



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Dr. Heidi Bernhart, Rechtsanwältin, 1170 Wien, Dornbacherstraße 62, vom 17. Oktober 2001 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf, vertreten durch ADir. Koller, vom 17. September 2001 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und erhöhter Familienbeihilfe für den Zeitraum vom 1. November 1993 bis 31. Juli 2001 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe wird für das Kind P für den Zeitraum vom 1. Jänner 1996 bis zum 31. Juli 2001 im Betrag von € 8.350,11 (ATS 114.900,00) als zu Unrecht bezogen rückgefordert.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Antrag vom 18. September 1997 begehrte die Bw. für das Kind A die Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe für erheblich behinderte Kinder. Laut vorgelegtem ärztlichen Zeugnis (bescheinigtes Leiden: "schwere recidiv. obstrukt. Bronchitis und Hausstaubmilbenallergie") wurde der Grad der Behinderung (GdB) des Kindes A mit 50 v.H. bescheinigt; dem Antrag wurde stattgegeben und der Erhöhungsbetrag gelangte für das Kind A für den Zeitraum vom Jänner 1993 bis inkl. Juli 2001 zur Auszahlung.

Für das Kind P erfolgte die Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe aufgrund vorgelegter ärztlicher Bescheinigungen (bestehendes Leiden: "Neurodermitis" - GdB 50%) für den Zeitraum ab 1. November 1993 bis inkl. Juli 2001.

Im Zuge von Anspruchsüberprüfungen - nachdem bei Antragstellungen auf die Gewährung des Erhöhungsbetrages zur Familienbeihilfe in mehreren Fällen Manipulationshandlungen

bekannt geworden sind - wurden Sachverständigengutachten über die bestehenden Behinderungsgrade eingeholt. Laut den im gegenständlichen Berufungsfall erstellten Sachverständigengutachten (für beide Kinder ausgestellt am 20. August 2001) konnte bei den Kindern P und A kein einschätzungsrelevantes Leiden festgestellt werden.

Mit dem bekämpften Bescheid vom 17. September 2001 wurde für die beiden Kinder der Bw. der Erhöhungsbetrag zur Familienbeihilfe rückgefordert. Das Finanzamt begründete seinen Bescheid damit, dass laut den im Zuge der Anspruchsüberprüfung erstellten Sachverständigengutachten für beide Kinder kein einschätzungsrelevantes Leiden festgestellt worden sei und die Beihilfenbeträge somit zu Unrecht bezogen worden seien.

In der gegen obigen Bescheid eingebrachten Berufung führt die Bw., vertreten durch die ausgewiesene Rechtsanwältin, im Wesentlichen aus, dass die am 20. August 2001 durchgeführten Befundaufnahmen ohne Bezugnahme auf die für beide Kinder vorgelegten Krankengeschichten erfolgt seien und bestehe demzufolge der Rückforderungsanspruch zu Unrecht.

Vorsorglich werde auch die Einrede der Verjährung "hinterzogener Abgaben" gemäß § 207 Abs. 2 BAO erhoben.

Das Finanzamt legte die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Mit Berufungsentscheidung der Finanzlandesdirektion vom 10. Juli 2002 wurde dem Rechtsmittel der Bw. insoweit Folge gegeben, als der Rückforderungsbetrag für das Kind A mit Null festgesetzt wurde.

Demgegenüber wurde der Rückforderungsanspruch in der Höhe von € 12.666,87 (ATS 157.800,00) betreffend das Kind P als zu Recht bestehend erkannt und insoweit der Berufung der Erfolg versagt.

Hierbei wurde begründend ausgeführt, dass die Einstufung eines Grad der Behinderung von 20 v.H für letztgenanntes Kind laut dem Sachverständigengutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen den tatsächlichen Gegebenheiten entspreche und demzufolge eine erhebliche, den Bezug der erhöhten Familienbeihilfe berechtigende Behinderung niemals vorgelegen sei.

Gegen obige Berufungsentscheidung wurde betreffend die Bestätigung des Rückforderungsanspruches für das Kind P mit Schriftsatz vom 30. September 2002 Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben und begründend ausgeführt, die belangte Behörde habe - ohne eine wie immer geartete Auseinandersetzung mit der im Berufungsschriftsatz erhobenen Verjährungseinrede zu pflegen - übersehen, dass der Rückforderung des Erhöhungsbetrages für die Jahre 1993 bis 1995 des Rechtsinstitut der Verjährung entgegengestanden sei.

Ungeachtet dessen habe sich die belangte Behörde in merito ausschließlich auf das Gutachten Dr. S bezogen, ohne dass eine Auseinandersetzung mit den Befunden der den Sohn P behandelnden Doktoren Po und R erfolgt sei.

Der Verwaltungsgerichtshof schloss sich in weiterer Folge den Beschwerdeausführungen an und hob mit Erkenntnis vom 15. Februar 2006 die Berufungsentscheidung vom 10. Juli 2002 ob Nichtauseinandersetzung mit der im Berufungsschriftsatz erhobenen Verjährungseinrede auf.

Mit Berufungsentscheidung vom 12. April 2006, RV/0640-W/06 wurde dem Berufungsbegehren seitens des unabhängigen Finanzsenates teilweise Folge gegeben, indem der Erhöhungsbetrag für das Kind P im als im Zeitraum vom 1. Jänner 1995 bis zum 31. Juli 2001 als zu Unrecht bezogen erachtet und im Ausmaß von € 9.789,03 (ATS 134.700,00) rückgefordert wurde.

Einer gegen vorgenannte Berufungsentscheidung erhobenen Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof war insoweit Erfolg beschieden als das Höchstgericht mit Erkenntnis vom 20. Oktober 2009, 2006/13/0105 den angefochtenen Bescheid infolge Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben hat.

Hierbei vertrat der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung, dass die vom unabhängigen Finanzsenat als (die Verjährung des Jahres 1995 unterbrechende) Amtshandlung zur Geltendmachung des Abgabenspruchs qualifizierte, mit 15. September 1997 erfolgte Übersendung des Formblattes „Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe“ nicht näher begründet worden sei.

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

Gemäß § 8 Abs. 4 FLAG 1967 erhöht sich die Familienbeihilfe für jedes erheblich behinderte Kind. Als erheblich behindert gilt gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967 i.d.F BGBl.Nr. 531/1993 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 9.6.1965, 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.

Der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, ist gemäß Abs. 6 leg.cit. 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.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 ist zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe rückzuzahlen. Zurückzuzahlende Beträge können auf fällige oder fällig werdende Familienbeihilfen angerechnet werden.

Die Feststellung des Behinderungsgrades eines Kindes, für welches erhöhte Familienbeihilfe nach § 8 Abs. 4 FLAG beantragt wurde, hat nach den Bestimmungen des § 8 Abs. 6 FLAG auf dem Wege der Würdigung ärztlicher Sachverständigengutachten zu erfolgen. Für das Kind P wurde laut dem Sachverständigengutachten Dr. S, Facharzt für Dermatologie vom 16. Jänner 2002 eine auch in der Vergangenheit nicht stärker ausgeprägte Beeinträchtigung durch "Neurodermitis" (Richtsatzposition IX/a/696) und der daraus resultierende Behinderungsgrad mit 20 v.H. festgestellt.

Dieser Einstufung des GdB hat sich der Ärztliche Dienst des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen Wien, Niederösterreich und Burgenland am 24. Jänner 2002 angeschlossen.

Die fachärztlichen Sachverständigengutachten des Bundessozialamtes wurden der Bw. für das Kind P bereits mit Schreiben der Finanzlandesdirektion vom 18. März 2002 zur Kenntnis gebracht.

Unter Berücksichtigung der nunmehr vorliegenden Gutachten konnte im Rahmen der freien Beweiswürdigung angenommen werden, dass für das Kind P die Einstufung des Grades der Behinderung mit 20 v.H. laut dem Sachverständigengutachten des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesen vom 16. Jänner 2002 mit größter Wahrscheinlichkeit den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, denn dieser Behinderungsgrad des Kindes wurde im Rahmen einer fachärztlichen Untersuchung und unter Bedachtnahme auf die vorgelegten Befunde erstellt.

Da auf Grund dieses Gutachtens für das Kind P eine erhebliche Behinderung im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 nie vorgelegen ist, sind die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug der erhöhten Familienbeihilfe nicht gegeben.

Was das Gutachten Dr. S über einen für einen Anspruch nicht ausreichenden Grad der Behinderung von lediglich 20 v.H. im speziellen anlangt, so gelangte die Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Überzeugung, dass dieses trotz relativer Kürze als schlüssig und nachvollziehbar einzustufen war.

Nämliche Schlussfolgerung lag vor allem darin begründet, weil zusätzlich zu dem nahezu völlig beschwerdefreien Erscheinungsbild des Kindes P (Kratzspuren lediglich im Bereich der linken Ellbeuge) eine Hautpflege mit einer einfachen Creme (Ultrabas/Ultrasic) und nur gelegentlich mit Cortisonsalben als ausreichend diagnostiziert worden ist.

Was die nunmehr im fortgesetzten Verfahren von der Abgabenbehörde zweiter Instanz zu berücksichtigende Befunde der Doktoren Po und R anlangt, so verbleibt festzuhalten, dass deren Inhalt kein für die Vergangenheit erheblich schweres Erscheinungsbild erkennen ließen.

Wiewohl Dr. Po in seiner mit 29. Juli 1997 datierten Stellungnahme für das Kind P wegen Neurodermitis einen Meereskuraufenthalt verordnet hat, ist seitens vorgenannten Mediziners weder eine Diät noch die Beigabe einer Begleitperson für nämlichen Kuraufenthalt für notwendig erachtet worden.

Dem ärztlichen, mit 11. September 2000 datierten Zeugnis Dr. R ist die Bestätigung einer bei P seit der Geburt bestehenden Neurodermitis, respektive einer seit dem Jahr 1992 andauernden Behandlung zu entnehmen, ohne dass vorgenannte Befundaufnahme in die Dokumentation eines daraus resultierenden Grad der Behinderung mündete.

In Ansehung obiger Ausführungen vermochten so hin die letztgenannten Befunde keinerlei Grundlage die Schlüssigkeit des Gutachtens Dr. S dahingehend zu erschüttern, dass der Behinderungsgrad des Kindes im Rückforderungszeitraum in einem über das diagnostizierte

Ausmaß von 20 v.H gelegen gewesen ist, geschweige denn dieser mindestens 50 v.H erreicht hat.

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz hatte des Weiteren der Frage nachzugehen, ob gegebenenfalls dem Rückforderungsanspruch für die Jahre 1993 bis 1995 das Rechtsinstitut der Verjährung entgegengestanden ist.

Nach der Bestimmung des § 207 Abs. 4 BAO verjährt das Recht, die Rückzahlung zu Unrecht bezogener Beihilfen zu fordern in fünf Jahren.

§ 208 Abs. 1 lit. c BAO normiert, dass die Verjährung in den Fällen des § 207 Abs. 4 leg.cit. mit dem Ablauf des Jahres beginnt, in dem die rückzufordernden Beihilfen geleistet wurden.

Nach der Bestimmung des § 209 Abs. 1 erster Satz BAO idF AbgÄG 2004 (BGBl. I 2004/180) wird die Verjährungsfrist durch von der Abgabenbehörde innerhalb der Verjährungsfrist (§207) unternommene, nach außen erkennbare Amtshandlungen zur Geltendmachung des Abgabenanspruches oder zur Feststellung des Abgabepflichtigen (§ 77) um ein Jahr verlängert.

Nach der Bestimmung des § 323 Abs. 18 BAO ist vorgenannte Bestimmung idF AbgÄG 2004 ab 1. Jänner 2005 in Kraft getreten und ist ob des Umstandes, dass die Verjährungsvorschriften Normen des Verfahrensrechts sind, die Neufassung grundsätzlich auch für am Tag ihres Inkrafttretens "offenen" Verfahren anzuwenden ist.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass es sich im vorliegenden Fall um ein derartiges "offenes" Verfahren handelt, da durch die Aufhebung der Berufungsentscheidung vom 10. Juli 2002 sowie jener vom 12. April 2006 durch die Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes vom 15. Februar 2006, respektive jenes vom 20. Oktober 2009 die Berufung vom 17. Oktober 2001 wiederum als unerledigt gilt.

§ 323 Abs. 18 vorletzter Satz BAO normiert die sinngemäße Anwendung der Bestimmung des § 209 a Abs. 1 und 2 für den Fall der Verkürzung der Verjährungsfristen durch die Neufassungen des § 209 Abs. 1 durch BGBl. I Nr. 180/2004.

Die Bestimmung des § 209 a Abs. 1 BAO besagt wiederum, dass einer Abgabenfestsetzung, die in einer Berufungsentscheidung zu erfolgen hat, der Eintritt der Verjährung nicht entgegensteht.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat letztgenannter Grundsatz auch auf für nach Aufhebung durch den Verwaltungsgerichtshof erlassene (neuerliche) Berufsentscheidung Anwendung zu finden (VwGH v. 20.10.1994, 89/14/0149).

Nach der im Schrifttum zur Bundesabgabenordnung vertretenen Ansicht ist für das Verständnis der Anwendung des § 209 a Abs. 1 BAO vom Falltypus auszugehen, dass die erstinstanzliche Abgabenfestsetzung innerhalb der Verjährungsfrist (§ 207) erfolgt ist, wobei gegen diese Festsetzung ein Rechtsmittel eingelegt worden ist.

Erfolgte nämliche Abgabenfestsetzung hingegen erstmals nach Ablauf der Verjährungsfrist, dann ist diesem Umstand in der Berufungserledigung im Wege einer (Teil) Aufhebung des angefochtenen Bescheides zu begegnen, widrigenfalls eine auf § 209 a Abs. 1 BAO gestützte Sachentscheidung die Rechtswidrigkeit der erstinstanzlichen Festsetzung fortführen würde (Stoll, BAO - Kommentar, Band 2, Ausführungen in Punkt 2 zu § 209 a, S 2207).

In Anbetracht obiger Ausführungen und unter Anwendung der "neuen Verjährungsbestimmungen" vertritt die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Auffassung, dass betreffend des Rückforderungszeitraumes vom 1. November 1993 bis zum 31. Dezember 1995 Verjährung eingetreten ist.

In Übereinstimmung mit den Ausführungen im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Oktober 2009, 2006/13/0105 gelangte der unabhängige Finanzsenat zur Überzeugung, dass die mit 15. September 1997 erfolgte Anforderung einer ärztlichen Bescheinigung für den Sohn P nicht als eine, die Verjährung des Jahres 1995 verlängernde Amtshandlung zu qualifizieren war.

Nämliche Ansicht liegt hierbei darin begründet, dass es sich bei der Überprüfung des Anspruches auf Familienbeihilfe in Ermangelung des Ausweises eines Bezugszeitraumes nur um eine pro futuro wirkende - sprich im vorliegenden Fall um eine solche mit dem 1. Oktober 1998 beginnende - Prüfung handelt und demzufolge die Übersendung des Formulars nicht als eine die Verjährung unterbrechende Amtshandlung für die davor liegenden Zeiträume erachtet werden kann.

Demzufolge war angefochtene Bescheid in teilweiser Stattgabe des Rechtsmittels insoweit abzuändern, als der Rückforderung nunmehr auf den Zeitraum vom 1. Jänner 1996 bis zum 31. Juli 2001 zu lauten hat, respektive der Rückforderungsbetrag unter Anwendung der für den "verjährten" Zeitraum 1. November 1993 bis 31. Dezember 1995 anzuwendenden Bestimmung des § 8 Abs. 4 FLAG, der gemäß sich die Familienbeihilfe für jedes Kind, das erheblich behindert ist, monatlich um 1.650 S erhöht, auf € 8.350,11 (ATS 114.900,00) zu reduzieren.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, am 12. Jänner 2010