



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 3. und 11. Bezirk, Schwechat und Gerasdorf betreffend Rückforderung von zu Unrecht bezogener erhöhter Familienbeihilfe für den Zeitraum vom 1. Oktober 1991 bis 31. Dezember 2000 für das Kind EY entschieden:

Der Berufung wird stattgegeben. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Rechtsbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

### **Entscheidungsgründe**

Nach den vom Amtsarzt unterfertigten und im Akt einliegenden Bescheinigungen vom 25. Oktober 1996 bzw. 29. Dezember 1997 leidet der Sohn des Bw. seit 1990 bzw. 1988 an Bronchitis bzw. Asthma bronchiale und ist dadurch zu 50% behindert. Auf Grund dieser ärztlichen Bescheinigungen wurde der Erhöhungsbetrag zu Familienbeihilfe rückwirkend ab Oktober 1991 bis einschließlich Dezember 2000 gewährt.

In dem im Zuge einer Überprüfungsaktion betreffend die erhöhte Familienbeihilfe eingeholten Gutachten vom 20. August 2001 gab der befundende Arzt an, dass das Kind EY seit zwei Jahren "absolut gesund" sei und kein Grad der Behinderung bestehe. Auch sei das Kind voraussichtlich nicht dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Mit Bescheid vom 6. September 2001 sprach das Finanzamt gegenüber dem Bw. die Rückforderung der für den Zeitraum vom 1. Oktober 1991 bis zum 31. Dezember 2000 zu Unrecht bezogenen erhöhten Familienbeihilfen aus (S 186.150) und begründete dies damit, dass in dem mit 20. August 2001 datierten und dem Bescheid beiliegenden Gutachten das Bundessozialamt festgestellt habe, dass kein Leiden vorliege, sodass für den erwähnten Zeitraum kein Anspruch auf erhöhte Familienbeihilfe bestehe.

Seine Berufung begründete der Bw. damit, dass sein Sohn EY seit seinem ersten Lebensjahr an spastischer Bronchitis leide. Dies bewiesen die beilgelegten Befunde vom Lungenfacharzt Dr. Sch und ein Auszug aus der Krankengeschichte Kindes vom Gesundheitszentrum der WGKK. Die Familie des Bw. sei bezüglich dieser Krankheit sehr vorbelastet. Viele seiner Verwandten in der Türkei litten an Asthma und Bronchitis, sein kleinerer Sohn MEY habe bereits vier Mal stationär im PKS behandelt werden müssen. Aus diesem Grund hätte er mit seiner Familie in den letzten drei Sommer den türkischen Kurort A besucht. Die Familie hätte zweimal amtsärztliche Bestätigungen über den 50%igen Behinderungsgrad seines Sohnes beim Finanzamt eingebracht. Der Familie sei damals seitens des Finanzamtes mitgeteilt worden, dass weitere Bestätigungen nicht erforderlich wären. Sie sei auch später niemals aufgefordert worden, neue Atteste zu bringen. Es wäre aber jederzeit möglich gewesen, die Krankheit seines Sohnes nachzuweisen. Erst in den letzten zwei Jahren habe sich eine Besserung seines Gesundheitszustandes ergeben, was die Familie auf die Kuraufenthalte zurückführe. Die im letzten Herbst eingereichte amtsärztliche Bestätigung habe daher auch nur einen Behinderungsgrad von 20% aufgewiesen, und seinem Sohn gehe es tatsächlich viel besser. Die im Sachverständigengutachten getroffene Feststellung "kein Leiden" könne sich daher nur auf den Zeitraum der letzten zwei Jahre beziehen; davor sei sein Sohn jedenfalls schwer krank gewesen und habe die erhöhte Familienbeihilfe zu Recht bezogen. Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung ab.

Den Vorlageantrag begründete der Bw. wie folgt: 1. Ein Gutachten sei am 20. August 2001 eingeholt worden. Wieso sei bis zu diesem Zeitpunkt dieses Gutachten nicht eingeholt worden? 2. Der Bw. hätte alle Unterlagen, die er dazu benötigt hätte, noch in seinem Besitz, zB. Befunde von Ärzten, Auszug aus der Krankengeschichte, usw. 3. Diese unzähligen Anträge, Unterlagen und Befunde habe er beim Finanzamt seinerzeit eingereicht. Nach seinem

Wissen werde nach Einreichung, egal weshalb es sei, gründlich nachgeforscht. 4. Die Nachforschung sei damals nicht verwirklicht worden. 5. Alle Befunde, die in seinem Besitz seien, hätte er weder gefälscht noch sonst von irgendwo aufgetrieben. Er beantrage, alle Unterlagen nochmals gründlich durchzusehen und eine Stattgabe der Berufung.

Im Rechtsmittelverfahren wurde ein neuerliches Gutachten vom Bundessozialamt eingeholt und nach dessen Einlangen dem Bw. zur Äußerung mitgeteilt.

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

Gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch eine in § 46 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt verursacht worden ist.

Gemäß § 8 Abs. 4 leg. cit. erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind.

Gemäß § 8 Abs. 5 lit a dieses Gesetzes in der Stammfassung gelten Kinder als erheblich behindert, deren körperliche oder geistige Entwicklung infolge eines Leidens oder Gebrechens so beeinträchtigt ist, dass sie im vorschulpflichtigen Alter voraussichtlich dauernd einer besonderen Pflege oder eines besonderen Unterhaltsaufwandes bedürfen.

Gemäß § 8 Abs. 6 leg. cit. in der Fassung BGBl. 573/1978 ist die erhebliche Behinderung durch ein Zeugnis eines inländischen Amtsarztes nachzuweisen. Einem amtsärztlichen Zeugnis ist eine entsprechende Bestätigung einer inländischen Universitätsklinik oder einer inländischen Krankenanstalt sowie eine entsprechende Bestätigung des Schularztes gleichzusetzen.

Als erheblich behindert gilt gemäß § 8 Abs. 5 dieses Gesetzes in der Fassung BGBl. 531/1993 (mit Wirksamkeit ab 1994) 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 v.H. betragen, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Für die Einschätzung des Grades der Behinderung sind die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsopferversorgungsgesetzes 1957, BGBl. Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung, und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 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.

Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen ist gemäß § 8 Abs. 6 leg. cit. in der bis 31. Dezember 2002 gültigen Fassung durch eine Bescheinigung eines inländischen Amtsarztes, einer inländischen Universitätsklinik, einer Fachabteilung einer inländischen Krankenanstalt oder eines Mobilen Beratungsdienstes der Bundesämter für Soziales und Behindertenwesen nachzuweisen. Kann auf Grund dieser Bescheinigung die erhöhte Familienbeihilfe nicht gewährt werden, hat das Finanzamt einen Bescheid zu erlassen. zur Entscheidung über eine Berufung gegen diesen Bescheid hat die Finanzlandesdirektion ein Gutachten des nach dem Wohnsitz des Berufungswerbers zuständigen Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen einzuholen.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2002 mit Wirkung ab 2003 ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch eine ärztliche Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.

Für die Zeit vom 1. Oktober 1991 bis zum 31. Dezember 1993 ist der Berufung schon auf Grund der eingangs zitierten eindeutigen Gesetzeslage stattzugeben, da es in diesem Zeitraum für das Vorliegen einer erheblichen Behinderung im Sinne des § 8 Abs. 5 FLAG nicht auf einen mehr als 50%igen Behinderungsgrad, sondern - wie im Streitfall gegeben – auf einen erhöhten Pflegebedarf ankam.

Für die übrigen Zeiträume ergibt sich Folgendes:

Das Gutachten vom 20. August 2001 weist für das Kind kein Leiden aus, EY ist danach seit zwei Jahren gesund. Der im Gutachten vom 13. Mai 2002 attestierte Zustand nach rezidivierender obstruktiver Bronchitis im Rahmen von kindlichen Atemwegsinfekten (Richtsatzposition g.z. III/a/283; GdB 0%) ist mangels geeigneter fachärztlicher oder Spitalsbefunde auf den Zeitpunkt der Untersuchung beschränkt (eine Beurteilung des Grades der Behinderung wegen Bronchitis oder Asthma bronchiale im Zeitraum ab 1991 sei nicht möglich).

Daher sind zur Klärung des Gesundheitszustandes von EY im Zeitraum vom 1. Jänner 1994 bis 31. Dezember 2000 auch die vom Bw. eingereichten amtsärztlichen Bescheinigungen vom 25. Oktober 1996 bzw. vom 29. Dezember 1997 heranzuziehen. Nach diesen Attesten wurde beim Sohn des Bw. auf Grund seines Leidens ein 50%iger Behinderungsgrad bescheinigt. Die für die Gewährung der erhöhten Familienbeihilfe im strittigen Zeitraum maßgeblichen ärztlichen Bescheinigungen liegen also vor. Die eingeholten Sachverständigengutachten des

Bundessozialamtes treffen für den von der Rückforderung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe umfassten Zeitraum keine schlüssige Aussage. Damit gilt der Nachweis der Anspruchsvoraussetzungen - die erhebliche Behinderung des Kindes – durch die mit der Antragstellung bzw. Weitergewährung des Erhöhungsbetrages eingebrachten amtsärztlichen Bescheinigungen als erbracht.

Es war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 4. Juli 2003