



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat

1.)

über die Berufung des Bw, vom 10. November 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, vertreten durch Sonja Schandl, vom 12. Oktober 2010 betreffend Rückzahlung ausbezahlter Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld für das Jahr 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

2.)

über den Antrag auf Entscheidung über die Berufung des Bw, vom 10. November 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10, vertreten durch Sonja Schandl, vom 12. Oktober 2010 betreffend Rückzahlung ausbezahlter Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld für das Jahr 2004, durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz, ebenfalls vom 10. November 2010, beschlossen:

Der Antrag wird als unzulässig zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe

Aus den vom Finanzamt Wien 4/5/10 am 24.2.2011 vorgelegten Aktenteilen ergibt sich, dass an den Berufungswerber (Bw.) A B mit Datum 12.10.2010 vom Finanzamt ein Bescheid über die Rückzahlung ausbezahlter Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld für das Jahr 2004 erging, wonach dem Bw. ein Rückzahlungsbetrag von € 1.022,39 vorgeschrieben wurde.

Der Rückzahlungsbetrag wurde dem Bescheid zufolge folgendermaßen ermittelt:

Einkommen gemäß § 19 KBGG			20.447,70 €
Abgabe gem. § 19 Abs. 1 KBGG	5% von	€ 20.447,70	1.022,39 €
Abgabe			1.022,39 €

Der offene Rückzahlungsbetrag wurde dem Bescheid zufolge folgendermaßen ermittelt:

Ausbezahlter Zuschuss bis zum 31.12.2004			2.563,38 €
-bisher vorgeschriebene Rückzahlungsbeträge			345,42 €
-Rückzahlung laut Spruch			1.022,39 €
Verbleibender Rückzahlungsbetrag für Folgejahre			1.195,58 €

Begründet wurde der Bescheid, dass „für Ihr Kind C D“ Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld ausbezahlt worden seien. „Gemäß [§ 18 Abs. 1 Z 1 oder 3 KBGG](#) sind Sie alleine zur Rückzahlung des Zuschusses verpflichtet. Im Jahr 2004 wurden die für die Rückzahlung des Zuschusses maßgeblichen Einkommensgrenzen gemäß [§ 19 Abs. 1 Z 1 KBGG](#) überschritten.“

Dieser Bescheid wurde am 14.10.2010 von einem Mitbewohner der Abgabestelle – sowohl die Unterschrift als auch eine Anmerkung auf dem Formular 4/1 sind unleserlich – übernommen.

Gegen diesen Bescheid erhob der Bw. mit Eingabe vom 10.11.2010, die beim Finanzamt am 15.11.2010 einlangte, Berufung mit dem ersichtlichen Antrag, den angefochtenen Bescheid aufzuheben.

„Begründung:

Nach § 9 (3) KBGG sind Personen vom Zuschuss ausgeschlossen, deren maßgeblicher Gesamtbetrag der Einkünfte einen Grenzbetrag von 16 200 Euro übersteigt. Im Jahr 2003 im Zeitraum von 01.0.2003 bis 31.12.2003 betrugen die Nettoeinkünfte 17.799,10 Euro. Im Jahr 2004 im Zeitraum 01.01.2004 bis 31.12.2004 betrugen die Nettobezüge 20.639,70 Euro.

Nach § 30 (1) KBGG ist die Leistung einzustellen wenn eine der Voraussetzungen für den Anspruch auf eine Leistung nach diesem Bundesgesetz wegfällt. Die Leistung ist neu zu bemessen wenn sich eine für das Ausmaß des Leistungsanspruches maßgebende Voraussetzung ändert.

Nach § 30 KBGG ist die Zuerkennung zu widerrufen oder die Bemessung rückwirkend zu berichtigen wenn " sich die Zuerkennung oder Bemessung einer Leistung nach diesem Bundesgesetz nachträglich als gesetzlich nicht begründet herausstellt.

Nach § 31 (1) KBGG ist bei Einstellung, Herabsetzung, Widerruf oder ist Berichtigung einer Leistung der Leistungsbezieher zum Ersatz des unberechtigt Empfangenen zu verpflichten, wenn er den Bezug durch unwahre Angaben oder durch Verschweigen maßgeblicher Tatsachen herbeigeführt hat oder wenn er erkennen musste, dass die Leistung nicht oder nicht in dieser Höhe gebührte.

In diesem Fall ist zu prüfen ob seitens des Antragstellers oder, und der Behörde ein Verschulden stattgefunden hat. "

Mit gesonderter, ansonsten wortidenter Eingabe vom 11.10.2010 wurde vom Bw. außerdem „die Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz“ beantragt.

Mit Vorlagebericht vom 21.2.2011, beim Unabhängigen Finanzsenat am 24.2.2011 eingelangt, legte das Finanzamt Wien 4/5/10 die Berufung betreffend das Jahr 2004 sowie den gesonderten Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz dem Unabhängigen Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Von Amts wegen stellte die Berufungsbehörde durch Einsicht in das Abgabensinformationssystem der Finanzverwaltung fest, dass laut Mitteilung der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse im Jahr 2004 für C D von E F, wohnhaft außerhalb Wiens, also nicht an derselben Adresse wie der Bw. gemeldet, ein Zuschuss von € 2.217,96 bezogen wurde, wobei als Rechtsgrundlage auf § 18 Abs. 1 Z 1 (KBGG) angeführt ist.

Ferner gab des Finanzamt über Vorhalt der Berufungsbehörde am 7.3.2011 unter Beifügung eines PDF des diesbezüglichen Kuverts an den Bw. bekannt, dass an den Bw. im Jahr 2009 eine Erklärung betreffend Rückzahlung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld an seine aktenskundige Adresse - am 16.12.2009 (Beginn der Abholungsfrist) durch Hinterlegung zugestellt – ergangen sei. Diese Erklärung sei dem Finanzamt in weiterer Folge als nicht behoben retourniert worden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß [§ 9 Abs. 1 KBGG](#) in den für den Berufszeitraum (2004) maßgebenden Fassungen haben Anspruch auf Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld

1. alleinstehende Elternteile (§ 11),
2. verheiratete Mütter oder verheiratete Väter nach Maßgabe des § 12,
3. nicht alleinstehende Mütter oder Väter nach Maßgabe des § 13 und 4. Frauen oder Männer, die allein oder mit ihrem Ehegatten ein Kind, welches das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, an Kindes Statt angenommen oder in Pflege genommen haben, sofern sie verheiratet sind, nach Maßgabe der §§ 11 (eingefügt mit [BGBl. I Nr. 122/2003](#)) 12 und 13.

Gemäß [§ 9 Abs. 2 KBGG](#) ist Voraussetzung für die Gewährung des Zuschusses, „dass ein Anspruch auf Auszahlung des Kinderbetreuungsgeldes besteht (Rechtslage BGBl. I Nr. 122/200 für 2004 bis 2007).

Gemäß [§ 9 Abs. 3 KBGG](#) sind ausgeschlossen vom Zuschuss Personen, deren maßgeblicher Gesamtbetrag der Einkünfte (§ 8) einen Grenzbetrag von 5.200 Euro ([BGBl. I Nr. 58/2003](#) und [BGBl. I Nr. 122/2003](#), Rechtslage 2003 bis 2007) übersteigt.

Dieser Zuschuss betrug 6,06 Euro täglich (§ 10 KGBB in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung).

Gemäß [§ 11 Abs. 1 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) sind allein stehende Elternteile im Sinne dieses Bundesgesetzes Mütter oder Väter, die ledig, geschieden oder verwitwet sind und nicht unter [§ 13 KBGG](#) fallen. Ferner gelten Mütter und Väter als allein stehend, wenn der Ehepartner erwiesenermaßen für den Unterhalt des Kindes nicht sorgt.

Gemäß [§ 11 Abs. 2 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) haben allein stehende Elternteile nur Anspruch auf Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld, wenn sie eine Urkunde vorlegen, aus der der andere Elternteil des Kindes hervorgeht. In Ermangelung einer derartigen Urkunde haben sie eine entsprechende Erklärung abzugeben.

Gemäß [§ 11 Abs. 3 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) haben allein stehende Elternteile, die die Voraussetzungen gemäß Abs. 2 nicht erfüllen, dann Anspruch auf Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld, wenn sie sich selbst zur Rückzahlung des Zuschusses verpflichten.

Gemäß [§ 12 Abs. 1 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) erhalten verheiratete Mütter bzw. Väter einen Zuschuss, sofern ihr Ehegatte kein Einkommen erzielt oder der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte (§ 8) nicht mehr als 7.200 € (Freigrenze) beträgt. Die Freigrenze erhöht sich für jede weitere Person, für deren Unterhalt der Ehepartner auf Grund einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht tatsächlich wesentlich beiträgt, um 3.600,00 €.

Gemäß [§ 12 Abs. 2 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) gilt, dass wenn das Einkommen des Ehegatten die Freigrenze übersteigt, der Unterschiedsbetrag auf den Zuschuss anzurechnen ist.

Gemäß [§ 13 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) erhalten einen Zuschuss nicht allein stehende Mütter bzw. Väter, das sind Mütter bzw. Väter, die ledig, geschieden oder verwitwet sind und mit dem Vater bzw. der Mutter des Kindes nach den Vorschriften des Meldegesetzes 1991 an derselben Adresse angemeldet sind oder anzumelden wären. Hinsichtlich des Einkommens gilt [§ 12 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) entsprechend.

Gemäß [§ 14 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) gebührt der Zuschuss, solange auf die in § 9 Abs. 2 leg. cit. genannte Leistung Anspruch besteht, wobei der Zuschuss zu aliquotieren ist, wenn die Leistung nur für einzelne Tage des Monats zusteht.

Im Falle des Antrags auf Gewährung eines Zuschusses gemäß den §§ 12 und 13 14 KBGG (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) haben beide Elternteile eine Erklärung zu unterfertigen, mit der sie sich zur Leistung der Abgabe gemäß § 18 leg. cit. verpflichten (§ 15 leg. cit.).

Von der Gewährung eines Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld an einen alleinstehenden Elternteil gemäß § 11 Abs. 2 leg. cit. sowie von der Einstellung oder Rückforderung (§ 31 leg. cit.) dieses Zuschusses hat der zuständige Krankenversicherungsträger den anderen, zur Rückzahlung gemäß § 18 leg. cit. verpflichteten Elternteil zu verständigen (§ 16 leg. cit.).

Gemäß [§ 18 Abs. 1 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) haben eine Rückzahlung ausbezahlter Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld zu leisten:

1. Der Elternteil des Kindes, wenn an den anderen Elternteil ein Zuschuss gemäß § 9 Abs. 1 Z 1 ausbezahlt wurde.
2. Die Eltern des Kindes, wenn an einen der beiden Elternteile ein Zuschuss gemäß § 9 Abs. 1 Z 2, 3 oder 4 ausbezahlt wurde.

3. Der Elternteil des Kindes, der sich gemäß § 11 Abs. 3 zur Rückzahlung des Zuschusses verpflichtet hat.

Gemäß [§ 18 Abs. 2 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) ist, wenn die Eltern in den Fällen des § 18 Abs. 1 Z 2 leg. cit. im Zeitpunkt der Entstehung des Abgabenanspruchs (§ 21 leg. cit.) dauernd getrennt leben, die Rückzahlung bei den Elternteilen insoweit zu erheben, als dies bei dem jeweiligen Elternteil billig ist. Dabei ist insbesondere auf die jeweiligen Einkommensverhältnisse der Elternteile sowie auf die Tragung der mit der Haushaltszugehörigkeit des Kindes verbundenen Lasten Bedacht zu nehmen.

Gemäß [§ 18 Abs. 3 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) ist die Rückzahlung eine Abgabe im Sinne des [§ 1 der Bundesabgabenordnung](#) (BAO), [BGBl. Nr. 194/1961](#).

Gemäß [§ 19 Abs. 1 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) beträgt die Abgabe jährlich

1. in den Fällen des § 18 Abs. 1 Z 1 und 3 bei einem jährlichen Einkommen von

mehr als 14.000 €: 3%

mehr als 18.000 €: 5%

mehr als 22.000 €: 7%

mehr als 27.000 €: 9%

des Einkommens,

2. in den Fällen des § 18 Abs. 1 Z 2 bei einem Gesamteinkommen der beiden Elternteile von

mehr als 35.000 €: 5%

mehr als 40.000 €: 7%

mehr als 45.000 €: 9%

des Einkommens.

Gemäß [§ 19 Abs. 2 KBGG](#) (in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung) gilt als Einkommen für Zwecke der Rückzahlung ausbezahlter Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld das Einkommen gemäß [§ 2 Abs. 2 EStG 1988](#) zuzüglich steuerfreier Einkünfte im Sinne des [§ 3 Abs. 1 Z 5 lit. a bis d EStG 1988](#) und Beträge nach den [§§ 10 und 12 EStG 1988](#), soweit sie bei der Ermittlung des Einkommens abgezogen wurden. Werden Gewinne nicht nach Führung ordnungsgemäßer Bücher und Aufzeichnungen, sondern nach

Durchschnittssätzen ([§ 17 EStG 1988](#)) ermittelt, sind diese Einkünfte zu erhöhen. Die Erhöhung beträgt

1. bei Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft 40 vH des Einheitswertes des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens,
2. bei Einkünften aus Gewerbebetrieben 10 vH dieser Einkünfte.

Die Abgabe ist im Ausmaß des Zuschusses, der für den jeweiligen Anspruchsfall ausbezahlt wurde, zu erheben (§ 20 leg. cit.).

Der Abgabeananspruch entsteht mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Einkommensgrenze gemäß § 19 leg. cit. erreicht wird, frühestens mit Ablauf des Kalenderjahres der Geburt des Kindes, letztmals mit Ablauf des auf die Geburt des Kindes folgenden 7. Kalenderjahres (§ 21 leg. cit.).

Die Erhebung der Abgabe obliegt in den Fällen des § 18 Abs. 1 Z 1 und 3 leg. cit. dem für die Erhebung der Abgaben vom Einkommen zuständigen Finanzamt des Elternteiles, in den Fällen des § 18 Abs. 1 Z 2 leg. cit. dem für die Erhebung der Abgaben vom Einkommen des Vaters des Kindes, nach dem Tod des Vaters dem für die Erhebung der Abgaben vom Einkommen der Mutter des Kindes zuständigen Finanzamt (§ 22 leg. cit.).

Jeder Abgabepflichtige (§ 18 leg. cit.) ist verpflichtet, eine Abgabenerklärung über sein im Kalenderjahr erzielter Einkommen im Sinne des § 19 Abs. 2 leg. cit. bis zum Ende des Monats März des Folgejahres einzureichen. [§ 134 Abs. 1 zweiter Satz BAO](#) ist anzuwenden (§ 23 leg. cit.).

Der Anspruch auf Rückzahlung von Zuschüssen zum Kinderbetreuungsgeld ist eine Abgabe im Sinne des [§ 1 BAO](#); die Bestimmungen über die Verjährung nach der BAO finden Anwendung (vgl. VwGH 10.5.2010, [2009/17/0277](#)).

Nach [§ 207 Abs. 2 erster Satz BAO](#) beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre.

Der Rückzahlungsanspruch betreffend im Jahr 2004 ausbezahlte Zuschüsse wäre somit mit Ablauf des Jahres 2009 verjährt.

Nach [§ 209 Abs. 1 BAO](#) erster Satz verlängert sich die Verjährungsfrist um ein Jahr, wenn innerhalb der Verjährungsfrist nach Außen erkennbare Amtshandlungen zur Geltendmachung des Abgabeananspruches oder zur Feststellung des Abgabepflichtigen von der Abgabenbehörde unternommen werden.

Sachverhaltsbezogen ist aufgrund des vorgelegten rudimentären Akteninhalts und der ergänzenden Ermittlungen der zweitinstanzlichen Abgabenbehörde festzustellen:

a) Für das Kind C D wurde im Jahr 2004 von E F ein Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld von € 2.563,38 (Begründung angefochtener Bescheid, entspricht dem in der Auskunft der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse genannten Betrag von € 2.217,96 zuzüglich der laut Bescheid schon gesondert vorgeschriebenen Rückzahlungsbeträge von € 345,42) bezogen.

b) Hierbei handelte es sich (wie sich aus der in der Auskunft der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse angeführten Rechtsgrundlage [§ 18 Abs. 1 Z 1 KBGG](#) - i.V.m. [§ 9 Abs. 1 Z 1 KBGG](#) - ergibt) um die Auszahlung an einen allein stehenden Elternteil. Dafür spricht, dass die angegebene Adresse der E F nicht mit jener des Bw. ident ist (vgl. [§ 13 KBGG](#)).

c) Der Vater des Kindes C D, A B, verfügte im Jahr 2004 über ein Einkommen i.S.d. [§ 19 Abs. 1 KBGG](#) in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung von € 20.447,70.

d) An den Vater des Kindes wurde im Jahr 2009 eine Abgabenerklärung in Bezug auf die Rückzahlung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld für das Jahr 2009 zugestellt.

Hieraus folgt rechtlich, dass der Vater des Kindes C D, A B, gemäß [§ 18 Abs. 1 Z 1](#) i.V.m. [§ 9 Abs. 1 Z 1](#) und [§ 11 Abs. 1 KBGG](#) in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung zur Rückzahlung der ausbezahlten Zuschüsse in Form der Abgabe nach [§ 19 Abs. 1 KBGG](#) in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung verpflichtet ist.

Die Abgabenhöhe beträgt nach [§ 19 Abs. 1 KBGG](#) in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung bei einem Einkommen von mehr als € 18.000, aber nicht mehr als € 22.000 5%.

Das Finanzamt Wien 4/5/10 hat den Abgabenanspruch zutreffend ermittelt.

Es ist auch nicht Verjährung eingetreten, da mit der Zusendung der Abgabenerklärung im Jahr 2009 die Verjährungsfrist um ein Jahr – bis Ablauf des Jahres 2010 – verlängert wurde. Dass die Abgabenerklärung vom Bw. nicht behoben wurde, ändert nichts an der mit der Hinterlegung gemäß [§ 17 ZustellG](#) bewirkten Zustellung. Dass die Voraussetzungen einer Hinterlegung nicht vorgelegen seien, behauptet der Bw. nicht, der sich auch nicht auf eine eingetretene Verjährung beruft, sondern andere Argumente ins Treffen führt.

Zu den Einwendungen des Bw.:

Zunächst ist festzuhalten, dass der Grenzbetrag nach [§ 9 Abs. 3 KBGG](#) in der für das Jahr 2004 maßgebenden Fassung [BGBl. I Nr. 122/2003](#) nicht € 16.200, sondern € 5.200 betrug.

Die Berufung lässt erkennen, dass der Bw. vermeint, im Fall des Übersteigens der Einkommensgrenze sei die Empfängerin zur Rückzahlung zu verpflichten, da sein Einkommen stets über dem Grenzbetrag gelegen sei.

Dass die maßgebenden Einkünfte der Empfängerin den Grenzbetrag des [§ 9 Abs. 3 KBGG](#) überstiegen hätten und daher nach §§ 30 f. KBGG vorzugehen gewesen wäre, trägt der Bw. nicht vor.

Dass hingegen sein Einkommen von Anfang an über dem Grenzbetrag des [§ 9 Abs. 3 KBGG](#) gelegen war, ist nicht maßgebend (vgl. etwa UFS 29.12.2010, RV/0377-K/10).

Eine Billigkeitsentscheidung, bei welchem Elternteil die Rückforderung vorzunehmen ist, ist nach [§ 18 Abs. 2 KBGG](#) in der für den Berufszeitraum - 2004 - maßgebenden Fassung nur in jenen Fällen vorzunehmen, wenn ein Zuschuss gemäß § 9 Abs. 1 Z 2 bis 4 leg. cit. an verheiratete Eltern, nicht allein lebende Eltern oder an Wahl- bzw. Pflegeeltern(teile) ausbezahlt wurde. Bei allein stehenden Elternteilen – wie hier der Fall – sieht das Gesetz eine derartige Billigkeitsentscheidung nicht vor und ist die Abgabe zwingend bei dem Elternteil, der nicht das Kinderbetreuungsgeld und den Zuschuss bezogen hat, einzuheben.

Da das Finanzamt Wien 4/5/10 gesetzeskonform vorgegangen ist, war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Die Berufungsbehörde ist wie die Abgabenbehörde erster Instanz gemäß [Art. 18 Abs. 1 B-VG](#) an das Gesetz gebunden; der Unabhängige Finanzsenat ist auch nicht zu einer Antragstellung gemäß [Art. 140 B-VG](#) befugt.

Bemerkt wird, dass der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 6.10.2010, B 1391/09 u.a., ein Gesetzesprüfungsverfahren nach [Art. 140 Abs. 1 B-VG](#) hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des [§ 18 Abs. 1 Z 1 des Kinderbetreuungsgeldgesetzes](#), [BGBl. I Nr. 103/2001](#), in seiner Stammfassung eingeleitet hat.

Hierin führt der Verfassungsgerichtshof unter anderem aus:

„Den Verfassungsgerichtshof haben folgende Bedenken zur Einleitung des Gesetzesprüfungsverfahrens veranlasst:

2.1. Beim Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld handelt es sich nach der in den Beschwerdefällen maßgeblichen Rechtslage um eine Geldleistung "für sozial schwache Eltern" (vgl. RV 620 BlgNR 21. GP, 53). Voraussetzung ist dabei in allen Fällen, dass das eigene

Einkommen des zuschusswerbenden Elternteiles eine bestimmte Höhe, nämlich € 3.997,-- pro Jahr (vgl. [§ 9 Abs. 3 KBGG](#) in der Stamfassung), nicht überschreitet. Bei Ehegatten oder nicht verheirateten Eltern, die im gemeinsamen Haushalt leben, wird der Zuschuss darüber hinaus nur gewährt, wenn auch das Einkommen des anderen Elternteiles die Freigrenze von € 7.200,-- pro Jahr (zzgl. Zuschlägen im Fall weiterer Unterhaltspflichten) nicht überschreitet (vgl. [§ 12 Abs. 1 KBGG](#) in der Stamfassung), wobei bei Übersteigen der Freigrenze der Unterschiedsbetrag (dh. der übersteigende Betrag) auf den Zuschuss anzurechnen ist ([§ 12 Abs. 2 KBGG](#)).

Die Gewährung einer solchen Sozialleistung für besonders einkommensschwache Eltern und Elternteile im Zusammenhang mit der Betreuung von Kindern in den ersten Lebensjahren steht im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Es bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken dagegen, dass diese Sozialleistung zurückzuzahlen ist, wenn sich in der Folge die Einkommensverhältnisse der zunächst bezugsberechtigten Person bessern. Im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers steht es nämlich, eine Sozialleistung dieser Art an das Vorliegen einer bestimmten wirtschaftlichen Situation zu knüpfen und sie daher zurückzufordern, wenn sich diese deutlich gebessert hat.

2.2. Die zu beurteilende Regelung verpflichtet jedoch in einer wesentlichen Zahl von Fällen zur Rückzahlung auch dritte Personen: Erhält den Zuschuss nämlich ein allein stehender Elternteil, dann trifft die Rückzahlungspflicht den jeweils anderen Elternteil, sofern dessen Einkommen die in [§ 19 Abs. 1 Z 1 leg.cit.](#) genannten Grenzbeträge überschreitet. Anspruch auf Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld hat der allein stehende Elternteil in diesem Fall nur, wenn er eine Urkunde vorlegt, aus der der andere (rückzahlungspflichtige) Elternteil hervorgeht (vgl. [§ 11 Abs. 2 KBGG](#)). Der Verfassungsgerichtshof geht vorderhand davon aus, dass eine solche Rückzahlungsverpflichtung eines Dritten dem aus dem Gleichheitssatz abzuleitenden Sachlichkeitsgebot nur dann entspricht, wenn für die Heranziehung des Dritten eine sachliche Rechtfertigung gefunden werden kann und auf sein Rechtsschutzinteresse hinreichend Bedacht genommen wird.

2.3. Auszugehen ist dabei davon, dass nach hA ein gemeinsames Kind dem das Kind betreuenden Elternteil nach den allgemeinen Regeln des Unterhaltsrechtes für sich alleine keinen Unterhaltsanspruch gegenüber dem anderen Elternteil vermittelt (zB Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 2006, 446; Kerschner, Bürgerliches Recht V - Familienrecht³, 2008, Rz 3/4; eine Ausnahme davon besteht gemäß [§ 168 ABGB](#) nur für die ersten sechs Wochen nach der Geburt). Wenn nun im Fall getrennt lebender Eltern dem das Kind betreuenden Elternteil bei entsprechender Bedürftigkeit die Möglichkeit eingeräumt wird, einen Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld in Anspruch zu nehmen, den der andere Elternteil bei

entsprechend hohem Einkommen zurückzuzahlen hat, dann wird damit anscheinend eine Leistung nach Art eines Unterhaltsvorschlusses gewährt.

Nun mag es zwar grundsätzlich im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegen, eine (befristete) Unterhaltsverpflichtung des getrennt lebenden Elternteils gegenüber dem das gemeinsame Kind betreuenden Elternteil vorzusehen und diese auch in die Form einer Abgabe zu kleiden. Die in Rede stehende Regelung des KBGG dürfte aber zur Folge haben, dass getrennt lebende Elternteile zur Rückzahlung des Zuschusses (und damit wirtschaftlich zu einer Unterhaltsleistung an den anderen Elternteil) auch in Fällen verhalten werden, in denen sie bereits zivilrechtliche Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem den Zuschuss beziehenden Elternteil treffen und sie diese Verpflichtungen in vollem Umfang erfüllen. Der Verfassungsgerichtshof hat daher das Bedenken, dass die in Rede stehende Regelung auf die zivilrechtliche Unterhaltssituation zwischen den betroffenen Elternteilen nicht hinreichend Bedacht nimmt und deshalb in einer anscheinend nicht zu vernachlässigenden Zahl von Fällen zu unsachlichen und daher gleichheitswidrigen Ergebnissen führen kann, etwa dazu, dass der dem Unterhaltspflichtigen verbleibende Einkommensteil nach allgemeinen Unterhaltsgrundsätzen zu gering ist. Eine solche Regelung dürfte nach der vorläufigen Annahme des Verfassungsgerichtshofes auch nicht dadurch gerechtfertigt sein, dass in Einzelfällen eine missbräuchliche Inanspruchnahme der Leistung zu befürchten ist.

2.4. Der Verfassungsgerichtshof hegt ferner das Bedenken, dass die Regelung deswegen gegen den auch den Gesetzgeber bindenden Gleichheitssatz verstößt, weil sie die Rückzahlungsverpflichtung unabhängig davon vorsieht, welche Unterhaltsbelastungen den rückzahlungspflichtigen Elternteil gegenüber Kindern sonst treffen (nach dem Vorbringen in der zu B 1391/09 protokollierten Beschwerde hat der rückzahlungspflichtige Vater Unterhaltspflichten gegenüber vier Kindern zu erfüllen). Hängt die Höhe der Rückzahlung nämlich von dem (modifizierten) Einkommen nach [§ 2 Abs. 2 EStG 1988](#) ab (so [§ 19 Abs. 2 KBGG](#)), dann ist die Abgabe anscheinend auch von jenen Einkommensbestandteilen zu bemessen, die vom Steuerpflichtigen an unterhaltsberechtigte Kinder weiterzugeben sind, da Unterhaltslasten gegenüber Kindern grundsätzlich das steuerliche Einkommen nicht mindern und nur in besonderen (seltenen) Fällen als außergewöhnliche Belastung nach [§ 34 EStG 1988](#) anzuerkennen sind (vgl. dazu VfSlg. 16.380/2002; VfGH 20.6.2009, [G 13/09](#)). Werden die Unterhaltslasten in der Bemessungsgrundlage jedoch nicht berücksichtigt, dann werden anscheinend Einkommensbezieher gleicher Einkommenshöhe ungeachtet der unterschiedlichen Höhe des ihnen zur eigenen Verwendung verbleibenden Einkommens in unsachlicher Weise gleich behandelt (vgl. dazu VfSlg. 12.940/1991 und die Folgejudikatur). Diese Gleichbehandlung ungleicher Fälle dürfte auch durch die Familienbeihilfe nicht ausgeglichen werden, da diese bei der hier gegebenen Konstellation regelmäßig nicht dem

rückzahlungsverpflichteten Elternteil zusteht. Da die maßgebenden Abgabensätze nach [§ 19 KBGG](#) bis 9 v.H. reichen, kann anscheinend auch nicht von vernachlässigswerten Steuerfolgen gesprochen werden.

2.5. Der Verfassungsgerichtshof hat schließlich das Bedenken, dass die hier zu beurteilende Rechtslage den Rechtsschutzinteressen des rückzahlungspflichtigen Elternteils nicht in der dem Sachlichkeitsgebot entsprechenden Weise Rechnung trägt.

Wird der Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld von verheirateten oder nicht verheirateten, aber im gemeinsamen Haushalt lebenden Eltern beantragt, dann haben beide Elternteile eine Erklärung zu unterfertigen, mit der sie sich zur Leistung der Abgabe gemäß [§ 18 KBGG](#) verpflichten (vgl. [§ 15 KBGG](#)). Bei allein stehenden Elternteilen hingegen ist das Unterfertigen einer derartigen Erklärung nicht vorgesehen; der andere, zur Rückzahlung verpflichtete Elternteil ist lediglich gemäß [§ 16 KBGG](#) von der Gewährung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld zu verständigen.

Die Vorgängerregelungen zum 4. Abschnitt des KBGG ("Rückzahlung ausbezahlter Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld") im Karenzurlaubszuschussgesetz, im Karenzgeldgesetz und im Karenzurlaubsgeldgesetz wurden vom Gesetzgeber mit [BGBl. I 34/2004](#) rückwirkend, nämlich mit Wirkung vom 1. Jänner 1996 bzw. 1. Juli 1997, u.a. mit der Begründung außer Kraft gesetzt, dass keine gesetzliche Informationspflicht des zur Rückzahlung verpflichteten Elternteils bei Gewährung des Zuschusses an einen allein stehenden Elternteil vorgesehen war und die teilweise fehlende Information der Rückzahlungsverpflichteten zu einer ungleichen Behandlung führen würde (vgl. RV 387 BlgNR 22. GP).

Auch der Verfassungsgerichtshof geht vorderhand davon aus, dass die Rückzahlungsverpflichtung des anderen Elternteils nur dann sachgerecht ausgestaltet ist, wenn der Rückzahlungspflichtige von der Gewährung des Zuschusses verständigt wird. Mit dem KBGG wurde eine Informationspflicht in [§ 16 leg.cit.](#) zwar eingeführt. Allerdings geht aus dem Gesetz nicht hervor, dass an die Verletzung dieser Informationspflicht (die - wie auch die Anlassfälle zeigen - in der Praxis anscheinend nicht auszuschließen ist) eine Sanktion geknüpft wäre; vielmehr dürfte die Abgabepflicht davon unberührt bleiben (so auch VwGH 17.2.2010, [2009/17/0250](#); 26.3.2010, [2010/17/0044](#)). Es ist für den Verfassungsgerichtshof vorderhand nicht zu erkennen, wodurch sich eine Informationspflicht, an deren Verletzung anscheinend keine Konsequenzen geknüpft sind, in Bezug auf die Effektivität des Rechtsschutzes vom Fehlen einer Informationspflicht unterscheidet.

Dazu kommt, dass den Rechtsschutzinteressen des Rückzahlungspflichtigen anscheinend auch im Abgabenverfahren nicht Rechnung getragen wird: Nach dem Wortlaut des [§ 18 Abs. 1 Z 1](#)

KBGG setzt die Rückzahlungspflicht (neben der entsprechenden Einkommenshöhe) bloß voraus, dass "an den anderen Elternteil ein Zuschuss gemäß § 9 Abs. 1 Z 1 ausbezahlt wurde". Die Abgabepflicht scheint daher auch dann zu entstehen, wenn der Zuschuss vom anderen Elternteil zu Unrecht bezogen wurde.

Es wird im Gesetzesprüfungsverfahren zu untersuchen sein, ob die geltende Rechtslage so interpretiert werden kann, dass der rückzahlungspflichtigen Elternteil der Abgabepflicht erfolgreich mit dem Einwand begegnen kann, die Auszahlung des Zuschusses sei zu Unrecht erfolgt, und ob dadurch die Bedenken des Gerichtshofes zerstreut werden können.

2.6. Sollten die Bedenken zutreffen, dann dürften sie durch eine Aufhebung des [§ 18 Abs. 1 Z 1 KBGG](#) behoben werden können. Die anderen Regelungen des Abschnittes 4 leg.cit. stehen mit ihr nicht in einem untrennbaren Zusammenhang, der eine Prüfung und Aufhebung des gesamten Abschnittes rechtfertigen könnte.

III. Ob die Prozessvoraussetzungen gegeben sind und die angeführten Bedenken zutreffen, wird im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären sein."

Informativ wird mitgeteilt, dass [Art. 140 Abs. 7 B-VG](#) lautet:

„Ist ein Gesetz wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben worden oder hat der Verfassungsgerichtshof gemäß Abs. 4 ausgesprochen, dass ein Gesetz verfassungswidrig war, so sind alle Gerichte und Verwaltungsbehörden an den Spruch des Verfassungsgerichtshofes gebunden. Auf die vor der Aufhebung verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles ist jedoch das Gesetz weiterhin anzuwenden, sofern der Verfassungsgerichtshof nicht in seinem aufhebenden Erkenntnis anderes ausspricht. Hat der Verfassungsgerichtshof in seinem aufhebenden Erkenntnis eine Frist gemäß Abs. 5 gesetzt, so ist das Gesetz auf alle bis zum Ablauf dieser Frist verwirklichten Tatbestände mit Ausnahme des Anlassfalles anzuwenden."

Sollte der VfGH [§ 18 Abs. 1 Z 1 KBGG](#) in der Stammfassung aufheben, wäre damit keine Änderung des gegenständlichen Bescheides verbunden.

Um die so genannte „Anlassfallwirkung“ zu erreichen, ist eine rechtzeitige Beschwerde gegen diesen Bescheid an den VfGH (siehe die eingangs erfolgte Rechtsbelehrung) erforderlich, wobei unter bestimmten Voraussetzungen vom VfGH auch Verfahrenshilfe gewährt werden kann (nähere Informationen: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/service/verfahrenshilfe.html>).

Zu dem gleichzeitig mit der Berufung in einem gesonderten Schriftsatz gestellten Antrag auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz ist festzuhalten, dass unabdingbare

Voraussetzung eines Antrages auf Entscheidung über die Berufung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz ist, dass die Abgabenbehörde erster Instanz eine Berufungsvorentscheidung erlassen hat, widrigenfalls ein solcher Antrag als unzulässig zurückzuweisen ist (VwGH 28.10.1997, [93/14/0146](#)).

Der Antrag vom 12.10.2010 auf Entscheidung durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz war daher gemäß [§ 273 BAO](#) als unzulässig zurückzuweisen.

Wien, am 7. März 2011