



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 22. Februar 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck vom 15. Februar 2011 betreffend erhöhte Familienbeihilfe für das Kind K ab März 2011 entschieden:

Der Spruch des angefochtenen Bescheides wird dahingehend abgeändert, dass dieser wie folgt lautete:

Für das Kind K, VNR 0000, wird ab März 2011 kein Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe gemäß § 8 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) mehr gewährt.

Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Aufgrund einer Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen vom 15.12.2007, in der beim Sohn des Berufungswerbers rückwirkend mit 1.1.2005 ein Gesamtgrad der Behinderung von 50 % festgestellt worden war, gewährte das Finanzamt ab Jänner 2005 neben den Grundbeträgen für die Familienbeihilfe auch den Erhöhungsbetrag im Sinne des § 8 Abs. 4 FLAG.

Am 21.12.2010 wurde eine neuerliche ärztliche Untersuchung des Sohnes des Berufungswerbers durchgeführt. Im Sachverständigengutachten vom 29.12.2010 wurde festgestellt:

Anamnese:

Zweites von zwei Kindern, Schwester gesund, Gravidität normal, Geburt per Sectio wegen Schädelbeckenmissverhältnis. Ansuchen wegen rez. Osteomyelitis seit Jänner 05. Damals zunehmend Schmerzen im Schulter-Nackenbereich links mit Schwellung der Fossa supraclavicularis. Der konsultierte Kinderarzt ordnete wegen der Schwellung der Clavicula ein Röntgen an. Der Radiologe seinerseits veranlasste weitere Untersuchungen zum Ausschluss eines Ewing Sarkoms. In der LKK Linz waren Labor, MR, Sonographie, Biopsie und Blutkultur unauffällig. Therapie mit Antibiotikum. Die Schmerzen waren schnell weg, die Schwellung am Schlüsselbein nach 3 Monaten. Im August 06 traten die gleichen Beschwerden wieder auf, wieder 16 Tage Antibiotika obwohl wieder Labor und Blutkulturen negativ waren. Inzwischen hatten sich die Eltern im Internet kundig gemacht und das Saphosyndrom passend gefunden. Die Rheumaklinik Garmisch wurde zur Klärung konsultiert, die dieses Syndrom bestätigten. Mittlerweile nimmt KindK nur mehr Proxen als Therapie, wodurch er aber nicht zufrieden stellend schmerzfrei ist. Die Häufigkeit lag bei ca. alle 2-3 Monate für 3 Wochen. Z.T. war die Schwellung so groß, dass es zu einer Kompression der Gefäße und Nerven des linken Armes kam mit vorübergehender Hautzyanose und Parästhesien. Nach Abschluss der HTL für Betriebsmanagement im Juli 2009 begann er mit Sept. 2009 an der Fachhochschule in Wels zu studieren. 2007 und 2008 gab es kaum Beschwerden, erst mit dem Lernstress zur Matura und seit Anfang 2010 mit dem Studium kam es wieder zu rez. Schmerz und Schwellungen. Seit Juni 2010 durchgehende Proxeneinnahme. Die Bewegung ist nur bei Schmerzen eingeschränkt, nicht durch die Schwellung. Heben oder Tragen ist dann auch eingeschränkt. Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Proxen tgl.

Untersuchungsbefund:

Normaler Allgemeinzustand, normaler Ernährungszustand, 182cm, 68kg, linke Clavicula bzw. die Fossen oberhalb und unterhalb verdickt und geschwollen. mäßiger Druckschmerz. Bewegungsradius normal. Haut rein, rosig, Rachen, Tonsillen, Zunge unauffällig, Zähne saniert Trommelfell bland, Pupillen isocor, Lichtreaktion prompt, Okulomotorik unauffällig, keine auffällige Lymphknotenvergrößerung, Abdomen: normale Peristaltik, kein Druckschmerz, keine Resistenzen, Nierenlager frei, Lungen: auskultatorisch o.B., sonorer Klopfschall Herz: rein, rhythmisch, normofrequent, Extremitäten: frei beweglich, Tonus, Trophik, Sensibilität, Kraft unauffällig

Status psychicus / Entwicklungsstand:

unauffällig

Relevante vorgelegte Befunde:

2010-07-01 LABOR

BSG 14/26, CRP 16.5 mg/l. 27.10.10: Leuko 9,69 G/l, CRP 27.2 mg/l, AP 133 U/l

2010-11-10 MAGNETRESONANZ

Zeichen einer chron. Osteomyelitis mit aktiven Veränderungen vor allem mittleres Schaftdrittel betreffend, Knochenmark und Weichteilinfiltration.

Diagnose(n):

chron. rez. multifokale Osteomyelitis (Saphosyndrom)

Richtsatzposition: 020303 Gdb: 040% ICD: M86.3

Rahmensatzbegründung:

Oberer Rahmensatz, aufgrund der lokalen Begrenzung mit im Röntgen und im Blut nachweisbaren deutl. Aktivitätszeichen, abakteriell ohne Fistelbildung

Gesamtgrad der Behinderung: 40 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Verminderung des GdB, da die Aktivität chronisch ist, aber im Intervall mit erheblichen Pausen von vielen Monaten, in denen minimale Beschwerden vorliegen.

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

Am 31.1.2011 übermittelte das Finanzamt dem Berufungswerber ein vorausgefülltes Formblatt zur Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe, welches von diesem am 14.2.2011 an das Finanzamt retourniert wurde. Anträge des Berufungswerbers, insbesondere auf Gewährung bzw. Weitergewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe für seinen Sohn finden sich auf diesem Formblatt nicht.

Ungeachtet dessen wertete das Finanzamt diese Eingabe als "Antrag" des Berufungswerbers, und erließ am 15.2.2011 an diesen einen "Abweisungsbescheid" mit folgendem Spruch: "Ihr Antrag vom 14.2.2011 auf erhöhte Familienbeihilfe wird abgewiesen für: Kind, VNR 0000, ab März 2011". In der Begründung wurde ausgeführt, dass gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967 ein Kind als erheblich behindert gelte, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung bestehe. Als nicht nur vorübergehend gelte ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung müsse mindestens 50% betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handle, das voraussichtlich dauernd außerstande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Das oben zitierte Sachverständigengutachten wurde diesem Bescheid angeschlossen.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Eingabe vom 22.2.2011 Berufung erhoben. In der Begründung wurde ausgeführt, dass die Festsetzung des Gesamtgrades der Behinderung mit 40 % zu hinterfragen sei, da sich die "Diagnose" und die daraus resultierenden Einschränkungen im Vergleich zum Zeitpunkt der ersten Einstufung nicht verbessert, sondern eher verschlechtert hätten. Die in der Begründung angeführten Intervalle bzw. die erheblichen Pausen der Beschwerden seien seit dem Beurteilungszeitpunkt kürzer geworden bzw. ausgeblieben, der durchschnittliche Gesamtzustand habe sich absolut nicht verbessert. Der Berufungswerber ersuche daher um eine Neubeurteilung unter Berücksichtigung des Krankheitsverlaufes seit der Untersuchung am "29.12.2011" (gemeint wohl: 29.12.2010).

Das Finanzamt forderte daraufhin ein neues ärztliches Sachverständigengutachten an. Nach der am 7.4.2011 durchgeführten Untersuchung stellte der untersuchende Facharzt in seinem Gutachten vom 19.6.2011 folgendes fest:

Anamnese:

Berufung: Vorgutachten vom 21.12.2010: chron. multifokale Osteomyelitis, Va Saopho-Syndrom; 40%. Aus dem Vorgutachten: Zweites von zwei Kindern, Schwester gesund, Gravidität normal, Geburt per Sectio wegen Schädelbeckenmissverhältnis. Ansuchen wegen rez. Osteomyelitis seit Jänner 05. Damals zunehmend Schmerzen im Schulter-Nackenbereich links mit Schwellung der Fossa suprACLicularis. Der konsultierte Kinderarzt ordnete wegen der Schwellung der Clavicula ein Röntgen an. Der Radiologe seinerseits veranlasste weitere Untersuchungen zum Ausschluss eines Ewing Sarkoms. In der LKK Linz waren Labor, MR, Sonographie, Biopsie und Blutkultur unauffällig. Obwohl ein Tumor ausgeschlossen werden konnte und eine bakterielle Entzündung nicht nachgewiesen werden konnte erhielt er

dreiwochig intravenös Antibiotika und nach der Entlassung für weitere fünf Monate oral. Die Schmerzen waren schnell weg, die Schwellung am Schlüsselbein nach 3 Monaten. Im August 06 traten die gleichen Beschwerden wieder auf, wieder 16 Tage Antibiotika obwohl wieder Labor und Blutkulturen negativ waren. Inzwischen hatten sich die Eltern im Internet kundig gemacht und das Saphosyndrom passend gefunden. Die Rheumaklinik Garmisch wurde zur Klärung konsultiert, die dieses Syndrom bestätigten. Seither treten die oben genannten Beschwerden ca. alle 6-7 Wochen für 3 Wochen auf, ca. 10x bisher. Mittlerweile nimmt KindK nur mehr Proxen als Therapie, wodurch er aber nicht zufriedenstellend schmerzfrei ist und chron. Müdigkeit verspürt. Beim letzten mal komprimierte die Schwellung die Gefäße und Nerven des linken Armes, und es kam zu vorübergehender Hautyanose und Parästhesien. Er besucht die 4. HTL Betriebsmanagement, hatte jedoch krankheitsbedingt 100h Fehlstunden im Halbjahr. Ganzjährig Turnbefreit. Jetzige Schilderung: Schmerztabletten, LKH Vöcklabruck, Klinikum Wels, Garmisch-Partenkirchen - 1 Tag stationär; Jänner 2005 begonnen, einige Monate zwischendurch fast beschwerdefrei; Dalacin über 6 Monate eingenommen; schubartig; seit Juni 2010 wellenartig, nicht beschwerdefrei; Fitnessstudio nicht mehr möglich; ständig körperlich beeinträchtigt; Proxen 250 2-4x/Tag, dann etwas besser; immer wieder starke Beschwerden - zuletzt vor 3 Wo - ganzer linker Arm schmerhaft, Schwellung beobachtet - Knochen, Weichteilgewebe; starker Schub auch 2007; Venen komprimiert, Rückstau; Schwellung des Schlüsselbeins - immer links; Schmerzen dann rechte Schulterregion - Arm schwer zu bewegen, anfangs beginnend im Bereich d. Schlüsselbeines oder am Rücken beginnend; Schubdauer: ganz verschieden, früher 1,5 Wochen - jetzt nie ganz beschwerdefrei - 1,5 Wochen ständig Schmerzen, seit Juni 2010 - fast ständig Schmerzmittel; Fachhochschulein Wels; Garmisch- Partenkirchen-Befund; MR-Institut Gmunden- Befund; anfangs in der Kinderklinik - damals Dalacin; Biopsie gemacht; 6 Monate Dalacin eingenommen; 2007 und 2008 ist eine Pause gewesen - fast ein Jahr; Dr.Puchner-Wels vorstellig geworden: Behandlung nur für Erwachsene. Ein eindeutiges Sapho-Syndrom ist nicht nachweisbar laut Rheumaklinik Garmisch. (keinerlei Hautveränderungen nachweisbar).

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Proxen regelmäßig, bei neuerlichem entzündlichen Schub: Azithromycin empfohlen(Rheumaklinik Garmisch), evtl Calcitonintherapie (Rheumaklinik Garmisch); Prednisolontherapie wird auch diskutiert. Krankengymnastik ist empfohlen worden - Klinik Garmisch-Partenkirchen.

Untersuchungsbefund:

Idem zum Vorbefund, d.h. Verdickung der linken Clavicula, Druckschmerhaftigkeit, Schultergelenk frei beweglich, sonstige Gelenke unauffällig, int OB, haut bland (keine Hinweise für Psoriasis).

Relevante vorgelegte Befunde:

2010-12-21 VORGUTACHTEN DR. GUBO CRMO, 40%

2006-09-12 RHEUMAKLINIK GARMISCH-PARTENKIRCHEN

CRMO

2007-10-23 MRI-KINDERKLINIK LINZ

CRMO, Periostitis, Kompression Vena subclavia li und Vena jug. interna mit venösem Rückstau, venöse Kollateralbildung

2007-07-19 RÖNTGEN LINKE CLAVICULA, DR LOIDL, GMUNDEN

acromiale Auftriebg Clav. auf einer Strecke von ca. 3cm, lamilläre, polylamilläre periostale Reaktion

2008-11-28 STELLUNGSKOMMISSION LINZ

untauglich

2010-11-10 MRI-INSTITUT GMUNDEN

Va Sapho-Syndrom, Zeichen einer chron. Osteomyelitis mit aktiven Veränderungen, vor allem mittleres Schaftdrittel - Knochenmarks- und Weichteilinfiltration, Zust.n. Schrägfaktur im mittleren Drittel

Diagnose(n):

Chron.rekurriende (Multifokale) Osteomyelitis

Richtsatzposition: 020303 Gdb: 040% ICD: M86.3

Rahmensatzbegründung:

*ausschließlich Clavikula links betroffen, sichere Aktivitätszeichen mit Beschwerden zuletzt dauernd; **Höchstsatz nach Richtlinien**; keine Einschränkung der Schulterbeweglichkeit im hohen Grade;*

Gesamtgrad der Behinderung: 40 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Für das bestehende Leiden ist der jetzt gesetzlich mögliche Höchstsatz gewährt worden. Es gelten neue Richtlinien seit 05/2010 (neue Einschätzverordnung, 21.05.2010)

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

Dieses Gutachten wurde dem Berufungswerber im Zuge eines (hier nicht verfahrensgegenständlichen) Bescheides vom 7.7.2011 betreffend die Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den Zeitraum Juli 2011 zur Kenntnis gebracht.

Mit der am selben Tag ausgefertigten Berufungsvorentscheidung vom 7.7.2011 wurde die gegenständliche Berufung als unbegründet abgewiesen, da der Grad der Behinderung (neuerlich) nur mit 40 % festgestellt worden sei.

Der Berufungswerber beantragte daraufhin mit Schreiben vom 13.7.2011 die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Weiteres Vorbringen wurde darin nicht erstattet.

Über die Berufung wurde erwogen:

Einleitend ist zunächst festzuhalten, dass mit dem angefochtenen Bescheid nicht der Familienbeihilfenanspruch für den Sohn des Berufungswerbers dem Grunde nach ab März 2011 aberkannt wurde, sondern nach Ansicht des Finanzamtes lediglich der Erhöhungsbetrag im Sinne des § 8 Abs. 4 FLAG ab diesem Zeitpunkt nicht mehr zustand. Gegenstand des angefochtenen Bescheides bzw. Sache des Berufungsverfahrens ist daher allein die Frage, ob dieser Erhöhungsbetrag (weiter) zustand oder nicht. Der Spruch des angefochtenen Bescheides wurde daher in der gegenständlichen Entscheidung entsprechend präzisiert.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage von Monat zu

Monat anders zu beurteilen sein (z.B. VwGH 29.9.2004, [2000/13/0103](#)). Gleches gilt für die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum der Erhöhungsbeitrag zur Familienbeihilfe zusteht.

Durch das neue Sachverständigengutachten vom 29.12.2010, welchem die am 21.12.2010 durchgeführte Nachuntersuchung zugrunde lag, trat eine Änderung in der Sachlage ein, da darin nur mehr ein Gesamtgrad der Behinderung von 40 % festgestellt wurde, während im Gutachten aus dem Jahr 2007 noch ein Grad der Behinderung von 50 % attestiert worden war, sodass die Weitergewährung des Erhöhungsbeitrages zur Familienbeihilfe wegen erheblicher Behinderung des Kindes neu zu beurteilen war.

Das Finanzamt vertrat im Bescheid vom 15.2.2011 die Ansicht, dass dieser Erhöhungsbeitrag nicht mehr zustehe. § 8 Abs. 5 FLAG lautet in der seit 1.9.2010 geltenden, durch das BGBl I 81/2010 geschaffenen Fassung:

Als erheblich behindert gilt ein Kind, bei dem eine nicht nur vorübergehende Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muß mindestens 50 vH betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind § 14 Abs. 3 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970, in der jeweils geltenden Fassung, und die Verordnung des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz betreffend nähere Bestimmungen über die Feststellung des Grades der Behinderung (Einschätzungsverordnung) vom 18. August 2010, BGBl. II Nr. 261/2010, in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

§ 8 Abs. 6 FLAG normiert: *Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen. Die diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.*

Durch die Bestimmung des § 8 Abs. 6 FLAG hat der Gesetzgeber nicht nur die Frage des Grades der Behinderung, sondern auch die damit in der Regel unmittelbar zusammenhängende Frage der voraussichtlich dauernden Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, 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 Sachverständige die

ausschlaggebende Rolle spielt. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass die Frage, ob eine behinderte Person voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, nicht schematisch an Hand eines in einem bestimmten Zeitraum erzielten Einkommens, sondern nur unter Berücksichtigung von Art und Grad der Behinderung bzw. der medizinischen Gesamtsituation der betroffenen Person beurteilt werden kann. Der Gesetzgeber hat daher mit gutem Grund die Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit jener Institution übertragen, die auch zur Beurteilung des Behinderungsgrades berufen ist. Die Beihilfenbehörden haben bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und können von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen (VfGH 10.12.2007, [B 700/07](#)). Daraus folgt, dass de facto eine Bindung der Beihilfenbehörden sowie des Unabhängigen Finanzsenates an die Feststellungen der im Wege des Bundessozialamtes erstellten Gutachten gegeben ist. Die Tätigkeit der Behörden hat sich daher im Wesentlichen auf die Frage zu beschränken, ob die Gutachten als schlüssig anzusehen sind (in diesem Sinne auch Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 8 Rz 29 mit weiteren Judikaturnachweisen).

In der Berufung war vorgebracht worden, dass die im Gutachten vom 29.12.2010 angeführte Begründung für die Verminderung des Grades der Behinderung unzutreffend sei, weil die dort angeführten erheblichen Pausen von vielen Monaten, in denen nur minimale Beschwerden vorlägen, sich tatsächlich verkürzt hätten bzw. ausgeblieben wären. Im Gutachten vom 19.6.2011 wurde zwar festgestellt, dass "Beschwerden zuletzt dauernd" zu diagnostizieren seien, dies jedoch am Gesamtgrad der Behinderung von 40 % nichts ändere, da dies für das bestehende Leiden der jetzt gesetzlich mögliche Höchstsatz sei. Auf die geltende Einschätzungsverordnung wurde ausdrücklich hingewiesen. Eine Unschlüssigkeit dieses Gutachtens wurde weder behauptet noch näher begründet, eine solche ist auch nicht erkennbar.

Gemäß § 2 Abs. 1 EinschätzungsVO (BGBl II 261/2010) wird der Grad der Behinderung nach Art und Schwere der funktionellen Einschränkungen in festen Sätzen oder Rahmensätzen in der Anlage zu dieser Verordnung festgelegt. Für die festgestellte Erkrankung beträgt der Rahmensatz laut dieser Anlage (Punkt 02.03.03 Chronische Osteomyelitis mittleren Grades) 30 bis 40 %. Im Gutachten wurde somit der zulässige Höchstsatz von 40 % in Ansatz gebracht.

Damit liegen aber die in § 8 Abs. 5 FLAG normierten Voraussetzungen für die Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe iSd § 8 Abs. 4 FLAG nicht vor, da dieser nur ab einem festgestellten Grad der Behinderung von mindestens 50 % gewährt werden kann. In beiden

Gutachten wurde festgestellt, dass das Kind des Berufungswerbers voraussichtlich nicht dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Linz, am 10. Februar 2012