



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der bw, vom 18. Jänner 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes e vom 11. Jänner 2010 betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Dezember 2007 bis 31. Jänner 2010 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 11. Jänner 2010 wurden von der Berufungswerberin (Bw) zu Unrecht bezogene Beträge an Familienbeihilfe in Höhe von insgesamt € 3.872,40 gemäß § 26 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) rückgefordert. Als Begründung wurde angeführt, dass laut Bescheinigung des Bundessozialamtes der Behinderungsgrad betreffend die namentlich genannte Tochter ab 22. November 2007 von 60 auf 40 % verringert worden sei und daher ab 1. Dezember 2007 kein Anspruch mehr auf erhöhte Familienbeihilfe bestünde.

Mit Schreiben vom 18. Jänner 2010 berief die Bw rechtzeitig gegen obgenannten Bescheid und führte aus:

„Aufgrund eines ärztlichen Gutachtens, vom 7. 11. 2007 (indem ein Gesamtgrad von 60 vH bestätigt wurde), hat das Finanzamt nach Überprüfung unseres Anspruches die erhöhte Beihilfe mehrfach (siehe Anlagen) gewährt! Dies sowohl vom Finanzamt n, als auch

letztes Jahr vom Finanzamt e!

Da es sich um kein Versehen unsererseits, sondern gegebenenfalls um ein Versehen Ihrerseits handelt, ist eine Rückforderung unmöglich. Es waren also keinesfalls "zu Unrecht bezogene Bezüge"!

Das erhöhte Geld wird und wurde ausschließlich für medizinische Zwecke verwendet und dringend benötigt:

- zusätzliche Medizinkosten (Arzt, Medikamente)
- meine Tochter kann aufgrund der Epilepsie und ihres Asthmas neben dem Studium kein Geld verdienen, d.h. Wir kommen gänzlich für ihren Unterhalt auf (ich verdiene momentan etwa 450.- Euro im Monat!! Mein Mann verdient als ber auch wenig!)
- glutenfreie Kost
- meine Tochter s war 2007/2008 über ein Jahr in psychologischer Behandlung

Wir ersuchen Sie höflichst um positive Erledigung dieser unangenehmen Angelegenheit und seien Sie versichert, dass wir jeden Cent brauchen."

Als Anlagen (Kopien) wurden folgende Schriftsätze angegeben:

2 Mitteilungen über den Bezug der bewilligten erhöhten Familienbeihilfe, n

1 Mitteilung über den Bezug der bewilligten erhöhten Familienbeihilfe, e

Ärztliches Gutachten vom 7.11.2007

Das vom Finanzamt in seinem Bescheid berücksichtigte und von der Bw vorgelegte ärztliche Gutachten hatte folgenden Inhalt:

„Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: ki

Vers.Nr.: nr

Untersuchung am: 2007-10-22 09:15 Ordination

Identität nachgewiesen durch: Reisepaß

Anamnese:

Bekannte Zöliakie seit dem 2. LJ; seit 1999 allerg. Asthma bronchiale. Derzeit Bedarfsmedikation ausreichend. Symptomverstärkung bei Anstrengungen und zu Beginn der Heizperiode; anamnest. bekannte atopische Dermatitis. Zuletzt keine Hautausschläge mehr. 2006 wiederholte stat. Aufenthalte im LK o bzw. in ü mit der Diagnose einer emotional-instabilen Persönlichkeitsstörung. 2007 gehäufte epilept. Anfälle. Eine DU im pr ergibt ein patholog. EEG, eine antiepilept. Therapie mit Kepra wird eingeleitet. Auch unter dieser Therapie rez. Anfälle, erst nach Therapieumstellung (Präparatname der AW nicht bekannt) seit Anfang September anfallsfrei. Derzeit Besuch der 8. Klasse Gymnasium.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): glutenfreie Diät; Sultanol b.B.

Untersuchungsbefund: guter AEZ, 164 cm. 55 kg, RR: 120/85, sonorer KS, reines VA, normale Herzgrenzen, keine Herzgeräusche, regulärer abdomineller Tastbefund

Status psychicus / Entwicklungsstand: unauffällig

Relevante vorgelegte Befunde: 2006-03-03 LK THERMENREGION o

Emotional instabile Persönlichkeitsstörung; Zöliakie, allerg. Asthma bronchiale

2007-05-14 sp

DU bei Epilepsie; Zöliakie

Diagnose(n):

Zöliakie Richtsatzposition: 357 Gdb: 050% ICD: K90.9

Rahmensatzbegründung: Unterer Rahmensatz, da keine Beschwerden vorliegen

Allerg. Asthma bronchiale Richtsatzposition: 285 Gdb: 0207. ICD: J45.-

Rahmensatzbegründung: Oberer Rahmensatz, da saisonale Betonung mit notwendiger Bedarfsmedikation.

Epilepsie, Persönlichkeitsstörung Richtsatzposition: 572 Gdb: 030% ICD: G40.-

Rahmensatzbegründung: Gesamtgrad der Behinderung: 60 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.

Leiden 2 um 1 Stufe geringer als im VGA eingestuft, da Besserung. Leiden 3 wurde neu eingestuft. Sonst keine Änderung zum VGA. Das führende Leiden 1 wird um 1 Stufe erhöht, da ungünst. wechselseit. Leidensbeeinflussung besteht.

Eine Nachuntersuchung in 3 Jahren ist erforderlich. Der (Die) Untersuchte ist voraussichtlich nicht dauernd außerstande, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen.

Ab 22.11.07 Zöliakie nur mehr mit 30% einzustufen-der Gesamt-GdB verringert sich dann auf 40 %"

Das Gutachten wurde am 5. November 2007 vom namentlich genannten Facharzt erstellt und dem Inhalt vom namentlich genannten leitenden Arzt am 7. November 2007 zugestimmt.

Laut Aktenvermerk des Finanzamtvertreters (Telefonat mit der Bw am 24. März 2010) sei sich die Bw bewusst gewesen, dass aufgrund der Besserung der Krankheit des Kindes in Zukunft keine erhöhte FB mehr zusteht. Sie sei der Auffassung, dass aufgrund eines Fehlers des Finanzamtes die erhöhte FB nicht zurückgefordert werden dürfe.

Mit Berufungsvorentscheidung vom 29. März 2010 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen und ausgeführt:

„Das Finanzamt hat die von Ihnen für Ihre Tochter gewährte erhöhte Familienbeihilfe nach Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmung des § 8 Abs 5 des FLAG 1967 mit der Begründung rückgefordert, dass lt. Bescheinigung des Bundessozialamtes ab dem 22.11.2007 der Behinderungsgrad der Tochter von 60% auf 40% zu verringern sei und daher ab 01.12.2007 kein Anspruch auf erhöhte Familienbeihilfe mehr bestehe.

Dagegen haben Sie fristgerecht berufen und festgestellt, dass sowohl das Finanzamt in n als auch das Finanzamt in e Ihren Anspruch auf erhöhte Familienbeihilfe geprüft und

auch gewährt habe. Es handle sich daher um kein Versehen der Familie sondern um ein Versehen der Finanzämter, das eine Rückforderung unmöglich mache. Zudem sei die erhöhte Familienbeihilfe ausschließlich für medizinische Zwecke verwendet worden.

Da Sie It. Schreiben vom 22.03.2010 eine Ratenzahlung beantragt haben, hat das Finanzamt telefonisch mit Ihnen Kontakt aufgenommen und dabei haben Sie Ihr Berufungsvorbringen wiederholt, wonach Sie gewusst hätten, dass Ihnen durch die Besserung der Krankheit Ihrer Tochter keine erhöhte Familienbeihilfe mehr zustehen würde, Sie aber der Meinung seien, dass bedingt durch die Fehler der Finanzämter eine Rückforderung der erhöhten Familienbeihilfe rechtswidrig sei. Bezüglich der Ratenzahlungen haben Sie monatliche Raten von € 200,00 verbunden mit der Möglichkeit, den Rückstand auch schon vorher wegen der Zinsen vollständig zu bezahlen, erbeten.

Lt. ärztlichem Sachverständigungsgutachten vom 07.11.2007 ist für Ihre Tochter eine Nachuntersuchung erforderlich, da diese voraussichtlich nicht dauernd außerstande sei, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen. Ab 22.11.2007 sei die Krankheit Zöliakie nur mehr mit 30% einzustufen - der Gesamtgrad der Behinderung verringere sich dann auf 40%. Dieses Gutachten wurde durch das neuerliche Gutachten vom 11.03.2010 bestätigt.

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 die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsopfersversorgungsgesetzes 1957, BGBI. Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung, und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965, BGBI. 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 (§ 8 Abs 5 FLAG 1967).

Es ist unstrittig, dass aufgrund der erfreulichen Besserung der Krankheit Ihrer Tochter die erhöhte Familienbeihilfe ab dem 01.12.2007 nicht mehr zusteht. Strittig ist nur, ob das Finanzamt aufgrund seines Fehlers eine Rückforderung der Familienbeihilfe (nur Erhöhungsbetrag) durchführen darf oder ob diese rechtswidrig wäre.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen (gilt auch für den Erhöhungsbetrag der Familienbeihilfe). Die Verpflichtung zur Rückzahlung von zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfen ist sehr weitgehend, zumal sie ausschließlich auf objektiven Sachverhalten beruht und auf subjektive Momente, wie Verschulden und Gutgläubigkeit, keine Rücksicht nimmt. Die Rückzahlungspflicht besteht daher auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug z.B ausschließlich auf einer Fehlleistung der Abgabenbehörde beruht. Ebenso ist rechtlich unbeachtlich, dass die Rückforderung eine Härte bedeutet (siehe VwGH vom 13.03.1991, ZI. 90/13/0241), sowie der Umstand, dass die, objektiv gesehen, zu Unrecht bezogene Familienbeihilfe bzw.

Kinderabsetzbeträge inzwischen gutgläubig verbraucht worden sind, weil die Bestimmung des § 26 Abs 1 FLAG ausschließlich auf die objektive Unrechtmäßigkeit des Bezuges der Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbeträge abstellt (siehe auch VwGH vom 28.11.2002. ZI. 2002/13/0079-5).

In diesem Zusammenhang darf darauf hingewiesen werden, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein sog. "gutgläubiger Verbrauch" die Verpflichtung zur Rückerstattung von zu Unrecht bezogener Beihilfen und Kinderabsetzbeträge nicht aufhebt, da diese Verpflichtung von subjektiven Momenten unabhängig, sondern allein an die Voraussetzungen des Fehlens der Anspruchsvoraussetzungen für den Leistungsbezug geknüpft ist (siehe dazu VwGH vom 09.07.2008, ZI. 2005/13/0142 mit weiteren Nachweisen).

Auf die mit Ihnen geführten Telefonate darf hingewiesen werden."

Mit Schriftsatz vom 30. März 2010 ergänzte die Bw ihr Anbringen wie folgt:

„Zwischenzeitlich habe ich die Angelegenheit nochmals analysiert und einem Rechtsanwalt zur Prüfung vorgelegt. Beide sind wir der Ansicht, dass vorliegend klar ein Fehler der zuständigen Behörde vorliegt und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Rückforderung nicht gerechtfertigt ist.

In der Anlage erhalten Sie sämtliche mir zur Verfügung stehenden Unterlagen und Korrespondenzen gemäss ebenfalls beiliegender Chronologie. Diesbezüglich möchte ich ergänzend was folgt hervorheben:

Am 11. Januar 2010 liessen Sie bzw. das Finanzamt e mir einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge (Familienbeihilfe) zukommen. Ausgeführt wurde in der Begründung, dass laut einer Bescheinigung des Bundessozialamtes der Behinderungsgrad von k ab 22. November 2007 von 60 % auf 40 % verringert worden sei, weshalb ab 1. Dezember 2007 kein Anspruch mehr auf erhöhte Familienbeihilfe bestehe. Dieser Sachverhalt widerspricht den mir zur Verfügung stehenden Unterlagen.

So wurde meine Tochter k am 22. Oktober 2007 im Rahmen der regelmässigen Kontrolle fachärztlich untersucht und in dem vom leitenden Arzt n2 am 7. November 2007 ausgestellten ärztlichen Sachverständigengutachten steht ausdrücklich: *"Gesamtgrad der Behinderung: 60 von 100 voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend...Eine Nachuntersuchung in 3 Jahren ist erforderlich."* Wohl gestützt auf dieses ärztliche Sachverständigengutachten erliess das Finanzamt n am 7. Januar 2010 sodann eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe, wobei für meine Tochter k die erhöhten Beiträge ausdrücklich festgehalten wurden. Ebenso am 1. Juli 2008 durch das Finanzamt n sowie am 7. Oktober 2009 durch das Finanzamt e und zwar für den Zeitrahmen bis September 2010. Daraus ergibt sich, dass Ihr Amt selbst davon ausging, dass meine Tochter k erhöhte Beiträge erhalten soll, dies gestützt auf die fachärztliche Untersuchung und wie gleich mehrfach im Januar 2008, Juli 2008 und Oktober 2009 festgehalten.

Im Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 11. Januar 2010 beziehen Sie sich auf eine Bescheinigung des Bundessozialamtes. Diese Bescheinigung liegt mir nicht vor und wurde mir nie zugestellt. Im Übrigen ist mir die Berechnung der Rückforderungsbeträge gemäss Bescheid vom 11. Januar 2010, Seite 2, unklar. Wenn ich dies richtig verstehe, werden für 26 Monate (Dezember 2007 bis Januar 2010) insgesamt EUR 3'872.40 zurückgefördert, somit monatlich EUR 148.93. Ich bitte diesbezüglich um Ihre Bestätigung, dass ich dies so richtig verstehe.

Meine Tochter k hat sich auf Wunsch des Finanzamtes e anfangs März 2010 erneut fachärztlich untersuchen lassen. Das diesbezügliche Sachverständigengutachten liegt mir noch nicht vor. Es sollte abgewartet werden, was dieses Sachverständigengutachten betreffend Behinderungsumfang von k für die Zukunft festhält und darauf gestützt ab Frühjahr 2010 die Familienbeihilfe festgelegt werden.

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Vorgehen Ihres Amtes Treu und Glauben krass widerspricht, Ihr Amt mehrfach im Jahre 2008 und 2009 die erhöhten Familienbeiträge ausdrücklich bestätigte und es nicht angeht, nunmehr auf diesen Bescheid zurückzukommen. Dies zumal mir nie irgendwelche anderen Unterlagen, als die Ihnen vorgelegten, zur Verfügung standen und daraus der Anspruch auf erhöhte Familienbeiträge ausgewiesen war.

Schliesslich möchte ich nochmals darauf hinweisen, dass ich gar nicht in der Lage bin, die geforderte Rückforderung zu leisten, da dies meine finanziellen Möglichkeiten bei Weitem übersteigt. Dies habe ich bereits in der Berufung mitgeteilt. Auch wurde der erhöhte Familienbeitrag ausschliesslich für medizinische Zwecke verwendet und auch dringend benötigt, wie in der Berufung vom 18. Januar 2010 ebenfalls ausgeführt wurde.

Aus all diesen Gründen ersuche ich Sie, die Berufung gutzuheissen und den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge aufzuheben.

Abschliessend möchte ich darauf hinweisen, dass ich noch nie mit Ämtern irgendwelche Probleme hatte. In dieser Sache fühle ich mich indessen ungerecht behandelt. Sollten Sie meinen Anliegen nicht Rechnung tragen, so werde ich mich mit allen Mitteln zur Wehr setzen und auch nicht davor zurückscheuen, diese Angelegenheit publik zu machen. Ich hoffe indessen, dass dies nicht nötig sein wird und zähle auf Ihr Verständnis."

Mit E-Mail vom 9. April 2010 wurde der Bw das zweite Sachverständigengutachten

übermittelt, welches folgenden Inhalt hat:

„Fach/Ärztliches Sachverständigengutachten

Betr.: ki

Vers.Nr.: nr

Untersuchung am: 2010-03-03 11:00 Ordination

Identität nachgewiesen durch: Reisepass

Anamnese:

1. Kind, SS und Geburt normal, Zöliakie seit 2. Lebensjahr bekannt, sowie allergisches Asthma bronchiale. Asthmatische Beschwerden bis in Schulalter, danach besser, jetzt seit 2 Jahren wieder, vor allem bei Anstrengungen und bei Tierkontakt. Zöliakiediät wird gut eingehalten, regelmässige jährliche Kontrollen, mit negativen Antikörpern. 2007 Erstmanifestation einer sekundär generalisierten Epilepsie. Im EEG über der Frontocerebralregion diskret erhöhte Erregungsbereitschaft. Hatte im Rahmen einer stationären Abklärung im KH mehrere Anfälle/Tag, sodaß eine antikonvulsive Therapie eingeleitet wurde. Seit 2 Jahren keine Anfälle mehr. Matura 2008, seither Studium der pa in m. 2006 mehrere stationäre Aufenthalte wegen einer emotional-instabilen

Persönlichkeitsstörung, von dieser Seite beschwerdefrei.

Behandlung/Therapie (Medikamente, Therapien - Frequenz): Zöliakiediät, Inhalation mit Serevent TH b.Bed., Lamictal T. 2x1.

Untersuchungsbefund:

20 Jahre alte Frau in normalem AEZ, 53 kg schwer, KL 165,5 cm, RR 95/70, intern und neurologisch unauffällig.

Status psychicus / Entwicklungsstand: Unauffällig.

Relevante vorgelegte Befunde:

2007-05-16 ARZTBRIEF spei

Epilepsieabklärung

2007-10-22 BSB GUTACHTEN

Asthma, Zöliakie, Epilepsie,

Diagnose(n) :

Asthma bronchiale Richtsatzposition: 285 Gdb: 020% ICD: J45.0

Rahmensatzbegründung:

sekundär generalisierte Epilepsie

Richtsatzposition: 572 Gdb: 030% ICD: G40.6

Rahmensatzbegründung:

Zöliakie

Richtsatzposition: 357 Gdb: 030% ICD: K90.9

Rahmensatzbegründung:

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

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

Das Gutachten wurde von der namentlich genannten Fachärztin am 8. März 2010 erstellt und dem Inhalt am 11. März 2010 vom namentlich genannten leitenden Arzt zugestimmt.

Mit Schriftsatz vom 14. April 2010 stellte die Bw ua. den Antrag auf Entscheidung über ihre Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führte aus:

„Zur Begründung füge ich was folgt an:

1. Zunächst verweise ich auf mein Schreiben an Sie vom 30. März 2010, welches Sie offenbar erst nach Ihrer Berufungsvorentscheidung erreicht hat (Kopie in der Anlage). Diesbezüglich möchte ich insbesondere auf folgendes hinweisen:

Es liegt klar ein Fehler der zuständigen Behörde vor und nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ist eine Rückforderung nicht gerechtfertigt. In diesem Zusammenhang verweise ich nochmals auf die mir zur Verfügung stehenden Unterlagen und Korrespondenzen gemäss nachfolgender Chronologie:

Am 11. Januar 2010 liessen Sie bzw. das Finanzamt e mir einen Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge (Familienbeihilfe) zukommen. Ausgeführt wurde in der Begründung, dass laut einer Bescheinigung des Bundessozialamtes der Behinderungsgrad von k ab 22. November 2007 von 60 % auf 40 % verringert worden sei, weshalb ab 1. Dezember 2007 kein Anspruch mehr auf erhöhte Familienbeihilfe bestehet. Dieser Sachverhalt widerspricht indessen den mir zur Verfügung stehenden Unterlagen. So wurde meine Tochter K am 22. Oktober 2007 im Rahmen der regelmässigen Kontrolle fachärztlich untersucht und in dem vom leitenden Arzt

n2 am 7. November 2007 ausgestellten ärztlichen Sachverständigengutachten steht ausdrücklich:

„Gesamtgrad der Behinderung: 60 von 100 voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend ... Eine Nachuntersuchung in 3 Jahren ist erforderlich.“ Wohl gestützt auf dieses ärztliche Sachverständigengutachten erliess das Finanzamt n am 7. Januar 2008 sodann eine Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe, wobei für meine Tochter K die erhöhten Beiträge ausdrücklich festgehalten wurden. Ebenso am 1. Juli 2008 durch das Finanzamt n sowie am 7. Oktober 2009 durch das Finanzamt e und zwar für den Zeitrahmen bis September 2010. Daraus ergibt sich, dass Ihr Amt selbst davon ausging, dass meine Tochter K erhöhte

Beiträge erhalten soll, dies gestützt auf die fachärztliche Untersuchung und wie gleich mehrfach im Januar 2008, Juli 2008 und Oktober 2009 schriftlich festgehalten. Im Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 11. Januar 2010 sowie in der Berufungsvorentscheidung vom 29. März 2010 berufen Sie sich auf eine "Bescheinigung des Bundessozialamtes". Diese Bescheinigung liegt mir nicht vor und wurde mir nie zugestellt! Sollte diese Bescheinigung überhaupt existieren, so ist im Rahmen des rechtlichen Gehörs zwingend erforderlich, dass ich diese wesentliche Grundlage ebenfalls zur Einsicht und Stellungnahme erhalte. Sollte demgegenüber eine solche Bescheinigung des Bundessozialamtes gar nicht existieren und der Bescheid sich viel mehr auf das ärztliche Sachverständigengutachten vom 7. November 2007 beziehen, so wäre dies richtig zu stellen. Das ärztliche Sachverständigengutachten vom 7. November 2007 bietet keine Grundlage für die Rückforderung von Beiträgen (siehe oben).

- Im Übrigen ist mir die Berechnung der Rückforderungsbeträge gemäss Bescheid vom 11. Januar 2010 und trotz meiner zahlreichen Nachfragen, weiterhin nicht klar. Ich bitte jedenfalls um Nachberechnung und um Bestätigung, dass Rückforderungsbeiträge für die Monate Dezember 2007 bis Januar 2010 im Gesamtbetrag von EUR 3'872.40, somit monatlich EUR 148.93, zurückgefördert werden.

Zusammenfassend ergibt sich aus den vorgemachten Ausführungen, dass das Vorgehen Ihres Amtes Treu und Glauben krass widerspricht, hat doch Ihr Amt mehrfach im Jahre 2008 und 2009 die erhöhten Familienbeträge ausdrücklich bestätigt und es geht nicht an, nunmehr auf diesen Bescheid zurückzukommen.

2. Zwischenzeitlich habe ich das ärztliche Sachverständigengutachten vom 11. März 2010 betreffend meine Tochter Kna erhalten. Gemäss diesem ärztlichen Sachverständigengutachten beträgt der Gesamtgrad der Behinderung ab März 2010 „40 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend.“ Somit ist davon auszugehen, dass ab März 2010 der Gesamtgrad der Behinderung 40 von 100 beträgt.

Bei einem genauen Vergleich dieses ärztlichen Sachverständigengutachtens vom 3. März 2010 mit dem Sachverständigengutachten vom 5. November 2007, auf welches sich Ihre Behörde bei Ihrem

Entscheid offenbar stützt, ergibt sich, dass dieses ganz massgebend vom neuen Sachverständigengutachten von März 2010 abweicht, nämlich wie folgt:

• Als Gesamtgrad der Behinderung wird im ärztlichen Sachverständigengutachten von November 2007 „*60 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend angegeben*“ (demgegenüber im neuen ärztlichen Sachverständigengutachten „*40 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend*“). Sodann wird im Schreiben ergänzend ausgeführt, dass „*das führende Leiden 1 [gemeint ist die Zöliakie] um 1 Stufe erhöht wird, da ungünst. wechselseit. Leidensbeeinflussung besteht*“. Aus all dem ergibt sich, dass der sachverständige Arzt von einem Gesamtgrad der Behinderung von 60 vH ausging und überdies das führende Leiden 1 Zöliakie erhöht wurde.

Der letzte Satz dieses ärztlichen Sachverständigengutachtens, wonach die Zöliakie ab 22.11.07 nunmehr mit 30 % einzustufen und der Gesamt-GdB sich dann auf 40 % verringern soll, macht bei Durchsicht des gesamten ärztlichen Sachverständigengutachtens keinen Sinn, ist widersprüchlich und somit das Gutachten keine taugliche Grundlage für eine Reduktion der Familienbeträge. **Jedenfalls sind die Finanzämter bisher davon ausgegangen, wie dies auch im ärztlichen Sachverständigengutachten steht, dass der Gesamtgrad der Behinderung für kna 60 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend beträgt. Eine Änderung hat sich diesbezüglich erst durch das neue ärztliche Sachverständigengutachten von März 2010 ergeben, wonach neu der Gesamtgrad der Behinderung 40 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre anhaltend beträgt.**

Gestützt auf diese Ausführungen ist davon auszugehen, dass vorliegend allenfalls gar kein Irrtum der Ämter vorliegt, sondern das ärztliche Sachverständigengutachten von November 2007 einen Gesamtgrad der Behinderung von 60 vH voraussichtlich mehr als 3 Jahre festhielt, was auch von den Finanzämtern entsprechend gewürdigt und verfügt wurde.

3. Aus all diesen Gründen ersuche ich Sie, die Berufung gutzuheissen und den Bescheid über die Rückforderung zu Unrecht bezogener Beträge vom 11. Januar 2010 aufzuheben. Ferner ist festzustellen, dass bis Februar 2010 Anspruch auf die erhöhte Familienbeihilfe für kna besteht. Aus all diesen Gründen ersuche ich Sie, den eingangs gestellten Anträgen zu entsprechen.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 8 Abs. 5 FLAG 1967 idF BGBI I Nr. 531/1993 gilt ein Kind als erheblich behindert, 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 Kriegsopfersversorgungsgesetzes 1957, BGBI. Nr. 152 in der jeweils geltenden Fassung, und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965, BGBI. Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden. Die erhebliche Behinderung ist spätestens nach fünf Jahren neu festzusetzen, soweit nicht Art und Umfang eine Änderung ausschließen.

Gemäß § 8 Abs. 6 FLAG 1967 idF BGBI. I Nr. 150/2002 ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesens auf Grund eines ärztlichen Sachverständigengutachtens nachzuweisen.

Wie sich aus § 8 Abs. 6 FLAG ergibt, ist der Grad der Behinderung oder die voraussichtlich dauernde Unfähigkeit, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, **zwingend** durch eine Bescheinigung des Bundesamtes für Soziales und Behindertenwesens unter der Würdigung ärztlicher Sachverständigengutachten nachzuweisen. Dabei sind jedenfalls die Vorschriften der §§ 7 und 9 Abs. 1 des Kriegsopferversorgungsgesetzes und die diesbezügliche Verordnung des Bundesministeriums für soziale Verwaltung vom 9. Juni 1965, BGBI. Nr. 150 in der jeweils geltenden Fassung, anzuwenden. Eine andere Form der Beweisführung ist nicht zugelassen. Die ärztliche Bescheinigung bildet jedenfalls die Grundlage für die Entscheidung, ob erhöhte Familienbeihilfe zusteht, sofern das Leiden und der Grad der Behinderung einwandfrei daraus hervorgehen.

Strittig ist im vorliegenden Berufungsfall, ob die vom Finanzamt mittels Bescheid vom 11. Jänner 2010 zu erfolgende Rückforderung der Familienbeihilfe für den im Spruch genannten Zeitraum rechtens ist. Die Berufungswerberin steht nämlich auf dem Standpunkt, dass ein klarer Fehler der zuständigen Behörden vorliege und daher nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Rückforderung nicht gerechtfertigt sei. Sie stützt sich hiebei auf die von den Finanzämtern erstellten Mitteilungen über den Bezug der Familienbeihilfe für ihre dort ua. namentlich genannte Tochter für den Zeitrahmen bis September 2010 (siehe hiezu die im akt befindlichen Mitteilungen jeweils vom 7. Jänner und 1. Juli 2008 sowie vom 7. Oktober 2009). Laut Angaben im Vorlagebericht vom 23. April 2010 sei vom Finanzamt der im Sachverständigengutachten vom 7. November 2007 angeführte Zusatz, ab 22. November 2007 (somit ab dem vollendeten 18. Lebensjahr des Kindes) sei die Zöliakie nur mehr mit 30 % einzustufen, wobei sich damit der Gesamt-GdB auf 40 % verringert, überlesen worden. Das Amt sei daher selbst davon ausgegangen, dass der Tochter der Bw erhöhte Beiträge erhalten soll (siehe Ausführungen der Bw in ihrem Schriftsatz vom 14. April 2010). Die in der Berufungsvorentscheidung vom 29. März 2010 erwähnte Bescheinigung des Bundessozialamtes liege der Bw nicht vor. Im übrigen sei ihr auch die Berechnung der Rückforderungsbeträge nicht klar ersichtlich. Das Vorgehen widerspreche krass Treu und Glauben. Laut dem zwischenzeitlich ergangenen ärztlichen Sachverständigengutachten vom 11. März 2010 sei davon auszugehen, dass der Gesamtgrad der Behinderung ihrer Tochter erst ab März 2010 40 von 100 beträgt.

Der letzte Satz des ersten in Rede stehenden ärztlichen Sachverständigengutachtens vom November 2007, wonach die Zöliakie ab 22. 11. 07 nunmehr mit 30 % einzustufen und der Gesamt-GdB sich dann auf 40 % verringern soll, mache ihrer Meinung nach bei Durchsicht des gesamten ärztlichen Sachverständigengutachtens keinen Sinn, sei widersprüchlich und sei somit das Gutachten keine taugliche Grundlage für eine Reduktion der Familienbeiträge. Jedenfalls seien die Finanzämter bisher davon ausgegangen, dass der Gesamtgrad der

Behinderung bei 60 vH voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend beträgt. Eine Änderung habe sich erst durch das neue ärztliche Gutachten ab März 2010 ergeben. Es sei davon auszugehen, dass allenfalls gar kein Irrtum der Ämter vorliegt, sondern das ärztliche Sachverständigengutachten vom November 2007 einen Gesamtgrad der Behinderung von 60 vH voraussichtlich auf mehr als drei Jahre festhalte, was auch von den Finanzämtern entsprechend gewürdigt und verfügt worden sei.

Hier widerspricht sich die Bw, wenn sie anfangs davon ausgeht, dass ein **klarer Fehler** der zuständigen Behörden vorliege und dies auch aus dem Akteninhalt klar und eindeutig hervorgeht, dass ein/e Bearbeiter/in des Finanzamtes das erste fachärztliche Sachverständigengutachten verkannt und den Zusatz betreffend den Zeitpunkt ab 22. November 2007 überlesen hat (siehe hiezu auch die Stellungnahme des Vertreters des Finanzamtes im Vorlagebericht vom 23. April 2010). Deshalb kam es in der Folge auch zu den von der Bw ins Treffen geführten Mitteilungen betreffend den Bezug der Familienbeihilfe, welche auf den bereits bekannt gegebenen Fehlbeurteilungen der jeweils zuständigen Finanzämter beruhten und jedenfalls keine Bescheide im Sinne der Bundesabgabenordnung darstellten.

Wie von der Bw in ihrem Vorlageantrag ausgeführt, bezieht sich die Entscheidung des Finanzamtes auf das fachärztliche Sachverständigengutachten vom 7. November 2007, welche als „Bescheinigung des Bundessozialamtes“ gilt, und bietet dieses entgegen der Feststellung der Bw – wie weiter unter noch näher ausgeführt wird – die Grundlage für den hier in Streit stehenden Rückforderungsbescheid. Ab 1. Jänner 2003 ist nämlich 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. Dieser Vorgang wurde daher vom Finanzamt dem Gesetz entsprechend initiiert und wurden anschließend die zwei in Rede stehenden Gutachten ausgefertigt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 18.11.2008, 2007/15/0019 ausdrücklich auf den klaren Wortlaut des § 8 Abs. 6 FLAG in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2002 verwiesen.

Der Verwaltungsgerichtshof (siehe auch VwGH 18.12.2008, 2007/15/0151) bezieht sich dabei offensichtlich auf das Erkenntnis des VfGH vom 10.12.2007, B 700/07, in dem der VfGH ausführt, dass sich aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 8 Abs. 6 FLAG ergebe, dass der Gesetzgeber nicht nur die Frage des Grades der Behinderung, sondern auch die (damit ja 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 habe, bei dem eine für diese Aufgabenstellung besonders geeignete Institution eingeschaltet werde und der ärztliche Sachverständige die ausschlaggebende Rolle spiele. Der Gesetzgeber habe daher mit gutem Grund die Beurteilung der Selbsterhaltungsfähigkeit jener Institution übertragen, die auch zur Beurteilung des Behinderungsgrades berufen sei. Die Beihilfenbehörden hätten bei ihrer Entscheidung jedenfalls von dieser durch ärztliche Gutachten untermauerten Bescheinigung auszugehen und könnten von ihr nur nach entsprechend qualifizierter Auseinandersetzung abgehen.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich somit der Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes angeschlossen; daraus folgt, dass auch der Unabhängige Finanzsenat für seine Entscheidungsfindung das ärztliche Sachverständigengutachten des Bundessozialamtes heranzuziehen hat, sofern dieses als schlüssig anzusehen ist. Es ist also im Rahmen dieses Berufungsverfahrens zu überprüfen, ob das erstellte Sachverständigengutachten diesem Kriterium entspricht.

Wie die Bw richtig darstellt wird im ärztlichen Sachverständigengutachten vom November 2007 vorerst ein Gesamtgrad der Behinderung von 60 vH voraussichtlich mehr als drei Jahre anhaltend angegeben und zusätzlich ergänzend ausgeführt, dass das führende Leiden 1 (= Zöliakie) um eine Stufe erhöht wird, da eine ungünstige wechselseitige Leidensbeeinflussung besteht. Gleichzeitig wird das Leiden 2 (= Allerg. Asthma Bronchiale) aufgrund der vorliegenden Besserung um 1 Stufe geringer als im Vorgutachten eingestuft. Das Leiden 3 wurde neu eingestuft.

Basierend auf die Einschätzungsrichtlinien in Ergänzung zur Richtsatzverordnung § 7 KOVG 1957 wurde vom untersuchenden Arzt ergänzt, dass ab 22. 11. 2007 Zöliakie nur mehr mit 30 % einzustufen sei und sich der Gesamt-GdB dadurch auf 40 % verringert. Die von den untersuchenden Fachärzten zu berücksichtigenden Einschätzungsrichtlinien in Ergänzung zur Richtsatzverordnung § 7 KOVG 1957 (Fassung April 2007) des Bundesministeriums für Soziales und Konsumentenschutz dienen diesen ärztlichen Sachverständigen beim Bundessozialamt als Hilfestellung zur Einschätzung einzelner Krankheitsbilder, Funktionseinschränkungen und Behinderungen, die in der gültigen Richtsatzverordnung wegen des Fortschrittes der medizinischen Wissenschaft nicht ausreichend deutlich geregelt sind. Auf Seite 18 führen diese Richtlinien betreffend des Leidens Zöliakie folgendes aus:

„Im Rahmen der Einschätzung des Grades der Behinderung (Behinderteneinstellungsgesetz, Familienlastenausgleichsgesetz und Bundesbehindertengesetz) wird zur Einschätzung des Schweregrades einer Behinderung die Richtsatzverordnung (§ 7 KOVG) herangezogen. Der Fortschritt in der Medizin, neue wissenschaftliche Erkenntnisse, moderne diagnostische

Methoden und Behandlungsmöglichkeiten machen immer wieder eine Anpassung der Einschätzungspraxis notwendig. Im Falle der Zöliakie haben sich die diagnostischen Möglichkeiten zur Früherkennung (Antikörperbestimmung) der Erkrankung entscheidend geändert. Früher konnte die Diagnose nur durch eine Zottenbiopsie und damit erst bei fortgeschrittener Erkrankung mit entsprechend schwerer Symptomatik – Verwertungsstörung, Mangelzustände und oftmals Entwicklungsverzögerung – gestellt werden. Heute gewährleistet die Früherkennung eine zeitgerechte Diäteinhaltung, normale kindliche Entwicklung und Verhindern des Entstehens einer manifesten Erkrankung. Für die Einschätzung relevant bleibt, dass während der Kindheit und Jugend das Einhalten einer glutenfreien Kost überwacht werden muss. Unter Berücksichtigung der oftmals instabilen Entwicklungszeit während der Adoleszenz, der unzureichenden Krankheitseinsicht, der niedrigen Compliance und unter Berücksichtigung der bisherigen Einschätzungspraxis wurde vereinbart, dass eine gleichlautende Einschätzung bis zur Volljährigkeit (vollendetes 18. Lebensjahr) durchaus zweckmäßig erscheint.

Zöliakie bis zum vollendeten 18. Lebensjahr....g.z. III/d/357....50 % - 70 %

Wahl des Rahmensatzes abhängig von den Auswirkungen, den anatomischen Veränderungen und dem Ausmaß der jedenfalls beträchtlichen Ernährungsstörungen und dem allgemeinen Kräfteverlust.

Zumindest jedoch 50 % bei eindeutig objektivierter Diagnostik durch AK – Bestimmung und dem Erfordernis einer strikten Diäteinhaltung.

Zöliakie ab dem vollendeten 18. Lebensjahrg.z. III/d/355 bis 359%

Wahl des Rahmensatzes abhängig von den Auswirkungen, den anatomischen Veränderungen und dem Ausmaß der jedenfalls beträchtlichen Ernährungsstörung und dem allgemeinen Kräfteverlust.

Mit Erreichen des Erwachsenenalters (vollendetes 18. Lebensjahr) ist eine ausreichende Krankheitsakzeptanz und Eigenkompetenz anzunehmen.

Eine selbständige Lebensführung, eine universitäre Ausbildung, sonstige Weiterbildung, Berufsausübung, Familienleben und Freizeitgestaltung sind weitgehend uneingeschränkt möglich. In diesem Sinn ist daher bei komplikationsfreiem Krankheitsverlauf ab Vollendung des 18. Lebensjahres von einem Grad der Behinderung weit unter 50 % auszugehen (Richtsatzposition 355 oder 356)."

Den vorigen Ausführungen entsprechend und unter Berücksichtigung der im Sachverständigengutachten ausführlich dargestellten Krankheitsgeschichte der Tochter der Bw

und den diesbezüglichen abzuleitenden Schlussfolgerungen des untersuchenden Facharztes ist von der Referentin des Unabhängigen Finanzsenates eindeutig nachvollziehbar, weshalb der Facharzt die Zöliakie nur mehr mit 30 % ab dem vollendeten 18. Lebensjahr der Tochter der Bw eingestuft hat. Somit ist das Vorgehen des Facharztes und der Inhalt des vorliegenden Sachverständigungsgutachtens entgegen der Meinung der Bw durchaus schlüssig. Im Rahmen der freien Beweiswürdigung wird dieses Gutachten nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates daher als taugliche Grundlage für die Bemessung des Gesamtbehinderungsgrades angesehen, woraus sich demzufolge ergibt, dass dieses Gutachten durchaus als Grundlage für den nunmehr strittigen Bescheid vom 11. Jänner 2010 dienen kann.

Die Bw hat diesbezüglich auch nicht eingewandt, dass z.B. zusätzliche Befunde vorgelegen wären, die durch den untersuchenden Arzt berücksichtigt werden hätten sollen. Wie die Bw argumentierte, ist der sachverständige Arzt zunächst von einem Gesamtgrad der Behinderung von 60 % ausgegangen, wobei das Leiden 1 (Zöliakie) um eine Stufe erhöht wurde. Gleichzeitig hat er aber abschließend angemerkt und ergänzt, dass aufgrund der „Altersgrenze“ (siehe obige Ausführungen zu den Einschätzungsrichtlinien) ab 22. November 2007 davon auszugehen ist, dass sich der Gesamtgrad der Behinderung auf 40 % reduzieren wird. Diese Ergänzung und Einschätzung ist aufgrund vorstehender Ausführungen betreffend Vollendung des 18. Lebensjahres bei an Zöliakie leidenden Personen durchaus schlüssig nachvollziehbar und daher nicht – wie von der Bw argumentiert – widersprüchlich. Die diesbezügliche Argumentation der Bw kann daher von der Referentin des Unabhängigen Finanzsenates nicht geteilt werden. Aus der Anamnese des nunmehr neu vorliegenden Sachverständigungsgutachtens vom 11. März 2010 geht unterstützend hervor, dass die Zöliakiediät gut eingehalten werde und regelmäßige jährliche Kontrollen mit negativen Antikörpern durchgeführt worden seien. Die Tochter der Bw habe 2008 maturiert und studiere seither pa in m. Andere Befunde als im Vorgutachten wurden hiebei von der Bw nicht vorgelegt und von der zuständigen Fachärztin somit auch nicht berücksichtigt. Das heisst, die Befundung durch die zuständige Fachärztin erfolgte hier ebenfalls auf Grundlage der bereits im Zuge des hier in Streit stehenden Gutachtens vom November 2007 vorliegenden Atteste (Arztbrief spei und BSB Gutachten vom 22. Oktober 2007) und beruft sich hiedurch auch auf das Vorgutachten und somit auch auf dessen Befundung und Einschätzung.

Die Berechnung der Rückforderungsbeträge ergibt sich aus den Seiten 2 und 3 des bekämpften Bescheides vom 11. Jänner 2010. Das heisst, das sich hieraus folgender Betrag errechnen lässt:

Dezember 2007 € 138,30

Jänner bis Dezember 2008 jeweils € 138,30 x 12 = € 1.659,60

Jänner bis Dezember 2009 jeweils € 138,30 x 12 = € 1.659,60

Jänner 2010 € 138,30

September 2008 und 2009 zusätzlich jeweils € 138,30 x 2 = € 276,60 (wurde als 13.

Familienbeihilfe unter Punkt 8 auf der Seite 3 des in Rede stehenden
Rückforderungsbescheides ausgewiesen)

ergibt in Summe den ausgewiesenen Rückforderungsbetrag von insgesamt € 3.872,40;

Nach § 26 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden
Beträge zurückzuzahlen. Wie das Finanzamt unter Zitierung der einschlägigen
Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Recht festgestellt hat, ist diese
Verpflichtung zur Rückzahlung von subjektiven Momenten unabhängig. Fehlen objektiv die
Voraussetzungen für den Anspruch auf Familienbeihilfe, besteht eine Verpflichtung zur
Rückzahlung selbst dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf eine
unrechtmäßige Auszahlung durch das Finanzamt zurückzuführen ist.

Gemäß § 26 Abs.1 FLAG 1967 hat derjenige, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat,
die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen, soweit der unrechtmäßige Bezug nicht
ausschließlich durch eine unrichtige Auszahlung durch den Dienstgeber oder durch "eine in
§ 46 FLAG genannte Gebietskörperschaft oder gemeinnützige Krankenanstalt" verursacht
worden ist.

Wenn die Bw in ihren Berufungsschriften darauf Bezug nimmt und einwendet, dass die
unrichtige Auszahlung und damit der Bezug der Familienbeihilfe auf einem ausschließlich bei
der Behörde liegenden Fehlverhalten zurückzuführen sei, ist folgendes zu entgegnen:

Dienststellen der Finanzverwaltung, soweit sie Familienbeihilfe zur Auszahlung bringen, sind
keine auszuzahlenden Stellen im Sinne des § 26 Abs. 1 FLAG 1967. Daraus wird abgeleitet,
dass Überzüge von Familienbeihilfe, die durch eine unrichtige Auszahlung von Dienststellen
der Finanzverwaltung verursacht wurden, sehr wohl gem. § 26 FLAG rückgefordert werden
können, auch dann wenn die unrichtige Auszahlung der Familienbeihilfe durch ein
ausschließlich bei der Behörde zu suchendes Fehlverhalten erfolgt ist.

Die Verpflichtung zur Rückzahlung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge kann auch nicht mit dem
Hinweis abgewendet werden, dass die Beihilfen im guten Glauben bezogen und verbraucht
worden sind. Diese Einwendung wäre nur dort zielführend, wo sich ein
Rückforderungsanspruch auf die Normen des bürgerlichen Rechtes als Ausdruck eines

allgemein geltenden Rechtsgrundsatzes gründet. Die Verpflichtung zur Rückerstattung unrechtmäßiger Beihilfenbezüge ist jedoch von subjektiven Momenten - wie Verschulden, Gutgläubigkeit - unabhängig (VwGH 3.11.1954, 3505/53, VwGH 20.12.1968, 486/68).

Der Verwaltungsgerichtshof unterstreicht diesen Rechtsstandpunkt neuerlich in seinem Erkenntnis vom 13.3.1991, 90/13/0241, in dem er auf die objektive Erstattungspflicht des § 26 Abs. 1 FLAG verweist und feststellt, dass derjenige, der die Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, ohne Rücksicht darauf, ob die bezogenen Beträge gutgläubig empfangen worden sind oder nicht und ob die Rückgabe eine Härte bedeutet, diese rückzuerstatte hat. Die Rückerstattungspflicht besteht daher – wie bereits erwähnt - auch dann, wenn der unrechtmäßige Bezug ausschließlich auf einer Fehlleistung der Behörde besteht.

Die Bw vermeint nun in ihren Schriftsätzen vom 30. März und 14. April 2010, dass in ihrem Fall von der Rückforderung deshalb abzusehen wäre, da die Behörde jedenfalls gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößen hätte, indem sie ihr mehrmals Mitteilungen über den Bezug der Familienbeihilfe und somit eine falsche Auskunft erteilt hätte.

Dazu fällt überdies auf, dass die Bw trotz Ergehens eines neuen ärztlichen Sachverständigungsgutachtens und der dortigen neuen Feststellung, dass ab 22. November 2007 nur mehr ein Gesamt-GdB von 40 % besteht, keine Richtigstellung von sich aus vorgenommen hat. Sehr wohl hat sie dessen ungeachtet darauf vertraut, dass sie für ihre hier in Rede stehende Tochter weiterhin den Erhöhungsbetrag für erheblich behinderte Kinder zusätzlich zur Familienbeihilfe erhält.

Ungeachtet dieser Überlegungen betreffend einer Fehlleistung der Abgabenbehörde ist zu den Ausführungen der Bw betreffend den Grundsatz von Treu und Glauben zu bemerken: Unter dem Grundsatz von Treu und Glauben versteht man, dass jeder, der am Rechtsleben teilnimmt, zu seinem Wort und zu seinem Verhalten zu stehen hat und sich nicht ohne triftigen Grund in Widerspruch zu dem setzen darf, was er früher vertreten hat und worauf andere vertraut haben. Dieser Grundsatz ist auch im Abgabenrecht zu beachten. Dies gilt jedoch auch für das in Art. 18 Abs. 1 B-VG normierte Legalitätsprinzip: "Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden." Nach der ständigen Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes (z.B. VwGH 21.1.2004, 2003/16/0113) ist das Legalitätsprinzip grundsätzlich stärker als jeder andere Grundsatz, insbesondere jener von Treu und Glauben. Im Erkenntnis vom 7.6.2001, 98/15/0065, wird unter Hinweis auf die Vorjudikatur festgestellt: Vor dem Hintergrund des Art. 18 Abs. 1 B-VG kommt es der Vollziehung nicht zu, durch bloße Auskunftserteilung die Anordnungen des Gesetzgebers zu unterlaufen. Die Verbindlichkeit eines Gesetzes wird durch die Auskunftserteilung nicht in

Wegfall gebracht. Der Grundsatz von Treu und Glauben kann somit nur insoweit Auswirkungen zeitigen, als das Gesetz der Exekutive einen Vollzugsspielraum eingeräumt hat.

Die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben setzt somit voraus, dass der Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt ist. Von Bedeutung kann er auch bei der Auslegung unbestimmter Gesetzesbegriffe sein.

Die in § 8 Abs. 5 FLAG 1967 normierten Erfordernisse, ua dass der Grad der Behinderung mindestens 50 % betragen muss, soweit es sich nicht um ein Kind handelt, das voraussichtlich dauernd außerstande ist, sich selbst den Unterhalt zu verschaffen, sind ihrem Wortsinn nach nicht unbestimmt und lassen keinen Spielraum für eine andere Auslegung. Allein aus diesem Grund kann der Grundsatz von Treu und Glauben im gegenständlichen Fall einer bescheidmäßigen Rückforderung der zu Unrecht bezogenen Familienbeihilfe nicht entgegen gehalten werden.

Abschließend wird noch bemerkt: Nach ständiger Rechtssprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Beurteilung eines Verhaltens der Behörde als Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben einerseits voraus, dass ein Verhalten der Behörde, auf das der Abgabepflichtige vertraut hat, eindeutig und unzweifelhaft für ihn zum Ausdruck gekommen ist, und andererseits, dass der Abgabepflichtige seine Dispositionen danach eingerichtet hat und als Folge hievon einen abgabenrechtlichen Nachteil erlitten hat. Liegen diese Voraussetzungen vor, könnte der/die Abgabepflichtige einen allfälligen Vertrauensschaden im Rahmen von Billigkeitsmaßnahmen (Nachsicht etc.) durchsetzen. Keinesfalls könnte dies jedoch dazu führen, dass eine Beihilfe zu gewähren ist, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hiefür nicht vorliegen. Die Rückforderung der zu Unrecht ausbezahlten Familienbeihilfe war daher nicht rechtswidrig.

Auch wenn der Unmut der Bw aufgrund der Vorgangsweise (Fehlleistung) des Finanzamtes für die Referentin des Unabhängigen Finanzsenates durchaus verständlich ist, war aufgrund vorstehender Überlegungen wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Feldkirch, am 21. Juli 2010