



GZ. RV/155-S/04

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat durch den Referenten Dr. Michael Schrattenecker über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Peter ZIVIC, gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 28.Oktober 2003 betreffend Gewährung der Familienbeihilfe ab März 1998 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Rechtsbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 291 der Bundesabgabenordnung (BAO) ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen jedoch das Recht zu, innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof oder den Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof muss - abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen - von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 292 BAO steht der Amtspartei (§ 276 Abs. 7 BAO) das Recht zu, gegen diese Entscheidung innerhalb von sechs Wochen nach Zustellung (Kenntnisnahme) Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben.

Entscheidungsgründe

Mit Schriftsatz vom 6.März 2003 stellte der steuerliche Vertreter des Berufungswerbers einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag für seine in Bosnien lebenden Kinder Almir O. und Alen O. ab März 1998 und begründete diesen wie folgt:

"Mit Rücksicht auf die derzeit beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) anhängigen und noch nicht entschiedenen Verfahren betreffend die Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag auch für minderjährige Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, wird hiermit zwecks Wahrung der fünfjährigen Antragsfrist des § 10 Abs. 3 FLAG 1967 die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag zugunsten des Berufungswerbers für seine mj. Kinder, Almir und Alen O. fristwährend beantragt. Der fristwährende Antrag möge bis zur Entscheidung des EGMR in dieser Angelegenheit bzw. als allfällige Reaktion auf eine solche Entscheidung bis zu einer künftigen Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers einstweilen liegen gelassen und nicht weiter bearbeitet werden, zumal dieser Antrag lediglich im Hinblick auf die fünfjährige Antrags- und Verjährungsfrist des § 10 Abs. 3 FLAG 1967 fristwährend bereits jetzt, zu einem Zeitpunkt, wo die Entscheidung noch offen ist und man sohin nicht weiß, ob auch für sich ständig im Ausland aufhaltende mj. Kinder eine Familienbeihilfe und ein Kinderabsetzbetrag zu gewähren sein wird, gestellt."

Das Finanzamt wies diesen Antrag mit Bescheid vom 28.Oktober 2003 ab und führte begründend aus, dass nach § 5 Abs. 4 FLAG für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, sofern es nicht entsprechende zwischenstaatliche Regelungen gebe. Das Abkommen über Soziale Sicherheit mit der Bundesrepublik Bosnien, das diesbezügliche Regelungen enthalten hat, sei mit 30.Juni 1996 gekündigt worden (BGBl. Nr. 347/1996). Hiedurch sei die Rechtsgrundlage für die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in Bosnien aufhalten, ab 1.10.1996 weggefallen.

Das Anbringen, den Antrag fristwährend liegen zu lassen, sei als bloße Anregung zu werten, da für die Behörden gem. § 311 Bundesabgabenordnung Entscheidungspflicht bestehe.

Gegen diesen Abweisungsbescheid hat der Bw mit Schriftsatz vom 26.November 2003 Berufung erhoben und diese wie folgt begründet:

"Der Berufungswerber bzw. sein Dienstgeber zahlen gem. § 41 FLAG von der sog. Beitragsgrundlage, die sich auch aus dem Arbeitslohn des Bw zusammensetzt, in gleicher Weise

4,5 vH in den Familienlastenausgleichsfonds ein, wie bei einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten. Der Berufungswerber unterliegt mit seinen nichtselbständigen Einkünften in Österreich auch der gleichen Lohn- und Einkommensteuer wie ein Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten.

Während der Berufungswerber allein auf Grund der Tatsache, dass sich seine Kinder nicht im Inland, sondern im Ausland aufhalten, für diese Kinder aus dem

Familienlastenausgleichsfonds weder eine Familienbeihilfe, noch aus den Einnahmen aus der Lohn- bzw. Einkommensteuer einen Kinderabsetzbetrag (gemäß § 33 Abs.4 Z 3a EStG 1988), sohin keinerlei Familienleistung erhält, erhält ein vergleichbarer Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten, sowohl die Familienbeihilfe, als auch den Kinderabsetzbetrag.

Ob diese unterschiedliche Behandlung von dem Einkommensteuergesetz 1998 einerseits und dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 andererseits unterliegenden Dienstnehmern, je nachdem, ob sich deren Kinder im Inland oder im Ausland aufhalten, verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt ist, sei beabsichtigt in einem Parallelfall im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof klären zu lassen.

Da der Berufungswerber nach wie vor die Rechtsansicht vertrete, dass der im österr. EStG 1988 und FLAG 1967 normierte Ausschluss vom Anspruch auf Familienbeihilfe und auf den Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, EMRK-widrig ist, wird beantragt, wobei es aus Zeit- und Kostengründen sinnvoll erscheint, die diesbezügliche Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte abzuwarten, der vorliegenden Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Abweisungsbescheid aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass dem Bw die beantragte Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für seine Kinder im Ausland gewährt wird."

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere in den folgenden Bestimmungen des FLAG genannte Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 idF BGBl 1996/201 für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Die genannte Bestimmung des § 5 Abs. 4 leg. cit. in der Fassung des Bundesgesetzes

BGBI.Nr. 201/1996 tritt gemäß § 50 g Abs.2 FLAG 1967 an dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft. Soweit bestehende Staatsverträge die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsehen, die sich ständig in einem anderen Staat aufhalten, ist § 5 Abs. 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist.

Seit der durch das BGBl I Nr. 142/2000 geänderten Fassung des Familienlastenausgleichsgesetzes hat § 5 Abs. 4 mit Wirkung ab 1.1.2001 – bei gleich bleibendem Inhalt – die Bezeichnung § 5 Abs. 3 erhalten.

Wie den zitierten gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen ist, besteht nach geltender Rechtslage Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, nur insoweit, als dies bestehende Staatsverträge vorsehen.

Im Jahr 1996 wurden einige Abkommen im Bereich der Sozialen Sicherheit, welche die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder, die ihren ständigen Aufenthalt im Ausland haben, vorsahen, von der Republik Österreich gekündigt. Diese am 30.September 1996 erfolgte Kündigung des Abkommens über soziale Sicherheit betraf die Staaten des ehemaligen Jugoslawien, darunter auch die Republik Bosnien. Es besteht daher seit Oktober 1996 kein Abkommen mehr, welches vorsehen würde, dass eine in Österreich lebende anspruchsberechtigte Person einen Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, wenn sich die Kinder, für welche Familienbeihilfe begehrt wird, in der Republik Bosnien aufhalten.

Der Bw selbst hat in seinem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe bzw. in der Berufung angegeben, dass sich die beiden Kinder, für die ab März 1998 Kinderbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag beantragt wurde, ständig im Ausland aufhalten. Das Finanzamt ging in der Bescheidbegründung davon aus, dass sich die Kinder ständig in Bosnien aufhalten; der Bw ist dieser Feststellung in der Berufung nicht entgegen getreten. Es kann somit als unstrittig angenommen werden, dass sich die Kinder Almir und Alen O. im maßgeblichen Zeitraum ständig im Ausland (Bosnien) aufgehalten haben.

Im Hinblick auf die Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG (bzw. ab 1.1.2001 § 5 Abs. 3 FLAG 1967), in Verbindung mit der Tatsache, dass ab Oktober 1996 kein Abkommen (mehr) in Kraft ist, das die Gewährung der Familienbeihilfe für die im Ausland lebenden Kinder vorsieht, besteht im vorliegenden Berufungsfall kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Eine Prüfung der Frage, ob die weiteren gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen, wie das Vorliegen eines Dienstverhältnisses, die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten für die Kinder, gegeben sind, erübrigt sich damit.

Zur eingewendeten Verfassungswidrigkeit ist auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 4.12.2001, B 2366/00, zu verweisen, in dem sich der

Gerichtshof mit den vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 5 Abs.4 (bzw. 3) FLAG auseinander gesetzt hat und zum Ergebnis gelangt ist, dass ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen ist. In diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, welche den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binde und hiebei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke.

Für den Standpunkt des Bw wird auch durch den in der Berufung geltend gemachten Umstand nichts gewonnen, dass die Finanzierung der beantragten Leistungen zu einem erheblichen Teil durch zweckgebundene, von der Lohnsumme bemessene Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer erfolgt, weil sich daraus keinesfalls ableiten lässt, dass es sich bei der Familienbeihilfe um eine Art Versicherungsleistung handelt, auf deren Gewährung durch Beitragsleitung Anspruch erhoben würde.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass (auch) österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 4 (bzw. Abs.3) FLAG 1967 erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufhalten. Solcherart liegt somit auch eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht vor (vgl. VwGH vom 19.9.2003, ZI.2000/15/0204).

Da zwischenzeitlich auch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in einem nach Angaben des Berufungswerbers gleichgelagerten Fall ergangen ist und über die Beschwerde abweisend entschieden wurde (Zurückweisung der Beschwerde als unzulässig), konnte von einem weiteren Eingehen auf die diesbezüglichen Berufungsausführungen abgesehen werden.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang noch, dass der unabhängige Finanzsenat ausschließlich auf Basis der geltenden Gesetzeslage zu entscheiden hat. Er ist hingegen nicht berufen, über allfällige Verfassungswidrigkeiten von Gesetzesbestimmungen zu befinden.

Da aufgrund der Bestimmungen des § 5 Abs. 4 (bzw. Abs. 3) FLAG 1967 für den streitgegenständlichen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe für die beiden Kinder des Berufungswerbers besteht, war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Lediglich zur Klarstellung darf angemerkt werden, dass der Umstand, dass das Finanzamt dem Berufungswerber mit Erledigung vom 9.Jänner 2004 Kinderbeihilfe für sein Kind Alen O. gewährt hat, keinen Einfluss auf das Berufungsverfahren haben konnte. Die Gewährung der Familienbeihilfe erfolgte rückwirkend ab dem Zeitraum Juni 2003, weil sich das Kind nachweislich seit diesem Zeitpunkt in Österreich aufgehalten hat und auch die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen gegeben waren.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, 27.April 2005
Der Referent:
Dr. Schrattenecker