



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des GS, vom 28. April 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Klagenfurt vom 4. April 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe für das Kind DOS, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Für die Tochter des Berufungswerbers, DS geb. xx, wurde ab Feber 2003 erhöhte Familienbeihilfe wegen des Leidens der Zöliakie (50 vH lt. Bescheinigung des Bundessozialamtes) bezogen.

Im Zuge der Überprüfung des Anspruches auf erhöhte Familienbeihilfe wurde die Tochter des Bw. von einem ärztlichen Sachverständigen des Bundessozialamtes untersucht. Dabei wurde folgendes Sachverständigengutachten erstellt:

Betr.: Sch. D. , Vers.Nr.: 1.

Untersuchung am: 2006-01-20 14:15 Ordination

Identität nachgewiesen durch: Vater

Anamnese:

Im Feber 2003 wurde eine Zöliakie diagnostiziert, seither striktes Einhalten der gliadinfreien Diät, hat deswegen auch keine Beschwerden.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Gliadin freie Ernährung

Untersuchungsbefund:

18 jährige Frau in gutem AEZ 168cm/68kg, keine Dysmorphiezeichen, keine Infektzeichen, Sensorium frei, HSH gut durchblutet, keine Schluck-oder Sprachstörung, Cor und Pulmo auskultatorisch unauffällig, RR 110/70,Hf 68, Abdomen: BD weich, im THN, Leber und Milz nicht tastbar, keine Resistenzen kein Druckschmerz, unauffällige Peristaltik, Bruckpforten geschlossen, NL frei; OE und UE frei beweglich, DSM oB, WS gerade und frei beweglich, gerades harmonisches Gangbild, Hautzustand unauffällig.

Status psychicus/Entwicklungsstand:

unauffällig, besucht 4. Kl. H.

Relevante vorgelegte Befunde:

2006-01-17 LABOR P.

EMA neg. Gliadin AK neg.t-Transglutaminase negativ

Diagnose(n):

Zöliakie

Richtsatzposition: 355 Gdb: 020% ICD: K90.0

Rahmensatzbegründung:

Oberer RS, unter Diät keine entzündlichen Darmveränderungen, eine Überwachung der Diätvorschriften ab dem 18.Lj nicht mehr erforderlich, daher ist keine höhere Einschätzung mehr möglich.

Gesamtgrad der Behinderung: 20 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Eine Nachuntersuchung ist nicht erforderlich - Dauerzustand.

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

erstellt am 2006-01-27 von B.K., Arzt für Allgemeinmedizin.

nicht zugestimmt am 2006-01-27 Leitender Arzt: A.G.

Änderung des Gutachtens durch den leitenden Arzt:

Diagnose(n): Zöliakie

Richtsatzposition: 355 Gdb: 020 % ICD: K90.0

Rahmensatzbegründung:

Oberer RS, unter Diät keine entzündlichen Darmveränderungen, eine Überwachung der Diätvorschriften ab dem 18. Lj. nicht mehr erforderlich, daher keine höhere Einschätzung mehr möglich.

Zöliakie

Richtsatzposition: 355 Gdb: 020 % ICD: 90.0

Rahmensatzbegründung: Einschätzung ist korrekt

Gesamtgrad der Behinderung: 20 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Die Untersuchte ist voraussichtlich nicht dauernd außerstande sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

erstellt am 2006-01-27 von A.G., leitender Arzt, Einschätzung ist korrekt – normale Erwerbsfähigkeit ist gegeben."

Am 4. April 2006 erließ das Finanzamt – basierend auf dem angeführten Gutachten – den Abweisungsbescheid. Unter Bezugnahme auf § 8 Abs. 5 FLAG 1967 ist bei einem Grad der Behinderung von 20 v H ein Anspruch auf Familienbeihilfe ab April 2006 nicht mehr gegeben.

Aktenkundig ist ein Schriftsatz des Amtes der L., Abteilung Behindertenservice. Demzufolge werde ein Antrag auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Personenkreis der begünstigten Behinderten gemäß § 2 und 14 des Behinderteneinstellungsgesetzes gestellt. Dieses Verfahren wurde idF nicht weiter betrieben.

Gegen den Abweisungsbescheid wurde am 28. April 2006 Berufung eingebracht. Der Bw. sprach sich gegen das ärztliche Gutachten aus und ersuchte um nochmalige Beurteilung. Im Einzelnen führte er folgendes aus:

1. Inhaltliche Fehler des Sachverständigengutachtens: Bei dem Erstellen des Gutachtens war die Mutter anwesend, Gewichtsangabe entspricht nicht dem gewogenen Gewicht. Hautzustand ist nicht unauffällig – Gutachten Psoriasis vulgaris liegt auf. Die Beurteilung „voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen“, ist nicht begründet und dem wurde bereits nicht zugestimmt.
2. Beantrage neue Festsetzung des Gesamtgrades der Behinderung durch einen zöliakieerfahrenen Facharzt, da die 20 % ausschließlich aufgrund „unter Diät keine entzündlichen Darmveränderungen“ festgesetzt wurde. Weitere Auswirkungen der Zöliakie, sowie die Psoriasis etc. wurden nicht einberechnet.
3. Einspruch gegen die Beurteilung, dass mit dem 18 Lj eine Überwachung der Diätvorschriften nicht mehr erforderlich ist. Diese Beurteilung wurde nicht begründet und ist nicht erklärbar, da die Praxis das Gegenteil aufzeigt.
4. Zwischen März 2006 (Bezug der erhöhten Familienbeihilfe) und April 2006 (Ablehnung der erhöhten Familienbeihilfe, jedoch Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für DS) hat es keine Veränderungen in irgendeiner Weise gegeben.“

Das Finanzamt holte idF ein weiteres ärztliches Sachverständigengutachten ein. Darin heißt es:

Betr.: Sch. D. K., Vers.Nr.: 1

Untersuchung am: 2006-06-02, 07:30 Ordination.

Identität nachgewiesen durch: R..

Anamnese:

Im Feber 2003 wurde eine Zöliakie diagnostiziert, seither striktes Einhalten der gliadinfreien Diät, Unverträglichkeit von Milch und scharfen Gewürzen. Kein Gewichtsverlust, gelegentlich Bauchschmerzen, sämtliche AK wie EMA, Gliadin AK.t-Transglutaminase negativ m 17.01.2006.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

gliadinfreie Ernährung

Untersuchungsbefund:

18 Jahre 8 Monate alte Frau, in gutem AEZ 170 cm/66kg, keine Dysmorphiezeichen, keine Infektzeichen, Sensorium frei, HSH gut durchblutet, keine Schluck- oder Sprachstörung, Cor und Pulmo auskultatorisch unauffällig, RR 110/70, Hf 68, Abdomen: BD weich, im THN, Leber und Milz nicht tastbar, keine Resistenzen kein Druckschmerz, unauffällige Peristaltik, Bruckpforten geschlossen, NL frei; OE und UE frei beweglich, DSM oB, WS gerade und frei beweglich, gerades harmonisches Gangbild, Hautzustand Psoriasisherde über beiden Ellbogen dorsal.

Status psychicus/Entwicklungsstand:

unauffällig

Relevante vorgelegte Befunde:

keine

Diagnose(n):

Zöliakie

Richtsatzposition: 355 Gdb: 020% ICD: K90.0

Rahmensatzbegründung:

Oberer RS, unter Diät keine AK nachweisbar, eine Überwachung der Diätvorschriften durch die Eltern ab dem 18.Lj nicht mehr erforderlich, daher ist keine höhere Einschätzung mehr möglich.

Gesamtgrad der Behinderung: 20 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Eine Diät ist zumutbar und ergibt keine MdE von 50% da keine gravierenden org. Schäden vorliegen.

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

erstellt am 2006-06-02 von S.D., Arzt für Allgemeinmedizin

zugestimmt am 2006-06-06, Leitender Arzt: A.G..

Mit Berufungsvorentscheidung vom 7. Juni 2006 wies das Finanzamt – unter Hinweis auf das angeführte ärztliche Gutachten – und den § 8 Abs. 5 FLAG 1967, die Berufung als unbegründet ab.

Gegen die Berufungsvorentscheidung brachte der Bw. am 3. Juli 2006 einen Antrag auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz ein, gleichzeitig beantragte der Bw. eine mündliche Verhandlung vor dem unabhängigen Finanzsenat. Zur Begründung führte der Bw. aus:

"Wie bereits in meiner Berufung ausgeführt, ist es für mich unverständlich, dass ein und derselbe Gutachter (Dr. K.B.) am 17. März 2003 die Behinderung meiner Tochter D. nach der Richtsatzposition 357 mit 50 % bei eindeutig nachgewiesener Zöliakie für voraussichtlich mehr als drei Jahre festgesetzt hat und am 27. Jänner 2006 nur mehr 20 % Behinderung attestiert, obwohl sich an der Tatsache, dass eindeutig nachgewiesene Zöliakie besteht, nichts geändert hat.

Der Gutachter kommt zum Schluss, dass eine Überwachung der Diätvorschriften ab dem 18. Lebensjahr nicht mehr erforderlich ist und somit keine höhere Einschätzung möglich sei. Dem ist entgegen zu halten, dass es wohl nicht darauf ankommen kann, ob eine Diät von einem Elternteil überwacht wird, sondern lediglich darauf, ob sie tatsächlich eingehalten werden muss oder nicht.

Die scheinbare Besserung im Gesundheitszustand meiner Tochter hängt ausschließlich damit zusammen, dass sie die ihr vorgeschriebene Diät einhält. Nur aus diesem Grund hat sich der Darm erholt. Das Finanzamt geht scheinbar davon aus, dass die erhöhte Familienbeihilfe und der Grad der Behinderung von 50 % oder mehr nur dann gewährt wird, wenn man sich selbst schädigt und die Diät nicht einhält. Diese Ansicht läuft jedoch diametral entgegen gesetzt einem Schreiben des Bundesministeriums für soziale Sicherheit und Generationen vom 15. März 2003, in dem Frau Dr. Wehringer an die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Zöliakie ausführt, dass nur bei negativem Antikörpernachweis (= Beweis, dass die Diät strikt eingehalten wird) eine Einschätzung über 50 % Grad der Behinderung erfolgt. Dies soll den Sinn haben, jene zu belohnen, die sich den schwierigen und kostspieligen Anforderungen eines Lebens mit strenger Diät unterwerfen (Kopie des Schreibens liegt bei).

In einem Gespräch von Frau Deutsch von der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft für Zöliakie mit Ursula Haubner am 24. November 2004 wurde betont, dass es bei zöliakiekranken Kindern keine Änderung bei der erhöhten Familienbeihilfe geben soll und dass auch nach dem 18. Lebensjahr erhöhte Familienbeihilfe gewährt wird (Kopie einer Aussendung von Frau Deutsch liegt bei).

Nun ist es auch so, dass in vielen anderen Fällen in Österreich tatsächlich erhöhte Familienbeihilfe auch nach dem 18. Lebensjahr ausbezahlt wird, nur in W. gibt es in einigen Fällen Probleme damit. Es widerspricht grob dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung

bzw. in diesem Fall der Förderung, wenn in gleichen Sachverhalten derartig unterschiedliche Konsequenzen gezogen werden.

Das Finanzamt schreibt in seiner Begründung zur Berufungsvorentscheidung, dass eine Diät zumutbar sei. Diese Ansicht ist ziemlich grotesk und zynisch, weil meine Tochter gar keine andere Wahl hat, als die Zöliakiediät einzuhalten. Es geht überhaupt nicht darum, ob die Diät zumutbar ist oder nicht: sie muss eingehalten werden, damit man nicht an der Krankheit leidet. Schließt man sich den Folgerungen des Gutachters und des Finanzamtes an, dann müsste meine Tochter die Diät abbrechen, damit die Krankheit wieder voll zum Tragen kommt, sozusagen wieder sichtbar wird und ein Gutachter wieder die Richtsatzposition 357 vergeben kann, die er ursprünglich für voraussichtlich mehr als drei Jahre festgesetzt hat.

Meine Tochter leidet – wie ich schon ausgeführt habe – nicht nur an Zöliakie, sondern hat auch Hautprobleme (Psoriasis) als assoziierte Erkrankung und außerdem auch weitere Lebensmittelunverträglichkeiten gegen Milch, scharfe Speisen, Gewürze und Rohkost; auch diese soll sie meiden. Durch die Zöliakie sind auch die Zähne meiner Tochter in Mitleiden-schaft geraten und sie leidet unter Zahnschmelzdefekten. Schließlich liegt auch eine starke Fehlsichtigkeit vor. Diese Umstände beeinflussen das Gesamtbild der Behinderung meiner Meinung nach wesentlich. Das Beschaffen von Lebensmitteln gestaltet sich vor allem sehr kostspielig. So kostet zum Beispiel ein halbes Kilo Brot für meine Tochter drei Euro und 99 Cent! Ob die Diät dabei zumutbar ist oder nicht ändert nichts am finanziellen Aufwand.

Wenn man die Argumentationslinie des Finanzamtes verfolgt, werden jene Eltern belohnt, die sich das Besorgen der teuren Diät-Lebensmittel (auch finanziell) ersparen und sein Kind an der Krankheit leiden lassen, weil dann eine schwere Darmerkrankung diagnostiziert und erhöhte Familienbeihilfe gewährt wird. Dies ist für mich nicht nachvollziehbar und widerspricht jeglicher Logik. Die erhöhte Familienbeihilfe und auch die Steuerfreibeträge sollen eben jenen Mehraufwand abgelden, der durch die notwendige andere Lebensführung und Ernährung entstehen.

Zöliakie ist eine Dauererkrankung, die nicht heilbar ist. Es gibt auch keine Abstufungen in ihrer Ausprägung. Entweder man hat die Krankheit oder man ist gesund. Daher ist es mir völlig unverständlich, dass ein Gutachter ein und dieselbe Erkrankung einmal mit 50 % und beim nächsten Mal mit 20 % Behinderung beurteilt. Wenn alle zöliakiekranken Menschen ihre Diät einhalten und somit nur mehr zu 20 % behindert sind, wozu hat dann der Steuergesetzgeber einen pauschalierten Freibetrag in der Verordnung zur außergewöhnlichen Belastung im Ausmaß von 70 Euro monatlich festgesetzt, der doch eine mindestens 25 %ige Behinderung voraussetzt?

Ich habe die Einhaltung der Zöliakie-Diät durch negativen Antiköpernachweis (siehe Beilage) nachgewiesen. Der Gesundheitszustand meiner Tochter hat sich in den letzten Jahren weder gebessert noch verschlechtert. Eine Veränderung im Grad der Behinderung von 30 Prozentpunkten kann es nicht gegeben haben. Daher beantrage ich weiterhin erhöhte Familienbeihilfe, ersuche um Gewährung derselben und Aufhebung des Abweisungsbescheides vom 4. April 2006."

Dem Vorlageantrag beigelegt ist ein Befundbericht Dris A., FA für Dermatologie und Venerologie. Darin heißt es:

„Erstvorstellung am 14.04.2006.

Anamnese: seit 2 Jahren bekannte Psoriasis, derzeit mit Elocon-Salbe behandelt. Außerdem besteht als intern. Grundkrankheit eine Zöliakie.

Allerg.: Kontaktsensibilisierung auf Nickel und Duftstoffe.

Klinik: an beiden Ellbogen streckseitig nummuläre gut 3 cm große hyperkeratotische Plaques;

Diagnose: anbehandelte Psoriasis vulgaris vom Plaque-Typ

Therapie: Psorcutan-Beta Creme

Procedere: Verlaufsko. in 2 Wochen"

Weiters liegt dem Vorlageantrag eine Kopie des **Schreibens des Bundesministeriums für Soziale Sicherheit und Generationen, GZ. 41.130/47-8/03 vom 15. März 2003** bei.

Darin heißt es wörtlich:

Betreff: Einschätzung der Zöliakie zum Bezug der erhöhten Familienbeihilfe

Sehr geehrte Frau Hertha Deutsch!

Mit der Novelle zum Familienlastenausgleichsgesetz wurde unter anderem festgelegt, dass als Grundlage zum Bezug der erhöhten Familienbeihilfe das zuständige Finanzamt ein ärztliches Sachverständigengutachten vom Bundessozialamt einzuholen hat. Seit 1.1.2003 werden daher alle erkrankten oder behinderten Anspruchswerber durch ärztliche Sachverständige bei den Landesstellen des Bundessozialamtes begutachtet. Bei der Auswahl der ärztlichen Sachverständigen wird neben der fachlichen Kompetenz auch auf die regionalen Umstände Bedacht genommen, um die Anfahrtswege für die Kinder und ihre Eltern möglichst kurz zu halten. Zur Qualitätssicherung werden die erstellten Gutachten durch die ärztlichen Dienste in den Landesstellen geprüft. Damit wird eine bundesweit einheitliche Begutachtungs- und Einschätzungspraxis angestrebt. Zur Umsetzung und Sicherstellung dieser Einheitlichkeit finden regelmäßige Sitzungen der leitenden Ärzte der Landesstellen unter dem Vorsitz der zuständigen ärztlichen Fachabteilung im BM für soziale Sicherheit und Generationen statt.

Bei der Sitzung am 28.3.2003 wurde auch das Thema „Einschätzung Zöliakie“ behandelt und folgende einheitliche Einschätzungskriterien festgelegt.

Bei Vorlage einer bestätigten Diagnose „Zöliakie“ mittels Dünndarmbiopsiebefund oder Gastroskopiebefund erfolgt eine Einschätzung über 50 % Grad der Behinderung. Abhängig vom Gesamtzustand des Betroffenen kann auch eine höhere Einschätzung zwischen 50 % und 100 % GdB erforderlich sein. Im Alter zwischen 0 und 6 Jahren ist eine Nachuntersuchung in 5 Jahren zwischen dem 6 und 18. Lebensjahr in 3 Jahren vorgesehen. Zur Nachuntersuchung werden die Antragsteller mittels Informationsblatt aufgefordert eine aktuelle Bestätigung – Antikörpernachweis – mitzubringen. Diese sollte nicht älter als 12 Monate sein. Im Falle eines negativen Antikörpernachweises wird weiterhin eine Einschätzung über 50 % Grad der Behinderung erfolgen. Im Falle eines hochpositiven Antikörpernachweises innerhalb der letzten 12 Monate wird der Grad der Behinderung abhängig vom Untersuchungsbefund der Erkrankten ermittelt. Eine vorgesehene Nachuntersuchung in einem Jahr ist mit der neuerlichen Möglichkeit der Bestätigung eines negativen Antikörpernachweises verbunden. Diese Vorgangsweise soll neben einer korrekten medizinisch schlüssigen Einschätzungspraxis auch einen positiven Anreiz setzen und die Prävention, das heißt strikte Einhaltung einer glutenfreien Kost, unterstützen.....Dr. Wehringer“.

Dem Vorlageantrag angeschlossen wurde ferner ein Auszug aus der Zeitschrift „Zöliakie Aktuell - „Erhöhte Familienbeihilfe“ von Hertha Deutsch (Vorsitzende der Österreichischen Arbeitsgemeinschaft). Darin heißt es auszugsweise:

Kurz vor der Sitzung habe ich mich nochmals im Bundesministerium für Soziale Sicherheit und Generationen erkundigt und erfahren, dass nun sogar eine Weisung an die Amtsärzte geplant ist, den Status „erheblich behindert“ bei Zöliakie-Kinder überhaupt nicht mehr zu akzeptieren, auch nicht für die Altersgruppe unter 14 Jahren, da Zöliakie-Kinder durch Diät wieder gesund sind. Aufgrund meiner zahlreichen Argumente und auch wegen dem Schreiben an die Bundesministerin Rauch-Kallat konnte dann doch noch in letzter Minute dieses Vorhaben gestoppt werden und Zöliakie-Kinder werden weiterhin wegen ihrer Diät mit 50 % Behinderung eingestuft und erhalten die erhöhte Familienbeihilfe. Aus Sicht der Ärztlichen Leitung im Bundesministerium für Soziale Sicherheit und Generationen kann allerdings diese Einschätzung nur bis zum 18. Lebensjahr akzeptiert werden, das bei Studenten eine Diätüberwachung von Seiten der Eltern nicht mehr notwendig ist. Man hat Verständnis für die teure Diät, ist jedoch für Diätkostenersatz nicht zuständig.

In meinem Gespräch am 24. November 2004 mit Ursula Haubner, damals noch Staatssekretärin und jetzt Bundesministerin für Soziale Sicherheit und Generationen, konnte ich ihre Unterstützung für unser Anliegen erhalten. Ihre definitive Aussage war, dass von Seiten der Regierung keine Änderung bezüglich der erhöhten Familienbeihilfe vorgesehen ist und auch keine Kürzung betreffend der Dauer. Der Anspruch auf die erhöhte Familienbeihilfe bei Zöliakie besteht so lange wie die Anspruchsberechtigung auf die normale Familienbeihilfe, dh also auch für Studenten.

Zusammenfassung: Wir konnten die Zusicherung von Frau Dr. Wehringer vom Bundessozialministerium für Soziale Sicherheit und Generationen erreichen, dass sich für Kinder bis zum 18. Lebensjahr nichts ändert und diese weiterhin die erhöhte Familienbeihilfe erhalten. Voraussetzung ist sowie bisher die gesicherte Diagnose der Zöliakie und die Bestätigung der Einhaltung der glutenfreien Ernährung durch Vorlage eines negativen Antikörper-Befundes...."

Beigefügt war ferner der Laborbefund für die Tochter des Bw. (inkl. negativen Antikörper-nachweis).

Der unabhängige Finanzsenat übermittelte in der Folge sämtliche Unterlagen des Bw. dem Bundessozialamt mit dem Ersuchen ein weiteres ärztliches Gutachten zu erstellen.

Am 22. Feber 2007 erfolgte eine weitere Untersuchung der Tochter des Bw. durch eine Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde. Das Gutachten hat folgenden Inhalt:

Betr.: DS, Vers. Nr. 1, Untersuchung am 2007-02-22, Ordination.

Anamnese:

Grav 1, Partus 1, Schwangerschaft und Geburt unauffällig, Zahnschmelzdefekt im Volksschulalter, zw. 12. und 13. Lebensjahr Übelkeit, Bauchweh und subfebrile Temperaturen, mit 15. Lebensjahr wurde Zöliakie festgestellt durch Kinderfacharzt; derzeit kein Durchfall, kein Gewichtsverlust eher Zunahme unter entsprechender Diät, weiters Schuppenflechte an den Ellbögen, derzeit Maturaklasse H..

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz):

Diät seit Feber 2003

Untersuchungsbefund:

19 jährige junge Frau, Brillenträgerin, rez, Bauchschmerzen, ansonsten päd.-internistischerseits unauffällig; neurologisch altersentsprechend unauffällig bei Rechtshändigkeit

Status psychicus/Entwicklungsstand:

bewusstseinsklar, allseits orientiert, Ductus cohärent, adäquat affizierbar, freundlich kooperativ

Relevante vorgelegte Befunde:

2003-02-24 S

Zöliakie (EMA pos. und Antigliadin-AK, Histo: partielle Zottenatrophie)

2006-04-14 DA

Psoriasis vulgaris v. Plaque-Typ

Diagnose(n):

Zöliakie

Richtsatzposition: 356 Gdb: 030% ICD: K90.0

Rahmensatzbegründung:

Unter entsprechender Diät Rückbildung der part. Zottenatrophie und leichte Beschwerden

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

chronisches Zustandsbild

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

Gute Integration in Alltag und Schule, Maturaklasse

erstellt am 2007-03-12 von SA., Facharzt für Kinder- und Jugendheilkunde.

zugestimmt am 2007-03-13, Leitender Arzt: A.G..

Das Gutachten wurde dem Bw. am 20. März 2007 zur Stellungnahme übermittelt.

Am 27. April 2007 langte die Stellungnahme des Bw. ein. Darin heißt es:

„1.) Die in meinen Berufungen vom 29.4.2006 und 30.6.2006 angeführten Gründe und Anträge sind aufrecht und werden hier nicht nochmals angeführt.

2.) Ergänzungen zu den vorhergehenden Berufungen:

- a) Einspruch gegen die Rahmensatzbegründung: Auf Grund der Einhaltung der vorgeschriebenen Diät Rückbildung der part. Zottenatrophie und leichte Beschwerden und daher nur mehr 30 %.
Damit wird aber jede Medikation/Diät/Behandlung etc. ad absurdum geführt. Aufgrund der Einhaltung der ärztlichen Behandlung und Anweisungen (bei Zöliakie gibt es ausschließlich die Diät) hat meine Tochter keine schweren Krankheitszeichen mehr. Dies ist der Sinn jeder Behandlung. Die Erkrankung ist dadurch nicht heilbar und die Behinderung bleibt bestehen.
- b) Weiters ist festzuhalten, dass der Grad der Behinderung vom Alter abhängig bestimmt worden ist. Zöliakie verändert sich mit fortschreitendem Alter nicht.
- c) Einspruch erhebe ich bezüglich der Begründung, dass eine Überwachung der Diätvorschrift ab dem 18. Lebensjahr nicht mehr erforderlich ist und daher keine erhöhte Familienbeihilfe mehr gewährt werden kann.
Die erhöhte Familienbeihilfe ist ausschließlich für meine Tochter zu verwenden. Sie ist keine Bezahlung für die zeitlichen Aufwendungen, die wir als Eltern für unsere Tochter leisten, oder für eine Überwachung (dies ist auch vor dem 18. LJ nicht möglich, man kann immer nur die Voraussetzungen für die Einhaltung der Diät schaffen) daher ist obiges Argument keine Begründung für die Einstufung.
- d) Seit 30 Jahren wird bei Zöliakie erhöhte Familienbeihilfe solange ausbezahlt, als Familienbeihilfe zusteht. Im FLAG 1967 ist im Pkt. 08.05 festgehalten, dass die erhöhte Familienbeihilfe solange gewährt wird, als die allgemeine Familienbeihilfe zusteht. Weiters wird dort festgehalten „In jenen Fällen, in denen Art und Umfang der Funktionsbeeinträchtigung eine Änderung ausschließen, ist eine Neufeststellung der erheblichen Behinderung grundsätzlich nicht erforderlich. In dieser Zeit haben sich die Diagnosemöglichkeiten verbessert, die Behandlungsmethode ist aber unverändert, da es keine Medikamentenbehandlung und keine Heilung gibt. Faktum ist, dass der Darmbereich immer eine Schwachstelle bleibt, und sehr empfindlich auf Prüfungs- und Lernstress in der Ausbildung reagiert. Gerade deswegen ist es wichtig, dass auch für die Zeit der Ausbildung eine entsprechende finanzielle Unterstützung gewährt wird, um die Möglichkeit zu haben, Gefahrenquellen für Diätfehler aufgrund oft falscher Auskünfte und Nichtwissen in einer Mensa oder in einem Gasthaus zu vermeiden.
- e) Das Schreiben des Bundesministeriums für Soziale Sicherheit und Generationen vom 15.3.2003 lege ich nochmals bei. An der Gesetzeslage und an der Krankheit hat sich inzwischen nichts verändert.
- f) Die nachgewiesene Schuppenflechte wurde nicht berücksichtigt.

3.) Ich berufe daher gegen das Sachverständigengutachten und beantrage die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe.

Der unabhängige Finanzsenat übermittelte am 30. April 2007 die Eingabe des Bw. dem Bundessozialamt zur Stellungnahme.

In der e-mail vom 7.06.2007 teilte der Leitende Arzt folgendes mit:

„Zöliakie ist eine Erkrankung, die diätetisch vollkommen ausgleichbar ist, also bei Einhalten der Diät keinerlei Behinderung bedingt. In Übereinkunft mit allen Leitenden Ärzten der Landesstellen des Bundessozialamtes und Frau Dr. Wehringer, Leiterin der Sektion IV des BMSK, wurde, da schon immer so gehandhabt, ein Grad der Behinderung bis zum 18. Lebensjahr mit 50 %, bei Einhalten der Diät vereinbart, nach dem 18. Lebensjahr ein Behinderungsgrad von 30 %, damit die Antragsteller zumindest in den Genuss des Freibetrages für die Aufwendungen der Diät kommen.

Da der Behinderungsgrad prinzipiell von der funktionellen Beeinträchtigung im allgemeinen Erwerbsleben abhängig ist, die bei behandelter Zöliakie ja nicht gegeben ist, ist eine höhere Einschätzung als 30 % keinesfalls zu rechtfertigen – diese Einschätzung entspricht z.B. schon der völligen Erblindung eines Auges oder operativen Entfernung eines Magens.“..

Im Schriftsatz vom 18. Juni 2007 wurde die angeführte Stellungnahme dem Bw. zur Kenntnis gebracht.

Nach mehreren Fristverlängerungen und Rücksprachen mit der Arbeitsgruppe Zöliakie, legte der Bw. am 18. Dezember 2007 erneut das Schreiben des Bundesministeriums für Soziale Sicherheit und Generationen vom 15. März 2003, GZ: 41.130/47-8/03 an die österreichische Arbeitsgruppe für Zöliakie, den Auszug „Erhöhte Familienbeihilfe“ aus Zöliakie Aktuell und nachfolgende Stellungnahme vor:

„Bezugnehmend auf die Stellungnahme des Bundessozialamtes ist folgendes zu sagen:

„Aufgrund dieser Stellungnahme haben wir erst erkannt, dass alle Vorladungen zu den Sachverständigen des Bundessozialamtes gänzlich überflüssig waren. Obwohl das Ergebnis bereits fest stand, mussten wir unsere persönliche schwierige Situation, nämlich mit einer lebenslangen, sehr einschränkenden Erkrankung zu Recht zu kommen, vor drei Ärzten ausbreiten.

Nach unserer nunmehrigen Erkenntnis hing das Ergebnis von der gerade aktuellen Weisung ab. Herr Doktor B. schreibt, dass immer schon 30 % ab dem 18. Lebensjahr vergeben wurde. Dem ist zu entgegen zu halten, dass dem Selbsthilfeverein noch im Jahr 2005 doppelte Kinderbeihilfe bei Anspruch auf Kinderbeihilfe zugesagt wurde, dass wir für unsere Tochter noch über das 18. Lebensjahr doppelte Kinderbeihilfe bezogen haben und dass bei den ersten Bescheiden nur 20 % gewährt wurde.

Obwohl wir das Gespräch sowohl mit Mitarbeitern des Finanzamtes als auch dem Bundessozialamt gesucht haben, konnte uns niemand eine zufrieden stellende Antwort auf die Vorgangsweise geben. Die Vorgangsweise der Behörde in dieser Sache ist unverständlich und unzumutbar. Eine über 30 jahrelang geltende Vereinbarung wird einseitig und ersatzlos und wie das Ändern der Prozentsätze beweist, ohne genaue Überlegung gestrichen. Das einzige Argument, dass die Eltern auf die Diät ab dem 18 Lebensjahr ihres Kindes nicht mehr achten brauchen, könnte eventuell für eine Pflegestufe gelten, jedoch kann dieses nicht für den Bezug der Familienbeihilfe herangezogen werden.

Anbei lege ich ein Schreiben von Frau Dr. Wehringer, in dem Sie die Einschätzungskriterien sehr gut beschreibt. Für unsere Tochter D. wurde uns die Familienbeihilfe bis zum 9.9.2009 gewährt. Als Familienbeihilfenbezieher fallen wir in die von Dr. Wehringer beschriebenen Einschätzungskriterien.

Weiters beantrage ich die Berücksichtigung bei der Festsetzung der Grade, dass meine Tochter trotz strikter Einhaltung der Diät noch Darmbeschwerden hat und dadurch weitere Lebensmittel nicht verträgt und der nachgewiesenen Schuppenflechte“.

Am 14. Jänner 2008 hielt die Referentin telefonisch Rücksprache mit der Leitenden Ärztin des Bundessozialamtes hinsichtlich des Leidens Psoriasis. Die leitende Ärztin gab bekannt, dass bei DS das Leiden Psoriasis keinesfalls zu einer Steigerung des eingeschätzten Behinderungsgrades führe. Die Ausprägung hiezu sei viel zu gering.

Die Mutter von DS wurde am selben Tag von der Rücksprache mit der Leitenden Ärztin telefonisch in Kenntnis gesetzt. In der Folge wurde der Antrag auf (mündliche) Verhandlung vor dem unabhängigen Finanzsenat zurückgezogen (vgl. Schreiben vom 23. Jänner 2008).

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 8 Abs. 4 FLAG 1967 erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind.

Als erheblich behindert gilt ein Kind gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967, 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 Behinderungsgrades eines Kindes, für welches 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, vgl. VwGH 20.9.1995, 95/0013/0134).

§§ 7 und 9 des Kriegsoferversorgungsgesetzes 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 Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965 über die Richtsätze für die Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit nach den Vorschriften des Kriegsoferversorgungsgesetzes 1957, BGBl. Nr. 150/1965 lautet auszugsweise:

"§ 1. (1) Die Minderung der Erwerbsfähigkeit im Sinne des § 7 Abs. 1 des Kriegsoferversorgungsgesetzes 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."

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. Eine andere Form der Beweisführung ist nicht zugelassen (vgl. VwGH 21.2.2001, 96/14/0139).

Was ein ärztliches Zeugnis betreffend das Vorliegen einer Behinderung im Sinnes 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 Abgabenbehörde hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenvorgangs nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht (§ 167 Abs. 2 BAO). Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH (vgl. z.B. Erkenntnis vom 24.3.1994, 92/16/0142) 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.

Auf Grund von Abschnitt III lit d der Anlage 1 zu der angeführten Verordnung beträgt der Richtsatz für die Einschätzung der Minderung der Erwerbsfähigkeit (MdE) bei Darmerkrankungen:

355.	Leichte Darmstörungen ohne nachweisbare Schleimhautveränderungen	0 – 20
356.	Chronische Gastroenterocolitis (Achylie,	30 – 40

	Dyspepsie), schlechte Ausnützung der Kost	
357.	Darmerkrankungen mit schweren anatomischen Veränderungen	50 – 70
358.	Darmerkrankungen mit schweren anatomischen Veränderungen und schwerer Beeinträchtigung des Allgemeinzustandes	80 – 100

In Ergänzung zur Richtsatzverordnung § 7 KOVG 1957 hat der ärztliche Dienst des Bundessozialamtes bei Erstellung von fachärztlichen Gutachten weiters Einschätzungsrichtlinien zu beachten. Dabei handelt es sich um eine Sammlung von Richtlinien, die den ärztlichen Sachverständigen beim Bundessozialamt als Hilfestellung zur Einschätzung einzelner Krankheitsbilder, Funktionsbeeinträchtigungen 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 den Ergänzungsrichtlinien folgendes angeführt:

„Im Rahmen der Einschätzung des Grades der Behinderung (Behinderungseinstellungsgesetz, 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 Diäteeinhaltung, 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 Diäteeinhaltung.

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).“

DS leidet nach übereinstimmenden Angaben der behandelnden Ärzte und der Gutachter an Zöliakie. Über die Einschätzung des Grades der Behinderung – insbesondere nach Erreichung des 18. Lebensjahres – besteht Streit. In Abweichung zu dem im Jahr 2003 erstellten Gutachten wurden in sämtlichen nunmehr erstellten (drei) Gutachten kein Grad der Behinderung von 50 %, sondern von 20 % bzw. von 30 % angenommen.

Im Streitfall wurde die Tochter des Bw. dreimal untersucht, und zwar:

Untersuchung am	Durch	Gesamtgrad der Behinderung:
20. Jänner 2006	Arzt für Allgemeinmedizin Dr. K.B.	20 vH – RSP 355
2. Juni 2006	Arzt für Allgemeinmedizin Dr. SD	20 vH – RSP 355
22. Februar 2007	Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde Dr. ESP	30 vH – RSP 356

Die Gutachter Dris B. und Dris Sc. gelangten zum dem Ergebnis, dass der Gesamtgrad der Behinderung 20 vH beträgt. Dris B. gelangte irrtümlich zu der Feststellung, dass die Untersuchte voraussichtlich dauernd außer Stande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Dieses Versehen wurde von der leitenden Ärztin des Bundessozialamtes insofern sofort korrigiert, als sie diesem Gutachten nur hinsichtlich der Höhe des Behinderungsgrades (20 %) zustimmte; hinsichtlich der Feststellung, dass „dass die Untersuchte voraussichtlich dauernd außerstande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen“ im Gutachten Dris. B., stimmte sie nicht zu. Vielmehr wurde das Gutachten insoweit geändert, als festgestellt wurde, dass „die Untersuchte voraussichtlich n i c h t dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen“, dass die normale Erwerbsfähigkeit gegeben ist. Der vom Bw. diesbezüglich vorgetragene Einwand ist somit obsolet.

Der unabhängige Finanzsenat hat im Zuge des Berufungsverfahrens ein weiteres (drittes) Gutachten angefordert. In der Untersuchung vom 22. Februar 2007 durch die Fachärztin für Kinder- und Jugendheilkunde, Dr. SP, wurde ebenfalls das Leiden Zöliakie diagnostiziert; unter Berücksichtigung der Anamnese, des Untersuchungsbefundes, der vorgelegten Befunde gelangte die begutachtende Fachärztin zu einem Grad der Behinderung von 30 %. Im Rahmen dieser Gutachtenserstellung wurde auch die Psoriasis vulgaris vom Plaque-Typ berücksichtigt. Sie führte aber – wie auch die anderen vom Bw. angeführten Leiden (Lebensmittelunverträglichkeiten gegen Milch, scharfe Speisen, Gewürze und Rohkost, Zahnschmelzdefekten, starke Fehlsichtigkeit) - zu keiner Erhöhung des Grades der

Behinderung; dieser Umstand wurde nochmals im Rahmen einer telefonischen Rücksprache mit der leitenden Ärztin des Bundessozialamtes bestätigt. Die Vorbringen des Bw., wonach die Auswirkungen der Psoriasis udgl. nicht berücksichtigt worden seien, gehen somit ins Leere.

Im Gutachten Dris SP wurde ausführlich auf die Art des Leidens und das Ausmaß eingegangen. Die getroffene Einschätzung basiert auf den im Rahmen der persönlichen Untersuchung ausführlich erhobenen Befund. Sie entspricht der festgestellten Funktions-einschränkung. Das Gutachten ist vollständig, schlüssig, nachvollziehbar und weist keinerlei Widersprüche auf.

Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage kommt daher dem in der Berufung unter dem Gesichtspunkt einer Rechtswidrigkeit des Inhaltes erhobenen Vorwurfs des Bw. keine Berechtigung zu. Die medizinische Beurteilung in Verbindung mit den von der höchstgerichtlichen Judikatur aufgestellten und im Berufungsfall beachteten Erfordernisse, wonach Gutachten eingehend die Art und das Ausmaß der Leiden und die konkreten Auswirkungen der Behinderung auf die Erwerbstätigkeit in schlüssiger und nachvollziehbarer Weise zu behandeln haben (vgl. VwGH 21.2.2001, 96/14/0139, 27.4.2004, 2003/14/0105uvam.), lässt den eingeschätzten (Gesamt-)Behinderungsgrad von 30 vH mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit als gewiss erscheinen.

Es kann daher im Rahmen der freien Beweiswürdigung angenommen werden, dass die Feststellung des (Gesamt-)Grades der Behinderung mit 30 vH aufgrund des schlüssigen Gutachtens den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Antragsteller können bei der Wahl eines ärztlichen Sachverständigen keinen Einfluss nehmen. Das ärztliche Sachverständigengutachten im Rahmen der Familienbeihilfe ist von wenigen Ausnahmen abgesehen (Gutachten durch eine Universitätsklinik oder in ausgefallenen Fachbereichen) ausschließlich durch einen nach § 90 KOVG bestellten ärztlichen Sachverständigen zu erstellen. Abgesehen von dem Umstand, dass sämtliche vom Bundessozialamt mit der Erstellung von Sachverständigengutachten betrauten Ärzte „zöliakieerfahren“ sind, konnte aus dem angeführten Grund der Forderung des Bw. nach einem „zöliakieerfahrenen“ Facharzt bei Gutachtenserstellung, nicht entsprochen werden.

Aus dem Vorbringen, dass der festgesetzte Grad der Behinderung zu gering sei, da die Feststellung der Behinderung „unter Diät“ erfolgt sei und somit keine „entzündlichen Darmveränderungen“ sichtbar gewesen wären, kann für die Berufung nichts gewonnen werden. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die mit der Erstellung ärztlicher Gutachten befassten Sachverständigen sehr wohl mit dem Krankheitsbild der Zöliakie, deren Funktionseinschränkungen, Behinderungen vertraut sind.

Die vom Bw. vorgebrachten Argumente,

- dass es unverständlich sei, wenn ein und derselbe Gutachter im Jahr 2003 das Leiden mit 50 % und 3 Jahre später – bei gleichbleibendem Leiden – mit lediglich 20 % einschätze,
- dass es wohl nicht darauf ankommen könne, ob eine Diät von den Eltern überwacht werden müsse oder nicht, sondern lediglich darauf, ob die Diät tatsächlich eingehalten werde,
- dass die scheinbare Besserung im Gesundheitszustand der Tochter ausschließlich auf die Einhaltung der Diät zurückzuführen sei,
- dass ein Grad der Behinderung von 50 % oder mehr nur dann gewährt werde, wenn man sich selbst schädige und die Diät nicht einhalte und diese Ansicht im Widerspruch zu im Schreiben vom Bundesministerium für Soziale Sicherheit und Generationen vom 15. März 2003 enthaltenen Ausführungen stehe,
- dass Zöliakie eine nicht heilbare Dauererkrankung sei bei der es keine Abstufungen in der Ausprägung gebe,
- dass sich der Gesundheitszustand der Tochter in den letzten Jahren weder gebessert noch verschlechtert habe und es eine Veränderung im Grad der Behinderung um 30 vH (Anm.: im Verhältnis zum Erst- und Zeitgutachten) nicht gegeben haben kann bzw. dass sich zwischen März 2006 (Bezug der Familienbeihilfe) und April 2006 (Ablehnung der Familienbeihilfe zu keiner Veränderung gekommen sei,

sind verständlich, vermögen aber angesichts der zwingend anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen und Richtlinien, nichts am festgestellten Grad der Behinderung zu ändern. Die Problematik liegt im Streitfall vor allem darin, dass mit Erreichen des Erwachsenenalters (18. Lebensjahr) die oftmals instabile Entwicklungszeit während der Adoleszenz, die unzureichende Krankheitseinsicht, die niedrige Compliance udgl., - somit Umstände, die neben den anatomischen Gegebenheiten maßgebend für die Einschätzung des Grades der Behinderung im Kinder- und Jugendalter sind - als nicht mehr gegeben angesehen werden. Selbstverständlich spielen die heute wesentlich besseren diagnostischen Möglichkeiten bei Früher-

kennung der Zöliakie, die entsprechende zeitgerechte Diäteinhaltung und die dadurch ermöglichte Entwicklung eines Kindes ebenfalls eine maßgebende Rolle bei der Feststellung des Behinderungsgrades. Unter diesen Gegebenheiten ist auch die Einschätzung der Tochter des Bw. zu sehen. DS war bei der Erstellung des Gutachtens im Jahre 2003 rund 15 ½ Jahre somit mitten in der Adoleszenz. Der Grad der Behinderung wurde aufgrund der anatomischen Gegebenheiten und der instabilen Entwicklungszeit mit 50 vH eingeschätzt. Bereits im Gutachten vom 17. März 2003 wurde darauf hingewiesen, dass bei Erwachsenen andere Einschätzungsrichtlinien heranzuziehen sind. Bei Erstellung der Folgegutachten in den Jahren 2006 und 2007 hatte D. das 18. Lebensjahr bereits vollendet und somit das Erwachsenenalter erreicht; somit war von den ärztlichen Sachverständigen eine Einschätzung nach den Richtlinien für Erwachsene vorzunehmen. Entsprechend des zwingend anzuwendenden § 9 KOVG 1957, der Richtsatzverordnung und der Ergänzungsrichtlinien stellte die ärztliche Gutachterin unter Berücksichtigung der anatomischen Gegebenheiten, der abgeschlossenen Adoleszenz, der guten Integration in Alltag und Schule, einen Grad der Behinderung von (nur mehr) 30 % fest.

Der Ansicht des Bw., wonach das Finanzamt davon ausgehe, dass die erhöhte Familienbeihilfe nur dann gewährt werde, wenn man die Diät nicht einhalte bzw. sich selbst schädige, kann nicht gefolgt werden. Das Finanzamt hat – basierend auf den ärztlichen Gutachten – den Abweisungsbescheid gefertigt. Der Schluss des Bw., dass jene Eltern belohnt würden, die sich das Besorgen der teuren Diäten ersparen und die Kinder an der Krankheit leiden lassen, weil dann eine schwere Darmerkrankung diagnostiziert und allenfalls erhöhte Familienbeihilfe gewährt wird, mag Ausdruck einer „Resignation“ und verständlichen „Frustration“ im Zusammenhang mit der Erkrankung der Tochter sein. Allein dieser Umstand vermag nichts an der abweisenden Berufungsentscheidung zu ändern.

Der vom Bw. vorgelegte Zeitungsausschnitt aus Zöliakie Aktuell („Erhöhte Familienbeihilfe“), mag den in den Jahren 2003/2004 erfolgten Diskussionsprozess hinsichtlich der Einstufung zöliakiekranker Kinder/Jugendlicher darstellen sowie die Verunsicherung der davon betroffenen Menschen. Für die Berufung kann daraus aber nichts gewonnen werden.

Es ist richtig, dass das vom Bundesministerium für Soziale Sicherheit und Generationen vom 15. März 2003 an die Vorsitzende der österreichischen Arbeitsgemeinschaft, Frau Hertha Deutsch, gefertigte Schreiben, „Einschätzung der Zöliakie zum Bezug der erhöhten Familienbeihilfe“ ausführt, dass *„im Falle eines negativen Antikörnernachweises weiterhin eine Einschätzung über 50 % Grad der Behinderung (GdB) erfolgen wird“*.....Richtig ist auch, dass laut dem angeführten Schreiben *„im Falle eines hochpositiven Antikörnernachweises innerhalb der letzten 12 Monate der Grad der Behinderung abhängig vom Untersuchungsbefund der Erkrankten ermittelt wird“*. Somit kann es auch in diesem Fall zu einer Einschätzung des

Grades der Behinderung von mehr als 50 % kommen. Unter Bedachtnahme auf § 8 Abs. 5 und 6 FLAG 1967, die als Anspruchsvoraussetzung für die erhöhte Familienbeihilfe zwingend eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens vorsehen, kann das angeführte Schreiben des Bundesministeriums für Soziale Sicherheit und Generationen nicht als Entscheidungsgrundlage für die Abgabenbehörden herangezogen werden. In diesem Zusammenhang sei auf das Legalitätsprinzip des Art. 18 Abs. 1 der Bundesverfassung zu verweisen, dass nämlich die gesamte staatliche Verwaltung nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden darf. Inwieweit das angeführte Schreiben die Praxis der Bundessozialämter sowie die Begutachtungspraxis der ärztlichen Sachverständigen beeinflusst, vermag der unabhängige Finanzsenat nicht zu beurteilen.

Das Argument des Bw., dass in anderen Fällen erhöhte Familienbeihilfe bei Vorliegen von Zöliakie auch nach dem 18. Lebensjahr gewährt worden sei und es nur in W. zu Abweisungen käme und diese Vorgangsweise grob dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung bzw. der Förderung widerspräche, ist für die Berufung nicht relevant. Zum einen ist auf die einhellige (abweisende) Rechtsprechung des unabhängigen Finanzsenates idZ zu verweisen (vgl. RV/02070-W/06 vom 12.09.2007, RV/0122-G/06 vom 08.08.2006, RV/0949-W/07 vom 25.04.2007 uvam); zum anderen kann aus einer(alfälligen) rechtswidrigen Vorgangsweise der Behörde in anderen (stattgebenden) Fällen (bei anderen Abgabepflichtigen), die Partei keine Rechte für sich ableiten (vgl. VwGH 24.04.1997, 93/15/0069, 9.9.1998, 98/14/0145, 28.9.2000, 98/16/0085 uvam.).

Das Vorbringen des Bw., dass seit 30 Jahren bei Zöliakie die erhöhte Familienbeihilfe solange ausbezahlt worden sei wie Familienbeihilfe zustand, ist undifferenziert und verhilft der Berufung nicht zum Erfolg. Zutreffend mag wohl sein, dass „früher“ die Diagnose Zöliakie erst bei fortgeschrittener Erkrankung (Anm.: somit fortgeschrittenem Alter) mit entsprechend schwerer Symptomatik gestellt werden konnte. Heute gewährleistet die Früherkennung eine zeitgerechte Diäteinhaltung, normale kindliche Entwicklung und verhindert das Entstehen einer manifesten Erkrankung.

Und auch der Hinweis des Bw. auf Punkt 08.05.1. der Durchführungsrichtlinien zum FLAG 1967, wonach die erhöhte Familienbeihilfe solange gewährt werde, als die allgemeine Familienbeihilfe zustehe, ist für die Berufung – wie auch der Hinweis – dass in jenen Fällen, in denen Art und Umfang der Funktionsbeeinträchtigung eine Änderung ausschließen und eine Neufeststellung der erheblichen Behinderung grundsätzlich nicht erforderlich ist, irrelevant. Es mag schon zutreffen, dass sich am diagnostizierten Leiden Zöliakie per se nichts geändert hat. Im Rahmen der Einschätzung des Grades der Behinderung kommt aber – wie ausgeführt – für Kinder bis zum vollendeten 18. Lebensjahr ein anderer Maßstab zum Tragen als für

Erwachsene. Nach den Einschätzungsrichtlinien zur Richtsatzverordnung ist für Kinder bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres ein Grad der Behinderung von 50 vH vorgesehen (vgl. § 7 KOVG). Dabei steht die körperliche Beeinträchtigung in Hinsicht auf das allgemeine Erwerbsleben im Vordergrund bzw. ist der Behinderungsgrad prinzipiell von der funktionellen Beeinträchtigung im allgemeinen Erwerbsleben abhängig. Zöliakie ist laut den ärztlichen Sachverständigen diätetisch ausgleichbar ist (vgl. e-mail, Dr. B. vom 6.6.2007). Die funktionelle Beeinträchtigung im Erwerbsleben ist somit – unter Berücksichtigung der Untersuchungsbefunde – höchstens mit 30 vH einzuschätzen.

Der Umstand, dass für D. auch noch nach dem 18. Lebensjahr erhöhte Familienbeihilfe bezogen werden konnte (bis März 2006) ist damit zu erklären, dass seitens des Finanzamtes die erhöhte Familienbeihilfe beginnend ab 03/2003 auf drei Jahre befristet (03/2006) gewährt wurde.

Den Vorbringen, wonach die Vorgangsweise der Behörden im Rahmen der Bearbeitung des Streitfalles unzumutbar und unverständlich gewesen sei und eine über 30 jahrelang geltende Vereinbarung und Prozentsätze ohne genaue Überlegung gestrichen worden sei, kann nicht gefolgt werden bzw. führen - angesichts der dargestellten Ausführungen – die Berufung nicht zum Erfolg.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: das Gutachten Dr. SP steht mit den Erfahrungen des täglichen Lebens, der ärztlichen Wissenschaft und den Denkgesetzen nicht in Widerspruch. Auch war von den vorgelegten Beweismitteln kein Anhaltspunkt zu entnehmen, die Tauglichkeit der befassten Sachverständigen oder deren Beurteilung bzw. Feststellungen in Zweifel zu ziehen. Es lag kein Grund vor, von den schlüssigen, widerspruchsfreien und nachvollziehbaren Ausführungen der ärztlichen Sachverständigen abzugehen.

Der unabhängige Finanzsenat gelangte – unter Berücksichtigung des schlüssigen, nachvollziehbaren Sachverständigengutachtens – im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu dem Ergebnis, dass die Einstufung des (Gesamt-)grades der Behinderung mit 30 % mit größter Wahrscheinlichkeit den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht.

Der Gesamtgrad der Behinderung wurde im Berufungsfall mit 30 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend eingestuft. Somit sind die Voraussetzungen des § 8 Abs. 5 FLAG 1967 nicht erfüllt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden

Ergänzend sei 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 tat-

sächlich für das Kind geleisteten Mehraufwendungen als außergewöhnliche Belastung ohne Abzug eines Selbstbehaltes zu berücksichtigen.

Klagenfurt, am 28. Jänner 2008