



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bwin., vom 26. September 2011, gerichtet gegen den Bescheid des Finanzamtes Judenburg Liezen vom 5. September 2011, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung des Kindes XY für die Zeit ab 1. Juli 2011, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin hat am 5. August 2011 bei ihrem zuständigen Finanzamt einen Antrag auf Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung ihres im Spruch genannten Kindes für die Zeit ab 1. Juli 2011 eingebracht.

Das Finanzamt hat daraufhin das Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen (kurz: Bundessozialamt) um eine entsprechende Bescheinigung ersucht.

In dem in der Folge erstellten ärztlichen Sachverständigengutachten vom 1. September 2011 wurde auf Grundlage der Untersuchung und eines vorgelegten, im Gutachten genannten, Befundes Zöliakie (ICD: K55.0) diagnostiziert und ein Grad der Behinderung in Höhe von 10% nach der Richtsatzposition 07.04.04 der so genannten Einschätzungsverordnung festgestellt. Diesem Gutachten hat der leitende Arzt am 2. September 2011 mit dem Bemerken zuge-

stimmt, dass ein Grad der Behinderung von 50% nur bei „bioptisch gesicherter Diagnose“ festgesetzt werden könne.

Mit dem nunmehr angefochtenen Bescheid wies das Finanzamt den Antrag der Berufungswerberin unter Hinweis auf die bestehende Rechtslage und die genannte Bescheinigung des Bundessozialamtes ab.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung führt die Berufungswerberin aus:

„Da der Kindesvater seit frühester Kindheit an Zöliakie leidet (welche mehrfach durch alle möglichen Untersuchungen bestätigt wurde) und eine Vererbung der Krankheit nicht vom Tisch gewiesen werden kann und auch eine genaueste Blutuntersuchung im LKH ... bei meinem Sohn eindeutig auf eine Zöliakie hindeutet, fragen ich mich berechtigt, warum mein Antrag abgelehnt wurde! Der ausgewiesene Fachmann am LKH..., ..., hält eine Dünndarm-Biopsie im vorliegenden Fall für ebenfalls nicht angebracht, da die ihm vorliegenden Werte für eine sichere Diagnose absolut ausreichen.

Des Weiteren steht jedem Zöliakie-Patienten die Zuerkennung einer 50%igen Behinderung zu, nicht wie im Fall meines Sohnes eine nur 10%ige!

Mehrere aktuelle medizinische Studien verweisen darauf, dass eine Biopsie durch die Bestimmung der Antikörper im Blut ersetzt werden kann!

Zitat: "Eine Biopsie zum Nachweis der Normalisierung der Zottenstruktur unter glutenfreier Diät kann nun ersetzt werden durch die Bestimmung der zöliakietyptischen Antikörper." (Conradj Henker - Universitätsklinik Dresden).

Weiterhin ist zu beachten, dass Dünndarmschleimhautveränderungen bei Kindern fleckenhaft auftreten und daher auch bei ausgeprägter Zöliakie eine negative Histologie nicht ausgeschlossen werden kann. Was dann? Wird dann der Darm meines Sohnes in unzähligen Biopsien durchlöchert, bis endlich intraepitheliale Lymphozyten gefunden werden.

Eine strenge glutenfreie Diät führt bei Kindern zu einer raschen Erholung des Darms und zu einer Beschwerdefreiheit. Da ich bei meinem Sohn sofort auf die Diät umgestellt habe, besserte sich sein Allgemeinzustand rapide. Ich gehe daher davon aus, dass sich auch die Darmschleimhaut mittlerweile wieder erholt hat! Auch vom Kindesvater liegt ein Biopsiebefund vor, der keinen Hinweis auf Zöliakie beinhaltet. Nach kurzzeitiger Belastung mit glutenhaltigen Speisen wird der Darm aber wieder als massiv geschädigt beschrieben!

Es muss auch in Ihrem Sinn sein, einem kleinen Kind ein weiteres Martyrium an Untersuchungen zu ersparen, wenn die Fakten (Befunde) nicht eindeutiger sein können!

Ich ersuche Sie daher dringend, den Ablehnungsbescheid zu revidieren und meinem Sohn die erhöhte Familienbeihilfe, sowie die 50%ige Behinderung zuzuerkennen!

Ein eindeutiger, detaillierter Befund vom LKH ... (...) liegt bei!"

Diese Stellungnahme des genannten Arztes vom 20. September 2011 lautet:

„Ich habe das Kind im Juli 2011 in Bezug auf die psychomotorische Entwicklung untersucht. Es fand sich bei ... eine muskuläre Hypotonie bei sonst glänzender psychomotorischer Entwicklung.

Der Vater des Kindes leidet an einer gluteninduzierten Zöliakie, wobei ... Vater einer der ersten Patienten war, bei dem damals in Graz diese Erkrankung diagnostiziert wurde.

Da eine muskuläre Hypotonie natürlich auch durch eine gluteninduzierte Zöliakie bedingt sein kann, haben wir bei ... Blut abgenommen, um die Transglutaminase-Antikörper und die Endomysialen Antikörper zu bestimmen. Es waren sowohl die Transglutaminase-IgA-Antikörper mit 313 U/ml hoch positiv (Norm bis 9) und die Endomysialen-IgA-Antikörper waren mit + + + positiv.

Diese Ergebnisse sprechen für das Vorliegen einer floriden Zöliakie.

Hoch positive Transglutaminase-IgA-Antikörper (bei ... das über 30- fache der Norm) und hoch positive Endomysiale-Antikörper sind hoch spezifisch für das Vorliegen einer gluteninduzierten Zöliakie.

Da auch der Vater an einer Zöliakie leidet, ist auch bei ... mit Sicherheit die Diagnose einer gluteninduzierten Zöliakie zu stellen. Aus diesem Grund habe ich die Eltern beraten, auf eine Gastroduodenoskopie mit Biopsie zu verzichten und das Kind glutenfrei zu ernähren.

Bei Vorliegen einer gluteninduzierten Zöliakie besteht die Berechtigung, die erhöhte Familienbeihilfe zu beziehen. Eine gluteninduzierte Zöliakie wird nämlich einer Behinderung von 50 % gleichgestellt.

Die Eltern haben mir berichtet, dass der Bezug der erhöhten Familienbeihilfe abgelehnt wurde und lediglich ein Behinderungsgrad von 10 % festgestellt wurde. Ich habe die Eltern beraten, gegen diesen Bescheid Einspruch zu erheben und eine Neu Beurteilung in Bezug auf Behinderungsgrad bzw. der Berechtigung die erhöhte Familienbeihilfe zu beziehen zu verlangen."

Das Finanzamt hat die Berufungsschrift und das zitierte Schreiben des Arztes dem Bundessozialamt mit der Bitte um Stellungnahme übermittelt.

In dem daraufhin vom Bundessozialamt in Auftrag gegebenen fachärztlichen Sachverständigengutachten vom 16. November 2011 wird eine klinisch und serologisch positive Zöliakie (ICD: K55.0) diagnostiziert und ein Grad der Behinderung von 30% nach der Richtsatzposition 70.04.05 der Einschätzungsverordnung festgestellt.

Beigefügt ist, dass die Einschätzung des Grades der Behinderung „nach ministeriellen Vorgaben ... und nicht nach medizinisch relevanten Gesichtspunkten" erfolgte.

Der leitende Arzt des Bundessozialamtes stimmte diesem Gutachten mit dem Bemerkten zu, die vom Sachverständigen vorgenommene Einschätzung nach der genannten Position 07.04.05 sei korrekt.

Unter Hinweis auf diese Bescheinigung des Bundessozialamtes wies das Finanzamt die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 29. November 2011 ab.

Die Berufung gilt jedoch zufolge des fristgerecht eingebrachten Vorlageantrages wiederum als unerledigt.

Im Bezug habenden Schriftsatz führt die Berufungswerberin aus:

Für unseren Sohn liegt bereits eine gesicherte Diagnose über eine Zöliakie vom LKH ... vor. Seit dieser Diagnose vor einem halben Jahr wird ... strengstens glutenfrei ernährt und sein Darm hat sich somit bereits vollständig erholen können. Dies können wir als Eltern am besten beurteilen, denn besonders im motorischen, emotionalen und kognitiven Bereich konnten große Fortschritte beobachtet werden. Keiner der vom Amt befassten Ärzte (Dr. ... und Dr. ...) riet uns zu einer weiteren, langfristigen Belastung mit Gluten um einen aussagekräftigen Befund durch eine Biopsie zu erhalten.

Der behandelnde Arzt im LKH ..., ..., hat uns davor ausdrücklich abgeraten, da die Diagnose unwiderruflich und gesichert ist! Ich denke nicht im Traum daran, unserem Kind, welches wir unter Tränen, Protest und zeitweiser Nahrungsverweigerung auf glutenfreie Kost umgestellt haben, die Tortur einer neuerlichen Glutenbelastung mit all ihren negativen Begleiterscheinungen für den jungen Körper zuzumuten!

Außerdem widerspricht dieses gezielte "Krankmachen" dem Artikel 12 der Menschenrechte, der jedem Menschen das Erreichen des bestmöglichen Gesundheitszustandes zusichert. Des Weiteren halte ich die nunmehrige Erhöhung des Behinderungsgrades von 10% auf 30% für nicht nachvollziehbar, da sich am Krankheitszustand unseres Sohnes nichts verändert hat. Mein Lebensgefährte und Kindesvater, ..., leidet seit seiner frühen Kindheit an Zöliakie, wir wissen daher im Umgang mit der Krankheit genau Bescheid. Wir wissen aber auch genauestens Bescheid, welche Unterstützung wir vom Rechtsstaat Österreich erwarten dürfen, welche uns zusteht und welche wir mit juristischen Mitteln auch erkämpfen werden!"

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 8 Abs. 5 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967, in der hier anzuwendenden Fassung, gilt als erheblich behindert 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 vH 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 § 14 Abs. 3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, in der jeweils geltenden Fassung, und die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betref-

fend 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.

Nach dessen Abs. 6 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.

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 10. Dezember 2007, B 700/07, wohl begründet ausgeführt, dass die Beihilfenbehörden bei ihrer Entscheidung jedenfalls von der durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung des Bundessozialamtes auszugehen haben und von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen können.

Auch der Verwaltungsgerichtshof hat klargestellt, dass die Behörden an die den Bescheinigungen des Bundessozialamtes zugrunde liegenden Gutachten gebunden sind und diese nur insoweit prüfen dürfen, ob sie schlüssig und vollständig und nicht einander widersprechend sind (vgl. z.B. VwGH 22.12.2011, 2009/16/0307, und VwGH 29.9.2011, 2011/16/0063).

Es steht (aus medizinischer Sicht) fest, dass der Sohn der Berufungswerberin an Zöliakie leidet. Darauf wurde im ärztlichen Sachverständigengutachten vom 16. November 2011 auch ausdrücklich hingewiesen. In Streit steht jedoch, ob der dadurch verursachte Grad der Behinderung (mindestens) 50 v.H. beträgt, wie die Berufungswerberin vermeint, oder weniger, wie die beiden den Bescheinigungen des Bundessozialamtes zu Grunde liegenden Gutachten aussagen.

Nach der (im damaligen Zeitpunkt anzuwendenden) Anlage zur Einschätzungsverordnung ist „diagnostisch gesicherte Zöliakie bei Kindern und Jugendlichen bis zum vollendeten 18. Lebensjahr unter die Richtsatzposition 07.04.06 einzureihen und führt zu einem Grad der Behinderung von 50 v.H.

Der unabhängige Finanzsenat ersuchte daher das Bundessozialamt mit Schreiben vom 22. August 2012 um Stellungnahme, weshalb im gegenständlichen Fall die „aus medizinischer Sicht als (serologisch) gesichert bezeichnete Zöliakie keine „diagnostisch gesicherte Zöliakie“ im Sinn der Einschätzungsverordnung sei.

Mit elektronischer Nachricht vom 4. September 2012 teilte der „Ärztliche Dienst“ des Bundessozialamtes dazu auszugsweise mit:

„In beiden Gutachten gingen wir nach Richtlinien vor, dass die Bestätigung einer ‘diagnostisch gesicherten Zöliakie’ - neben der serologischen Diagnostik – eine Dünndarmbiopsie vorliegen musste. ...

Gleichzeitig forderten wir zum damaligen Zeitpunkt zuzüglich zur Diagnosesicherung durch eine Dünndarmbiopsie auch den Nachweis der Diäteeinhaltung (...).

Mittlerweile hat sich unsere Einschätzungspraxis jedoch verändert: Im Frühjahr wurden wir ... informiert, dass sich die Ansichten zur Zöliakie Diagnostik ändern, und die Abänderung der Leitlinie Zöliakie zur Diskussion steht. In einigen medizinisch begründeten Fällen könne die Diagnose Zöliakie auch ohne Dünndarmbiopsie als gesichert angesehen werden. ...

Mit der Novelle zur Einschätzungsverordnung bekamen wir schließlich im August 2012 auch die Anweisung, dass österreichweit einheitlich auf den Nachweis der Diäteeinhaltung bei gesicherter Diagnose Zöliakie verzichtet werden kann. ...“

Damit steht fest, dass in der Bescheinigung des Bundessozialamtes, wäre sie ab August 2012 ausgestellt worden, die Gesundheitsschädigung des Kindes ohne jeden Zweifel unter die Richtsatzposition 07.04.06 der Einschätzungsverordnung eingereiht worden wäre, was nach der Verordnung zwingend einen Grad der Behinderung von 50% bewirkt hätte.

Die erwähnte elektronische Nachricht des Bundessozialamtes ist somit inhaltlich als Ergänzung der formellen Bescheinigung anzusehen, sodass die Zugrundelegung eines Grads der Behinderung von 50 v.H. kein Abgehen von dieser Bescheinigung darstellt.

Der Berufung war daher, wie im Spruch geschehen, Folge zu geben, und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

Graz, am 7. September 2012