



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der AB, geb. Datum, Adresse, vom 9. Dezember 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15, vom 11. November 2008 betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe ab Jänner 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Frau AB, in der Folge mit Bw. bezeichnet, hat am 13.10.2008 einen Antrag auf Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe rückwirkend ab dem Zeitpunkt des Eintrittes der erheblichen Behinderung gestellt.

Vorgelegt wurde ein Gutachten des Bundessozialamtes Kärnten vom 12.5.2004, in welchem ein Grad der Behinderung von 30 vH, voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend, festgestellt wurde. Der Untersuchungsbefund enthält folgende Aussagen:

*Anamnese: Anamnese ist Frau B nicht bekannt. Angeblich kongenitale Hüftluxation li. Behandlung nicht bekannt. Angeblich Säuglingsosteomyelitis li. Behandlung im AKH Wien, keine Operationen. Keine Behandlung an der Wirbelsäule. Als Kind Schuheinlagen. Bei längerem Stehen Schmerzen li. Hüftgelenk und LWS. Gehstrecke: einige km, dann Schmerzen li. Hüfte. Wetterföhligkeit, keine Sportausübung.*

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

*Derzeit keine. Keine Medikamente.*

*Untersuchungsbefund:*

*Gangbild frei, kein Gehbehelf, WS gerade. Kein Hinweis auf Skoliose, Taille symmetrisch, kein Rippenbuckel. Frei beweglich. FKBA: 0 cm, alle Ebenen frei. OE: alle Gelenke frei beweglich. UE: Re. Bein: alle Gelenke frei beweglich. Li.: Hüftgelenk: S 0-0-120, F 50-0-40, R 60-0-60. Inguinale Druckdolenz, aber kein Kapselmuster. Übrige Gelenke li. frei beweglich. Keine BL-differenz.*

*... Diagnose (n):*

*Z. n. Säuglingsosteomyelitis und kongenitaler Hüftdysplasie*

Die Begutachtung erfolgte durch einen Facharzt für Orthopädie und Orthopädische Chirurgie und enthält die Aussage, dass die Untersuchte voraussichtlich nicht dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Das Finanzamt holte aus Anlass der Antragstellung ein weiteres Gutachten des Bundessozialamtes ein. Das am 4.11.2008 erstellte Gutachten stellt den Grad der Behinderung mit 70 %, voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend fest und enthält u.a. folgende Aussagen:

*Anamnese: VGA von 5/04, Gesamt-GdB 30 %. Osteomyelitis am linken Oberschenkel als Säugling. Seit 1 Jahr zunehmend Belastungsschmerzen an der rechten Hüfte, im Röntgen zeigt sich eine Dysplasiearthrose rechts. Geplant ist für 1/09 eine HTEP in Villach. Habe ständig starke Schmerzen an der re. Hüfte, auch links, aber nicht so arg. Habe Bewegungseinschränkung an der re. Hüfte und auch Ruheschmerzen. Habe Anlaufbeschwerden. Die Gehstrecke wird mit etwa 3 Minuten angegeben, dann ist eine Pause schmerzbedingt notwendig, kann nicht lange stehen.*

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

*Für 1/09 ist eine HTEP rechts in Villach geplant.*

*Untersuchungsbefund:*

*164 cm, 73 kg, kommt mit Turnschuhen. Das Gangbild bds. mäßig hinkend, altersentsprechender AZ, mäßig adipöser EZ. OE: altersentsprechend. UE: Barfußgang zeigt ein Insuffizienzhinken bds., Zehenballengang möglich, Fersengang nicht möglich, Anhocken zur Hälfte möglich. Beinachse im Lot. Verschmächtigung der li. Unterschenkelmuskulatur, im Liegen Beinlänge rechts – 2 cm, im Stehen Becken rechts 1,5 höher stehend. Beweglichkeit rechts Hüfte 0-0-80, R: Wackelbewegungen. Links: S 0-0-100, R 50-0-60, Knie- und Sprunggelenke unauffällig. WS: ISG bds. druckschmerhaft, Ausgleichsskoliose an der LWS. Die Beweglichkeit ist allseits frei.*

*Relevante vorgelegte Befunde:*

*2007-12-01 mitgebrachte Röntgenbilder*

*Beckenübersicht: deformierende Dysplasiecoxarthrose rechts, links der Hüftkopf nicht angelegt, der Schaft gut 5 cm nach cranial luxiert, mäßige ISG-Arthrose links.*

*Gesamtgrad der Behinderung: 70 vH voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend, der führende GdB 1 wird um 2 Stufen erhöht, da wechselseitige neg. Leidensbeeinflussung. Im Vergleich zum VGA Änderung eingetreten, da nun Befund vorgelegt wurde. Die Behinderung wurde rückwirkend ab Jänner 2007 anerkannt.*

Das Gutachten enthält die Aussage, dass die Untersuchte voraussichtlich nicht dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Gegen diesen Bescheid hat die Bw. berufen und begründend ausgeführt. Sie sei nach ihrer Geburt an Säuglingsosteomyelitis (Knochenmarksentzündung) erkrankt, die großen Schaden an ihren Hüftgelenken verursacht habe. Der linke Femurkopf (Oberschenkelkopf) bilde in Verbindung mit dem Beckenknochen normalerweise das Hüftgelenk. In ihrem Fall sei dieser praktisch komplett fehlend und luxiert. Das Beckenskelett sei asymmetrisch und fehlgebildet, mit einem Schiefstand von gut 1,5 cm. Das rechte Hüftgelenk sei durch die Knochenmarksentzündung weniger stark geschädigt, sei aber durch die jahrelange Ausgleichsbelastung letztendlich eingebrochen. Das Gelenk sei stark deformiert, mit praktisch komplettem Aufbrauchen des Gelenkspaltes und deutlich vermehrter subchondraler Sklerose. Das Knorpelgewebe zwischen den Knochen sei verhärtet und nicht mehr elastisch, der Knorpel werde dadurch immer weniger belastbar. Die Hüfte sei in ihrer Beweglichkeit massiv eingeschränkt und vor allen Dingen sehr schmerhaft. Dazu passend sehe man im Röntgen eine Dysplasiearthrose rechts. Zu den in diesem Zusammenhang stehenden Beschwerden zählten morgendliche Gelenkssteife und –schmerzen, schnelle Ermüdung und Schmerzen beim Gehen, Schmerzen nach Ruhepausen, Hitzegefühl bei Belastung, Steifheit des Gelenks nach längerem Sitzen, Belastungsschmerzen bei längerem Stehen, Gelenksblockaden, nächtliche Schmerzen im Liegen und daraus resultierende Schlafstörungen. Aus all diesen Faktoren, der Abnutzung des rechten Hüftgelenks, sowie dem Nichtvorhandensein des linken und der daraus resultierenden Schmerzsituation, ergeben sich massive Einschränkungen in ihrem Alltag, die es ihr auch nicht ermöglichen, einer regelmäßigen Tätigkeit nachzugehen. Abschließend ersuchte die Bw., ihre Berufungsausführungen zu berücksichtigen und einen Termin für ein Sachverständigengutachten zu veranlassen.

Das Finanzamt ließ ein neues Gutachten durch das Bundessozialamt erstellen. Das am 12.3.2009 erstellte Gutachten stellt den Grad der Behinderung mit 60 %, voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend fest und enthält u.a. folgende Aussagen:

*Anamnese:*

*Im letzten orthopädischen Sachverständigengutachten wurde eine Dysplasiecoxarthrose und Dysplasiehüfte mit jeweils 50 % Gdb eingestuft, eine dauernde Erwerbsunfähigkeit nicht attestiert. Nach Schule und Matura, verschiedene Ferialjobs bis zum 20. Lebensjahr, danach Start des StudRicht Studiums, im Jahr 2005 erfolgte der Studiumabbruch wegen zunehmender Hüftgelenksschmerzen rechts. Im 01/2009 Hüft TEP rechts. Könne noch immer nicht ohne Krücken gehen, auch wären Belastung und der Gangablauf mit Krücken physiologischer Schmerzen im Bereich des Rückens und ztw. linke Hüfte, auch OP geplant. Kreuzschmerzen, regelmäßige Rücken und Bauchmuskelübungen. Anamnestisch protrahierte Geburt, 3 Monate postoperativ auf der Säuglinsintensiv, nasale Beatmung (deshalb auch das rechte Nasenloch diskret deformiert und größer). Gegen die Hüftschmerzen li>re Tramadol. Lebt mit einer Freundin in gemeinsamer WG. Diese hilft beim Schuhe an- und ausziehen, Sachen tragen, etc (lt. Rehab-E-Bericht in den ADL's selbständig)*

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

*Z.n Hüft TEP rechts am 7.1.2009; danach Rehabilitation in Warmbad Villach.*

*Tramadol 50 mg/20 Tbl pro Monat*

*Untersuchungsbefund:*

*Pyramidenbahnzeichen bds OE re>li. Konvergenzreaktion fehlend, KHV bds. durchführbar und zielsicher, Hüftflexion links KG4. Diskrete Gluteaus med. Insuffizienz li>re. Gehen im Untersuchungsraum (Turnschuhe) ohne Hilfsmittel möglich, aber unsicher. Beweglichkeit im rechten Hüftgelenk: Flexion bis 90 Grad, Abduktion bis 30 Grad, Außenrotation bis 20 Grad möglich (zur Durchführung des KHV notwendig)*

*Relevante vorgelegte Befunde:*

*2009-01-22 LKH Villach/Orthopädie*

*Dysplasiecoxarthrose rechts-Hüft TEP am 7.1.2009; Hüftdysplasie links mit hoher Luxation*

*2009-2-25 Rehabilitationszentrum Warmbad Villach*

*Gehstrecke mit 2 Krücken ½ Std mit minimalem Insuffizienzhinken, ohne Krücke mäßiges Insuffizienzhinken rechts. In ADL's selbständig, Schmerzmedikamente wegen lumbaler Beschwerden im Bedarf.*

Das Gutachten enthält die Aussage, dass die Untersuchte voraussichtlich nicht dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Die Antragswerberin könne einen Arbeitsplatz erreichen, eine sitzende Tätigkeit ausüben, die Schmerzmedikation (Tramal bei Bedarf) führe zu keiner kognitiven Beeinträchtigung.

Das Gutachten wurde von einer Fachärztin für Neurologie erstellt.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung.

Gegen diesen Abweisungsbescheid erhab die Bw. „Berufung“, welche als Vorlageantrag zu werten ist. Die Bw. ergänzte ihr Vorbringen dahin gehend, dass sich trotz der am 7.1.2009 eingesetzten Hüftprothese rechts und physiotherapeutischen Maßnahmen keine wesentliche Besserung ihrer Situation eingestellt habe. Das fehlende Hüftgelenk links und die daraus resultierende schwache Tragkraft des Beines, zusammen mit der schiefen Beckenlage hätten immer noch eine deutliche einseitige Überbelastung rechts ergeben. Die starken Kreuzschmerzen, die die Bw. auch schon vor der Operation gehabt habe, seien geblieben und bewirkten, dass sie weiterhin nur in der Lage sei, kurze Distanzen zurück zu legen. Sie erschweren ebenso das Sitzen für längere Zeit. Die Korrektur des Schiefstandes und das Einsetzen einer Hüftprothese links, welche den Rücken entlasten und Linderung bringen könnten, seien leider nicht möglich, da weder Gelenkspfanne noch Gelenk vorhanden seien. Die Bw. sei deshalb nicht in der Lage, ihren Unterhalt gänzlich selbst zu bestreiten. Abschließend ersuchte die Bw., ihre Berufungsausführungen sowie den beiliegenden Arztbrief zu berücksichtigen und dieses Mal um Begutachtung durch einen Orthopäden bzw. eine Orthopädin.

Der beigelegte Arztbrief Dris Arzt, Facharzt für Orthopädie und orthopädische Chirurgie sowie Facharzt für Rheumatologie ist Folgendes zu entnehmen:

Die Bw. habe eine kongenitale Säuglingsosteomyelitis mit Girdlesstone-Hüfte links, die auf Grund einer kompensatorischen Hypertrophie des linken Unterschenkels nicht in einer Beinverkürzung, sondern Beinverlängerung links gemündet sei. Durch die dauernde Belastung des rechten Hüftgelenkes sei es vorzeitig zu einer Abnützung und Destruktion gekommen, was im Jänner 2009 eine Implantation einer Hüftendoprothese rechts erforderlich gemacht habe. Die Bw. habe durch ihr nicht vorhandenes linkes Hüftgelenk ein ausgeprägtes Duchenne-Hinken links, das über die Jahre zu Osteochondrosen und Spondylarthrosen der gesamten LWS und Schädigungen im Bereich des lumbosacralen Überganges geführt habe. Die Bw. habe bereits eine Einstufung des Bundessozialamtes über eine Minderung der Erwerbsfähigkeit von 60 %. Sie habe von 1999 bis 2004 StudRicht studiert und sei danach in den Arbeitsprozess eingetreten. Aus orthopädischer Hinsicht sei die Bw. seit dieser Zeit als arbeitsunfähig zu betrachten. Sie habe jetzt einen Antrag auf „rückwirkende Erstattung des Geldes an Bundessozialamt gestellt“. Aus orthopädischer Sicht sei dieses zu befürworten. Abschließend enthält der Brief die Empfehlung, die Bw. solle unbedingt auf einen sitzenden Beruf ein- oder umgeschult werden.

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

Gemäß § 6 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idgF (FLAG), haben Kinder, deren Eltern ihnen nicht überwiegend Unterhalt leisten und die sich nicht auf Kosten der Jugendwohlfahrtspflege oder der Sozialhilfe in Heimerziehung befinden, unter denselben Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe, unter denen eine Vollwaise Anspruch auf Familienbeihilfe hat (Abs. 1 bis 3).

Gemäß § 6 Abs. 2 lit. d FLAG haben volljährige Vollwaisen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn auf sie die Voraussetzungen des Abs. 1 lit. a bis c zutreffen und wenn sie wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch spätestens vor Vollendung des 27. Lebensjahres, eingetretenen körperlichen oder geistigen Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande sind, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, und sich in keiner Anstaltspflege befinden.

Gemäß § 8 Abs. 5 FLAG gilt als erheblich behindert ein Kind, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muss mindestens 50 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 die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsopfersversorgungsgesetzes 1957, BGBI. Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung, und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965, BGBI. 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 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 Sachverständigen-gutachtens nachzuweisen. Die diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.

Streit besteht gegenständlich, ob der Bw. rückwirkend ab dem Zeitpunkt des nachweislichen Eintrittes einer 50 % übersteigenden Minderung der Erwerbsfähigkeit, nämlich ab Jänner 2007, die erhöhte Familienbeihilfe gebührt.

Aufgrund der vorliegenden Gutachten geht der Unabhängige Finanzsenat davon aus, dass eine derartige qualifizierte Behinderung nicht vor dem 27. Lebensjahr eingetreten ist. Die Bw. ist am 10.6.1977 geboren und hat daher am 10.6.2004 das 27. Lebensjahr vollendet. Sie ist

relativ zeitnah zu ihrem 27. Geburtstag von einem Facharzt für Orthopädie und Orthopädische Chirurgie untersucht worden und wurde der Gesamtgrad der Behinderung mit 30 vH beurteilt. Weiters hat dieses Gutachten festgehalten, dass die Bw. voraussichtlich nicht dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Zum damaligen Zeitpunkt hatte die Bw. lediglich bei längerem Stehen Schmerzen im linken Hüftgelenk und der Lendenwirbelsäule. Sie konnte noch eine Gehstrecke von einigen Kilometern zurücklegen, dann traten bei der linken Hüfte Schmerzen auf. Das Leiden wurde nicht behandelt, die Bw. nahm keine Medikamente. Bei der Untersuchung beurteilte der Arzt das Gangbild als frei, die Bw. verwendete keinen Gehbehelf, es lag eine mittelgradige Bewegungseinschränkung vor.

Erst in der Folge verschlimmerte sich das Leiden der Bw.. Bei der Untersuchung am 4.11.2008 gab die Bw. an, seit einem Jahr habe sie zunehmend Belastungsschmerzen an der rechten Hüfte. Sie habe ständig Schmerzen an der rechten Hüfte, auch links, aber nicht so arg. Die Gehstrecke wurde damals mit drei Minuten angegeben, dann sei schmerzbedingt eine Pause notwendig, sie könne nicht länger stehen. Das Gangbild war beidseits mäßig hinkend. Der Arzt ging daher von einer höheren Behinderung aus, weil nunmehr ein Befund (Röntgenbilder vom 1.12.2007) vorgelegt worden sei. Auch in diesem Fall wurde der Bw. bescheinigt, dass sie voraussichtlich nicht dauernd außerstande sein werde, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Am 25.2..2009, nach einer durchgeführten Hüftoperation, bescheinigte das Rehabzentrum Warmbad Villach der Bw., dass diese eine Gehstrecke von  $\frac{1}{2}$  Stunde mit minimalem Insuffizienzhinken, ohne Krücke mit mäßigem Insuffizienzhinken rechts bewältigen konnte, wobei die Bw. bei Bedarf Schmerzmittel einnahm. Auch dieses Gutachten bescheinigt, dass die Bw. voraussichtlich nicht dauernd außerstande sein werde, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Sogar der zuletzt von der Bw. vorgelegte Arztbrief Drs Arzt, der die Bw. nach einem Hinweis auf ein StudRicht Studium der Bw. von 1999 bis 2004 und ihren folgenden Eintritt in den Arbeitsprozess „aus orthopädischer Sicht ... seit dieser Zeit als arbeitsunfähig“ beurteilt, geht offenbar nicht von einer voraussichtlich dauernden Unfähigkeit der Bw. aus, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, empfiehlt er doch im letzten Satz seines Schreibens, die Bw. sollte unbedingt auf einen sitzenden Beruf ein- oder umgeschult werden.

Im Hinblick darauf, dass sämtliche Gutachten sowie der Arztbrief davon ausgehen, dass die Bw. voraussichtlich nicht dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, kann von einer vor dem 27. Lebensjahr eingetretenen, entsprechend qualifizierten Behinderung nicht die Rede sein.

Eine neuerliche Begutachtung beim Bundessozialamt durch einen Orthopäden konnte unterbleiben, weil bereits das erste Gutachten, welches kurz vor Erreichen des 27. Lebensjahres erstellt wurde, von einer unter 50 % liegenden Behinderung sowie davon ausgegangen ist, dass die Bw. nicht voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Eine Unschlüssigkeit dieses Gutachtens wurde nicht nachgewiesen. Sogar der zuletzt vorgelegte Brief eines Orthopäden, der ausdrücklich erklärt, die Bw. sei „arbeitsunfähig“, steht zu der Einschätzung, die Bw. sei voraussichtlich nicht dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, nicht im Widerspruch, empfiehlt der Arzt doch auch in diesem Fall eine Ein- oder Umschulung auf einen sitzenden Beruf. Eine derartige Schulung ist aber nur dann sinnvoll, wenn dadurch die Ausübung eines derartigen Berufes ermöglicht wird. Die Möglichkeit der Ausübung einer Berufstätigkeit im Sitzen wird auch im Gutachten vom 12.3.2009 angeführt.

Da Familienbeihilfe nur gebührt, wenn jemand voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen und dies nicht durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen nachgewiesen wurde, konnte der Berufung daher keine Folge gegeben werden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 2. Juli 2009