



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk sowie Purkersdorf in Wien betreffend Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge an Familienbeihilfe (Erhöhungsbetrag) für das Kind JMS für den Zeitraum 1. November 1995 bis 31. August 2001 und für das Kind CRS für den Zeitraum 1. Jänner 1995 bis 31. August 2001 entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben. Für das Kind JMS sind die im Zeitraum vom 1. November 1995 bis zum 31. August 2001 zu Unrecht bezogenen Beträge an erhöhter Familienbeihilfe zurückzuzahlen.

### **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**

Im Familienbeihilfenakt der Bw. erliegen zwei mit 16. August 2001 datierte fachärztliche Sachverständigengutachten des Bundessozialamtes für Wien, Niederösterreich und Burgenland.

In der ersten dieser Expertisen wird für das Kind CRS als Leiden Asthma bronchiale (Richtsatzposition: III/a/286) mit der Rahmensatzbegründung diagnostiziert, dass der untere Rahmensatz gewählt worden sei, da CRS unter Dauertherapie stabil und pulmonal zufriedenstellend belastbar sei. Das Kind sei dadurch seit 1996 zu 30 v.H. behindert. Ergänzend wird bemerkt, dass keine Befunde vorhanden seien.

Im Gutachten für das Kind JMS wird als Leiden Epilepsie (Richtsatzposition IV/v/571) festgestellt, wodurch es seit 1987 zu 10 v.H. behindert sei. Auch hier wurde ergänzend angemerkt, dass keine Befunde vorgelegt wurden, sondern JMS angeblich seit der ersten Einstellung mit Medikamenten anfallsfrei sei.

Das Finanzamt erließ einen mit 25. September 2001 datierten Bescheid, mit dem es von der Bw. für CRS für den Zeitraum vom 1. Jänner 1995 bis zum 31. August 2001 S 135.500 und für JMS für den Zeitraum 1. November 1995 bis 31. August 2001 S 120.000 an erhöhter Familienbeihilfe zurückforderte. Zur Begründung gab die Behörde an, dass die zuvor zitierten Gutachten im Zuge einer Überprüfung des Anspruches auf erhöhte Familienbeihilfe eingeholt worden seien. Da dabei festgestellt worden sei, dass bei CRS nur ein Behinderungsgrad von 30% und bei JMS bloß ein Behinderungsgrad von 10% vorläge, stehe fest, dass die erhöhte Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen worden sei.

Die Berufung begründete die Bw. damit, dass sie für ihre in Rede stehenden Kinder aufgrund deren Erkrankung um erhöhte Familienbeihilfe eingereicht habe. Sie habe mit den ärztlichen Befunden und unter Anwesenheit der Kinder beim Amtsarzt vorgesprochen und dieser habe ihr eine Bestätigung über die mehr als 50%ige Behinderung und Anspruchsberechtigung für die erhöhte Familienbeihilfe ausgestellt. Sie selbst habe den Behinderungsgrad nicht feststellen können, dazu hätte sie die nötigen Befunde eingeholt und die Besuche beim Amtsarzt gemacht. Es liege sohin nicht in ihrer Verantwortung, dass der Grad der Behinderung vom Amtsarzt so eingeschätzt worden sei. Sie hätte keinesfalls vorgehabt, Leistungen zu Unrecht in Anspruch zu nehmen, sondern hätte sich ordnungsgemäß an die Vorschriften gehalten.

Auf Aufforderung des Finanzamtes mittels Ergänzungsersuchens, die Krankheitsgeschichten beider Kinder unter Anschluss sämtlicher vorhandener Befunde für CRS ab Jänner 1995 bzw. für JMS ab November 1995 vorzulegen, brachte die Bw. ein Konvolut an teils kopierten Unterlagen ein.

Nach Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz holte diese Behörde für JMS und CRS beim Bundessozialamt Gutachten ein. In der Expertise des Nervenfacharztes kommt dieser Spezialist bezüglich JMS zur Diagnose, dass bei diesem Kind ein Zustand nach

einem epileptischen Anfall im ersten Lebensjahr und einer langjährigen Einstellung auf Tegretol, jedoch keine Anfälle und ein unauffälliges EEG vorlägen. Es bestehe sohin kein Grad der Behinderung.

Bezüglich des Kindes CRS kommt der Lungenfacharzt unter Einbeziehung des dermatologischen Gutachtens zur Diagnose, dass CRS einerseits an allergischem Asthma bronchiale (Richtsatzposition III/a/286) mit einem 30%igen Grad der Behinderung und andererseits an einer chronisch-rezidivierenden Neurodermitis mit Allergieneigung gegen Hühner- und Milcheiweiß (Richtsatzposition IX/a/699) mit einem ebenfalls 30%igen Grad der Behinderung leide. Die Wahl der Richtsatzposition beim Asthma sei erfolgt, da ein schwerer mehrjähriger Krankheitsverlauf mit häufig wiederkehrenden Beschwerden und einer objektivierbaren Einschränkung der Atemfunktion mit Erfordernis einer laufenden Asthma-Therapie vorliege. Der untere Rahmensatz ergebe sich wegen leicht- bis mäßiggradiger Einschränkung der respiratorischen Leistungsreserven. Bei der Neurodermitis ergebe sich der untere Rahmensatz wegen der geringen Ausprägung. Als Gesamtgrad der Behinderung ergebe sich ein 50%iger Hundertsatz, weil das Asthma bronchiale durch die Neurodermitis wegen des ungünstigen Zusammenwirkens um zwei Stufen erhöht werde. Der ärztliche Dienst des Bundessozialamtes schloss sich diesen Diagnosen sowohl bezüglich JMS als auch betreffend CRS an.

Die Gutachten wurden der Bw. zur Gegenäußerung zugestellt. Sie gab jedoch keine Stellungnahme dazu ab.

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

Nach § 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 dieses Gesetzes erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind. Als erheblich behindert gilt gemäß § 8 Abs. 5 leg. cit. 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 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 FLAG 1967 in der bis 31. Dezember 2002 geltenden Fassung durch eine Bescheinigung eines inländischen Arztes, 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. Die Feststellung des Behinderungsgrades eines Kindes, für das erhöhte Familienbeihilfe nach § 8 Abs. 4 FLAG 1967 beantragt wurde, hat im Wege der Würdigung ärztlicher Sachverständigengutachten zu erfolgen.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG 1967 in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2002 mit Wirkung ab 1. Jänner 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.

Wie den gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen ist, liegt eine erhebliche Behinderung im Sinne des § 8 Abs. 5 des Familienlastenausgleichsgesetzes dann vor, wenn das Ausmaß der Behinderung eines Kindes zumindest 50% beträgt.

Nach den im Berufungsverfahren eingeholten Gutachten des Bundessozialamtes liegt ein derartiger Prozentsatz hinsichtlich der Leiden des Kindes CRS vor, während bei JMS laut vorliegenden Gutachten kein Grad der Behinderung festgestellt wurde.

Dass die vom Bundessozialamt im Zuge des Berufungsverfahrens erstellten Gutachten und die darin festgestellten Behinderungsgrade bezüglich JMS und CRS mit größter Wahrscheinlichkeit den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen, kann unter Berücksichtigung aller vorliegenden Gutachten deshalb im Rahmen der freien Beweiswürdigung angenommen werden, da diese Grade der Behinderung im Rahmen von fachärztlichen Untersuchungen und unter Bedachtnahme auf die vorliegenden Befunde festgestellt wurden.

Dass die Bw. – wie aus ihren Ausführungen in der Berufung zu entnehmen ist – die erhöhten Familienbeihilfenbeträge im guten Glauben an die Rechtmäßigkeit des Bezuges vereinnahmt hat, ist im Hinblick auf die objektive Fassung des § 26 Abs. 1 FLAG ("wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat ... ") nicht entscheidend. Es genügt allein deren unrechtmäßiger Bezug.

Im gegenständlichen Berufungsfall ist der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe für das Kind JMS insofern zu Unrecht ausbezahlt worden, als dieser Zahlung keine erhebliche Behinderung im Sinne der zuvor dargelegten Rechtsvorschriften zu Grunde liegt. Soin sind die für JMS im Zeitraum vom 1. November 1995 bis zum 31. August 2001 zu Unrecht bezogenen Beträge an erhöhter Familienbeihilfe zurückzuzahlen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, 2. Juli 2003