



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., in G., vom 27. Mai 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 5. Mai 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe ab März 2003 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird dahingehend abgeändert, dass erhöhte Familienbeihilfe ab März 2008 gewährt wird.

### Entscheidungsgründe

Mit Antrag vom 25. März 2008 beantragte die Berufungswerberin (Bw.) den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe für ihren Sohn B., geboren am ... November 1995, wegen erheblicher Behinderung ab März 2003; die bei dem Kind bestehende erhebliche Behinderung bzw. Erkrankung wurde mit „ADH“ angegeben.

Auf Grund der im Auftrag des Finanzamtes am 23. April 2008 im Bundessozialamt Wien von einem Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde durchgeföhrten Untersuchung des B. wurde folgendes fachärztliche Sachverständigungsgutachten erstellt:

#### Anamnese:

Nach unauffälliger Schwangerschaft und Geburt normale Entwicklung, besuchte dann Kindergarten und Vorschule. B. war immer sehr aktiv und lebhaft, in der Schule dann Probleme in der Konzentration und Aufmerksamkeit. 5/2006 Vorstellung bei Mag. K., ohne Diagnose eines ADHS, jedoch zusätzlich emotionale Probleme nach Trennung der Eltern. Es wird ein psychologisches Gutachten 11/2003 (mangelnde Affektsteuerung, Konzentrationsstörung) vorgelegt. Vorstellung im Beratungszentrum Wolkersdorf, es wurde eine Ergotherapie und Spieltherapie durchgeführt. Er besucht die 1. Kl. Gym. Seine Hauptprobleme im täglichen Leben sind die Verhaltensstörungen (schlippig, unaufmerksam,

vergesslich ...). Die Mutter muss oft in die Schule. Um den Verhaltensproblemen Herr zu werden, hat sie jetzt mit Ritalingabe und Concerta begonnen.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien – Frequenz):

Ritalin, Concerta

Untersuchungsbefund:

Normaler AZ; EZ, klinisch unauffällig.

Status psychicus / Entwicklungsstand:

Altersentsprechend freundlich, offen, geregelte Kommunikation,

Relevante vorgelegte Befunde:

2003-11-29 Mag. P.

F90.0 einfache Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung

Diagnose(n):

Einfache Affekt- und Aufmerksamkeitsstörung

Richtsatzposition: 578 Gdb: 030% ICD: F80.0

Rahmensatzbegründung:

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. Keine Änderung in der Einschätzung des Vorgutachtens.

erstellt am 2008-04-29 von P.J. Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde

Das Finanzamt wies den Antrag der Bw. auf erhöhte Familienbeihilfe mit Bescheid vom 5. Mai 2008 ab und schloss die vom Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen erstellte Bescheinigung über das Ausmaß der Behinderung zur Information bei.

Die Bw. er hob gegen den Abweisungsbescheid mit Schreiben vom 27. Mai 2008 Berufung und führte zur Begründung aus:

„Mein Sohn B. ... leidet seit dem Jahr 2003 unter dem ADH-Syndrom.

Er wurde im März 2003 auf Grund von Verhaltensproblemen (Hyperaktivität) in die Vorschulkklasse zurückgestuft.

Von der behandelnden Ärztin Frau Dr. S. wurde festgestellt, dass es sich in seinem Fall um ADHS handelt.

Zur Behandlung wurden die Medikamente Ritalin und Concerta sowie Ergotherapie empfohlen.

Nach mehrmaligen Behandlungen sowie durchgeführten Tests wurde vom Institut für • Schulprobleme erneut ADH diagnostiziert.

Meinem Sohn wurden daraufhin weitere psychotherapeutische und ergotherapeutische Behandlungen verschrieben.

Trotz mehreren durchgeführten Therapien haben sich die Aufmerksamkeitsstörungen und Verhaltensprobleme in der Schule jedoch vermehrt und es wurde daher in weiterer Folge seit März 2008 auf medikamentöse Behandlung umgestiegen.

ADHS wird von den Medizinern als Stoffwechselkrankheit beurteilt, die davon betroffenen Kinder benötigen wesentlich mehr Zeit für ihre Erziehung und wegen der laufenden Therapie- und Medikamentenkosten ist auch ein erhöhter Finanzierungsaufwand gegeben.

Ich ersuche Sie daher höflichst um nochmalige Überprüfung des Gutachtens.“

Dem Berufungsschreiben war folgender neurologische Befund der Dr. S., Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde, datiert mit 20. März 2008, beigelegt:

B. ...., geboren ...11.1995

Diagnose: ADHD-Syndrom

**NEUROLOGISCHER BEFUND**

Allgemeiner Eindruck: ein dunkelhaariger, 12 4/12-jähriger, relativ kleiner, kräftiger, türk. Knabe mit relativ großem Kopfumfang, kreisrunde Narbe nach Verbrennung, ca. 1 cm im DM rechts supraclavicular, paramedian rechts über der Stirne eine ca. 3 cm lange Narbe nach Sturz auf den Marmortisch

Größe: 146,5 cm

Gewicht: 41,40 kg

Kopftumfang: 54,5 cm

Hirnnerven: frei

Facialis: frei

Motorik: Gang, Zehenspitzengang, Fersengang, Liniengehen, Hüpfen auf 1 Bein: alles unauffällig

Patholog. Bewegungsmuster: keine fassbar

Muskelkraft: unauffällig

Muskeltonus: unauffällig

Muskelrelief: unauffällig

Muskeleigenreflexe: symmetrisch lebhaft

Babinski: negativ

Feinmotorik: altersentsprechend

Ataxiezeichen: keine fassbar

Sensibilitätsstörungen: keine fassbar

Abschließende Diagnose: neurologisch unauffällig

Auf Grund der eingebrachten Berufung wurde der Sohn der Bw. abermals im Bundessozialamt Wien, und zwar am 16. Juli 2008, von einer Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde untersucht und folgendes fachärztliche Sachverständigengutachten erstellt:

Anamnese:

Es liegen mehrere Vorgutachten auf, seit 2007 3x, zuerst mit der Diagnose einer Kombinierten Störung des Sozialverhaltens, zuletzt im Mai 2008 mit der Diagnose einer einfachen Aufmerksamkeits- und Aktivitätsstörung, Pos. 578, 30%. Es wurde Berufung eingelegt, der 12-jährige Bub hat weiterhin starke Probleme mit der Aufmerksamkeit und der Hyperaktivität. Er kommt in die 2. Klasse Gymnasium, spielt 3x / Woche Fußball. Die medizinische Betreuung erfolgt bei Dr. S., er ist auf Ritalin und Concerta eingestellt, zusätzlich hat er wöchentlich Psychotherapie seit Oktober 2007.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien – Frequenz)

Ritalin 1-0-0, Concerta 18 mg 1-0-0; Psychotherapie 1x / Woche (Mag. W.)

Untersuchungsbefund

12-jähriger Knabe in gutem AZ und EZ, kräftig, mehrere runde Narben laut Knabe nach einer Hautinfektion vor einigen Wochen an Bauch und Armen, interner und grobneurologischer Status unauffällig.

Status psychicus / Entwicklungsstand:

Hyperkinetische Verhaltensstörung, Aufmerksamkeitsstörung, kommt in die 2. Klasse Gymnasium.

Relevante vorgelegte Befunde:

2003-03-20 DR.S.:

Verdacht auf ADHD.

2008-03-28 DR.S.:

ADHD Syndrom.

2008-03-20 DR.S.:

ADHD-Symptomatik, Therapie mit Concerta, Baldria. (leidet an Ein- und Durchschlafstörungen), Schule mit Verhaltenspyramide, hat 7 von 9 Punkten, danach muss er die Schule verlassen.

2008-09-09 MAG.R.W., PSYCHOTHERAPEUT:

F93.- Emotionale und soz. Auffälligkeit; ADHS; therapeutischer Prozess positiv; Bestätigung der Psychotherapie.

Diagnose(n)

Hyperaktivitäts- und Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom

Richtsatzposition: 579 Gdb: 050% ICD: F79.0

Rahmensatzbegründung:

W. d. Pos, da aufgrund der zunehmenden Beschwerden intensive Therapiemaßnahmen medikamentös und psychotherapeutisch erforderlich.

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

Eine Nachuntersuchung in 3 Jahren ist erforderlich.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 2008-07-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

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

Gegenüber den Vorbefunden ist wegen der Zunahme der Symptomatik und Therapieintensivierung eine Erhöhung des GdB gerechtfertigt; eine Rückwirkung ist aufgrund der vorgelegten Befunde nicht gerechtfertigt.

erstellt am 2008-09-10 von R.S. Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde

Mit Berufungsvorentscheidung vom 12. September 2008 wurde der Berufung teilweise stattgegeben; die erhöhte Familienbeihilfe für ihren Sohn wurde der Bw. ab Juli 2008 gewährt. Begründend wurde nach Anführung der gesetzlichen Bestimmungen ausgeführt:

„Gemäß dem fachärztlichen Sachverständigengutachten vom 10.9.2008 liegt, auf Grund der vorgelegten Befunde, seit Juli 2008 eine 50 %ige Behinderung Ihres Sohnes vor. Für den rückwirkend beantragten Zeitraum ab März 2003 (bis Juni 2008) kann mangels Vorliegens der obigen gesetzlichen Voraussetzungen der Erhöhungsbetrag nicht gewährt werden.“

Die Bw. brachte daraufhin den Vorlageantrag vom 9. Oktober 2008 mit der Begründung ein, ihr Sohn sei seit März 2003 erheblich behindert, und ersuchte um Nachzahlung der erhöhten Familienbeihilfe von 3/2003-6/2008.

Dem Vorlageantrag war eine ärztliche Bestätigung der Dr. S., Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde vom 1. Oktober 2008 angeschlossen mit folgendem Wortlaut:

Betreff: B. ...

Diagnose: ADHD (attention deficit hyperactivity disease)

Therapie: Concerta 18 mg 1-0-0

Ritalin 10 mg 1/2-0-0

**ÄRZTLICHE BESTÄTIGUNG**

Obiger Patient steht wegen obiger Diagnose seit 20.03.03 bei mir in Behandlung. Er ist auf obige Medikation eingestellt. Er geht jetzt in die 2. Kl. Gymnasium.

Aus meiner Sicht besteht eine Behinderung von 55%.

### ***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 Kriegsopfersversorgungsgesetzes 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 idF 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 sind das Kriegsopfersversorgungsgesetz 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).

Ein ärztliches Zeugnis betreffend das Vorliegen einer Behinderung im Sinne des FLAG hat 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 vorliegenden Fall wurde der Sohn der Bw. im Bundessozialamt Wien zweimal von verschiedenen Fachärzten für Kinder- und Jugendheilkunde untersucht.

Nach Erstattung des zweiten Gutachtens ist der Gesamtgrad der Behinderung - 50% - nicht strittig. Strittig ist, bis zu welchem Zeitpunkt eine rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des 50%-Grades der Behinderung möglich ist.

Die Bw. ist der Meinung, ihr Sohn "ist seit [ihrer] Antragstellung = 3/2003 erheblich behindert (Unterlagen anbei)." Tatsächlich war ihre Antragstellung im März 2008 erfolgt.

Den Erhöhungsbetrag beantragte die Bw. - wie dies im Antragsformular aufscheint - im Höchstmaß von rückwirkend fünf Jahren ab Antragstellung ab 03/2003.

Bei der (im Vorlageantrag) angeführten Unterlage handelt es sich um eine ärztliche Bestätigung der Fachärztin für Kinder und Jugendheilkunde Dr. S. vom 1. Oktober 2008.

Die Bestätigung beinhaltet folgende Angaben:

"Diagnose: ADHD

Therapie: Concerta 18 mg 1-0-0, Ritalin 10 mg 1/2-0-0

(Der Sohn der Bw.) steht wegen obiger Diagnose seit 20.03.03 bei mir in Behandlung. Er ist auf obige Medikation eingestellt.

Er geht jetzt in die 2. Kl. Gymnasium.

Aus meiner Sicht besteht eine Behinderung von 55%."

Der alleinige Umstand, dass der (mittlerweile die zweite Klasse eines Gymnasiums besuchende und medikamentös eingestellte) Sohn der Bw. seit März 2003 bei der Fachärztin für Kinder und Jugendheilkunde "in Behandlung (steht)", lässt keinen Rückschluss darauf zu, ob der Grad der Behinderung, der im Juli 2008 mit 50% eingestuft wurde, auch im März 2003 und danach bereits in diesem Ausmaß gegeben war. In der Bestätigung Drs. S. ist damit übereinstimmend keine Rede davon, es sei bis zu einem bestimmten Zeitpunkt eine rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades der Behinderung möglich.

Ausgehend von dem vom Bundessozialamt im Jahr 2008 für das Jahr 2008 bestätigten Gesamtgrad der Behinderung von 50% wäre die Bw. dann im Recht, wenn begründet das Vorliegen (**zumindest**) des selben Grades der Behinderung im März 2003 und danach festzustellen ist. Das ist – wie nachfolgende Ausführungen zeigen – nicht der Fall:

Im November 2003 wurde im Rahmen eines psychologischen Gutachtens mangelnde Affektsteuerung und Konzentrationsstörung diagnostiziert. Nach Vorstelligwerden in einem Beratungszentrum wurden eine Ergo- und Spieltherapie durchgeführt (Anamnese des 1. Gutachtens des Bundessozialamtes).

Im Mai 2006 führte das Vorstelligwerden bei Mag. K. nicht zur Diagnose eines ADHS, zur zuvor bereits gegebenen Aktivität und Lebhaftigkeit, Konzentrations- und

Aufmerksamkeitsproblemen in der Schule kamen emotionale Probleme nach der Trennung der Eltern hinzu (Anamnese des 1. Gutachtens des Bundessozialamtes).

Ab Oktober 2007 (bis zumindest September 2008) befand sich der Sohn der Bw. wöchentlich in Psychotherapie (Anamnese des 2. Gutachtens des Bundessozialamtes).

Trotz mehreren durchgeführten Therapien haben sich die Aufmerksamkeitsstörungen und die Verhaltensprobleme in der Schule jedoch vermehrt und es wurde daher in weiterer Folge seit März 2008 auf medikamentöse Behandlung (vgl. die nächsten beiden Absätze) umgestiegen (Berufung, achter Absatz).

Am 20. März 2008 diagnostizierte die Fachärztin für Kinder und Jugendheilkunde Dr. S.:

ADHD-Syndrom mit der "abschließende(n) Diagnose: neurologisch unauffällig"  
(Neurologischer Befund vom 20. März 2008).

Im Frühjahr 2008 waren die Hauptprobleme (des die 1. Klasse des Gymnasiums besuchenden Sohnes) die Verhaltensstörungen (schlamm, unaufmerksam, vergesslich). Die Mutter musste oft in die Schule. Um den Verhaltensproblemen Herr zu werden, wurde jetzt mit Ritalingabe und Concerta begonnen (Anamnese des 1. Gutachtens des Bundessozialamtes).

Im September 2008 diagnostizierte das Bundessozialamt: Hyperaktivitäts- und Aufmerksamkeitsdefizitsyndrom und begründete den gegenüber dem 1. Gutachten höheren Prozentsatz (50% statt 30%) damit, dass "aufgrund der zunehmenden Beschwerden intensive Therapiemaßnahmen medikamentös und psychotherapeutisch erforderlich (sind)".

Auf Basis dieser Feststellungen, die anhand der jeweils angegebenen Unterlagen getroffen werden konnten, besteht kein Zweifel an der Richtigkeit der Einschätzung im 2. Gutachten, dass es sich tatsächlich um zunehmende Beschwerden handelte (welche in die Erhöhung des Prozentsatzes mündeten).

Der Zeitpunkt, bis zu welchem eine rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des 50%-Grades der Behinderung möglich ist, wurde auf den Monat bezogen, in dem die dem 2. Gutachten zugrunde liegende Untersuchung durchgeführt worden ist, dem Juli 2008.

Diese Vorgangsweise vermag der unabhängige Finanzsenat aus folgendem Grund nicht zu teilen: Der zutreffend herangezogene Umstand – nämlich das Erfordernis intensiver a) medikamentöser und b) psychotherapeutischer Therapiemaßnahmen – war gemäß den obigen Feststellungen bereits im März 2008 gegeben.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des 50%-Grades der Behinderung war daher ab 1. März 2008 möglich (und kann dahingestellt bleiben, dass es sich um jenen Monat handelt, in dem die Antragstellung durch die Bw. erfolgte).

Der Berufung konnte somit teilweise stattgegeben werden.

Wien, am 6. März 2009