



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den SenatA über die Berufung der Bw., vertreten durch Prof. Mag. Dr. Thomas Keppert, Wirtschaftstreuhänder, 1060 Wien, Theobaldgasse 19, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend erhöhte Familienbeihilfe ab 1. März 2006 nach der am 24. Oktober 2006 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Die Berufungswerberin (Bw.) stellte am 12. Mai 2006 für ihren Sohn S., geb. am 8. März 1986, den Antrag auf Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung (ab März 2006).

Über Ersuchen des Finanzamtes wurde der Sohn am 5. Juli 2006 im Bundessozialamt Wien von einem Facharzt für Innere Medizin untersucht und folgendes ärztliche Sachverständigengutachten erstellt:

Anamnese:

Vor einem halben Jahr wurde erstmalig die Diagnose einer Morbus Dühring gestellt, Exantheme an Ellbogen, Schulterblättern und Bauchschmerzen, Glutenunverträglichkeit, Besserung seit Diät, studiert Geige in Wien, gut belastbar, keine Vorerkrankungen.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Diät, Dapson.

Untersuchungsbefund:

189 cm, 76 kg, guter AZ und EZ, keine Hautveränderungen mehr, altersentsprechender Status.

Status psychicus / Entwicklungsstand: unauffällig.

Relevante vorgelegte Befunde:

2006-05-15 Dr.A.. FA FÜR DEMATOLOGIE

Diagnose(n):

Morbus Duhring, Glutenunverträglichkeit

Richtsatzposition: 356 Gdb: 030% ICD: K90.9

Rahmensatzbegründung:

Unterer Rahmensatz, da mit Diät therapierbar.

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

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

erstellt am 2006-07-05 von S.B.

Facharzt für Innere Medizin

zugestimmt am 2006-07-06

Leitender Arzt: F.W.

Das Finanzamt erließ am 10. August 2006 einen Bescheid und wies den Antrag mit folgender Begründung ab:

"Gemäß § 8 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz in der derzeit geltenden Fassung 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 vH betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Obiger Antrag auf Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung wird für die Zeit ab 1.11.2002 abgewiesen, da der Behinderungsgrad Ihres Sohnes S. nur 30 vH beträgt."

Der steuerliche Vertreter der Bw. erhob mit Schriftsatz vom 7. September 2006 fristgerecht Berufung und führte zur Begründung aus:

"S., der Sohn unserer Mandantin, für den sie zum Bezug der Familienbeihilfe berechtigt ist, leidet unter Morbus Duhring. Am 12. Mai 2006 stellte unsere Mandantin daher den Antrag auf erhöhte Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung ihres Sohnes. Dieser Antrag wurde von der belangten Behörde durch den angefochtenen Bescheid abgewiesen, da der gemäß § 8 Abs. 5 FLAG geforderte Behinderungsgrad von 50 % bei ihrem Sohn nicht vorläge.

Der Grad der Behinderung des Sohnes unserer Mandantin wurde mittels eines ärztlichen Sachverständigengutachtens mit 30 % festgestellt. Es wurde dabei der untere Rahmensatz gewählt, da die Erkrankung mit Diät therapierbar sei. Die Diagnose lautete Glutenunverträglichkeit und Morbus Duhring.

Es ist in diesem Zusammenhang auf einen Erlass des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz zu verweisen, demzufolge bei Zöliakie nach dem 18. Lebensjahr nur ein Höchstsatz der Behinderung von 30 % festgestellt werden darf, während bei einer Diagnose vor dem 18. Lebensjahr noch eine Behinderung von 50 % festgestellt werden soll. Es handelt sich bei diesem Erlass um die Richtlinie zur Anwendung der Richtsatzverordnung zu § 7 KOVG.

Da die Behandlung von Morbus Duhring mit der Behandlung von Zöliakie ident ist, wurde dieser Erlass offenbar analog angewandt und erfolgte die Feststellung des Grades der Behinderung des Sohnes unserer Mandantin auf Grund dieses Erlasses. Es ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass Morbus Duhring – genau wie Zöliakie – durch Halten einer äußerst kostenintensiven Diät behandelt wird. Die Kosten für diese Diät werden von unserer Mandantin für ihren Sohn getragen.

Aus obigen Ausführungen ist erkennbar, dass Personen, die an Glutenunverträglichkeit leiden, bis zum 18. Lebensjahr mit einem 50%igen Grad der Behinderung eingestuft werden und deren Eltern bzw sie selbst daher in den Genuss der erhöhten Familienbeihilfe kommen. Die Abstimmung des oben angeführten Erlasses auf das Alter des Kindes für die Höhe des Grades der Behinderung führt daher zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung bei der Gewährung der Familienbeihilfe. Dieser Erlass ist daher gleichheitswidrig, da dadurch Eltern, die ihren Kindern eine Ausbildung bieten und daher zu Recht länger die Familienbeihilfe beziehen, sachlich ungerechtfertigt benachteiligt werden.

Es wird daher die Feststellung des ärztlichen Sachverständigengutachtens, dass der Grad der Behinderung 30 % beträgt, bestritten, da diese Feststellung auf einem verfassungswidrigen Erlass beruht.

Es wurde von der belangten Behörde richtig ausgeführt, dass die erhöhte Familienbeihilfe nicht gewährt wurde, da der gemäß § 8 Abs. 5 FLAG geforderte Grad der Behinderung von 50 % nicht gegeben ist. Es ist aber festzustellen, dass die Abstellung auf den medizinischen Grad der Behinderung des § 8 Abs. 5 FLAG sachlich nicht gerechtfertigt ist, da der Grad der Behinderung keinen endgültigen Maßstab für die entstehende finanzielle Mehrbelastung darstellt. Dadurch kommt es im vorliegenden Fall zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung. § 8 Abs. 5 FLAG ist daher ebenfalls gleichheitswidrig.

Die Bestimmung des § 8 Abs. 5 FLAG ist somit verfassungswidrig und damit nicht anzuwenden.

Es ist im vorliegenden Fall erkennbar, dass die Krankheit des Sohnes für die Eltern eine deutliche finanzielle Mehrbelastung bedeuten. Die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe ist daher sachgerecht und aus diesem Grund zu gewähren..."

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

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

Gemäß § 8 Abs 4 FLAG erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind.

Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß § 8 Abs 5 FLAG, 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 das 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 anspruchswerbenden 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 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.

Gemäß § 8 Abs. 5 FLAG hat die Feststellung des Grades der Behinderung zwingend auf Grund der Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965, BGBl 150/1965 zu erfolgen, die unter Abschnitt III d) Magen und Darmtrakt: Darmerkrankungen mit Ausnahme der Tuberkulose: 356. Chronische Gastroenterocolitis (Achylie, Dyspepsie), schlechte Ausnützung der Kost 30 – 40 % MdE ausweist.

Es wurde somit nach durchgeführter Untersuchung des Kindes durch eine Fachärztin für Innere Medizin der Grad der Behinderung mit 30 vH festgestellt.

Die Berufung bestreitet in keiner Weise die Einreihung der Behinderung unter die Richtsatzposition 356 der zitierten Verordnung. Sie bringt aber vor, dass gemäß eines Erlasses des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz nach dem 18. Lebensjahr nur ein Höchstsatz der Behinderung von 30 % festgestellt werden dürfe.

Der Berufungsbehörde ist ein derartiger Erlass – an den sie im Übrigen auch nicht gebunden wäre – nicht bekannt. Sie hatte vielmehr die einschlägigen Gesetzesstellen sowie die Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9.6.1965, BGBl. Nr. 150, anzuwenden, wobei die Beurteilung einer etwaigen Verfassungswidrigkeit nicht in ihren Kompetenzbereich fällt, und dabei zu überprüfen, ob das erstellte Gutachten als schlüssig angesehen werden kann.

Dies konnte nach dem oben Gesagten als gegeben angenommen werden. Es kamen im gesamten Verfahren keinerlei Umstände hervor, die an einer Einreihung unter die Richtsatzposition 356 der bindend heranzuziehenden Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9.6.1965, BGBl. Nr. 150, hätten zweifeln lassen. Ein Behinderungsgrad von zumindest 50 v.H. würde überdies eine Subsumtion unter die Richtsatzposition 357 bedingen, die Darmerkrankungen mit schweren anatomischen Veränderungen voraussetzt. Dass ein

derartiges Krankheitsbild vorliegt, kann aus der gesamten Aktenlage nicht entnommen werden und wurde auch von der Bw. nicht vorgebracht.

Da somit der Grad der Behinderung zwingend jedenfalls unter 50 v.H. liegt, war die Berufung abzuweisen.

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 (oder pauschalen) Mehraufwendungen im Rahmen der Arbeitnehmer- bzw. Einkommensteuerveranlagung als außergewöhnliche Belastung ohne Abzug eines Selbstbehaltes zu berücksichtigen. Damit wird auch der in der Berufung angeführten deutlichen finanziellen Mehrbelastung Rechnung getragen.

Wien, am 25. Oktober 2006