



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., L., gegen den Bescheid des Finanzamtes Lilienfeld St. Pölten betreffend erhöhte Familienbeihilfe ab 1. März 2012 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.), geb. 1982, stellte im März 2012 einen Eigenantrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe wegen Skoliose.

Im Zuge des Antragsverfahrens wurde die Bw. im Bundessozialamt untersucht und folgendes Gutachten erstellt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: K. D.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2012-04-16 08:30 im Bundessozialamt Niederösterreich

Identität nachgewiesen durch:

Anamnese:

Fr. K., 30 Jahre, Erstantrag - nach erhöhtem KG-Bezug im Jugendalter- Skoliose: Die Erstdiagnose erfolgte im Alter von 10 Jahren. Aufgrund der Progredienz erfolgte im Alter von 14 - 17 Jahren eine Miederversorgung. Im Rahmen der 2002 eingetretenen Schwangerschaft kam es zu einer deutlichen Verschlechterung der Wirbelsäulenbeschwerden mit ständigen Kreuzschmerzen und wiederholter Einnahme von Mexalen, Ratiodolor oder Ibuprofen, sodass 2007 eine dorsale Spondylodese Th5-L3 im Otto-Wagner-KH durchgeführt wurde. Dadurch konnte ein anamnestischer Cobb-Winkel von 70 auf einen Cobb Winkel von 11° der BWS und 24° der LWS reduziert werden. Bezüglich den Beschwerden nennt Frau K.: "Ich habe jeden Tag Kreuzschmerzen, ebenso Kopfschmerzen, wobei man nicht sicher

ist, ob diese von der WS kommen. Ebenso bestehen Schmerzen im Bereich der Hüfte bei längerem Sitzen. Ein Schmerzmittel (wie oben) wird wegen der Kopfschmerzen fast täglich eingenommen, wenn das Kreuz weh tut dann auch". Die Kopfschmerzen werden als sowohl vorne als auch hinten wechselnd, von stechender Qualität beschrieben.

Sozialanamnese: VS, HS, PL, HBLA im 2. Jahr abgebrochen, danach keine berufl. Aktivität; ledig, 1 Kind;

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Mexalen, Ratiodolor; Z.n. operativer Sanierung;

Untersuchungsbefund: 30 Jahre alte Frau im guten AZ und EZ, 150cm, 59kg, cor+pulmo+abdomen bland, lange blande Narbe am Rücken, FBA ca 40-50cm, LF ca 3-4 Finger oberhalb der Kniegelenke; Klopfschmerz der LWS, deutlicher Buckel der BWS beim hinunterbeugen; Striae am Abdomen, OE+UE frei beweglich, Gang: uneingeschränkt;

Status psychicus / Entwicklungsstand: altersentsprechend

Relevante vorgelegte Befunde:

2008-08-08 INST. F., WS-RÖ POSTOPERATIV

rechtskonvexe Skoliose der BWS mit einem Cobb-Winkel von 11° und eine linkskonvexe Skoliose der LWS mit einem Cobb- Winkel von ca. 24°, kein Beckenschiefstand;

2008-09-03 OTTO WAGNER, SPITAL WIEN

Doppelbölgige idiopat. Skoliose mit therapieresistenter Dorsolumbalgie -> Dorsale Spondylodese von Th5-L3 am 20.8.2007;

Diagnose(n): Wirbelsäulenverkrümmung

Richtsatzposition: 020102 Gdb: 040% ICD: M41.2

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz berücksichtigt die postoperativ vorliegende Funktionseinschränkung nach operativer Sanierung mit Schmerzen und Schmerzmittelerfordernis der WHO Stufe 1. Kopfschmerzen wurden berücksichtigt.

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

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

erstellt am 2012-04-18 von SR

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2012-04-18

leitender Arzt: LA3

Das Finanzamt legte die Ergebnisse der Untersuchung (40%ige Behinderung, keine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit) seiner Entscheidung zu Grunde und wies den Antrag mit Bescheid vom 25. April 2012 unter Verweis auf die Bestimmungen des § 8 Abs. 5 FLAG 1967 ab.

Die Bw. erhob gegen den Abweisungsbescheid fristgerecht Berufung und führte darin aus, dass sie mit der Beurteilung nicht einverstanden sei und um eine zweite Untersuchung bei einem anderen Arzt ersuche.

Auf Grund der eingebrachten Berufung wurde die Bw. am 9. August ein weiteres Mal im Bundessozialamt untersucht und folgendes Gutachten erstellt:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: K. D.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2012-08-09 10:00 im Bundessozialamt Niederösterreich

Identität nachgewiesen durch: --

Anamnese:

Frau K. kommt zur erneuten Untersuchung. Im Alter von 10 Jahren wurde eine Skoliose diagnostiziert. Zwischen 14.-17. Lebensjahr wurde eine Miederversorgung durchgeführt. 2007 wurde wegen deutlicher Verschlechterung des Zustandes eine dorsale Spondylodese Th5-L3 durchgeführt. Der Cobb- Winkel der

BWS konnte von 70° auf 11° und der Winkel der LWS auf 24° reduziert werden. Im Vorgutachten vom 2012-04-16 wurde ein GdB von 40% bestätigt. Bei den Übungen bei der Untersuchung überanstrengte sich die Antragwerberin. Seither haben die Beschwerden deutlich zugenommen. Es treten bei Belastung Schmerzen im Bereich der Lendenwirbelsäule auf, die ins Becken ausstrahlen. Zusätzlich treten auch starke Kopfschmerzen auf. Es wurde nun physikalische Therapie verordnet. Durch die starken Schmerzen ist keine Arbeit möglich.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Mexalen, Ratiodolor, Ibuprofen bei Bed., Dismenol, Pantoloc, Kreon, Lactase, Cal-D-Vita, Oleovit D3, Gynovin

Untersuchungsbefund:

Über 30-jährige Frau, Körperlänge 150cm, Gewicht 60kg. Brillenträgerin, Hören nicht eingeschränkt, Zähne saniert, intern unauffälliger Befund; Wirbelsäule: blande Narbe BWS-LWS, Klopfschmerz gesamte Wirbelsäule, ISG bds frei, HWS frei beweglich; Seitneigen Rumpf symmetrisch 1/2 eingeschränkt, FBV:-20cm, Zehenspitzen-, Fersenstand und Einbeinstand bds durchführbar; OE und UE frei beweglich; Gangbild: frei, flüssig

Status psychicus / Entwicklungsstand:

unauffällig; Lebenslauf: VS, HS, Poly, Abbruch der HBLA im 2. Jahr, keine Berufsausbildung, keine berufliche Aktivität, Familienstand: ledig, 1 Kind

Relevante vorgelegte Befunde:

2012-06-20 INSTITUT F. , RÖ WS: POSTOPERATIVER ZUSTAND (HARRINGTON STAB), re-konvexe Skoliose mit Cobb- Winkel von ca.16°, linkskonvexe Skoliose der LWS mit einem Cobb-Winkel von ca.25°, kein wesentlicher Beckenschiefstand

2012-07-25 DR. O. (FA F. ORTHOPÄDIE): Z.N. SPONDYLODESE TH5-L3 bei idiopathischer Skoliose 2007; Lumbalgie bei. (leider nicht leserlich); Verordnung von 10 Einheiten stabilisierendes Rumpfmuskeltunten a 45 min, 10 Einheiten Heilmassage, Erarbeiten eines persönlichen Trainingsprogramms

Diagnose(n): Skoliose

Richtsatzposition: 020102 Gdb: 040% ICD: M41.9

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz, da Zustand nach dorsaler Spondylodese Th5-L3 im Jahr 2007; Schmerzen und Funktionseinschränkungen werden mitberücksichtigt

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

Stellungnahme zum Vorgutachten: der Zustand präsentiert sich unverändert gegenüber dem Vorgutachten vom 2012-04-16. Der GdB wird nicht verändert.

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

erstellt am 2012-09-01 von AfA2

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2012-09-03

Leitender Arzt: LA2

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 20. September 2012 mit der Begründung ab, dass das neuerliche Gutachten wieder einen Grad der Behinderung von 40 % ergeben habe.

Die Bw. erhob mit Schreiben vom 19. Oktober 2012 eine als Vorlageantrag zu wertende „Berufung gegen die BVE“ und führte darin aus, dass sie, obwohl bei der Untersuchung Arbeitsunfähigkeit festgestellt worden sei, trotzdem eine Ablehnung bekommen hätte. Sie ersuche um eine neue Begutachtung.

Das Finanzamt ersuchte das Bundessozialamt um Erstellung eines weiteren Gutachtens:

Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: K. D.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2012-11-15 14:00 Ordination

Identität nachgewiesen durch: FS, BH Lilienfeld

Anamnese:

Es wird berichtet, dass sie schon in der Volksschule durch eine Fehllhaltung der Wirbelsäule aufgefallen ist, man führt das auf die schwere Schultasche zurück, die sie zu tragen hatte. Ein Sportarzt in ihrer Wohngegend hätte ihr das Reiten als kräftigende Übung empfohlen, es kam aber trotzdem zu einem Fortschreiten der Fehllstellung der Wirbelsäule. Es entwickelte sich schließlich eine massive Skoliose, die eine Operation erforderte. Der Eingriff wurde 2007 auf der Baumgartner Höhe in Wien durchgeführt. Es erfolgte eine dorsale Spondylodese von der mittleren BWS bis L3. Es wird berichtet, dass sie die 5-jährige HBLA in T. besuchen wollte, diese aber nach 1 1/2 Jahren abbrechen musste, weil sie den Schulbesuch und das Sitzen nicht aushalten konnte. Sie versuchte dann in einem Büro zu arbeiten, aber auch das war nicht möglich. Sie hat also keinen Beruf gelernt, war zuerst bei der Mutter zu Hause und lebt jetzt mit ihrem 10-jährigen Sohn in einer Wohnung. Berufstätig ist sie nicht, sie wird von ihren Eltern gesponsert. Sie ist noch immer in Kontrolle beim orthopädischen Facharzt, der sie operiert hat, es wurden ihr aktuell 20 Einheiten Physiotherapie verordnet, die sie nun 1x in der Woche absolviert. Beklagt werden Schmerzen im Kreuzbereich mit Ausstrahlung in die li. Hüfte und Kopfschmerzen, seitdem das Osteosynthesematerial liegt. 2001 wurde sie beim BSA untersucht, sie erhielt einen Behindertenpass mit der Gesamtinvalidität von 50 %.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Mexalen, RatioDolor, Ibuprofen nach Bedarf, weiters Dismenol, Pantoloc, Kreon, Lactase, Cal-D Vita, Oleovit D3, Gynovin, derzeit auch Physiotherapie

Untersuchungsbefund:

Sie kommt in Begleitung ihrer Mutter und ihres Sohnes zur Untersuchung. Nach eigenen Angaben ist sie 150 cm groß und 60 kg schwer. Die Inspektion erfolgt im bis auf die Unterwäsche entkleideten Zustand des Oberkörpers, man sieht, dass sie li. einen leichten Schulterhochstand hat und der Rumpf etwas nach li. geneigt ist. Die Taillendreiecke sind asymmetrisch, re. ist die Flankeneinziehung stärker als li., der li. Arm hat im Ellbogenbereich keinen Kontakt zum Rumpf, re. schon. Bei der Inspektion von der Seite sieht man eine Rückneigung des Oberkörpers gegenüber einer vermehrten Lordose der LWS. Bei der Inspektion von hinten ist die Rumpfasymmetrie noch wesentlich deutlicher erkennbar, längsverlaufend sieht man eine 35 cm lange Narbe, beginnend in Höhe Th4 bis in Höhe L3. Es besteht von dorsal her betrachtet auch eine Asymmetrie der Falteneinziehungen im Flankenbereich. Die Muskulatur ist asymmetrisch. Auffällig ist ein Rippenbuckel auf der re. Seite, einen Lendenwulst hat sie aber nicht. Der Finger-Boden-Abstand beträgt 45 cm, bei der Seitneigung und Rumpfdrehung sind jeweils knapp 20° möglich, man hört dabei aber ein Knacksen aus der unteren LWS, was offensichtlich auch Schmerzen verursacht. Beim Vorneigen und Aufrichten findet im Bereich der mittleren und unteren BWS sowie der oberen LWS keine Bewegung statt, dies bedingt durch die Versteifung. Eine Kniebeuge ist möglich. Röntgenbilder werden eingesehen: Es liegt eine langstreckige Versteifung einer re. konvex thoracalen und li. konvex lumbalen Skoliose, es wurden 2 Stäbe eingebracht, beginnend bei Th3, endend bei L3, wobei Pedikelschrauben bis Th11 liegen.

Zwischen Th6 und Th7 ist eine dorsale Klammer angebracht. Es besteht noch immer Cobb-Winkel von 16° thoracal und 25° lumbal.

Status psychicus / Entwicklungsstand: Altersgemäß unauffällig

Relevante vorgelegte Befunde:

2012-06-20 INSTITUT F., ST. PÖLTEN

Röntgenbilder der gesamten Wirbelsäule: Postoperativer Zustand, re.konvexe Skoliose mit Cobb-Winkel von 16°, li.konvexe Skoliose mit Cobb-Winkel von 25°

2006-12-21 INSTITUT F., ST. PÖLTEN

Röntgen der LWS vor Osteosynthese in Eigenbefundung: Ausgeprägte li.konvexe Rotationsskoliose der LWS mit thoracaler Gegenkrümmung, Cobb-Winkel lumbal 61°, thoracal 51°.

Diagnose(n): Sonstige Deformitäten der Wirbelsäule und des Rückens

Richtsatzposition: 020103 Gdb: 070% ICD: M41.-

Rahmensatzbegründung: Oberer Rahmensatz bei langstreckiger Versteifung über mehrere Abschnitte der Brust- und Lendenwirbelsäule mit anhaltenden Beschwerden und Funktionseinschränkung und noch immer bestehender Skoliose.

Gesamtgrad der Behinderung: 70 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend. Im Vergleich zu den Vorgutachten aufgrund der langstreckigen Versteifung und der daraus resultierenden hochgradigen Funktionsbehinderung Erhöhung um 3 Stufen.

Eine Nachuntersuchung ist nicht erforderlich - Dauerzustand.

Die rückwirkende Anerkennung der Einschätzung des Grades d. Behinderung ist ab 2006-12-01 aufgrund der vorgelegten relevanten Befunde möglich.

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

Auf dem freien Arbeitsmarkt mit entsprechenden Voraussetzungen integrierbar, rückwirkende Anerkennung bis 2006, weil ein präoperatives Röntgen aus diesem Jahr vorliegt.

erstellt am 2012-11-21 von AfA3

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2012-11-22

Leitender Arzt: LA3

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Gesetzliche Bestimmungen

Gemäß [§ 6 Abs. 2 lit. d FLAG 1967](#) in der geltenden Fassung haben Vollwaisen und die ihnen nach [§ 6 Abs. 5 FLAG 1967](#) gleichgestellten Personen Anspruch auf Familienbeihilfe, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, die wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 27. (ab 1. Juli 2011: 25.) Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Gemäß [§ 8 Abs. 4 FLAG 1967](#) erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind. Voraussetzung für den Erhöhungsbetrag ist, dass der Grundbetrag an Familienbeihilfe zusteht.

Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß [§ 8 Abs. 5 FLAG 1967](#) in der für den Streitzeitraum geltenden Fassung, 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 außer Stande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind § 14 Abs. 3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, in der jeweils geltenden Fassung, und die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) vom 18. August 2010, BGBl. II Nr. 261/2010, 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](#) 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 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. Eine andere Form der Beweisführung ist nicht zugelassen. Was ein ärztliches Zeugnis betreffend das Vorliegen einer Behinderung im Sinne des FLAG anlangt, so hat ein solches - nach der Rechtsprechung des VwGH - Feststellungen über die Art und das 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](#)).

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.

2. Feststehender Sachverhalt

Die Bw. besuchte Volksschule, Hauptschule und Polytechnikum. Die HBLA wurde im 2. Jahr abgebrochen, ein Beruf wurde nicht erlernt. Die Bw. ist ledig, hat 1 Kind und lebt mit ihrem Sohn im eigenen Haushalt. Sie wird von ihren Eltern mit ca. € 200,-- bis € 300,-- unterstützt.

Die Bw. war laut Sozialversicherungsauszug nie berufstätig.

Im vorliegenden Berufungsfall wurde die Bw. dreimal untersucht und folgende Gutachten erstellt:

Datum des Gutachtens	Untersuchender Arzt	Richtsatzposition	Grad der Behinderung	Erwerbsunfähigkeit
18.4.2012	SR,, Ärztin für Allgemeinmedizin	020102	40 %	nein
3.9.2012	AfA2,, Ärztin für Allgemeinmedizin	020102	40 %	nein
22.11.2012	AfA3,, Arzt f. Allgemeinmedizin	020103	70%	nein

Im ersten Gutachten diagnostizierte die untersuchende Fachärztin eine Skoliose. Für diese Erkrankung ist in der seit 18. August 2010 gültigen Einschätzungsverordnung eine Bandbreite des Behinderungsgrades zwischen 10 und 80 % vorgesehen.

Die Ärztin reihte die Erkrankung unter die Richtsatzposition 020102 und setzte den Behinderungsgrad mit 40 v.H. fest.

Der gewählte obere Rahmensatz wurde damit begründet, dass dieser die postoperativ vorliegende Funktionseinschränkung nach operativer Sanierung mit Schmerzen und Schmerzmittelbedarf der WHO Stufe 1 sowie Kopfschmerzen berücksichtige.

Die mit dem zweiten Gutachten betraute Fachärztin kam zu denselben Untersuchungsergebnissen. Sie verwies darauf, dass sich der Zustand der Bw. unverändert gegenüber dem Vorgutachten vom 16. April 2012 präsentiere, weshalb der Grad der Behinderung nicht verändert werde.

Im dritten Gutachten, das das Finanzamt im Zuge des Antrages auf Vorlage an die Abgabenbehörde zweiter Instanz erstellen ließ, wich der Facharzt von den ersten beiden Gutachten insofern ab, als er die Diagnose "Sonstige Deformitäten der Wirbelsäule und des Rückens" stellte, die Erkrankung unter die Richtsatzposition 020103 reihte und den Behinderungsgrad mit 70 v.H. festsetzte.

Den um 3 Stufen erhöhten Rahmensatz begründete der Facharzt mit "langstreckiger Versteifung und der daraus resultierenden hochgradigen Funktionsbehinderung".

Die rückwirkende Einschätzung des Grades der Behinderung wurde auf Grund der vorgelegten relevanten Befunde ab 1. Dezember 2006 vorgenommen.

Eine voraussichtlich dauernde Erwerbsunfähigkeit wurde in keinem der Gutachten bescheinigt. Im dritten Gutachten vom 22. November 2012 hielt der Sachverständige noch fest, dass die Bw. auf dem freien Arbeitsmarkt mit entsprechenden Voraussetzungen integrierbar sei.

3. Rechtliche Würdigung

3.1. Dauernde Erwerbsunfähigkeit

Festgehalten wird zunächst, dass ein Anspruch auf den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe nur dann gegeben ist, wenn auch der Grundbetrag zusteht. Dies bedeutet, dass gemäß § 6 Abs. 2 lit. d FLAG bei volljährigen Kindern ein Behinderungsgrad von 50 % (der Bw. wurde in den ersten beiden Gutachten ein Behinderungsgrad von 40 % und im dritten Gutachten ein Behinderungsgrad von 70 % bescheinigt) nicht ausreicht, es muss vielmehr eine Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, vorliegen, die grundsätzlich vor dem 21. Lebensjahr eingetreten ist (sh. *Lenneis* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG, § 8 Rz 21).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 18.11.2008, 2007/15/0019, ausdrücklich auf den klaren Wortlaut des § 8 Abs. 6 FLAG 1967 in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2002 verwiesen. Die bisherige Judikatur, wonach eine mehrjährige berufliche Tätigkeit des Kindes die für den Anspruch auf Familienbeihilfe notwendige Annahme, das Kind sei in-

folge seiner Behinderung nicht in der Lage gewesen, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, widerlege, habe im Rahmen der durch das BGBl. I Nr. 105/2002 geschaffenen neuen Rechtslage (ab 1. Jänner 2003) keinen Anwendungsbereich.

Der Gerichtshof (sh. auch VwGH 18.12.2008, [2007/15/0151](#)) bezieht sich dabei offensichtlich auf das Erkenntnis des VfGH vom 10.12.2007, [B 700/07](#), in dem der VfGH ausführt, dass sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 8 Abs. 6 FLAG ergebe, dass der Gesetzgeber nicht nur die Frage des Grades der Behinderung, sondern (bereits seit 1994) auch die (damit ja in der Regel unmittelbar zusammenhängende) Frage der voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, der eigenständigen Beurteilung der Familienbeihilfenbehörden entzogen und dafür ein qualifiziertes Nachweisverfahren eingeführt habe, bei dem eine für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution eingeschaltet werde und der ärztliche Sachverstand die ausschlaggebende Rolle spiele. Dem dürfte die Überlegung zugrunde liegen, dass die Frage, ob eine behinderte Person voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, nicht schematisch an Hand eines in einem bestimmten Zeitraum erzielten Einkommens, sondern nur unter Berücksichtigung von Art und Grad der Behinderung bzw. der medizinischen Gesamtsituation der betroffenen Person beurteilt werden könne. Damit könne auch berücksichtigt werden, dass gerade von behinderten Personen immer wieder - oft mehrmals - Versuche unternommen werden, sich in das Erwerbsleben einzugliedern, bei denen jedoch die hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, dass sie aus medizinischen Gründen auf längere Sicht zum Scheitern verurteilt sein würden. Der Gesetzgeber habe daher mit gutem Grund die Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit jener Institution übertragen, die auch zur Beurteilung des Behinderungsgrades berufen sei. Die Beihilfenbehörden hätten bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und könnten von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich somit der Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes angeschlossen; daraus folgt, dass auch der unabhängige Finanzsenat für seine Entscheidungsfindung die ärztlichen Sachverständigengutachten heranzuziehen hat, sofern diese als schlüssig anzusehen sind. Es ist also im Rahmen dieses Berufungsverfahrens zu überprüfen, ob die erstellten Sachverständigengutachten diesem Kriterium entsprechen.

3.2. Schlüssigkeit der Sachverständigengutachten

Fest steht, dass die Bw., geboren 1982, bislang nie berufstätig war.

In der Anamnese der Gutachten wurde festgehalten, dass bei der Bw. im Alter von 10 Jahren eine Skoliose diagnostiziert wurde. Zwischen 14.-17. Lebensjahr sei eine Miederversorgung

durchgeführt worden. Ein Sportarzt in der Wohngegend der Bw. hätte ihr das Reiten als kräftigende Übung empfohlen, es sei aber trotzdem zu einem Fortschreiten der Fehlstellung der Wirbelsäule gekommen. Schließlich habe sich eine massive Skoliose entwickelt, die eine Operation erfordert hätte. Der Eingriff sei 2007 auf der Baumgartner Höhe in Wien durchgeführt worden.

Der unabhängige Finanzsenat stellt nicht in Abrede, dass es durch die schon im Alter von 10 Jahren aufgetretenen Erkrankung an Skoliose (Skoliose) für die Bw. im Laufe der Jahre zu einer (hochgradigen) Funktionsbehinderung - wie dies vom Sachverständigen im dritten Gutachten auch festgehalten wurde – gekommen ist, trotzdem wurde der Bw. in keinem der Gutachten eine Erwerbsunfähigkeit bescheinigt.

Im Gutachten vom 22. November 2012 – dieses ließ das Finanzamt auf Grund des von der Bw. eingebrachten Vorlageantrages erstellen – hielt der Sachverständige in Bezug auf die Erwerbsfähigkeit fest, dass die Bw. auf dem freien Arbeitsmarkt mit entsprechenden Voraussetzungen integrierbar sei.

Da überdies die Gutachten eine deutliche Verschlechterung des Zustands der Bw. nach ihrem 21. Lebensjahr bescheinigen, gibt es keinerlei Hinweis, dass eine dauernde Erwerbsunfähigkeit bereits davor eingetreten sein soll. Somit sind die Voraussetzungen für die Gewährung von Familienbeihilfe sowie den Erhöhungsbetrag nicht gegeben.

Wien, am 16. Jänner 2013