

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch RA, vom 22. Juli 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 9. Juli 2003 betreffend Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag 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

Am 17.3. 2003 langte beim Finanzamt Innsbruck eine mit 6.3.2003 datierte Eingabe des Vertreters ein, die mit "fristwahrender Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag" überschrieben war. Darin wird ausgeführt:

*"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 5-jährigen Antragsfrist des § 10 Abs. 3 des FLAG 1967 die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag zu Gunsten des oben genannten Antragstellers für seine minderjähriges Kinder und zwar*

Name	FB und KAB ab
Mi	03/98
Ma	03/98
Ti	07/99

*fristwahrend beantragt.*

*Der gegenständliche fristwahrende Antrag möge bis zu einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte 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 5-jährige Antrags- bzw. Verjährungsfrist des § 10 Abs. 3 FLAG 1967 fristwährend bereits jetzt, d.h. zu einem Zeitpunkt, wo die Entscheidung noch offen ist und man sohin noch nicht weiß, ob auch für sich ständig im Ausland aufhaltende minderjährige Kinder eine Familienbeihilfe und ein Kinderabsetzbetrag zu gewähren sein wird, gestellt wird".*

Das Finanzamt erließ am 9.7.2003 einen Abweisungsbescheid, in welchem es aussprach, dass der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages für die angeführten Kinder abgewiesen werde. Als Begründung wurde angeführt, dass nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 keine Familienbeihilfe zu gewähren sei, da sich die Kinder ständig im Ausland aufhielten.

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte könne im Hinblick auf die im § 311 BAO normierte Entscheidungspflicht der Abgabenbehörde nicht abgewartet werden.

In weiterer Folge brachte der rechtliche Vertreter des Bw. form- und fristgerecht Berufung gegen den Abweisungsbescheid ein, in der er begründend ausführte:

*Der Bw. bzw. sein Dienstgeber würden gem. § 41 FLAG von der sog. Beitragsgrundlage, die sich auch aus dem Arbeitslohn des Bw. zusammensetze, in gleicher Weise 4,5 vH. in den Familienlastenausgleichsfonds einzahlen, wie bei einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhielten. Der Bw. unterliege mit seinen Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit in Österreich auch der gleichen Lohn- bzw. Einkommensteuer, wie ein Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhielten.*

*Während der Bw. allein auf Grund der Tatsache, dass sich seine Kinder nicht im Inland, sondern im Ausland aufhielten, für diese Kinder aus dem Familienlastenausgleichsfonds weder eine Familienbeihilfe, noch aus den Einnahmen aus der Lohn- bzw. Einkommensteuer*

einen Kinderabsetzbetrag (gem. § 33 Abs. 4 Z 3a EStG 1988), sohin keinerlei Familienleistung erhalte, würde ein vergleichbarer Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhielten, sowohl die Familienbeihilfe, als auch den Kinderabsetzbetrag erhalten.

Die Frage, ob diese unterschiedliche Behandlung von dem Einkommensteuergesetz 1988 einerseits und dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 andererseits unterliegenden Dienstnehmern, je nachdem, ob sich deren Kinder im Inland oder im Ausland aufhielten, verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt sei, bilde den Gegenstand in einem Parallelfall im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH.

Da der Bw. nach wie vor die Rechtsansicht vertrete, dass der im Österreichischen Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und im Einkommensteuergesetz 1988 normierte Ausschluss vom Anspruch auf Familienbeihilfe und auf Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten, EMRK-widrig sei, werde beantragt - wobei es aus Zeit- und Kostengründen sinnvoll erscheine, eine diesbezügliche Entscheidung des EUGH für Menschenrechte abzuwarten -, der vorliegenden Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass dem Bw. die beantragte Familienbeihilfe sowie der Kinderabsetzbetrag für seine Kind im Ausland gewährt werde.

Das Finanzamt legte die Berufung (ohne Erlassung einer Berufungsvereinscheidung) der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Am 22.7.2004 gab der Vertreter des Bw. gegenüber dem gefertigten Referenten fm. ergänzend an, dass sich die antragsgegenständlichen Kinder des Bw. in Serbien aufhalten.

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

#### **1) Antrag auf Zuwartern bis zur Entscheidung des EGMR:**

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist am 12. September 2003 getroffen worden. Dem steuerlichen Vertreter des Bw. wurde dabei mitgeteilt, dass die Beschwerde als unzulässig erklärt worden sei, dass aber, soweit die Beschwerdepunkte in seine Zuständigkeit fallen würden, der Gerichtshof aufgrund aller zur Verfügung stehenden Unterlagen zu der Auffassung gelangt sei, dass die Beschwerde keinen Anschein einer Verletzung der in der Konvention oder ihren Zusatzprotokollen garantierten Rechte und Freiheiten erkennen lasse.

Da dieses Verfahren beim EGMR inzwischen somit abgeschlossen ist und über die - nach Angaben in der Berufung in einem sachverhaltsmäßig gleichgelagerten Fall - Beschwerde abschlägig entschieden wurde (Unzulässigkeit der Beschwerde), ist ein näheres Eingehen auf die diesbezüglichen Berufungsausführungen entbehrlich.

#### **2) Antrag auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder:**

§ 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (in der für den streitgegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung) besagt, dass Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder haben.

§ 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 legt fest, dass die Person Anspruch auf

Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Aus § 2 Abs. 8 Familienlastenausgleichsgesetz geht hervor, dass Personen, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz haben, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe haben, wenn sie den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet haben und sich die Kinder ständig im Bundesgebiet aufhalten. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 5 Abs. 4 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 bestimmt, dass für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

§ 50g Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 lautet:

§ 5 Abs. 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 201/1996 tritt an dem der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 201/1996 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 1967 hat § 5 Abs. 4 - 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 von Familienbeihilfe für Kinder, die ihren ständigen Aufenthalt im Ausland haben, vorsahen, von der Republik Österreich gekündigt. Von dieser Kündigung betroffen waren auch die Abkommen über Soziale Sicherheit mit den Staaten des ehemaligen Jugoslawien (u.a. Serbien, Kündigung des Abkommens mit Ablauf des 30.9.1996, BGBl. 345/1996). Seit 1.10.1996 besteht daher kein Abkommen mehr, welches vorsieht, dass eine in Österreich lebende, anspruchsberechtigte Person, einen Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, wenn das Kind (die Kinder), für das (die) Familienbeihilfe begehrte wird, sich ständig in Serbien aufhält (aufhalten).

Unbestritten steht fest, dass die oben angeführten Kinder des Bw., für welche die Gewährung von Familienbeihilfe (bzw. Kinderabsetzbetrag) beantragt wurde, sich im maßgeblichen Zeitraum ständig im Ausland (Serbien) aufhielten. Im Hinblick auf die Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (bzw. ab 1.1.2001 § 5 Abs. 3 FLAG 1967), in Verbindung mit der Tatsache, dass für den streitgegenständlichen Zeitraum kein Abkommen, das die Gewährung der

Familienbeihilfe für die im Ausland lebenden Kindern vorsieht, in Kraft ist, besteht im gegenständlichen Berufungsfall kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Eine Prüfung im Hinblick auf das Vorliegen weiterer Anspruchsvoraussetzungen, wie das Vorliegen eines Dienstverhältnisses, die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten für das Kind usw., erübrigत sich somit.

Zur Berufungsbegründung des steuerlichen Vertreters des Bw., in der nicht vorgebracht wird, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe im gegenständlichen Berufungsfall aufgrund der derzeitigen Gesetzeslage bestehe, sondern lediglich, dass die derzeit bestehende gesetzliche Lage nicht verhältnismäßig und sachlich nicht gerechtfertigt, und deshalb europarechtswidrig sei, und in der er seine Absicht geäußert hat, Beschwerde an den Verfassungs- bzw.

Verwaltungsgerichtshof zu erheben mit der Anregung, dass es aus Zeit- und Kostengründen sinnvoll erscheine, eine diesbezügliche (Vorab)Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes abzuwarten, wird abschließend noch Folgendes festgestellt:

Im Erkenntnis VfGH 4.12.2001, B 2366/00 , hat sich der Verfassungsgerichtshof bereits einmal mit (den im dortigen Verfahren vorgebrachten) verfassungsrechtlichen Bedenken (u.a.) gegen die gesetzliche Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 auseinander gesetzt.

Der Leitsatz dieses Erkenntnisses lautet:

*Keine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch Versagung der Familienbeihilfe für ein in der Türkei lebendes Kind; keine Bedenken gegen die eine Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder ausschließende Regelung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 angesichts der Möglichkeit einer steuerlichen Berücksichtigung der nicht volljährigen Kindern gegenüber bestehenden Unterhaltsverpflichtung im Einkommensteuerrecht.*

*Der Verfassungsgerichtshof hat u.a. auch folgende Rechtssätze ausgesprochen:  
Eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hiebei auf dessen Aufenthalt abstellt, erweckt als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken.*

*Kein Anspruch auf Familienbeihilfe durch Beitragsleistung (kein Versicherungsprinzip trotz Finanzierung zu einem erheblichen Teil durch zweckgebundene Arbeitgeberbeiträge).*

Der Verwaltungsgerichtshof hat überdies in seinem Erkenntnis VwGH 18.9.2003,

2000/15/0204, ausgesprochen:

*Im Beschwerdefall ist nun entscheidend, dass (auch) österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebiets, beispielsweise in der Türkei, aufhalten. Solcherart liegt eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht vor.*

Bemerkt wird, dass der Unabhängige Finanzsenat an das im Artikel 18 Abs. 1 B-VG verankerte Legalitätsprinzip gebunden ist, wonach die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf. Er ist daher nicht berufen über eine allfällige Verfassungswidrigkeit von Gesetzesbestimmungen zu befinden.

### **3.) Kinderabsetzbeträge**

Auch das Begehr des Bw. auf die Kinderabsetzbeträge ist unbegründet, da gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 die Kinderabsetzbeträge an den rechtmäßigen Bezug der Familienbeihilfe anknüpfen. Besteht daher – wie im gegenständlichen Fall – kein Anspruch auf Familienbeihilfe, gebühren auch keine Kinderabsetzbeträge.

Der Berufung mußte daher sowohl hinsichtlich der Familienbeihilfe als auch hinsichtlich der Kinderabsetzbeträge ein Erfolg versagt bleiben.

Innsbruck, am 26. Juli 2004