



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des N.N., vertreten durch M.Z., gegen den Bescheid des FS., vertreten durch T.S., betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab März 1998 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der steuerliche Vertreter des Bw. stellte mit Schreiben vom 26. März 2003 einen Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag für seine im Ausland lebenden minderjährigen Kinder und zwar

N.J., geb. am 1987, ab März 1998

N.T., geb am 1991, ab März 1998

mit folgendem Inhalt:

*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 FLAG 1967 die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag fristwährend 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 liegengelassen und nicht weiterbearbeitet 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.

Dieser Antrag wurde vom zuständigen Finanzamt mit Bescheid vom 12. November 2003 abgewiesen und wie folgt begründet:

Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967, i.d.F. BGBl. Nr. 201/1996 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern es nicht entsprechende zwischenstaatliche Regelungen gibt.

Das Abkommen über Soziale Sicherheit mit der Bundesrepublik Jugoslawien, das diesbezügliche Regelungen beinhaltet hat, wurde mit 30. September 1996 gekündigt (BGBl. Nr. 345/96). Hiedurch ist die Rechtsgrundlage für die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in Jugoslawien aufhalten, ab 1. Oktober 1996 weggefallen.

Das Anbringen, den Antrag einstweilen fristwährend liegen zu lassen, ist als bloße Anregung zu werten, da für die Behörden gemäß § 311 BAO Entscheidungspflicht besteht.

Dagegen wurde fristgerecht Berufung erhoben, mit folgender Begründung:

Der Berufungswerber bzw. sein Dienstgeber zahlen gemäß § 41 FLAG von der sogenannten Beitragsgrundlage, die sich auch aus dem Arbeitslohn des Berufungswerbers zusammensetzt, in gleicher Weise 4,5 vH in den Familienlastenausgleichsfonds ein, wie bei einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten. Der Berufungswerber unterliege mit seinen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit in Österreich auch der gleichen Lohn- bzw. 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, erhalte, erhalte ein vergleichbarer Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten, sowohl die Familienbeihilfe, als auch den Kinderabsetzbetrag.

Ob diese unterschiedliche Behandlung von dem EStG 1988 einerseits und dem FLAG 1967 andererseits unterliegenden Dienstnehmern, je nachdem, ob sich deren Kinder im Inland oder im Ausland aufhalten, verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt sei, 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 österreichischen Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und im Einkommensteuergesetz 1988 normierte Ausschluss vom Anspruch auf Familienbeihilfe und auf den Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, europarechtswidrig sei, werde beantragt – wobei es aus Zeit- und Kostengründen sinnvoll erscheine, eine diesbezügliche (Vorab)Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes abzuwarten -, der vorliegenden Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass dem Berufungswerber die beantragte Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für seine Kinder im Ausland gewährt werde.*

*Mit Rücksicht auf die zahlreichen rechtlich gleichgelagerten Parallelfälle werde zwecks Vermeidung von Kosten und Zeitaufwand für unzählige inhaltlich gleiche Beschwerden an den Verfassungs- bzw. den Verwaltungsgerichtshof angeregt, in einem dieser Fälle, in denen es jeweils um den Anspruch auf Familienbeihilfe für im Ausland lebende Kinder gehe, eine abweisende Berufungsentscheidung unter Hinweis auf die derzeitige Gesetzeslage zu fällen und die anderen Berufungsverfahren auszusetzen.*

Die Berufung wurde ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem Unabhängigen Finanzsenat vorgelegt.

Mit Schriftsatz vom 29. 9. 2003 des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte wurde dem steuerlichen Vertreter des Berufungswerbers mitgeteilt, dass der Gerichtshof am 12. 9. 2003 nach Beratung beschlossen habe, die Beschwerde gemäß Artikel 28 der Europäischen Menschenrechtskonvention für unzulässig zu erklären, weil die in Artikel 34 und 35 der Konvention niedergelegten Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Soweit die Beschwerdepunkte in seine Zuständigkeit fielen, sei der Gerichtshof auf Grund aller zur Verfügung stehenden Unterlagen zur Auffassung gelangt, dass die Beschwerde keinen Anschein einer Verletzung der in der Konvention oder ihren Zusatzprotokollen garantierten Rechten und Freiheiten erkennen lasse.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere in den folgenden Bestimmungen des FLAG genannten Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

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

§ 5 Abs. 4 idF des Bundesgesetzes BGBl. 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 idF 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 FLAG 1967 hat § 5 Abs. 4 – bei gleich bleibendem Inhalt – die Bezeichnung § 5 Abs. 3 erhalten.

Wie nun der geltenden Rechtslage zu entnehmen ist, besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, nur insoweit, als dies völkerrechtlich vorgesehen ist.

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 per 30. 9. 1996 betroffen war auch das Abkommen mit der Bundesrepublik Jugoslawien (Kündigungsbestimmung BGBl. Nr. 345/1996). 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 die Kinder, für welche Familienbeihilfe begehrt wird, sich in der Republik Jugoslawien aufhalten.

Der Bw. selbst hat in seinem Antrag auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bzw. in der Berufung angegeben, dass sich seine zwei Kinder, für welche ab März 1998 Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag beantragt wurden, ständig im Ausland aufhalten. Das Finanzamt ging in der Bescheidbegründung davon aus, dass sich die Kinder ständig in der Republik Jugoslawien aufhalten, und der Bw. ist dieser Feststellung in der Berufung nicht entgegengetreten. Es kann somit als unstrittig angenommen werden, dass sich die betreffenden Kinder des Bw. im maßgeblichen Zeitraum ständig in der Republik Jugoslawien aufgehalten haben.

Im gegenständlichen Berufungsfall besteht daher gemäß § 5 Abs. 4 FLAG (ab 1.1.2001 § 5 Abs. 3 FLAG 1967) und der Tatsache, dass ab Oktober 1996 kein Abkommen in Kraft ist, das die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder im Ausland vorsieht, kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Die Prüfung weiterer Anspruchsvoraussetzungen erübrigt sich.

Der Verfassungsgerichtshof hat sich in seinem Erkenntnis vom 4. 12. 2001, B 2366/00, mit den im dortigen Verfahren vorgebrachten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Bestimmung des § 5 Abs. 4 (neu: Abs. 3) auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, 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 erfolgt, weil sich daraus keinesfalls ableiten lässt, dass es sich bei der Familienbeihilfe um eine Art Versicherungsleistung handelt, auf deren Gewährung durch Beitragsleistung Anspruch erworben würde (siehe dazu das bereits zitierte Erkenntnis des VfGh).

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass auch österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 4 (neu: Abs. 3) FLAG 1967 erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufhaltende Kinder. Daher liegt auch keine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit vor (vgl. VwGH vom 18. 9. 2003, Zl. 2000/15/0204).

Da das vom Bw. angesprochene Verfahren beim EGMR inzwischen abgeschlossen ist und über die Beschwerde abschlägig entschieden wurde (Erklärung der Unzulässigkeit) und auch nach österreichischem Verfassungsrecht der Wortlaut des § 5 Abs. 4 (neu: Abs. 3) FLAG 1967 unbedenklich ist, war spruchgemäß zu entscheiden.

Nach derzeitigem Wissensstand ist weder beim Verwaltungs- noch beim Verfassungsgerichtshof oder einem sonstigen Gericht ein Verfahren anhängig, dessen Ausgang von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidung über die Berufung ist. Eine Aussetzung gemäß § 281 BAO kann daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht in Betracht kommen. Abgesehen davon liegt die Aussetzung – bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen – im Ermessen der Behörde (VwGH 20. 2. 1995, 93/15/0060), die Partei hat keinen Rechtsanspruch (VwGH 20. 2. 1995, 96/15/0169).

Abschließend wird noch festgestellt, dass in der Eingabe vom 26. März 2003 die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag nach § 33 Abs. 4 z 3 lit a EStG 1988 für die beiden Kinder des Bw. beantragt wurde. Im angefochtenen Abweisungsbescheid des Finanzamtes wurde lediglich über den Antrag auf Familienbeihilfe abgesprochen, sodass der Antrag auf Gewährung des Kinderabsetzbetrages noch unerledigt ist. Eine Auseinandersetzung mit dem diesbezüglichen Antrag in der gegenständlichen Berufungsentscheidung ist daher nicht möglich.

Hingewiesen wird allerdings darauf, dass nach § 33 Abs. 4 Z 3 lit a (für das Jahr 1999: § 33 Abs. 4 Z 3 lit c) EStG 1988 ein Anspruch auf den Kinderabsetzbetrag nur bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe gegeben wäre.

Salzburg, am 25. März 2005