



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 14. November 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes x vom 4. November 2003 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

Das Finanzamt hat mit Bescheid vom 4.11.2003 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die volljährige Berufungswerberin für die Zeit ab 1.9.1998 unter Hinweis auf die §§ 6 Abs. 2 lit. d und 6 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 abgewiesen. Laut Gutachten des Bundessozialamtes vom 3.11.2003 betrage der Grad der Behinderung 50 % und sie sei voraussichtlich nicht dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Dagegen wurde eine Berufung eingebracht. Der Grad der Behinderung von 50 % werde sehr wohl dauernd sein, da keiner dieser Bandscheibenvorfälle je wieder behoben werden könne. Es werde sich auch nach den Therapien nichts ändern und eine Operation im Halsbereich sei laut Aussage der behandelnden Ärzte nicht möglich. Es sei keine Änderung des Zustandes zu erwarten. Die Berufungswerberin leide nunmehr schon beinahe ihr halbes Leben an unerträglichen Schmerzen im Halswirbelsäulenbereich und zusätzlich leide sie seit ihrem 13. Lebensjahr an chronischer Gastritis, was wiederum eine medikamentöse Behandlung ausschließe. Die Invaliditätspension sei daher im September 2003 beantragt worden.

Das Finanzamt ersuchte auf Grund dieser Einwände in der Berufung das Bundessozialamt erneut um eine Stellungnahme. Dieses Amt stellte mit Gutachten vom 13.1.2004 auf Grund des Leidens "Bandscheibenvorfall in jeder Etage der HWS und rezidivierende therapieresistente Schmerzzustände" einen Grad der Behinderung von 70 % fest. Die rückwirkende Einschätzung des Grades der Behinderung sei ab 1.8.2001 auf Grund der vorgelegten relevanten Befunde möglich. Die Untersuchte sei voraussichtlich dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Das Leiden habe sich im Laufe der Jahre mehr und mehr verschlechtert; die Patientin sei ungelernte Arbeiterin und ihre Chance, eine ihr Leiden berücksichtigende Tätigkeit zu bekommen, minimal.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 16.1.2004 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab. Die Behinderung sei erst mit 1.8.2001 – somit nach Vollendung des 21. Lebensjahres – eingetreten.

Der Vorlageantrag wird im Wesentlichen damit begründet, dass die Einschränkung sehr wohl vor dem 21. Lebensjahr eingetreten sei, nämlich bereits während der Pubertät. Im Alter von 23 Jahren sei die Berufungswerberin auch deshalb bereits das erste Mal operiert worden. Wenn im Alter von 23 Jahren bereits eine derartige Brustverkleinerung vorgenommen werde, habe der Schaden an der Wirbelsäule sehr wohl bereits seit Jahren bestanden. Gerade deshalb, nämlich wegen massiver Schmerzen der Hals- und Brustwirbelsäule, also einer degenerativen massiven Mammohypertrophie beidseits, sei sie operiert worden und diese Operation auch von den Kassen übernommen worden. Diese Behinderung sei keinesfalls erst im Jahre 2001 entstanden. Da sei es jedoch durch ihre Tätigkeit im Pflegebereich nur noch schlimmer geworden. Ihre körperliche Beeinträchtigung sei nachweislich im Alter von ca. 16/17 Jahren entstanden.

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

Gem. § 6 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 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).

Nach § 6 Abs. 2 lit d FLAG 1967 haben volljährige Vollwaisen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie wegen einer vor Vollendung des 21. Lebensjahres oder während einer späteren Berufsausbildung, jedoch 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.

Gem. § 8 Abs. 5 FLAG 1967 gilt ein Kind, bei dem eine nicht nur vorübergehende

Funktionsbeeinträchtigung im körperlichen, geistigen oder psychischen Bereich oder in der Sinneswahrnehmung besteht, als erheblich behindert. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von voraussichtlich mehr als drei Jahren. Der Grad der Behinderung muss mindestens 50% betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957, BGBl. Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung, und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9.6.1965, BGBl. Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung, anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzustellen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

Nach § 8 Abs. 6 FLAG 1967 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 diesbezüglichen Kosten sind aus Mitteln des Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zu ersetzen.

Wie aus dem Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung hervorgeht, stand die Berufungswerberin in der Zeit von 1986 bis Jänner 2002 in zahlreichen, wenn zum Teil auch kurzzeitigen, Dienstverhältnissen. Zwischendurch und anschließend folgten bis 2005 Arbeitslosengeldbezüge, Krankengeldbezüge bzw. der Bezug von Notstandshilfe. Das 21. Lebensjahr vollendete die Berufungswerberin im Jahr 1992.

Aus der Anamnese der vom Finanzamt vom Bundessozialamt angeforderten Gutachten geht hervor, dass die Berufungswerberin im Jahr 1986 eine Lehre als Floristin begann und diese wegen mangelnder Kreativität bzw. Begabung abgebrochen hat. Danach besuchte sie die zweijährige HBLA. Bis zum Beginn einer Ausbildung zur Altenfachbetreuerin (Anmerkung: diese wurde im Jahr 2003 ohne Abschluss beendet) wurden mehr als 30 Dienstverhältnisse eingegangen, die teilweise wegen häufiger Krankenstände auf Grund körperlicher Überlastung und Beschwerden, teilweise wegen Differenzen mit den Dienstgebern beendet wurden. Die Dauer der einzelnen Dienstverhältnisse belief sich von wenigen Tagen bis zu 1 1/2 Jahren. Teilweise kam es auch zu Parallelbeschäftigungen bei mehreren Dienstgebern. Problematisch waren von Jugend an rezidivierende Schmerzen im HWS-Bereich und Rückenschmerzen, die nach einer Mammareduktionsplastik 1994 vorübergehend gebessert waren. Nach unterschiedlichen Behandlungen, die sich über einige Jahre erstreckten, wurden erstmals im August 2001 cervicale Bandscheibenvorfälle diagnostiziert. Durch Behandlungen in der Schmerzambulanz (Akupunktur ca. 15 Sitzungen, Strom, Massagen und medikamentös) kam es zur Besserung, sodass die Ausbildung zur Altenfachbetreuerin begonnen wurde. Im Februar 2003 erfolgte der Abbruch der Ausbildung wegen HWS-Beschwerden, die vor allem durch die körperliche Belastung der Pflichtpraktika im

Pflegebereich verstärkt wurden.

Das Bundessozialamt bestätigt im zweiten, auf Grund der Berufung vom Finanzamt angeforderten Gutachten vom 13.1.2004, einen Grad der Behinderung von 70 vH ab 1.8.2001 sowie weiters, dass die Berufungswerberin voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Begründet wird dies damit, dass sich das Leiden im Laufe der Jahre mehr und mehr verschlechtert habe und die Berufungswerberin ungelernte Arbeiterin sei. Die Chance, eine ihr Leiden berücksichtigende Tätigkeit zu bekommen, sei minimal.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes steht eine mehrjährige berufliche Tätigkeit der Annahme entgegen, das Kind sei infolge seiner Behinderung voraussichtlich dauernd außerstande gewesen, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen (vgl. VwGH-Erkenntnisse v. 21.2.2001, Zl. 96/14/0159; v. 25.2.1997, Zl. 96/14/0088, und die dort angeführte Vorjudikatur).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Judikatur weiters festgestellt, dass von einer beruflichen Tätigkeit jedoch dann nicht gesprochen werden kann, wenn der "beruflich Tätige" keine (Arbeits) Leistungen erbringt, wenn also eine Person aus karitativen Überlegungen oder zu therapeutischen Zwecken ohne Erwartung einer Gegenleistung wie ein Dienstnehmer behandelt wird. Es kommt aber nicht darauf an, dass der Erwerb unter den auf dem Arbeitsmarkt üblichen Bedingungen verschafft werden kann.

Im gegebenen Fall ist davon auszugehen, dass sich die Berufungswerberin bis weit über das 21. Lebensjahr hinaus den Unterhalt selbst verschaffen konnte, zumal Gegenteiliges nicht einmal behauptet wird. Dagegen spricht auch nicht, dass das Leiden bereits vor dem 21. Lebensjahr begonnen hat. Folgt man dem Gutachten des Bundessozialamtes und berücksichtigt man zudem, dass eine Mammareduktionsplastik im Jahr 1994 und die Diagnose "cervicale Bandscheibenvorfälle" im August 2001 – also beides nach der Vollendung des 21. Lebensjahres der Berufungswerberin – erfolgten sowie bezieht man weiters die zahlreichen Dienstverhältnisse mit ein, so muss man zur Ansicht gelangen, dass die Erwerbsunfähigkeit erst nach Vollendung des 21. Lebensjahres eingetreten ist.

Ein Anspruch auf die Gewährung der Familienbeihilfe und erhöhten Familienbeihilfe liegt somit ab 1.9.1998 nicht vor.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Linz, am 11. März 2005