



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des NN, Adresse, vertreten durch Dr. Ingrid Köhler, Rechtsanwältin, 1070 Wien, Halbgasse 18/2, vom 26. August 2010 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23 vom 12. August 2010 betreffend Rückzahlung ausbezahlter Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld für das Jahr 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### **Entscheidungsgründe**

NN, in der Folge mit Bw. bezeichnet, lebte zunächst in einer Lebensgemeinschaft mit KM, in der Folge Kindesmutter. Der Beziehung entstammt der am 16.4.2002 geborene Kd, in der Folge kurz Sohn.

Vom 1.1. bis 15.10.2004 war die Kindesmutter in Karenz und bezog Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld in Höhe von 1.751,34 €.

Im Dezember 2009 verschickte das Finanzamt ein Formular an den Bw. betreffend die Rückzahlung des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld mit einer Fristsetzung bis zum 31.12.2009. Das Formular wurde am 17.12.2009 durch Hinterlegung zugestellt. Die Hinterlegung erfolgte mit der Adresse PLZ\_Ort, wohin ein Nachsendeauftrag bestand. Eine Rücksendung des unterschriebenen Formulars ist nicht erfolgt.

Mit Bescheid vom 12.8.2010 setzte das Finanzamt die Rückzahlung der ausbezahlten Zuschüsse zum Kinderbetreuungsgeld für das Jahre 2004 in Höhe von 1.751,34 € fest.

Gegen diese Bescheid hat der Bw. berufen und die ersatzlose Aufhebung des Bescheides beantragt. Der Bw. wendete zunächst ein, der Bescheid über die Rückzahlung ausbezahlter Zuschüsse werde auf § 19 Abs. 1 KBGG gestützt. Dieser sei seit 31.12.2009 außer Kraft getreten und könne daher auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht mehr angewendet werden. Weiters wendet der Bw. ein, der Anspruch sei bereits verjährt. Nach § 21 KBGG entstehe der Abgabensanspruch mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Einkommensgrenze gemäß § 19 KBGG erreicht worden sei, frühestens mit Ablauf des Kalenderjahres der Geburt des Kindes, letztmals mit Ablauf des auf die Geburt des Kindes folgenden siebenten Kalenderjahres. Gemäß § 49 Abs. 17 verjähre für die Jahre 2002 und 2003 das Recht, die Abgabe gemäß Abschnitt 4 festzusetzen frühestens Ende 2008. Da für 2004 keine entsprechende gesetzliche Regelung erlassen worden sei, gelangten die allgemeinen Verjährungsvorschriften der BAO zur Anwendung. Die Frist, die Abgabe in Form einer Rückzahlungsverpflichtung festzulegen, ende spätestens am 31.12.2009. Der Bescheid stamme vom 12.8.2010 und sei insofern Verjährung eingetreten. Dem Grunde nach wendete der Bw. ein, die Lebensgemeinschaft mit der Kindesmutter sei Ende 2002 aufgehoben worden. Sie habe den Sohn zu sich in das Bundesland LAND genommen und sei der Bw. der vollen Unterhaltsverpflichtung für VN\_Kd nachgekommen. Die Kindesmutter sei nach Ablauf der Karenzzeit wieder ihrer unselbständigen Erwerbstätigkeit als Berufsbez nachgegangen und habe daher mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Einkommen ins Verdienen gebracht, sodass sie im Sinne des § 2 Abs. 1 Z. 2 KBGG nicht anspruchsberechtigt gewesen sei. Der Bw. habe der Auszahlung dieser Beträge nie zugestimmt und sei davon auch nicht verständigt worden. Dem Bescheid werde ein Einkommen des Bw. unter Stützung auf § 19 KBGG in Höhe von 53.839,88 € für 2004 zugrunde gelegt. Es handle sich bei dieser Bemessungsgrundlage um das Einkommen gemäß § 2 Abs. 2 EStG, sohin um das Bruttoeinkommen. Da die nunmehr bescheidmäßig vorgeschriebene Abgabe aber nicht die Lohnsteuerbemessungsgrundlage mindere, komme es zu einer unzulässigen Doppelbesteuerung, welche gesetzlich nicht gedeckt sei. Für die Zeiträume bis 30.6.2004 seien idente Rückforderungen nach dem Karenzgeldgesetz zur Gänze abgeschafft und für 100 % auf die Rückforderung solcher Zuschüsse verzichtet worden. Es sei verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, dass man bis 30.6.2004 bestehende Rückforderungen nach dem Karenzgeldgesetz nachlasse, solche nach dem Kinderbetreuungsgeldgesetz aber nicht.

Über Vorhalt erklärte der Bw., die Hinterlegung des Schriftstückes am 17.12.2009 aufgrund eines Nachsendeauftrages stelle keine Unterbrechungshandlung im Sinne des Gesetzes dar,

da es nur Anfragen enthalte. Der Bescheid stamme erst vom 12.8.2010 und sei insofern Verjährung eingetreten.

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

Zum Einwand der verjährung:

Gemäß § 207 Abs. 2 BAO beträgt die Verjährungsfrist für die Festsetzung bei allen nicht ausdrücklich angeführten Abgaben fünf Jahre.

Da die gegenständliche Abgabe im § 207 Abs. 2 BAO nicht angeführt ist, beträgt die Verjährungsfrist für die Festsetzung der Abgabe grundsätzlich fünf Jahre.

Gemäß § 209 Abs. 1 BAO gilt darüber hinaus Folgendes:

Werden innerhalb der Verjährungsfrist (§ 207) nach außen erkennbare Amtshandlungen zur Geltendmachung des Abgabenanspruches oder zur Feststellung des Abgabepflichtigen (§ 77), von der Abgabenbehörde unternommen, so verlängert sich die Verjährungsfrist um ein Jahr. Die Verjährungsfrist verlängert sich jeweils um ein weiteres Jahr, wenn solche Amtshandlungen in einem Jahr unternommen werden, bis zu dessen Ablauf die Verjährungsfrist verlängert ist. ...

Streit besteht zunächst darüber, ob in dem Schreiben, welches dem Bw. im Dezember 2009 im Wege der Hinterlegung zugestellt wurde, eine die Verjährungsfrist verlängernde Handlung zu erblicken ist.

Die vom Bw. vertretene Auffassung, der übersendete Erklärungsvordruck enthalte „nur Anfragen“, weshalb die Verjährungsfrist bereits abgelaufen sei, wird vom Unabhängigen Finanzsenat nicht geteilt. So hat der Verwaltungsgerichtshof auch in der Zusendung von Abgabenerklärungen an den Abgabepflichtigen eine entsprechende, zur Geltendmachung des Abgabenanspruches unternommene, nach außen erkennbare Amtshandlung erblickt (VwGH vom 1.12.1987, 86/16/0008 zur insoweit vergleichbaren Vorgängerregelung).

Zum Hinweis auf die Verfassungswidrigkeit der Rückforderung sowie zum Außerkrafttreten des § 19 Abs. 1 KBGG:

Die Beurteilung, ob die Bw. durch den angefochtenen Bescheid wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt wird, steht dem Unabhängigen Finanzsenat nicht zu, da gemäß Art. 18 B-VG die Abgabenbehörden die geltenden Gesetze zu vollziehen haben, solange sie vom Verfassungsgerichtshof nicht aufgehoben worden sind.

Die Anwendung bereits außer Kraft getretener oder novellierter abgabenrechtlicher Bestimmungen für zurück liegende Zeiträume in ihrer in diesem Zeitraum geltenden Fassung (gleichgültig, ob diese Bestimmung formal im Sinne des B-VG außer Kraft getreten ist, und nach dem Grundsatz der Zeitbezogenheit von Abgabenvorschriften anzuwenden ist, oder ob lediglich der zeitliche Anwendungsbereich der Bestimmung eingeschränkt wurde, die Regelung aber formal in Kraft belassen wurde), begegnet auch nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (siehe VwGH vom 12.3.2010, 2010/17/0040).

Zum Einwand der mangelnden Verständigung durch den Sozialversicherungsträger:

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

Für den Fall einer Nichtverständigung des anderen Elternteiles sieht das Gesetz nicht vor, dass keine Verpflichtung zur Rückzahlung besteht (siehe VwGH vom 17.2.2010, 2009/17/0250).

Zur Frage der inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Festsetzung der Abgabe:

Gemäß § 9 Abs. 1 KBGG 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 gemeinsam mit dem anderen Elternteil ein Kind, welches das dritte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, an Kindes statt angenommen oder in Pflege genommen haben, nach Maßgabe der §§ 11, 12 oder 13.

Gemäß § 9 Abs. 2 KBGG ist Voraussetzung für den Anspruch auf Zuschuss zum Kinderbetreuungsgeld, dass ein Anspruch auf Auszahlung des Kinderbetreuungsgeldes besteht.

Gemäß § 9 Abs. 3 KBGG sind ausgeschlossen vom Zuschuss Personen, deren maßgeblicher Gesamtbetrag der Einkünfte (§ 8) einen Grenzbetrag von 5.200 Euro übersteigt.

Gemäß § 11 Abs. 1 KBGG sind alleinstehende Elternteile im Sinne dieses Bundesgesetzes Mütter oder Väter, die ledig, geschieden oder verwitwet sind und nicht unter § 13 fallen. Ferner gelten Mütter und Väter als alleinstehend, wenn der Ehepartner erwiesenermaßen für den Unterhalt des Kindes nicht sorgt.

Gemäß § 11 Abs. 2 KBGG haben alleinstehende 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 haben alleinstehende 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 § 13 KBGG erhalten einen Zuschuss nicht alleinstehende 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 entsprechend.

Gemäß § 18 Abs. 1 KBGG 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.

Gemäß § 18 Abs. 3 KBGG ist die Rückzahlung eine Abgabe im Sinne des § 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/1961.

Gemäß § 19 Abs. 1 KBGG 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.

Gemäß § 19 Abs. 2 KBGG 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.

Strittig ist, ob die Abgabe zu Recht festgesetzt wurde, obwohl der Bw. einwendet, er habe der Auszahlung der Beträge nicht zugestimmt und die Kindesmutter sei nach Ablauf der Karenzzeit wieder ihrer unselbständigen Erwerbstätigkeit als Friseurin nachgegangen und habe daher mit hoher Wahrscheinlichkeit ein Einkommen ins Verdienen gebracht, sodass sie im Sinne des § 2 Abs. 1 Z. 2 KBGG nicht anspruchsberechtigt gewesen sei.

Nach den im Berufszeitraum geltenden gesetzlichen Bestimmungen ist eine Zustimmung des anderen Elternteiles zum Bezug des Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld gemäß § 9 Abs. 1 Z. 1 KBGG nicht erforderlich.

Gemäß § 8 Abs. 1 Z. 1 KBGG ist der maßgebliche Gesamtbetrag der Einkünfte (§ 2 Abs. 1 Z. 3) wie folgt zu ermitteln: Soweit im Gesamtbetrag der Einkünfte gemäß § 2 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes 1988 (EStG 1988), BGBl. Nr. 400, solche aus nichtselbstständiger Arbeit (§ 25 EStG 1988) enthalten sind, ist von jenen Einkünften auszugehen, die während der Kalendermonate mit Anspruch auf Auszahlung des Kinderbetreuungsgeldes (Anspruchszeitraum) zugeflossen sind.

Selbst wenn daher die Kindesmutter nach Ablauf der Karenzzeit wieder ihrer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachgegangen ist, bewirken die dann bezogenen Einkünfte keine Unrechtmäßigkeit des zuvor bezogenen Zuschusses zum Kinderbetreuungsgeld, weil es auf diese Einkünfte gemäß § 9 Abs. 3 iVm § 8 Abs. 1 Z. 1 KBGG nämlich nicht ankommt.

Der Bw. wendet weiters ein, es handle sich um eine unzulässige Doppelbesteuerung, welche gesetzlich nicht gedeckt sei.

Zur gesetzlichen Deckung der gegenständlichen Abgabe genügt es auf die oben angeführten gesetzlichen Bestimmungen zu verweisen. Soweit der Bw. von einer unzulässigen Doppelbesteuerung spricht, wird bemerkt, dass der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26.2.2009, G 128/08 u.a. zum Ausdruck gebracht hat, dass die bei allein stehenden Elternteilen bestehende Rückzahlungspflicht des jeweils anderen Elternteiles beim Zuschuss zum Karenzurlaubsgeld (einer insoweit vergleichbaren Vorgängerregelung) seinerzeit mit folgenden Argumenten gerechtfertigt wurde: „Damit soll nachträglich eine Gleichstellung mit verheirateten Elternteilen gleicher Einkommensverhältnisse erreicht werden, die keinen Zuschuss erhalten haben, bei denen der Vater für den der Mutter durch die Kinderbetreuung entstehenden Einkommensverlust wirtschaftlich beizutragen hat. Diese Bestimmung soll auch missbräuchlichen Inanspruchnahmen des erhöhten Karenzurlaubsgeldes (des Zuschusses) bei „verschwiegenen“ Lebensgemeinschaften entgegen wirken.“

Auch wenn daher vom Einkommen bereits Einkommensteuer entrichtet worden ist, ist die Erhebung einer zusätzlichen Abgabe dadurch gerechtfertigt, dass auch im Falle verheirateter, zusammen lebender Elternteile der Vater für den der Mutter durch die Kinderbetreuung ent-

stehenden Einkommensverlust wirtschaftlich beiträgt. Dieser Beitrag wird auch von einem Einkommen entrichtet, für welches bei Personen gleicher Einkommensverhältnisse eine entsprechende Einkommensteuer zu leisten ist. Die tatsächliche, zusätzlich anfallende Belastung für den Bw. ist im gegenständlichen Fall gering, sie beträgt rund 3,25 % des Einkommens gemäß § 2 Abs. 2 EStG 1988.

Aus den genannten Gründen war die Berufung daher abzuweisen.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 18. Jänner 2011

Hinweis:       Ansuchen um Zahlungserleichterungen (Ratenzahlung, Stundung) bzw. um Abgabennachsicht sind an das zuständige Finanzamt zu richten.