanyl,

2000-11-22 DR. E. KINDER FA

akute Bronchitis

1999-12-31 WSP KINDERABT.

Bronchitis, rez. Infekte, Therapievorsreibung

1997-05-20 WSP, KINDERABT.

obstrukt. Bronchitis, Otitis med., angeborener VSD

2001-03-29 AKH, CHIR. ABT.

It Herzecho Zustand nach Spontanverschluss eine VSD,

Diagnose(n):

chron. obstruktive Bronchitis

Richtsatzposition: 286 Gdb: 030% ICD: J45.-

Rahmensatzbegründung:

URS, da unter Therapie stabil und zur Zeit keine Exacerbation nachweisbar

Gesamtgrad der Behinderung: 30 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.

erstellt am 2003-02-28 von J. St.

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2003-02-28

Leitender Arzt: W. F.

Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 6. März 2003 den Antrag betreffend erhöhte Familienbeihilfe für K., geb. 1997, mit folgender Begründung zurück:

*“Die Zurückweisung erfolgte, weil die Eingabe aus folgenden Grund nicht zulässig ist: Mit Bescheid vom 8.3.2002 wurde der Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für K., geb. 1997, rechtskräftig abgewiesen.*

*Ihr Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens wird zurückgewiesen, da keine neuen Tatsachen oder Beweismittel hervorgekommen sind, die noch nicht im abgeschlossenen Verfahren geltend gemacht wurden.“*

Der steuerliche Vertreter erhob mit Schreiben vom 16.4.2003 Berufung und begründete diese wie folgt:

*“In außen bezeichneter Angelegenheit wird gegen den Zurückweisungsbescheid vom 6.3.2003 betreffend die erhöhte Familienbeihilfe für K., geb. 1997, eingelangt am 19.3.2003, sohin innerhalb offener Frist Berufung an die im Instanzenzug übergeordnete Behörde erhoben.*

*Unser Neuantrag wurde zurückgewiesen, da angeblich keine neuen Tatsachen oder Beweismittel hervorgekommen seien, die noch nicht im abgeschlossenen Verfahren geltend gemacht wurden.*

*Diese Feststellung ist nicht nachvollziehbar, da in der Zeit der Bescheiderlassung vom 8.3.2002 bis zur neuerlichen Untersuchung im Bundessozialamt Wien am 27.2.2003 eine weitere Untersuchung am 12.12.2002 stattfand. In dieser kam als Diagnose obstruktive Bronchitis hervor. In diesem Zusammenhang wurden Pulmicort und Bricanyl verschrieben. Ersteres solle von nun an 2 mal täglich, letzteres 3 mal täglich, manchmal in halbstündlichen Abständen eingenommen werden.*

*Es hat hierbei also offensichtlich eine Verschlechterung des allgemeinen Krankheitsbildes stattgefunden, sodass es unverständlich erscheint, dass die Eingabe vom 3.12.2002 zurückgewiesen wurde, da angeblich keine neuen Tatsachen oder Beweismittel hervorgekommen seien, die noch nicht im abgeschlossenen Verfahren geltend gemacht wurden.*

*Mit der gewählten Vorgehensweise entzieht sich die Erstbehörde einer meritorischen Entscheidung. Es liegt kein Wiederaufnahmeantrag vor, sondern ein meritorischer Antrag auf Gewährung der erhöhten Beihilfe. Über diesen Antrag hat die Behörde auch meritorisch zu entscheiden und kann sich ihrer Entscheidungspflicht nicht durch eine ihr verwehrte andere Qualifikation des Antrages entziehen.*

*Immerhin hat die Behörde aufgrund des Antrages ein Ermittlungsverfahren eingeleitet. Selbst dann, wenn sich die Entscheidungsgrundlagen nicht geändert haben sollten, ändert dies nichts daran, dass ein Antrag vorgelegen hat, über welchen beschneidmässig abzusprechen gewesen wäre.*

*Es wird daher gestellt der Antrag, die im Instanzenzug übergeordnete Behörde wolle in Stattgebung der gegenständlichen Berufung den angefochtenen Zurückweisungsbescheid des Finanzamtes für den .... dahingehend abändern, dass der angefochtene Bescheid zur Gänze ersatzlos behoben wird und im Sinne einer Stattgebung des Antrages entschieden wird, in eventu den angefochtenen Bescheid aufheben und der Erstbehörde die neuerliche Entscheidungsfindung, allenfalls nach Verfahrensergänzung auftragen, in eventu in der Sache selbst, allenfalls nach Verfahrensergänzung entscheiden."*

Das Finanzamt ersuchte das Bundessozialamt Wien neuerlich um Erstellung eines ärztlichen Sachverständigengutachtens, aus dem sich folgende Diagnose ergab:

Relevante vorgelegte Befunde:

1997-05-20 DR. G

obstruktive Bronchitis, ASD II, VSD

1997-07-19 DR. P./KINDERFACHARZT

Seit 3/97 Behandlung, obstruktive Bronchitis

1999-09-23 DR. K. (KINDERFACHARZT)

Spontanverschluss ASD, VSD

1999-12-31 WILHELMINENSPITAL/KINDERABTEILUNG

Bronchitis, rez. Infekte

2000-01-13 DR. P.

obstr. Bronchitis, Sultanol, Flixotide

2001-11-30 DR. P.

obstr. Bronchitis

2002-02-12 ST.ANNA KINDERSPITAL

obstruktive Bronchitis

2001-03-29 AKH, CHIR.

lt. Herzecho Spontanverschluss VSD

Diagnose(n): rezid. obstruktive Bronchitis

Richtsatzposition: 286 Gdb: 030% ICD: J44.8

Rahmensatzbegründung:

ORS, da unter Therapie Auskultationsbefund o.B., keine dauernde Beeinträchtigung, Allergiefbefund negativ.

Gesamtgrad der Behinderung: 30 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

In Übereinstimmung mit dem Erstgutachten, liegt eine rez.Bronchitis mit 1-3

Episoden/Jahr vor. Relevante neue Befunde liegen nicht vor. Somit wurde die Einschätzung der Erstbegutachtung bestätigt.

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

erstellt am 2003-06-17 von R.S.

Facharzt für Kinderheilkunde

zugestimmt am 2003-06-17

Leitender Arzt: G.T.

Das Finanzamt erließ am 15. September 2003 eine Berufungsvorentscheidung, mit der es die Berufung mit folgender Begründung abwies.

*„Gemäß § 8 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz gilt ein Kind als erheblich behindert, wenn der Grad der Behinderung mindestens 50 vH beträgt, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.“*

*Nach Würdigung aller neu vorgebrachten Tatsachen bzw. Beweismittel wurde für das Kind K. durch ein ärztliches Sachverständigengutachten ein Gesamtgrad der Behinderung von 30 vH festgestellt.*

*Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen, da trotz Würdigung aller neu vorgebrachten Tatsachen bzw. Beweismittel der Grad der Behinderung nicht mindestens 50 vH beträgt bzw. das Kind nicht dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.“*

Daraufhin wurde ohne nähere Begründung Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde II. Instanz gestellt.

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

Unstrittig ist, dass der Bescheid vom 8. März 2002, mit dem der Antrag auf Gewährung von erhöhter Familienbeihilfe ab 1.10.2001 abgewiesen wurde, in Rechtskraft erwachsen ist.

Wie aus dem oben wörtlich wiedergegebenen, als „Bekanntgabe/Anträge“ bezeichneten Schreiben des Rechtsvertreters vom 25. November 2002 ersichtlich ist, hat er keinen neuerlichen Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe ab 1.10.2001 gestellt. Mangels Angabe eines Zeitraumes kann somit darunter nur die Gewährung von erhöhter Familienbeihilfe ab Antragstellung verstanden werden.

Es ist weiters aus dem Inhalt des zitierten Schreiben keineswegs erkennbar, dass ein Wiederaufnahmeantrag intendiert gewesen sein soll, was sich schon daraus ergibt, dass das Schreiben keine der in § 303a BAO für Wiederaufnahmsanträge angeführte Inhaltsvoraussetzung aufweist. Dies wurde auch in der Berufung vom 16. April 2003 klargestellt.

Somit war der in sich widersprüchliche Zurückweisungsbescheid des Finanzamtes, mit dem dieses einerseits res judicata eingewandt hat, andererseits über einen nicht existenten Wiederaufnahmsantrag abgesprochen hat, rechtswidrig. Da ein solcher Bescheid nicht hätte ergehen dürfen, war er daher nach § 289 Abs. 2 BAO aufzuheben.

Im nunmehr fortzusetzenden Verfahren wird das Finanzamt somit über den Antrag des Rechtsvertreters vom 25. November 2002 materiell absprechen müssen.

Zur Klarstellung wird hierzu jedoch festgehalten:

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 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 9.6.1965, 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 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.

Die Feststellung des Behindertengrades eines Kindes, für welches 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 zukommt).

Die Abgabenbehörde hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenvorgangs nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs 2 BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH (vgl. z.B. Erk. vom 24.3.1994, 92/16/0142) ist von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzu-

nehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt.

Unter Berücksichtigung aller vorliegenden Gutachten kann im Rahmen der freien Beweiswürdigung angenommen werden, dass die Einstufung des Grades der Behinderung mit 30% laut den Sachverständigengutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen mit größter Wahrscheinlichkeit den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht; der Behinderungsgrad des Kindes wurde im Rahmen fachärztlicher Untersuchungen und unter Bedachtnahme auf die vorliegenden Befunde festgestellt.

Somit sind nach der derzeitigen Aktenlage die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der erhöhten Familienbeihilfe nicht gegeben.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass bei einer Behinderung des Kindes von mindestens 25% unter den in der Verordnung des Bundesministers für Finanzen über außergewöhnliche Belastungen, BGBl 1996/303, angeführten Voraussetzungen die Möglichkeit besteht, die tatsächlichen für das Kind geleisteten Mehraufwendungen im Rahmen der Arbeitnehmer- bzw. Einkommensteuerveranlagung als außergewöhnliche Belastung ohne Abzug eines Selbstbehaltes zu berücksichtigen.

Wien, 20. Jänner 2004