



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bwin., vom 28. November 2006, gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 2. November 2006, betreffend die Abweisung des Antrages auf Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung des Kindes XY., für die Zeit ab 1. August 2006, entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin hat für ihre im Spruch genannte Tochter, bei der nach der Aktenlage seit dem Kleinkindalter Zöliakie diagnostiziert ist, für die Zeit bis einschließlich Juli 2006 den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung des Kindes bezogen.

Im Zuge der Überprüfung des weiteren Beihilfenanspruches für das Kind hat das Finanzamt ein Gutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen (kurz: Bundessozialamt) angefordert. Da mit diesem Gutachten nur einen Gesamtgrad der Behinderung von 30% bescheinigt wurde, wies das Finanzamt den Antrag der Berufungswerberin auf weitere Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe mit Bescheid vom 2. November 2006 ab.

In der dagegen fristgerecht eingebrachten Berufung führt die Berufungswerberin auszugsweise aus:

*„Meine Tochter ... hat seit ihrer Geburt Zöliakie. ...*

*Seither hält sie strenge Diät, es erfolgen regelmäßige Kontrollen, sowohl klinisch als auch laborchemisch – die Kontrolle der spezifischen Antikörper war jedes Mal negativ.*

*Bei der letzten Kontrolle im April 2006 waren nun die Antikörper EMA geringgradig positiv, was laut Befund der Universitätsklinik ... prinzipiell für ein gutes Einhalten der Diät spricht.*

*Meine Tochter ist inzwischen 11 Jahre alt, was auch bedeutet, dass ich sie und ihre Diät nicht mehr rund um die Uhr überwachen kann und dass es von ihr ein hohes Maß an Disziplin verlangt sich in ihrem Alltag an ihre Diät zu halten. ...*

*Bei Vorliegen einer Zöliakie beträgt der Behinderungsgrad mindestens 50%, laut Gesetz erfolgt nur bei hochpositivem Antikörperbefund eine Neubewertung des Behinderungsgrades. Anhand des Befundes vom April dieses Jahres ist ersichtlich, dass die Antikörper nur geringgradig positiv waren. ..."*

Auf Grund dieser Ausführungen in der Berufungsschrift erfolgte eine neuerliche Beurteilung durch das Bundessozialamt. Im Gutachten vom 23. Februar 2007, dem der leitende Arzt des Bundessozialamtes am 26. Februar 2007 seine Zustimmung erteilt hat, ist im Wesentlichen ausgeführt, dass Zöliakie „per se bei Einhaltung der Diät keine relevante Behinderung“ darstelle, wegen der aufwändigen Diät sei jedoch „in einer ministeriellen Richtlinie vorgegeben, dass bei Nachweis der Einhaltung der Diät trotzdem ein GdB von 50% oder mehr anzusetzen ist.“ Die Untersuchung der Tochter habe aber „klar Diätfehler“ gezeigt.

Unter Hinweis auf diese neuerliche Stellungnahme des Bundessozialamtes hat das Finanzamt darauf hin die Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 27. Februar 2007 abgewiesen. Die Berufung gilt jedoch zufolge des fristgerecht eingebrachten Vorlageantrages wiederum als unerledigt.

Mit Schreiben vom 30. Juli 2007 wurde das Finanzamt unter ausdrücklichem Hinweis auf die in Ergänzung zur „Richtsatzverordnung“ ergangenen „Einschätzungsrichtlinien (Fassung April 2007)“ gebeten, vom Bundessozialamt ein neuerliches Gutachten einzuholen.

Dieses teilte mit elektronischer Nachricht am 21. August 2007 mit, dass keine weitere Untersuchung veranlasst werde, "da keine relevanten medizinischen Unterlagen von Seiten der Mutter vorgelegt werden können."

Diese Nachricht wurde der Berufungswerberin mit Schriftsatz vom 28. September 2007 mit der Bitte um Stellungnahme übermittelt. Darauf hin legte die Berufungswerberin mit Schreiben vom 29. Februar 2008 einen "Befundbericht – Gastroenterologie" vom 15. Jänner 2008 vor, der von ihr auch dem Bundessozialamt übermittelt wurde.

Dieses hat darauf hin ein weiteres ärztliches Sachverständigengutachten in Auftrag gegeben.

Im Gutachten vom 22. Februar 2008 stellte die ärztliche Sachverständige bei der Tochter der Berufungswerberin nunmehr einen Grad der Behinderung von 50 v.H. nach der Richtsatzposition 357 der so genannten Richtsatzverordnung fest. Die rückwirkende Anerkennung sei unter Berücksichtigung der vorgelegten relevanten Befunde ab 1. November 2006 möglich. Diesem Gutachten hat der leitende Arzt des Bundessozialamtes am 3. März 2008 seine Zustimmung erteilt.

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

Gemäß § 8 Abs. 5 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 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 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. Juni 1965, BGBl. Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung (so genannte „Richtsatzverordnung“), 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. Die diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.

Im Erkenntnis vom 10. Dezember 2007, B 700/07, hat der Verfassungsgerichtshof mit eingehender Begründung festgehalten, dass die Beihilfenbehörden bei ihrer Entscheidung jedenfalls von der durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen haben und von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen können.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, ob oder inwieweit die vorliegenden Gutachten den angeführten Rechtsgrundlagen entsprechen.

§§ 7 und 9 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957 lauten:

"§ 7. (1) Der Beschädigte hat Anspruch auf Beschädigtenrente, wenn und insoweit seine Erwerbsfähigkeit infolge der Dienstbeschädigung um mindestens 25 v.H. vermindert ist. Unter Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die durch Dienstbeschädigung bewirkte körperliche Beeinträchtigung in Hinsicht auf das allgemeine Erwerbsleben zu verstehen.

(2) Die Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sinne des Abs. 1 ist nach Richtsätzen einzuschätzen, die den wissenschaftlichen Erfahrungen entsprechen. Das Bundesministerium für soziale Verwaltung ist ermächtigt, hierfür nach Anhörung des Bundesbehindertenbeirates (§§ 8 bis 13 des Bundesbehindertengesetzes, BGBl. Nr. 283/1990) verbindliche Richtsätze aufzustellen.

§ 9. (1) Die Minderung der Erwerbsfähigkeit wird nach durch zehn teilbaren Hundertsätzen festgestellt, die Durchschnittssätze darstellen. Eine um fünf geringere Minderung der Erwerbsfähigkeit wird von ihnen mit umfasst.

(2) Beschädigte mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 50 v.H. oder darüber heißen Schwerbeschädigte. Als erwerbsunfähig gelten Schwerbeschädigte mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von 90 v H und 100 v H".

Die "Richtsatzverordnung" lautet auszugsweise:

"§ 1. (1) Die Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 7 Abs. 1 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957 ist nach den Richtsätzen einzuschätzen, die nach Art und Schwere des Leidenszustandes in festen Sätzen oder Rahmensätzen in der Anlage festgelegt sind. Die Anlage bildet einen Bestandteil dieser Verordnung.

(2) Bei Leiden, für die Richtsätze nicht festgesetzt sind, ist die Minderung der Erwerbsfähigkeit unter Bedachtnahme auf die Richtsätze für solche Leiden einzuschätzen, die in ihrer Art und Intensität eine zumindest annähernd gleiche körperliche Beeinträchtigung in Hinsicht auf das allgemeine Erwerbsleben bewirken.

§ 2. (1) Bei der Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit dürfen weder die festen Sätze noch die Rahmensätze unterschritten oder überschritten werden. Soweit in der Anlage nicht anderes bestimmt ist, hat sich die Festsetzung des Grades der Minderung der Erwerbsfähigkeit innerhalb eines Rahmensatzes nach der Schwere des Leidenszustandes zu richten, für den der Rahmensatz aufgestellt ist. Das Ergebnis einer Einschätzung innerhalb eines Rahmensatzes ist im Bescheid über den Anspruch auf Beschädigtenrente jedenfalls auch in medizinischer Hinsicht zu begründen.

(2) Sofern für ein Leiden mehrere nach dessen Schwere abgestufte Richtsätze festgesetzt sind, kann die Höhe der Minderung der Erwerbsfähigkeit auch in einem Hundertsatz festgestellt werden, der zwischen diesen Stufen liegt. Diesfalls ist das Ergebnis der Einschätzung im Bescheid über den Anspruch auf Beschädigtenrente jedenfalls auch in medizinischer Hinsicht zu begründen.

§ 3. Treffen mehrere Leiden zusammen, dann ist bei der Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit zunächst von der Gesundheitsschädigung auszugehen, die die höchste Minderung der Erwerbsfähigkeit verursacht. Sodann ist zu prüfen, ob und inwieweit der durch die Gesamteinschätzung zu erfassende Gesamtleidenszustand infolge des Zusammenwirkens aller gemäß § 4 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957 zu berücksichtigenden Gesundheitsschädigungen eine höhere Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit rechtfertigt. Fällt die Einschätzung der durch ein Leiden bewirkten Minderung der Erwerbsfähigkeit in mehrere Fachgebiete der ärztlichen Wissenschaft, ist sinngemäß in gleicher Weise zu verfahren."

In der Anlage zur "Richtsatzverordnung" ist zu "Darmerkrankungen mit Ausnahme der Tuberkulose" vorgegeben:

Richtsatzposition	Text	Minderung der Erwerbsfähigkeit in Prozenten
355.	Leichte Darmstörungen ohne nachweisbare Schleimhautveränderungen	0 - 20
356.	Chronische Gastroenterocolitis (Achylie, Dyspepsie), schlechte Ausnützung der Kost	30 - 40
357.	Darmerkrankungen mit schweren anatomischen Veränderungen	50 - 70
358.	Darmerkrankungen mit schweren anatomischen Veränderungen und schwerer Beeinträchtigung des Allgemeinzustandes	80 - 100

Letztlich entscheidungswesentlich ist somit, in welche der genannten Richtsatzpositionen die Gesundheitsschädigung des Kindes konkret einzureihen ist.

In Ergänzung zur Richtsatzverordnung hat der ärztliche Dienst des Bundessozialamtes bei Erstellung von fachärztlichen Gutachten die in Ergänzung zur Richtsatzverordnung ergangenen "Einschätzungsrichtlinien" zu beachten. Dabei handelt es sich um eine Sammlung

von Richtlinien, die den ärztlichen Sachverständigen beim Bundessozialamt als Hilfestellung zur Einschätzung einzelner Krankheitsbilder, Funktionseinschränkungen und Behinderungen, die in der gültigen Richtsatzverordnung wegen des Fortschrittes der medizinischen Wissenschaft nicht ausreichend deutlich geregelt sind, dient (vgl. BMSK-41130/0030-IV/8/2007)

Zur Zöliakie wird in diesen "Einschätzungsrichtlinien" folgendes angeführt:

*"Im Rahmen der Einschätzung des Grades der Behinderung (Behinderteneinstellungsgesetz, Familienlastenausgleichsgesetz und Bundesbehindertengesetz) wird zur Einschätzung des Schweregrades einer Behinderung die Richtsatzverordnung (§ 7 KOVG) herangezogen. Der Fortschritt in der Medizin, neue wissenschaftliche Erkenntnisse, moderne diagnostische Methoden und Behandlungsmöglichkeiten machen immer wieder eine Anpassung der Einschätzungspraxis notwendig. Im Falle der Zöliakie haben sich die diagnostischen Möglichkeiten zur Früherkennung (Antikörperbestimmung) der Erkrankung entscheidend geändert. Früher konnte die Diagnose nur durch eine Zottenbiopsie und damit erst bei fortgeschrittener Erkrankung mit entsprechend schwerer Symptomatik - Verwertungsstörung, Mangelzustände und oftmals Entwicklungsverzögerung - gestellt werden. Heute gewährleistet die Früherkennung eine zeitgerechte Diäteinhaltung, normale kindliche Entwicklung und Verhindern des Entstehens einer manifesten Erkrankung.*

*Für die Einschätzung relevant bleibt, dass während der Kindheit und Jugend das Einhalten einer glutenfreien Kost überwacht werden muss. Unter Berücksichtigung der oftmals instabilen Entwicklungszeit während der Adoleszenz, der unzureichenden Krankheitseinsicht, der niedrigen Compliance und unter Berücksichtigung der bisherigen Einschätzungspraxis wurde vereinbart, dass eine gleichlautende Einschätzung bis zur Volljährigkeit (vollendetes 18. Lebensjahr) durchaus zweckmäßig erscheint.*

#### ***Zöliakie bis zum vollendeten 18. Lebensjahr g.z.III/d/357 50 % - 70 %***

*Wahl des Rahmensatzes abhängig von den Auswirkungen, den anatomischen Veränderungen und dem Ausmaß der jedenfalls beträchtlichen Ernährungsstörung und dem allgemeinen Kräfteverlust.*

*Zumindest jedoch 50 % bei eindeutig objektiver Diagnostik durch AK-Bestimmung und dem Erfordernis einer strikten Diäteinhaltung.*

#### ***Zöliakie ab dem vollendeten 18. Lebensjahr g.z.III/d/355 bis 359.... %***

*Wahl des Rahmensatzes abhängig von den Auswirkungen, den anatomischen Veränderungen und dem Ausmaß der jeweiligen beträchtlichen Ernährungsstörung und dem allgemeinen Kräfteverlust.*

*Mit Erreichen des Erwachsenenalters (vollendetes 18. Lebensjahr) ist eine ausreichende Krankheitsakzeptanz und Eigenkompetenz anzunehmen.*

*Eine selbständige Lebensführung, eine universitäre Ausbildung, sonstige Weiterbildung, Berufsausübung, Familienleben und Freizeitgestaltung sind weitgehend uneingeschränkt möglich. In diesem Sinn ist daher bei komplikationsfreiem Krankheitsverlauf ab Vollendung des 18. Lebensjahres von einem Grad der Behinderung weit unter 50 % auszugehen (Richtsatzposition 355 oder 356)."*

Vorweg ist fest zu halten, dass diese "Einschätzungsrichtlinien in Ergänzung zur Richtsatzverordnung § 7 KOVG" nicht als Rechtsverordnung kundgemacht sind, und daher einen bloße Verwaltungsanweisung an weisungsgebundene Organe darstellen. Der Unabhängige Finanzsenat ist, da es sich um keine gehörig kundgemachte generelle Norm handelt, an diese "Einschätzungsrichtlinien" grundsätzlich nicht gebunden.

Nach Auffassung des Unabhängigen Finanzsenats sind die zitierten, medizinisch untermauerten, Ausführungen in diesen "Einschätzungsrichtlinien" zur Einschätzung der Zöliakie aber schlüssig und daher geeignet, die Einschätzung im konkreten Fall zu überprüfen. Sie entsprechen, was die Aussagen zur *"oftmals instabilen Entwicklungszeit während der Adoleszenz, der unzureichenden Krankheitseinsicht, der niedrigen Compliance"* betrifft, auch den Erfahrungen des täglichen Lebens.

Bei der Tochter der Berufungswerberin wurde durch Antikörper – Bestimmung eindeutig die Diagnose "Zöliakie" gestellt, wobei eine sich möglicherweise zurück bildende transiente Zöliakie – Form auszuschließen ist. Auch das Erfordernis einer strikten Diäteinhaltung ist in allen vorliegenden Gutachten eindeutig festgehalten.

Nach der (zuletzt erstellten) Bescheinigung des Bundessozialamtes vom 3. März 2008, basierend auf dem ärztlichen Sachverständigengutachten vom 22. Februar 2008, besteht wohl kein Zweifel, dass für die im Gutachten bescheinigte Zeit ab dem 1. November 2006 alle im § 8 Abs. 5 und 6 FLAG 1967 genannten Voraussetzungen vorliegen. Wie wohl auch für die vor dem August 2006 liegende Zeit, für die der Erhöhungsbetrag gewährt worden war.

Im gegenständlichen Verfahren sind jedoch die Anspruchsvoraussetzungen für die Monate August 2006 bis einschließlich Oktober 2006 zu prüfen, für welche das Bundessozialamt das Vorliegen einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von mindestens 50 v.H. nicht bescheinigt hat.

In diesem Zusammenhang fällt auf:

Im fachärztlichen Gutachten vom 19. Oktober 2006, dem am 27. Oktober 2006 zugestimmt wurde, ist angemerkt, dass die endo – mykialen Antikörper (EMA) schwach positiv und

Transglutaminas geringgradig erhöht festgestellt worden sei. Dazu wörtlich: " *Gutes Einhalten der Diät, auf Grund der AK – Befunde offensichtlich immer wieder Ausreißer*", und: " *Die Einschätzung der Zöliakie mit 50 v.H. bis zum 18. Lebensjahr ist nach ministeriellen Richtlinien nur bei Nachweis (negative EMA) der Einhaltung einer strikten Diät möglich.*"

In dem bereits zitierten Gutachten vom 23. Februar 2007, dem am 26. Februar 2007 zugestimmt wurde, ist im Wesentlichen ausgeführt, dass Zöliakie „*per se bei Einhaltung der Diät keine relevante Behinderung*“ darstelle, wegen der aufwändigen Diät sei jedoch „*in einer ministeriellen Richtlinie vorgegeben, dass bei Nachweis der Einhaltung der Diät trotzdem ein GdB von 50% oder mehr anzusetzen ist.*“ Die Untersuchung der Tochter der Berufungswerberin habe aber „*klar Diätfehler*“ gezeigt. Zur Rahmensatzbegründung ist auszugsweise ausgeführt: " *Da die strikte Diäteeinhaltung nicht nachgewiesen werden konnte ist ein GdB von 50% nicht zu bestätigen*".

Diese Ausführungen vermögen nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenats die Einschätzung der Gesundheitsschädigung nicht zu begründen:

Die Feststellung des Grades der Behinderung als "*körperliche Beeinträchtigung in Hinsicht auf das allgemeine Erwerbsleben*" auf Grund einer Gesundheitsschädigung hat nach dem KOVG hat nach objektiven Kriterien zu erfolgen. Die Therapierbarkeit einer Gesundheitsschädigung und die dadurch bewirkte Minderung der "*körperlichen Beeinträchtigung in Hinsicht auf das allgemeine Erwerbsleben*" wird naturgemäß großen Einfluss auf das Ausmaß der Minderung der Erwerbsfähigkeit haben. Es leuchtet ein, dass die Nichteinhaltung einer angeordneten Therapie zwar subjektiv die "*körperliche Beeinträchtigung in Hinsicht auf das allgemeine Erwerbsleben*" erhöhen wird, jedoch liegt objektiv eine solche Erhöhung nicht vor.

Umgekehrt leuchtet es jedoch nicht ein, weshalb bei einem objektiv festgestellten Ausmaß der Gesundheitsschädigung durch Nichteinhaltung einer Therapiemaßnahme (im vorliegenden Falle einer Diät) eine Minderung des bei lückenloser Einhaltung der Maßnahme bestehenden Ausmaßes der Behinderung eintreten soll.

Diese Auslegung widerspricht nach Auffassung des Unabhängigen Finanzsenats den Anordnungen des KOVG und damit des FLAG 1967. Sie ist nach Auffassung des Unabhängigen Finanzsenats aber auch mit den zitierten "Einschätzungsrichtlinien" nicht in Einklang zu bringen, sprechen doch auch diese davon, dass das Ausmaß der Minderung der Erwerbsfähigkeit "*zumindest jedoch 50 % bei ... dem Erfordernis einer strikten Diäteeinhaltung*" betrage. Nach Auffassung des Unabhängigen Finanzsenats zu Recht ist daher vom "Erfordernis einer strikten Diäteeinhaltung" die Rede und nicht von einer "strikten Diäteeinhaltung". Die "*Berücksichtigung der oftmals instabilen Entwicklungszeit während der*



*Adoleszenz, der unzureichenden Krankheitseinsicht, der niedrigen Compliance" durch Einschätzung des Ausmaßes der Minderung der Erwerbsfähigkeit mit einem höheren Hundertsatz als bei Erwachsenen beinhaltet exakt die dadurch verständlicher Weise passierenden Diätfehler und deren Auswirkungen auf die "körperliche Beeinträchtigung in Hinsicht auf das allgemeine Erwerbsleben".*

In freier Würdigung des dargestellten Sachverhalts vertritt der Unabhängige Finanzsenat daher die Auffassung, dass alle Voraussetzungen für die Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung der Tochter der Berufungswerberin auch in den Monaten August 2006 bis einschließlich Oktober 2006 erfüllt waren, weil auch in dieser Zeit das Ausmaß ihres Grades der Behinderung 50 v.H. betragen haben muss.

Der angefochtene Bescheid des Finanzamtes erweist sich daher im Ergebnis als rechtswidrig, weshalb er, wie im Spruch geschehen, aufzuheben war.

Graz, am 15. Mai 2008