



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Senat 5

GZ. RV/0841-W/10

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg betreffend erhöhte Familienbeihilfe ab 1.

Dezember 2008 entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird insoweit abgeändert, als der Antrag auf Gewährung von erhöhter Familienbeihilfe für den Zeitraum Dezember 2008 bis August 2009 zurückgewiesen wird.

Im Übrigen – also für den Zeitraum ab September 2009 – wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) bezog für ihren sich noch in Schulausbildung befindlichen Sohn M., geb. 1990, bis August 2009 erhöhte Familienbeihilfe.

Mit Bescheid vom 12. August 2009 forderte das Finanzamt von der Bw. für den Zeitraum Dezember 2008 bis August 2009 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge unter Bezug auf das ärztliche Sachverständigengutachten vom 27. Juli 2009 (Behinderungsgrad 30 %) zurück.

Der Bescheid ist in Rechtskraft erwachsen.

Im November 2009 stellte die Bw. neuerlich einen Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe, dies rückwirkend ab Dezember 2008.

Im Zuge des Antragsverfahrens wurde folgendes Gutachten erstellt:

Betr.: W. M.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2009-12-09 08:35 Ordination

Identität nachgewiesen durch: Reisepass

Anamnese:

Bekannter DM Typ I seit 2006, Insulintherapie nach dem Basis-Bolus-Konzept, 4 5 BZ-Selbstmessungen/Tag; nach Angaben der Mutter besteht bei dem AW seit dem 8. LJ eine Rheumaerkrankung, bis zum 17. LJ wurde er im Preyer'schen KSP bei Dr. P. betreut. Seit dem 18. LJ beim Praktischen Arzt. Rheumamedik. werden seit Jahren eingenommen. Befunde werden bei der Begutachtung nicht vorgelegt.

Der Präparatname der früher eingenommenen Medik. ist nicht rememberbar.

Gelenksschmerzen betreffen aktuell Ellbogen-, Hand-, Finger-, Knie- und Sprunggelenke. Derzeit wird ein orales NSAR-Präparat b.B. eingenommen.

Aktuell Besuch der Maturaklasse einer AHS.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Insulatard 5-0-6 E, Novorapid 1E/WBE; Deflamat 100mg n.B.

Untersuchungsbefund:

guter AEZ, 174 cm, 80 kg, RR: 120/80, sonorer KS, reines VA, keine Herzgeräusche, regulärer abdominaler Tastbefund, aktuell kein Hinweis auf entzündliche Gelenksveränderungen oder Bewegungseinschränkung der Gelenke an den OE oder UE.

Status psychicus / Entwicklungsstand: unauffällig

Relevante vorgelegte Befunde: keine

Diagnose(n): Insulinpflichtiger Diabetes mellitus

Richtsatzposition: 383 Gdb: 030% ICD: E14.-

Rahmensatzbegründung:

1 Stufe über dem unteren Rahmensatz, da Selbstmessung und -einstellung.

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

Eine einstufigswürdige Gelenkserkrankung konnte nicht objektiviert werden.

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

erstellt am 2009-12-14 von R.

Facharzt für Innere Medizin

zugestimmt am 2009-12-15

Leitender Arzt: F.

Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 16. Dezember 2009 den Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe ab Dezember 2008 unter Verweis auf die Bestimmung des § 8 Abs. 5 FLAG ab.

Die Bw. erhob gegen den Bescheid mit folgender Begründung fristgerecht Berufung:

„Mein Sohn ... wurde bereits im Jahr 2006 von Herrn Dr. R. (Bundesamt für Soziales) untersucht. Im Rahmen dieser Untersuchung stellte Dr. R. den Gesamtgrad der Behinderung in dem Ausmaß fest, dass die erhöhte Familienbeihilfe bewilligt wurde. Mein Sohn M W. wurde seit dem 8. Lebensjahr im Prey. Kinderspital von Frau Dr. P. wegen seiner Rheumaerkrankung behandelt. Im Juni 2009 wurde M zu einer erneuten Untersuchung eingeladen. Bei dieser Untersuchung wurde M von Dr. R. mit dem Stethoskop an der Brust abgehört. Während dieser Untersuchung trug mein Sohn zwei Pullover. Damit schien die gesamte Untersuchung beendet zu sein. Erst auf meinen ausdrücklichen Hinweis, dass M unter Rheuma leidet, schaute der Arzt die Finger- und Handgelenke an. Die Fuß- und Kniegelenke wurden vom Arzt nicht angesehen. Auf die Frage des Arztes, wie oft er an diesen Schmerzen leidet, antwortete mein Sohn, dass dies nicht immer gleich sei, doch ca. ein- bis zweimal pro Monat muss er seine Finger mit einem Fixverband zusammenbinden, um die Schmerzen überhaupt ertragen zu können. Gleichzeitig nimmt er das Präparat Deflamat. Daraufhin war die Untersuchung beendet. Im November 2009 erhielt ich eine Zahlungsaufforderung des Finanzamtes. Zeitgleich erhielt mein Chef Dr. Y. die Zahlungsaufforderung wegen meiner Gehaltspfändung. Im Gespräch mit einer Beamtin des Finanzamtes konnte geklärt werden, dass ich diverse Schreiben des Finanzamtes nicht erhalten habe. Auch die Finanzbeamtin konnte nicht nachvollziehen, warum der Arzt rückwirkend zur Erkenntnis kam,

dass mein Sohn plötzlich wieder gesünder sein sollte. Mit ihrer Unterstützung fand ein neuerlicher Termin beim Bundessozialamt statt. Bei dieser wieder sehr oberflächlichen Untersuchung war Herr Dr. R. ungehalten. Er teilte uns mit, dass er mit uns nicht reden müsse, weil alles, was er getan habe, seine Richtigkeit habe. Tatsächlich hat sich der gesundheitliche Zustand meines Sohnes seit Jahren nicht verbessert und ist derzeit bei Dr. I. H. in Behandlung. Beweis: Ärztliche Bestätigung vom 13.1.2010 Mein Sohn ist nach wie vor Schüler und ich trage sämtliche Kosten.

Berufungsgründe: Herr Dr. R. hat weder bei der Untersuchung im Juni 2009 noch im Dezember 2009 Befunde betreffend die Rheumaerkrankung meines Sohnes angefordert. Vielmehr hat er einzig und allein flüchtig die Finger- und Handgelenke meines Sohnes angesehen. Die Fuß- und Kniegelenke hat er sich gar nicht angesehen. Fakt ist, dass er nur feststellen konnte, dass an diesem Tag kein "Rheumaschub" an Finger- und Handgelenken zu erkennen war. Bei den Fuß- und Kniegelenken hat er nicht einmal diese Feststellung vorgenommen. Für eine entsprechende medizinische Gesamtbeurteilung meines Sohnes M hätte er jedenfalls die ärztlichen Unterlagen aus dem Zeitraum ab Dezember 2008 anfordern müssen und darüber hinaus auch noch die Fuß- und Kniegelenke überprüfen. Ich weise nochmals daraufhin, dass eine einmalige medizinische Untersuchung der Gelenke lediglich eine "Momentaufnahme" darstellt und keinesfalls Auskunft über die mittlerweile 11 Jahre andauernde schmerzhafteste Erkrankung gibt. Dazu müsste eine längerfristige Beobachtung stattfinden oder wenigstens sollten die diesbezüglichen Befunde des Arztes Dr. H. angefordert werden (siehe Beilage). Die rheumatischen Beschwerden treten ein- bis zweimal pro Monat schubartig auf, sodass Dr. R. aufgrund der Informationen meines Sohnes nach Behandlungsbefunden hätte fragen müssen, um gesamthaft zu beurteilen, ob sich das Rheuma wirklich derart gebessert hat, dass eine einstufungswürdige Gelenkerkrankung nicht mehr vorliegt. Das flüchtige "Beschauen" einiger möglicherweise betroffener Gelenke kann jedenfalls kaum ausreichen, um die Feststellung zu treffen, dass das Einstufungsrelevanz des Rheumas meines Sohnes vor allem auch rückwirkend bis Dezember 2008 nicht mehr gegeben sei."

Die Bw. legte der Berufung noch eine ärztliche Bestätigung von Dr. I. H., Arzt für Allgemeinmedizin, vom 13. Jänner 2010 bei, nach der der Sohn der Bw. seit 2006 wegen der Erkrankung an Diabetes mellitus und seropos. Rheumatismus in Behandlung stehe.

Das Finanzamt ersuchte das Bundessozialamt in der Folge um Erstellung eines weiteren Gutachtens und legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Betr.: W. M.

Vers.Nr.: 1234

Untersuchung am: 2010-02-24 08:00 Ordination

Identität nachgewiesen durch: Führerschein

Anamnese:

Diabetes mellitus seit 06-6 nach einem Schock, weil der Vater in Haft genommen worden war. letzter NBZ 157 mg%, letzter HbA1c 8,4 im Nov. 09, Insulintherapie nach dem Basis Bolus Konzept. Wenn er krank sei, ziehe sich diese mehr als üblich. Hypos mit Schwindel noch nie. 98 im 8. LJ

Rheumaerkrankung mit Gelenkschmerzen der Finger, Knie und Füße. Es kommen immer wieder Schübe von Schmerzen. Wenn es schlimm sei, nehme er dann Deflamat und mache provisorisch eine Schiene aus Tesaplast. Das dauert maximal eine Woche. ER sei im Maturajahr im Lycee, anschließend wolle er gerne studieren und wolle im Katastrophenschutz als Berater arbeiten. Er komme, weil der Prozentsatz herabgesetzt worden sei mit Rückdatierung. Die dzt. alleinerziehende Mutter (mit noch 3 minderjährigen Kindern) habe große finanzielle Schwierigkeiten.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Actrapid, Insulatard Deflamat bei Bedarf
Untersuchungsbefund:

19 jähriger AW in gutem athletischem AEZ 1,73 m 79 kg RR 1 20/80 Caput: HNAP frei, Rachen bland, Lichtreaktion unauffällig Collum: Halsorgane unauffällig Thorax: symmetrisch, Cor HT rein, rhythmisch, n.f. Pulmo: VA, sonorer KS Abdomen: BD im TN, Hepar am RB, keine pathologischen Resistenzen tastbar WS: im Lot, FBA; 15 cm, altersentsprechend frei beweglich Extremitäten: keine Ödeme, altersentsprechend frei beweglich, leichte Schwellung des re. Zeigefingerrundgelenks mit leichter Einschränkung. Haut: unauffällig. Gang: unauffällig

Status psychicus / Entwicklungsstand: unauffällig

Relevante vorgelegte Befunde:

2010-02-10 LABOR Dr. E.

ASO titer 206 (norm bis 200)

2010-01-13 Dr. H. PA

seit 06 in Behandlung mit Diabetes mell und seropos. Rheumatismus, der mit Bedarfsmedikation Deflamat 75 mg bei akuten Schmerzschüben behandelt wird.

2008-10-29 AKH DIABETESAMBULANZ

Diab . mell I, Fraktur des Mittelhandknochen rechts vor einigen Wochen, fragliche PCP

2009-12-09 FLAG Dr. X.

Diab. mell 30% DZ

2009-06-24 FLAG Dr. X.

insulinpfl. Diabetes 30% DZ

2006-08-09 FLAG Dr. S.

Diabetes 50% befristet

Diagnose(n): insulinpflichtiger Diabetes mellitus

Richtsatzposition: 383 Gdb: 030% ICD: E14.0

Rahmensatzbegründung:

mittlerer Rahmensatz, da Selbstmessung und Selbsteinstellung ohne maßgebliche Sekundärschäden Gesamtgrad der Behinderung: 30 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Gegenüber dem Vorgutachten keine Änderung. Nach Vollendung des 18. Lebensjahres 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 kommt es daher bei komplikationsfreiem Krankheitsverlauf zu einer Herabsetzung des GdB auf 30%

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

erstellt am 2010-02-24 von W.A.

Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2010-02-25

Leitender Arzt: F.

Dieses Gutachten wurde der Bw. nachweislich zur Kenntnis und allfälligen Stellungnahme übermittelt. Sie gab weder innerhalb der gesetzten Frist noch bis zum Tag dieser Berufungsentscheidung eine Äußerung ab.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Zeitraum Dezember 2008 bis August 2009

Wie im Sachverhaltsteil festgehalten, hat das Finanzamt mit (rechtskräftigem) Bescheid vom 12. August 2009 für den obigen Zeitraum Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge rückgefordert. Einer neuerlichen Entscheidung über den selben Zeitraum steht somit das Hindernis der entschiedenen Sache entgegen. Der Antrag war daher insoweit zurückzuweisen.

2. Zeitraum September 2009

Unstrittig ist, dass sich der Sohn der Bw. noch in Berufsausbildung befindet und daher gemäß § 2 Abs. 1 lit. b FLAG der Grundbetrag an Familienbeihilfe zusteht.

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 Kriegsopferversorgungsgesetzes 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.

Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind die Vorschriften der §§ 7 und 9 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 anzuwenden.

Der Grad der Behinderung oder die voraussichtliche dauernde Erwerbsunfähigkeit muss ab 1. Jänner 2003 gemäß § 8 Abs. 6 FLAG durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen aufgrund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachgewiesen werden. Eine andere Form der Beweisführung ist nicht zugelassen.

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.

Im vorliegenden Fall wurden die Untersuchungen von zwei verschiedenen Ärzten (Facharzt für Innere Medizin und Arzt für Allgemeinmedizin) durchgeführt. Bei der ersten Untersuchung am 9. Dezember 2009 wurden dem Sachverständigen im Bundessozialamt von der Bw. keinerlei Unterlagen vorgelegt.

Erst bei der zweiten Untersuchung durch Dr. A.W. legte die Bw. Unterlagen (siehe Gutachten vom 25. Februar 2010 im Sachverhaltsteil) vor.

2.1 Diabetes

Beide Ärzte reihten die Erkrankungen von M. an Diabetes mellitus unter die Richtsatzposition 383 ein, setzten den Behinderungsgrad mit 30 v.H. fest und bescheinigten keine dauernde Erwerbsunfähigkeit.

Die nach der bestehenden Rechtslage maßgebende Richtsatzverordnung gibt zu Diabetes Mellitus vor:

Richtsatzposition	Text	Minderung der Erwerbsfähigkeit in %
382	Ausgleich bei mäßiger Einschränkung der Kohlehydratzufuhr und gutem Ernährungszustand	0 - 10
383	Ausgleich bei stärkerer Kostbeschränkung oder ständig notwendiger Tabletten- bzw. geringer bis mittlerer Insulinmedikation	20 - 40
384	Ausgleich bei starker Kostbeschränkung oder ständiger Notwendigkeit mittlerer Insulinmedikation, herabgesetztem Ernährungszustand und sehr labiler Stoffwechsellage	50 - 60
385	Bei hohem Insulinbedarf, Neigung zu schwerer Acidose, sonstigen Komplikationen und schlechtem Allgemeinzustand	70 - 100

Des Weiteren gibt es „ministerielle Richtlinien“ (Einschätzungsrichtlinien in Ergänzung zur Richtsatzverordnung), die im maßgeblichen Bereich lauten:

„Diabetes mellitus bei Ausgleich durch orale Antidiabetika oder Insulingaben	III / h / 383	20% - 40%
Wahl des Rahmensatzes ist abhängig vom Erfolg des Therapiemanagements.		
Diabetes mellitus bis zum vollendeten 18. Lebensjahr	III / h / 384	50% - 60%
Bis zur Pubertät kommt es bedingt durch den jugendlichen Stoffwechsel gehäuft zu Instabilitäten und besonders rasch eintretenden Blutzuckerschwankungen. In der Pubertät bis zum vollendeten 18. Lebensjahr liegt eine instabile Stoffwechsellage durch die generelle Hormonumstellung vor. Während der Pubertät liegt zusätzlich eine eingeschränkte Compliance vor. Ein selbstständiges Behandlungsregime ist ab dem 18. Lebensjahr gewährleistet.		

Erläuternd wird ausgeführt:

Mit Erreichen des Erwachsenenalters ist eine ausreichende Krankheitsakzeptanz und Eigenkompetenz anzunehmen. Eine selbstständige 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 bei Diabetes unter 50 % auszugehen.“

In den der österreichischen Richtsatzverordnung vergleichbaren "Anhaltspunkten für die ärztliche Gutachtertätigkeit im sozialen Entschädigungsrecht und nach dem Schwerbehindertenrecht - 2004" der Bundesrepublik Deutschland ist unter der Position 26.15 zu Störungen des Stoffwechsels und der inneren Sekretion zunächst allgemein ausgeführt:

Der GdB / MdE - Grad bei Störungen des Stoffwechsels und der inneren Sekretion ist von den Auswirkungen dieser Störungen abhängig.

Zu Diabetes mellitus vom Typ 1 ist ausgeführt:

durch Diät und alleinige Insulinbehandlung	
gut einstellbar	40 %
schwer einstellbar (häufig bei Kindern), auch gelegentliche, ausgeprägte Hypoglykämien	50 %

Beim Sohn der Bw. besteht nach der Aktenlage seit dem Jahr 2006 ein Diabetes Mellitus vom Typ 1. Es besteht eine Selbstmessung und Selbsteinstellung und keine Sekundärschäden.

Festgehalten wird noch einmal, dass der Grad der Behinderung nach der Richtsatzposition 383 höchstens 20 bis 40 v.H. beträgt und die Sachverständigen hieran gebunden sind. Schon daraus folgt, dass der Behinderungsgrad des Sohnes der Bw. jedenfalls unter 50% gelegen ist.

2.2 Rheuma

Dr. R. hielt bezüglich der Gelenkserkrankung von M. in seinem Gutachten vom 15. Dezember 2009, das auf Grund des neuerlichen Antrages der Bw. auf erhöhte Familienbeihilfe erstellt wurde, Folgendes fest: *„Eine einstufigswürdige Gelenkserkrankung konnte nicht objektiviert werden.“*

Im Gutachten vom 25. Februar 2010, das im Zuge des Berufungsverfahrens erstellt wurde, hielt Dr. A.W. in der Anamnese bezüglich der Rheumaerkrankung von M. fest, dass dieser bei akuten Schmerzschüben Deflamat nehme und sich eine Schiene aus Tesaplast mache.

Auch Dr. W nahm bezüglich der Rheumaerkrankung keine Änderung zum Vorgutachten vor, wobei zu ergänzen ist, dass diesbezüglich von der Bw. keinerlei Befunde vorgelegt worden sind.

3. Rechtlich folgt daraus:

Die ärztliche Bescheinigung bildet jedenfalls die Grundlage für die Entscheidung, ob die erhöhte Familienbeihilfe zusteht. Eine andere Form der Beweisführung ist nicht zugelassen (vgl. VfGH 21.2.2001, 96/14/0139). Der Gesetzgeber hat somit die Frage des Grades der Behinderung der eigenständigen Beurteilung der Familienbeihilfenbehörden entzogen und dafür ein qualifiziertes Nachweisverfahren eingeführt, bei dem eine für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution eingeschaltet wird und der ärztliche Sachverstand die ausschlaggebende Rolle spielt (sh. VfGH 10.12.2007, B 700/07).

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 Sachverständigengutachten entsprechen diesen Voraussetzungen. Unter Berücksichtigung der schlüssigen Sachverständigengutachten kann daher im Rahmen der freien Beweiswürdigung angenommen werden, dass die Einstufung des Grades der Behinderung mit 30 vH mit größter Wahrscheinlichkeit den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Es sind somit die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug des Erhöhungsbeitrages zur Familienbeihilfe ab September 2009 nicht gegeben.

Wien, am 11. Juni 2010