



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Bw., X., gegen die Bescheide des Finanzamtes Waldviertel betreffend erhöhte Familienbeihilfe ab 1. September 2006

- vom 11. Mai 2009 und
- vom 4. August 2009

entschieden:

1) Die Berufung gegen den Bescheid vom 11. Mai 2009 wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

2) Der Bescheid vom 4. August 2009 wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) stellte für ihre Tochter So. am 18. März 2009 einen Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe rückwirkend ab September 2006.

Im Zuge des Antragsverfahrens wurde So. im Bundessozialamt untersucht und folgendes Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten erstellt:

Betr.: T. So.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2009-04-29 10:30 im Bundessozialamt Niederösterreich ...

Anamnese:

So., 7 Jahre, besucht derzeit den Kindergarten, Erstantrag: chron. Bronchitis + Allergien: die Mutter berichtet über seit Jahren bestehenden hartnäckigen Husten, sodass 03/2009 eine Allergieaustestung

durch die Kinderärztin erfolgte (6-Gräser-Mix Prick ++); Beschwerden treten vermehrt bei trockenem Wetter und in der Nacht durch Hustenreiz auf. Bei Verschlechterung wird NaCl + ? inhaliert.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Bei Beschwerden 2-3x täglich Inhalation, 1 Kautablette tägl (gegen Allergien, rosa)

Untersuchungsbefund:

5 Jahre altes Mädchen im guten AZ und EZ, 111cm, 25kg, Cor + Pulmo + Abdomen bland, OE + UE frei beweglich, Gang: frei, sicher, uneingeschränkt, LK + SD unauff;

Status psychicus / Entwicklungsstand: altersentsprechend unauffällig

Relevante vorgelegte Befunde:

2009-04-23 Dr. S., Allgemeinmedizin

rezidivierende Bronchitis sowie eine Gräsermixallergie

2009-03-13 DR. H., FA FÜR DERMATOLOGIE

rezid. Bronchitis, Prick: 6-Gräser-Mix ++

Diagnose(n): rezidivierende Bronchitis

Richtsatzposition: 283 Gdb: 020% ICD: J45.0

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz da Gräserallergie und Bedarfsmedikation.

Gesamtgrad der Behinderung: 20 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.

Rückwirkende Anerkennung ab Allergieaustestung.

erstellt am 2009-05-05 von SR

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2009-05-06

Leitender Arzt: SG

Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 11. Mai 2009 den Antrag unter Verweis auf die Bestimmungen des § 8 Abs. 5ff FLAG ab.

Die Bw. erhob gegen den Bescheid mit Schreiben vom 27. Mai 2009 – eingelangt beim Finanzamt am 28. Mai 2009 – mit der Begründung Berufung „da das Fax mit So's Medikamenten zu per Fax an das Bundessozialamt eingetroffen ist“.

Auf Grund der Berufung ersuchte das Finanzamt das Bundessozialamt um Erstellung eines weiteren Gutachtens.

Betr.: T. So.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2009-07-30 11:30 im Bundessozialamt Niederösterreich ...

Anamnese:

Lt Anamnese und vorliegenden Befunden besteht bei So. eine rezidiv. Bronchitis seit 2006. Ein Allergietest im März 2009 ergab eine Sensibilisierung gegen Gräser (PRICK-Test ++ positiv), alle übrigen getesteten Inhalationsallergene negativ. Von lungenfachärztlicher Seite wurden Inhalationen mit Symbicort verordnet. Singulair habe zu keiner wesentlichen Besserung geführt. Derzeit huste So. morgens und abends.

Belastungsbeschwerden werden nicht berichtet, Turnen im Kindergarten sei problemlos.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Derzeit 2xtäglich Inhalation mit Symbicort mite wieder seit 5.7.2009, vorher anamnest. längere Therapiepause.

Untersuchungsbefund:

5 1/2 Jahre altes Mädchen in gutem AZ, überdurchschnittlichem EZ, während der Untersuchung keine objektivierbare Atemwegssymptomatik, interner Status unauffällig, insbes. Pulmo frei; Gewicht 26,5 kg, 1,5 kg über der 97. Perzentile, Körperlänge 117 cm, 75. Perzentile.

Status psychicus / Entwicklungsstand: Unauffällig imponierend; So. besucht den Kindergarten.

Relevante vorgelegte Befunde:

2009-05-06 BUNDESSOZIALAMT, LANDESSTELLE NIEDERÖSTERREICH

Ärztliches Sachverständigengutachten, Dg. rezidiv. Bronchitis, GdB 20%

2009-06-30 Dr. RS, Arzt für Allgemeinmedizin, K.

Karteiausdruck der verordneten Medikamente seit 6/2004 (insgesamt 14 Verordnungen)

2009-07-03 Dr. GS, FA für Lungenheilkunde, K, Bericht über lungenfachärztliche Begutachtung einschl. Lungenfunktion

(keine Obstruktion)

2009-07-08 Dr. RS, Arzt für Allgemeinmedizin, K.

Ärztliche Bestätigung über chron. rezidiv. Infekte der Atemwege und des HNO-Bereichs seit 2006

Diagnose(n): rezidiv. Bronchitis

Richtsatzposition: 283 Gdb: 020% ICD: J41.-

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz, da zwar gut auf Inhalationsbehandlung ansprechend, aber allergische Disposition und Infektanfälligkeit bestehend Gesamtgrad der Behinderung: 20 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.

Die Einschätzung des GdB bleibt unverändert zum ärztlichen Sachverständigengutachten vom 6.5.2009. erstellt am 2009-08-01 von Z.

Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde

zugestimmt am 2009-08-03

Leitender Arzt: SG

Das Finanzamt ließ die Berufung unerledigt und wies mit Bescheid vom 4. August 2009 den „Antrag vom 28. Mai 2009“ (und nicht die Berufung) mit der Begründung ab, dass in der vom Bundessozialamt vorgelegten ärztlichen Bescheinigung vom 1. August 2009 der Grad der Behinderung neuerlich mit 20 v.H. festgestellt worden sei.

Die Bw. erhob gegen diesen Bescheid am 24. August 2009 Berufung „da nochmals Befunde dazukommen“.

Das Finanzamt ersuchte daraufhin das Bundessozialamt um Erstellung eines weiteren Gutachtens, das wie folgt lautet:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: T. So.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2009-11-20 10:00 im Bundessozialamt Niederösterreich ...

Anamnese:

Es handelt sich um eine Berufung gegen das Vorgutachten aus 2009-08-01, in dem aufgrund von rezidivierender Bronchitis der GdB auf 20% eingeschätzt wurde; es besteht, wie auch dem Vorgutachten zu entnehmen, eine rezidivierende Bronchitis seit 2006, wobei eine Gräserallergie (PRICK ++) festgestellt wurde; vom Lungenfacharzt Hrn. Dr. Si. wurde 7/2009 eine Inhalationstherapie mit Symbicort mite TH 2xtgl. vorgeschrieben bei gering auffälliger Lungenfunktion hinsichtlich einer Lungenüberblähung; nach Angabe des Vaters bestehen häufige Infektexazerbationen, sodass So. für jeweils 3- 4 Wochen eine Inhalationstherapie benötigt, dann seien wieder 1-2 Wochen Pause möglich; aufgrund von Belastungsdyspnoe sei dann das Mitturnen im Kindergarten nicht möglich; zusätzliche Verschlechterung der Symptomatik vor allem im Frühjahr aufgrund der Gräserpollenallergie; es wird ein neuer Befund des KH K vorgelegt, aus dem eine intraoperative Aspiration mit kleinem Infiltrat retrocardial hervorgeht, die während einer Reposition einer Fractura antebrachii dext. passiert sei, neben der antibiotischen Behandlung wurden Inhalationen mit NaCl empfohlen; es wird der GdB um 1 Stufe auf 30% angehoben, da Verschlechterung der Symptomatik im Vergleich zum Vorgutachten mit längerfristig erforderlicher Inhalationstherapie und häufigen Exazerbationen;

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Inhalation mit Symbicort mite TH 2 x tgl., Kur in Oberzeiring geplant/Bestätigung des Kurantrages wird vorgelegt;

Untersuchungsbefund:

5-jähriges Mädchen in gutem AZ und EZ, Cor o.B., Pulmo nicht obstruktiv, vereinzelt feuchte RG's basal; NB: Herpesläsion im Bereich des Philtrum nasi; HNO verlegte Nasenatmung, laut HNO-fachärztl. Begutachtung angeblich keine adenoiden Vegetationen; Gangbild und Grobmotorik unauffällig; Status psychicus / Entwicklungsstand: altersentsprechend;
 Relevante vorgelegte Befunde: 2009-10-06 KH KREMS, UNFALLCHIRURGIE:
 Diagnose: Fract. antebrachii dext., V.a. Aspiration intraoperativ + kl. Infiltrat retrocardial;
 2009-08-01 BUNDESSOZIALAMT F.NÖ:
 Ärztl. Sachverständigengutachten: Gdb 20%
 Diagnose(n): rezidivierende obstruktive Bronchitis
 Richtsatzposition: 284 Gdb: 030% ICD: J45.0
 Rahmensatzbegründung:
 Unterer Rahmensatz, da Besserung der Symptomatik durch längerfristige Inhalationen bei Verdacht auf hyperreagibles Bronchialsystem;
 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.
 Erhöhung des GdB um 1 Stufe auf 30% ab Untersuchungsdatum möglich, da Verschlechterung im Vergleich zu Vorgutachten aus 2009-08-01;
 erstellt am 2009-11-27 von V.
 Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde
 zugestimmt am 2009-11-27
 Leitender Arzt: SG

Das Finanzamt wies mit Berufungsvorentscheidung vom 8. Jänner 2010 die Berufung vom 24. August 2009 mit folgender Begründung ab:

„Der Grad der Behinderung oder die voraussichtliche dauernde Erwerbsunfähigkeit muss ab 1. Jänner 2003 gemäß § 8 Abs. 6 FLAG 1967 durch ein ärztliches Sachverständigengutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen bescheinigt werden. Eine andere Form der Beweisführung ist nicht zugelassen.

Die ärztliche Bescheinigung bildet jedenfalls die Grundlage für die Entscheidung, ob die erhöhte Familienbeihilfe zusteht, sofern das Leiden und der Grad der Behinderung einwandfrei daraus hervorgehen.

Im Zuge des Verfahrens hat das Finanzamt die angeführten ärztlichen Gutachten über das Bundessozialamt Niederösterreich eingeholt. Nach den Ausführungen der leitenden Ärztin des Bundessozialamtes beträgt der Gesamtgrad der Behinderung 30 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend...”

Die Bw. brachte gegen die Berufungsvorentscheidung mit Schreiben vom 15. Jänner 2010 – eingelangt beim Finanzamt am 26. Jänner 2010 - fristgerecht eine als Vorlageantrag zu wertende „Berufung“ ein und führte darin aus, dass seitens des Bundessozialamtes bereits am 30. Juli 2009 und am 20. April 2009 der Grad der Behinderung bei ihrer Tochter So. mit 20 v.H. festgestellt worden sei. Bei einer nochmaligen Untersuchung sei der Behinderungsgrad mit 30 v.H. festgestellt worden. Sie finde, dass ihre Tochter wirklich eingeschränkt sei und sie würde das wirklich ernst nehmen.

Über die Berufungen wurde erwogen:

1) Bescheid vom 4. August 2009

Das Finanzamt hat bereits mit Bescheid vom 11. Mai 2009 den Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe ab September 2006 abgewiesen. Statt die Berufung gegen diesen Bescheid zu erledigen

gen, hat das Finanzamt am 4. August 2009 offenbar irrtümlich einen im Spruch identen neuerlichen **Erstbescheid** ausgefertigt.

Der Erlassung dieses Bescheides steht somit das Hindernis der entschiedenen Sache entgegen. Da ein weiterer Erstbescheid nicht hätte ergehen dürfen, war er nach § 289 Abs. 2 BAO aufzuheben.

2) Bescheid vom 11. Mai 2009

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

Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß § 8 Abs 5 FLAG, 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 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 zukommt).

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.

Was ein ärztliches Zeugnis betreffend das Vorliegen einer Behinderung im Sinne des FLAG anbelangt, so hat ein solches - nach der Rechtsprechung des VfGH - 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 (VfGH 21.2.2001, 96/14/0139).

Die Tochter der Bw. wurde dreimal untersucht und dabei folgende ärztliche Sachverständigen-gutachten erstellt:

Untersuchung am	untersuchender Arzt	Richtsatzposition	Gesamtgrad der Behinderung
29.04.2009	Arzt für Allgemeinmedizin	283	20 v.H.
30.07.2009	FA f. Kinder- u. Jugendheilkunde	283	20 v.H.
20.11.2009	FA f. Kinder- u. Jugendheilkunde	284	30 v.H.

Im Streitfall liegt bewiesenermaßen rezidivierende Bronchitis vor.

Die Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965, Bundesgesetzblatt Nr. 150, Abschnitt III, Innere Krankheiten a) Bronchien und Lunge, Chronische Bronchitis, lautet:

283.	Leichte chronische Bronchitis ohne cardiopulmonale Funktionsstörung	0 - 20 v. H.
284.	Mittelschwere bis schwere chronische, auch spastische Bronchitis mit beträchtlicher, zeitweise eitriger Expektoration	30 – 50 v.H.

Folgende Befunde wurden bei den drei Untersuchungen im Bundessozialamt vorgelegt:

Befund vom	Arzt
13.03.2009	Dr. H., FA für Dermatologie
23.04.2009	Dr. S., FA für Allgemeinmedizin
30.06.2009	Dr. S., FA für Allgemeinmedizin
03.07.2009	Dr. G.S., FA für Lungenheilkunde
08.07.2009	Dr. S., FA für Allgemeinmedizin

Laut ärztlicher Bestätigung von Dr. S. besteht bei So. seit 2006 ein chronischer rezidivierender Infekt der Atemwege und des HNO-Bereichs und wurden für So. laut Karteiausdruck der verordneten Medikamente seit Juni 2004 14 Verordnungen ausgedruckt.

Auf Grund der ausführlichen Anamnese und der durchgeführten Untersuchungen reichten Dr. S.R. (Untersuchung am 29. April 2009) und Dr. Z (Untersuchung am 30. Juli 2009) übereinstimmend unter die Richtsatzposition 283 (oberer Rahmensatz) und setzten den Behinderungsgrad mit 20 v. H. fest.

Abweichend davon reihte Frau Dr. VV bei ihrer Untersuchung am 20. November 2009 die Erkrankung unter die Richtsatzposition 284 (unterer Rahmensatz, da Besserung der Symptomatik durch längerfristige Inhalationen) ein und erhöhte den Behinderungsgrad auf 30 v.H.

Der unabhängige Finanzsenat sieht in dieser geringfügigen Abweichung der Einschätzung des Behinderungsgrades von 20 auf 30 v.H. keine Unschlüssigkeit; dies deswegen, weil Dr. VV zwar eine Einordnung unter die Richtsatzposition 284 vornahm, dies aber nur mit einem unteren Rahmensatz, der einer mittelschweren Erkrankung entspricht.

Es steht daher eindeutig fest, dass der Behinderungsgrad von So. deutlich unter 50 v.H. liegt und somit die Voraussetzungen für die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe nicht gegeben sind.

Wien, am 15. April 2010