



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw, vertreten durch Dr. Simon Brüggel, Rechtsanwalt, 6370 Kitzbühel, Rathausplatz 2/II, vom 14. April 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes St. Johann Tamsweg Zell am See, vertreten durch Mag. Siegfried Moser, vom 29. März 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für das Kind R ab April 2011 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Für das Kind R, geb. im Dezember 2005, wurde aufgrund eines Sachverständigengutachtens, in dem ein Grad der Behinderung von 50% festgestellt wurde (Diagnose: Zystische Fibrose), der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe ab der Geburt (befristet bis zum 03/2011) gewährt.

Anlässlich der Überprüfung des Anspruches auf Gewährung der Familienbeihilfe wurde eine Nachuntersuchung durchgeführt.

Von der ärztlichen Sachverständigen des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen wurde am 27.03.2011 ein Gutachten mit folgender Diagnose erstellt:

*"Diagnose (n):*

*zystische Fibrose, leichte Form*

*Richtsatzposition: 061001 Gdb: 040% ICD: E84.9*

*Rahmensatzbegründung:*

*Oberer Rahmensatz, da protrahierter Verlauf von oberen Luftwegsinfekten einen erhöhten Aufwand bedeuten.*

*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 2011-03-27 von .....*

*seit Herbst 2010 ist eine Neue Einschätzungsverordnung anzuwenden, die die Verlaufsformen der Erkrankung berücksichtigt. Daher ein GdB 40 vH."*

Aufgrund dieses Gutachtens wurde vom Finanzamt der Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe ab April 2011 bescheidmäßig abgewiesen.

Gegen diesen Bescheid legte die Berufungswerberin (kurz: Bw) das Rechtsmittel der Berufung ein und begründete dies wie folgt:

*"Mein Sohn hat Cystische Fibrose. Hierbei handelt es sich um eine Stoffwechselerkrankung, bei der nicht nur eine vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen Bereich besteht. CF ist genetisch und wird definitiv nicht besser. Mein Sohn muss mit dieser Krankheit leben. Zum Glück wurde bei ihm bereits mit ein paar Wochen mittels Neugeborenenenscreening CF diagnostiziert. So konnten wir mit der Behandlung schon sehr früh beginnen. Rückwirkend mit Dezember 2005 wurde uns dann für R auch die erhöhte Familienbeihilfe bewilligt. Da R immer noch CF hat und sich diese Erkrankung auf keinen Fall verbessert hat, fehlt mir das Verständnis für die jetzige Abweisung meines Antrages auf erhöhte Familienbeihilfe.*

*Im Gegensatz:*

*Die Kosten für Medikamente, wie Kreon, Natriumchlorid, Vitamintropfen, Sultanoi, ... steigen, da R eine höhere Menge benötigt. R ist nun fünf Jahre alt und besucht den Kindergarten. Aufgrund des Kontaktes mit anderen Kindern steigen auch die Infekte. Somit steigt auch die Anzahl der Fahrten ins Krankenhaus (Ambulanz Schwarzach). Denn nur so bin ich mir sicher, dass R Infekte richtig behandelt werden. Für R bedeutet ein, für ein gesundes Kind harmloser Husten, intensive Therapie (Inhalation und Physiotherapie). Physiotherapie ist bei R nicht so einfach. Kinder sind wahrscheinlich allgemein nicht so geduldig. Daher müssen wir sehr erfinderisch sein und die Übungen in Spiele einbauen, was sehr zeitaufwendig ist. Sehr hilfreich sind auch die regelmäßigen Sitzungen bei einer Physiotherapeutin im Krankenhaus Schwarzach. Wir sind froh, dass es R momentan sehr gut geht und dass er trotz seiner Appetitlosigkeit auch immer wieder an Gewicht zunimmt. Das Essen ist bei uns seit R ein wichtiges Thema geworden. Wer mit Essensverweigerung und Appetitlosigkeit noch nie konfrontiert wurde, kann sich das oft gar nicht vorstellen. Nur durch ständige Motivation,*

*strenge Regelmäßigkeit sowie die Unterstützung der Familie (auch Großeltern) schaffen wir es "normales Essverhalten" herzustellen. So gebe ich ihm das Essen immer noch ein. Neben verschiedenen Spielen (UNO, Lego bauen, Malen, ...) funktioniert das momentan ganz gut. Sie können mir glauben, wir haben schon einiges ausprobiert und man ist einfach nur froh, wenn das Kind isst, auch wenn es noch so aufwendig ist. Ergänzend möchte ich die Auswahl von energiereichen Speisen und das Anreichern der Mahlzeiten mit Fett und wertvollen Ölen nur der Vollständigkeit halber erwähnen.*

*Die Problematik der Essensverweigerung und die ständige Motivation zum Essen ist bei uns momentan bestimmt das größte Problem. Die Infekte sind mittels Inhalation und Physiotherapie sowie Gabe von Antibiotikum ganz gut beherrschbar. Auf jeden Fall ist der Aufwand für diese Therapien auf keinen Fall zu unterschätzen. Auch die Beeinträchtigung der Bauchspeicheldrüse ist mittels Gabe von Enzymen in der Regel gut beherrschbar. Nur manchmal klagt R über Bauchschmerzen. Wir vergessen das Kreon auch nie. Einmal ist es mir jedoch passiert, dass wir unterwegs waren und ich kein Kreon mit hatte. Es war eigentlich geplant wieder zu Hause zu essen. Da wir aber länger brauchten als geplant, haben wir doch auswärts gegessen. Wird ja nicht so schlimm sein, wenn R sein Kreon einmal nicht bekommt. Die Folge war Durchfall. R konnte den Stuhl nicht mehr ganz halten und es ging ein wenig in die Unterhose, bis er es aufs Klo schaffte. Solche Situationen sind auch für einen fünfjährigen Jungen bereits sehr peinlich. Andere Kinder können dann oft schnell sehr gehässig sein.*

*Abschließend hoffe ich, Ihnen mit meinen Schilderungen einen kleinen Einblick gegeben zu haben.*

*Wir sind froh, dank der guten medizinischen Betreuung von Herrn Prof. A und seinem Team im KH Schwarzach geht es R momentan sehr gut. Es ist aber auch zu beachten, dass ein enormer zeitlicher und finanzieller Aufwand damit verbunden sind. Daher verstehe ich es nicht, warum wir für R die erhöhte Familienbeihilfe nicht mehr bekommen."*

Im Zuge des Berufungsverfahrens wurde vom Finanzamt ein neuerliches Gutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen angefordert. Darin wird folgende Diagnose erstellt:

*"Anamnese:*

*Berufung des Folgegutachtens bei Cystischer Fibrose. Die Mutter schildert den täglichen Aufwand mit Inhalieren und Medikamenteneinnahme, sowie das sofortige Aufsuchen der Ambulanz im KH Schwarzach bei Anzeichen eines Infektes. Besonders problematisch wird das Essverhalten des Buben gesehen. Er nimmt wenig zu und muss zum Essen angehalten werden. Schwere Infekte sind bisher nicht aufgetreten.*

*Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien – Frequenz):*

*2-3 Kps. Kreon 10.000 IE pro Mahlzeit, 2 mal tägl. mit Sultanol inhalieren, Vitamin E und Multibiontatropfen tägl.*

*Untersuchungsbefund:*

*6 jähriger Bub, unauffälliger Körperbau, Gewicht 18 kg Größe 128, HNO Status unauffällig, Lk Stationen frei, Cor: reine Herztöne, rhythmische Herzaktion, HF altersentsprechend, Pulmo: beide Lungenflügel regelrecht belüftet VA, Abdomen palpatorisch unauffällig, unauffällige Darmperistaltik, grob neurologisch unauffälliger Befund.*

*Status psychicus / Entwicklungsstand:*

*Altersentsprechender psychomotorischer Entwicklungsstand.*

*Relevante vorgelegte Befunde:*

*2011-07-20 KH SCHWARZACH*

*die 3 monatigen Kontrolluntersuchungen über die letzten 3 Jahre dokumentiert.*

*Diagnose(n):*

*Cystische Fibrose*

*Richtsatzposition: 061001 Gdb: 040% ICD: E84.9*

*Rahmensatzbegründung:*

*Richtpos. Oberer Rahmen wegen der leichteren Verlaufsform der Cystischen Fibrose mit geringer bronchopulmonaler Funktionseinschränkung, Einschätzung nach Richtlinien der neuen Einschätzungsverordnung*

*Gesamtgrad der Behinderung: 40 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre*

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

Diesem Gutachten erteilte der leitende Arzt des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen am 09.08.2011 seine Zustimmung.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 13.09.2011 wies das Finanzamt die Berufung unter Anschluss des Gutachtens vom 09.08.2011 ab und verwies in der Begründung darauf, dass nur ein Grad der Behinderung von 40 v.H. bescheinigt wurde, da seit Herbst 2010 eine neue Einschätzungsverordnung anzuwenden ist, die die Verlaufsform der Erkrankung berücksichtigt. Es bestehe daher gemäß § 8 Abs. 5 FLAG kein Anspruch auf den Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe.

Dagegen wurde fristgerecht der Antrag gestellt, die Berufung der Abgabenbehörde II. Instanz zur Entscheidung vorzulegen.

Mit Bericht vom 20.07.2012 legte das Finanzamt die Berufung und den entsprechenden Verwaltungsakt an den unabhängigen Finanzsenat vor.

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

§ 8 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 in der Fassung BGBl. I Nr. 111/2010 lautet auszugsweise wie folgt:

*“(1) Der einer Person zustehende Betrag an Familienbeihilfe bestimmt sich nach der Anzahl und dem Alter der Kinder, für die ihr Familienbeihilfe gewährt wird.*

*(2) .....*

*(3) .....*

*(4) Ab 1. Jänner 2003 erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes Kind, das erheblich behindert ist, monatlich um 138,3 €.*

*(5) Als erheblich behindert gilt 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 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.*

*(6) Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist 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.*

*(7) .....*

*(8) ..... “*

Aus den Erkenntnissen des VfGH vom 10.12.2007, B 700/07, sowie des VwGH vom 18.11.2008, 2007/15/0019 u.a. folgt, dass de facto eine Bindung der Beihilfenbehörden sowie des UFS an die Feststellungen der im Wege des Bundessozialamtes erstellten Gutachten gegeben ist. Die Tätigkeit der Behörden hat sich daher im Wesentlichen auf die Frage zu beschränken, ob die Gutachten als schlüssig anzusehen sind (vgl. *Lenneis* in

*Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG Kommentar, § 8 Rz 29 unter Hinweis auf VwGH vom 18.11.2009, 2009/13/0014).

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.

In der Anlage zu der Einschätzungsverordnung sind die Richtsätze für die Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) enthalten. Die Gliederung ist an die international gebräuchliche ICD-10-Klassifikation angelehnt (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems). Die österreichische Version ist die „ICD-10 BMSG 2001“ und wird jährlich in elektronischer Form veröffentlicht (vgl. *Lenneis* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG Kommentar, § 8 Rz 14).

Die VO hat ab 1.9.2010 die bisherige vor mehr als 45 Jahren erlassene und daher völlig überalterte RichtsatzVO BGBl 1965/150 ersetzt. Soweit allerdings (bei rückwirkender Antragstellung) Sachverhalte vor dem 1.9.2010 betroffen sind, ist noch die RichtsatzVO anzuwenden, was allenfalls eine zweifache Gutachtenserstellung erforderlich machen kann (für Zeiträume nach dem 1.9.2010 nach den Vorschriften der EinschätzungsVO, für Zeiträume davor nach denen der RichtsatzVO; vgl. *Lenneis* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG Kommentar, § 8 Rz 15).

Die Anlage zur EinschätzungsVO wurde in Zusammenarbeit mit den leitenden Ärztinnen und Ärzten des Bundessozialamtes und ihrer Gutachterteams unter der Leitung der medizinischen Fachabteilung des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz erstellt. Bei der Ausarbeitung der Einschätzungskriterien haben wissenschaftlich tätige Ärztinnen, Ärzte und erfahrene Gutachterärztinnen und Gutachterärzte mitgearbeitet. Weiters wurden im Zuge der Erarbeitung zu problematischen, strittigen oder divergierenden Ansichten in den Arbeitsgruppen Experten und Expertinnen aus dem universitären Bereich beigezogen. Abschließend wurden Expertisen einzelner Fachgesellschaften eingeholt. Diese Vorgehensweise gewährleistet, dass sowohl Erkenntnisse der wissenschaftlichen Lehrmeinung als auch praktische Erfahrung der medizinischen Begutachtung in das Einschätzungsinstrument eingeflossen sind (ErläutRV NR: XXIV. GP RV 770; vgl. *Lenneis* in *Csaszar/Lenneis/Wanke*, FLAG Kommentar, § 8 Rz 15).

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.

Festzuhalten ist, dass nachweislich und aktenkundig unter Beachtung der Normvorschrift des § 8 Abs. 6 FLAG über Auftrag des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen zwei Mal von verschiedenen ärztlichen Sachverständigen ein Gutachten erstellt worden ist. Zwei Sachverständige stellten einen Grad der Behinderung von jeweils 40 v.H. und keine dauernde Erwerbsunfähigkeit fest.

In beiden Gutachten wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Einschätzung nach der neuen Einschätzungsverordnung erfolgte. Aufgrund der im konkreten Fall anzuwendenden neuen Rechtslage ergibt sich ein Grad der Behinderung von 40 v.H..

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat ein ärztliches Zeugnis betreffend das Vorliegen einer Behinderung im Sinne des FLAG 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 (vgl. VwGH vom 30.06.1994, 92/15/0215, vom 21.02. 2001, 96/14/0139 und vom 27.04.2005, 2003/14/0105).

Aus allen aktenkundigen Unterlagen und insbesondere den Gutachten der ärztlichen Sachverständigen geht für den unabhängigen Finanzsenat klar und schlüssig hervor, dass die Erwerbsminderung nur 40 v.H. beträgt.

Es wurden alle vorgelegten Befunde, so auch die des Krankenhauses Schwarzach, welche die 3 monatigen Kontrolluntersuchungen über die letzten 3 Jahre dokumentieren, im Sachverständigengutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen vom 09.08.2011 berücksichtigt.

Im Sinne des § 167 Abs. 2 Bundesabgabenordnung (BAO) hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

Das Beweisverfahren wird vor allem u.a. beherrscht vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 167).

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung bedeutet, dass alle Beweismittel grundsätzlich gleichwertig sind und es keine Beweisregeln (keine gesetzliche Rangordnung, keine formalen Regeln) gibt. Ausschlaggebend ist der innere Wahrheitsgehalt der Ergebnisse der Beweisaufnahmen.

Nach ständiger Rechtsprechung genügt es, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen Möglichkeiten eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (*Ritz*, BAO-Kommentar, Tz. 2 zu § 166, Tz. 6 und 8 zu § 167 mwN).

Im vorliegenden Fall wird daher in freier Beweiswürdigung (unter Einbeziehung von zwei ärztlichen Gutachten) festgestellt, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 5 FLAG 1967 nicht vorliegen, da der Grad der Behinderung 40 v.H. beträgt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 19. September 2012