

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe und erhöhten Familienbeihilfe ab 1. November 2002 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### 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

Strittig ist im vorliegenden Fall, ob dem Berufungswerber (Bw.) für seinen Sohn F., geb. am 31.10.1995, die erhöhte Familienbeihilfe ab November 2002 zusteht.

Auf Grund des Antrages des Bw. ersuchte das Finanzamt das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen um Erstellung eines ärztlichen Sachverständigengutachtens.

Der Sohn des Bw. wurde am 1. Oktober 2003 von einem Facharzt für Innere Medizin untersucht. Das Gutachten enthält folgende Diagnose:

Diagnose(n): St.p.Milzverlust (traumatisch)

Richtsatzposition: 416 Gdb: 010% ICD: Q84.9

Rahmensatzbegründung: St.p.Embolisation unterer Nierenpol links nach Ruptur

Richtsatzposition: 371 Gdb: 020% ICD: N39.9

Rahmensatzbegründung: ORS, da mit Teilverlust gleichzusetzen

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

der führende GDB 2 wird um 1 Stufe erhöht, da ungünstiges wechselseitiges Zusammenwirken.

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

erstellt am 2003-10-02 von R.C.

Facharzt für Innere Medizin

zugestimmt am 2003-10-06

Leitender Arzt: F.W.

Das Finanzamt erließ auf Grund dieses Gutachtens – der Behinderungsgrad wurde darin also mit 30 v.H. festgestellt - am 13. Oktober 2003 einen Abweisungsbescheid.

Begründet wurde dieser wie folgt:

"Gem. § 8 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 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 % betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen..."

Der Bw. erhab fristgerecht gegen obigen Bescheid Berufung, in der er auch darauf hinwies, dass sein Sohn an Asthma leide.

Das Finanzamt ersuchte das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen neuerlich um Erstellung eines ärztliches Sachverständigengutachtens.

Die Untersuchung wurde nunmehr von einem Facharzt für Kinderheilkunde vorgenommen.

Das am 21. April 2004 erstellte Gutachten lautet wie folgt:

Anamnese:

Am 1.11.2002 Sturz in Rolltreppenschacht, stumpfes Bauchtrauma mit Milzruptur und Ruptus der linken Niere nach Milzextirpation und Embolisation des linken unteren Nierenpols notwendig. Zusätzlich Asthma bronchiale seit dem 2. Lebensjahr bekannt. Die Berufung erfolgte, da im Erstgutachten das

Asthma bronchiale nicht berücksichtigt wurde. Es besteht seit 1997 eine Hausstaubmilbeallergie. Somit wird im Gegensatz und Ergänzung zum Vorgutachten ein GdB von 40 % anerkannt.

Relevante vorgelegte Befunde:

Asthma bronchiale, FEV1% VC 85, MEF 25 74%

Diagnose(n): Z.n. Nierenruptur mit Teilembolisation

Richtsatzposition: 241 Gdb: 030% ICD: J37.0

Rahmensatzbegründung: Asthma bronchiale

Richtsatzposition: 285 Gdb: 020% ICD: J45.0

Rahmensatzbegründung: ORS, da Dauertherapie notwendig und intermittierende Einschränkung der Lungenfunktion.

Z.n. Splenektomie bei Ruptur

Richtsatzposition: 416 Gdb: 010% ICD: S36.0

Rahmensatzbegründung:

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

Das führende Leiden wird durch Leiden 2 wegen der Gesamteinschränkung (Infektneigung) um eine Stufe erhöht, Leiden 3 erhöht nicht weiter.

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

erstellt am 2004-04-21 von S.R.

Facharzt für Kinderheilkunde

zugestimmt am 2004-04-21

Leitender Arzt: T.G.

Das Finanzamt erließ am 22. April 2004 eine abweisende Berufungsvereinstscheidung.

Der Bw. brachte dagegen mit Schreiben vom 13. Mai 2004 Berufung ein. Dieses Schreiben wurde als Antrag auf Vorlage zur Entscheidung durch die Abgabenbehörde II. Instanz gewertet.

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

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 Kriegsopfersversorgungsgesetzes 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 anspruchsverbindenden 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 VwGH (vgl. z.B. Erk. vom 24.3.1994, 92/16/0142) 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.

Die Untersuchungen wurden von zwei verschiedenen Fachärzten (Facharzt für Kinderheilkunde, Facharzt für Innere Medizin) durchgeführt. Die Sachverständigengutachten vom 6. Oktober 2003 und vom 21. April 2004 weichen voneinander nur geringfügig ab. Laut Gutachten vom 6. Oktober 2003 beträgt der Grad der Behinderung 30 v.H. Im Gutachten vom 21. April 2004 wird der Grad der Behinderung mit 40 v.H. angegeben.

Die beiden Sachverständigengutachten gehen zwar – was den Behinderungsgrad betrifft – nicht konform; die Abweichung von 10 v.H. ergibt sich jedoch daraus, dass im Erstgutachten die Erkrankung an Asthma bronchiale nicht berücksichtigt wurde.

Der Behinderungsgrad liegt jedenfalls unter 50 v.H. Es kann daher im Rahmen der freien Beweiswürdigung angenommen werden, dass dies mit größter Wahrscheinlichkeit den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Es sind somit die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der erhöhten Familienbeihilfe nicht gegeben.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

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 Selbstbehaltens zu berücksichtigen.

Wien, am 7. Juni 2004