



GZ. RV/013-K/04

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Peter Zivic, gegen den Bescheid vom 31. Juli 2003 des Finanzamtes Spittal/Drau betreffend Familienbeihilfe ab März 2000 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 Bescheid vom 31. Juli 2003 wies das Finanzamt den Antrag vom 26. Juni 2003 auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind R. A. für die Zeit ab März 2000 ab und führte hiezu aus, dass gemäß § 5 Abs. 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, i.d.F. BGBl. Nr. 201/1996, 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 Republik Kroatien, das diesbezügliche

Regelungen beinhaltet habe, sei mit 31. Dezember 1996 gekündigt worden (BGBl. Nr. 351/1996). Hierdurch sei die Rechtsgrundlage für die Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder, die sich ständig in der Republik Kroatien aufhalten, ab 1. Jänner 1997 weggefallen.

Mit Eingabe vom 29. August 2003 wurde gegen obgenannten Bescheid rechtzeitig Berufung erhoben und ausgeführt, dass der Bw. bzw. sein Dienstgeber gemäß § 41 FLAG 1967 von der so genannten Beitragsgrundlage, die sich auch aus dem Arbeitslohn des Bw.

zusammensetze, in gleicher Weise 4,5 vH in den Familienlastenausgleichsfonds einbezahle, wie bei einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten. 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 aufhalten.

Während der Bw. allein auf Grund der Tatsache, dass sich sein Kind nicht im Inland, sondern im Ausland aufhalte, für dieses Kind 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 Einkommensteuergesetz 1988 einerseits und dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 andererseits unterliegenden Dienstnehmern, je nachdem, ob sich deren Kinder im Inland oder im Ausland aufhalten, verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt sei, bilde derzeit den Gegenstand zumindest eines Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg (Beschwerde Nr. 37460/02, Cirkovic/Österreich).

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 den Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, EMRK-widrig sei, werde 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 Bescheid aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass dem Bw. die beantragte Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für das Kind im Ausland gewährt wird.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf

Familienbeihilfe, für minderjährige Kinder sowie für volljährige Kinder, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben und die für einen Beruf ausgebildet oder in einem erlernten Beruf in einer Fachschule fortgebildet werden, wenn ihnen durch den Schulbesuch die Ausübung ihres Berufes nicht möglich ist. Bei volljährigen Kindern, die eine in § 3 des Studienförderungsgesetzes 1992, BGBl. Nr. 305, genannte Einrichtung besuchen, ist eine Berufsausbildung nur dann anzunehmen, wenn sie die vorgesehene Studienzeit pro Studienabschnitt um nicht mehr als ein Semester oder die vorgesehene Ausbildungszeit um nicht mehr als ein Ausbildungsjahr überschreiten.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG 1967 hat die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört, Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind. 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.

Eine Person, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz hat, hat gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn diese Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat 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. 3 FLAG 1967 besagt, dass kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder besteht, die sich ständig im Ausland aufhalten.

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

Gemäß § 50 g Abs. 2 FLAG 1967 tritt § 5 Abs. 4 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 201/1996 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.

Durch BGBl. I 142/2000, Artikel 71, hat der Absatz 4 des § 5 FLAG 1967 mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 die Bezeichnung "Absatz 3" erhalten.

Zufolge der von österreichischer Seite mit 31. Dezember 1996 vorgenommenen Kündigung des Abkommens über soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und den Staaten des ehemaligen Jugoslawien, BGBl. 289/1966 idF BGBl. 81/1980 und BGBl. 269/1989, besteht

für Kinder, die sich ständig in den entsprechenden Staaten aufhielten, ab 1. Jänner 1997 kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Zur Abgeltung gesetzlicher Unterhaltsverpflichtungen steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, gemäß § 33 Abs.4 Z. 3 lit. a EStG 1988 (in der im strittigen Zeitraum jeweils geltenden Fassung) für jedes Kind ein Kinderabsetzbetrag zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu.

Somit besteht im vorliegenden Berufungsfall Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten nur insoweit, als dies bestehende Staatsverträge vorsehen. Zur notwendigen Konsolidierung des Bundeshaushaltes im Jahr 1996 waren auch Maßnahmen auf dem Gebiete des Sozialrechtes erforderlich. In diesem Zusammenhang wurden einige Abkommen im Bereich der Sozialen Sicherheit von der Republik Österreich gekündigt, die die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsah, die ihren ständigen Aufenthalt im Ausland haben. Von dieser Kündigung betroffen waren ua. die gekündigten Abkommen über Soziale Sicherheit mit den Staaten des ehemaligen Jugoslawien (darunter die Republik Kroatien). Es besteht daher seit Jänner 1997 kein Abkommen mehr, welches vorsehen könnte, dass die in Österreich lebende anspruchsberechtigte Person, wie z. B. der Bw., einen Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, wenn die Kinder, für welche Familienbeihilfe begehrt wird, sich ständig im Ausland aufhalten.

Dem Einwand, dass der Bw. auf Grund der Tatsache, dass sich sein Kind nicht im Inland, sondern im Ausland aufhält, für dieses Kind aus dem Familienlastenausgleichsfonds weder Familienbeihilfe, noch aus den Einnahmen aus der Lohn- bzw. Einkommensteuer einen Kinderabsetzbetrag, sohin keinerlei Familienleistung erhalte, im Gegenzug ein vergleichbarer Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten, sowohl Familienbeihilfe als auch den Kinderabsetzbetrag erhalten, ist entgegenzuhalten, dass hier unterschiedliche Sachverhalte vom Gesetzgeber auch unterschiedlich behandelt werden. Zusätzlich wird noch angemerkt, dass (auch) österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebietes, beispielsweise in Kroatien, aufhalten.

Darüber hinaus sei noch angeführt:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes mindern Unterhaltslasten gegenüber Kindern die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen und sind daher bei dessen Einkommensbesteuerung zu berücksichtigen (u.a. VwGH Erkenntnis vom

18. September 2003, ZI.2000/15/0204). Die Berücksichtigung der zwangsläufiger Belastungen kann auch im Wege der Transferzahlungen, insbesondere im Wege der Familienbeihilfe erfolgen (vgl etwa das Erkenntnis des VfGH vom 30. November 2000, B 1340/00). Die Vorschrift des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 (bzw. § 5 Abs. 4 FLAG 1967 idF BGBl. 201/1996) bewirkt, dass Personen, die im Ausland lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, die steuerliche Berücksichtigung der eingeschränkten Leistungsfähigkeit nicht im Wege von Transferleistungen erhalten. Laut Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes erweckt 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, als solche keine verfassungsrechtliche Bedenken. Solches zu normieren, steht dem Gesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu. (VfGH 4. Dezember 2001, B 2366/00).

Nichts gewonnen wird durch den in der Berufung geltend gemachte Umstand, 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. Zudem gehören auch Arbeitslöhne von Dienstnehmern, die keine Kinder haben, zur Beitragsgrundlage. Weiters ist anzumerken, 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 aufhalten.

Die Prüfung, inwieweit die angewandte Gesetzesbestimmung als gleichheitswidrig zu beurteilen ist, ist nicht Aufgabe des Unabhängigen Finanzsenates bzw. ist diesbezüglich auf die Behandlung derartiger Rechtsfragen bzw. Angelegenheiten durch die entsprechenden Höchstgerichte zu verweisen. Nach dem Legalitätsprinzip des Art. 18 Abs.. 1 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf grund der Gesetze ausgeübt werden. Damit ist die gesamte Verwaltung aber auch an die gesetzlichen Bestimmungen gebunden. Im gegenständlichen Fall ist somit auf Grund der eindeutigen gesetzlichen Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 eine vom Finanzamt abweichende rechtliche Würdigung nicht zulässig.

Mit dieser Entscheidung über die Familienbeihilfe geht auch das Begehren des Bw., auf den Kinderabsetzbetrag ins Leere, da gemäß § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a ESTG 1988 diese an den rechtmäßigen Bezug der Familienbeihilfe anknüpfen, an diese gekoppelt sind und bei Abweisung des Familienbeihilfenantrages sohin auch der Kinderabsetzbetrag nicht zusteht.

Zur Anregung des Bw. anlässlich der Antragstellung, der Antrag möge bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) "einstweilen liegengelassen und nicht weiter bearbeitet werden" bzw. zu den Ausführungen des Bw. in der Berufungsschrift, das Abwarten einer Entscheidung des EGMR erscheine aus Zeit- und Kostengründen sinnvoll, ist Folgendes anzumerken:

Das nach dem Wohnsitz oder dem gewöhnlichen Aufenthalt der antragstellenden Person zuständige Finanzamt hat über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe gemäß § 13 FLAG 1967 zu entscheiden. Insoweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, ist ein Bescheid zu erlassen. Gemäß § 311 Abs.1 Bundesabgabenordnung (BAO) sind die Abgabenbehörden verpflichtet, über Anbringen der Parteien ohne unnötigen Aufschub zu entscheiden. Wohl kann die Behörde, wenn wegen einer gleichen oder ähnlichen Rechtsfrage eine Berufung anhängig ist oder sonst vor einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde ein Verfahren schwebt, dessen Ausgang von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidung über die Berufung ist, die Entscheidung über die Berufung gemäß § 281 BAO aussetzen.

Da auch der Bw. anerkennt, dass nach der derzeitigen Rechtslage für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, der Ausschlussgrund des § 5 Abs.4 FLAG 1967 vorliegt, ist somit beim gegebenen Sachverhalt keine Rechtsfrage zu klären, die durch Interpretation der entsprechenden Normen bzw. Rechtsprechung (in einem anderen Verfahren) den Anspruch auf Familienbeihilfe und damit auch auf den Kinderabsetzbetrag für den Bw. erkennen lassen bzw. bewirken könnte. Dem Begehren des Bw. zu entsprechen wäre nur durch eine Änderung der derzeit geltenden Gesetzeslage möglich. Es ist in der österreichischen Rechtsordnung nicht vorgesehen, einen Antrag auf Gewährung einer Leistung, deren Gewährung nach der geltenden Gesetzeslage nicht möglich ist, unbearbeitet zu lassen, bis sich eventuell die Gesetzeslage ändert bzw. ist auch § 281 BAO nicht für allfällige zukünftige Gesetzesänderungen anwendbar.

Das vom Bw. in der Berufungsschrift angeführte Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in einem ähnlich gelagerten Fall ist, unabhängig von dessen Ausgang, nicht geeignet, im Fall des Bw. den rückwirkenden Anspruch auf Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag unmittelbar zu bewirken. Abgesehen davon, dass die Einbringung einer Beschwerde beim EGMR noch nicht bedeutet, dass sich der Gerichtshof auch mit der Beschwerde befassen wird, weil dies nur im Falle einer Verletzung eines oder mehrerer in der Europäischen Menschenrechtskonvention oder in einem der Zusatzprotokolle aufgeführten Rechte erfolgen kann, wäre auch bei einer entsprechenden Entscheidung des Gerichtshofes für den Bw. unmittelbar noch nichts gewonnen.

Da durch die Entscheidung über die Berufung der verfassungsrechtliche Anspruch des Bw. auf den Zugang zu einem Höchstgericht und auf Überprüfung der Rechtssache nicht abgeschnitten wird, ist auch dem Rechtsschutzbedürfnis des Bw. Rechnung getragen.

Für die sich ständig im Ausland aufhaltenden Kinder ist somit der Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen und angesichts dieses Umstandes ist für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch die Frage der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten des Bw. für seine Kinder bedeutungslos.

Auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts besteht im gegenständlichen Fall kein Beihilfenanspruch; dies stellt auch der Bw. außer Streit. Da sich seine Kinder ständig im Ausland aufhalten, schließt § 5 Abs.3 FLAG 1967 den Anspruch auf Familienbeihilfe aus.

Aus den angeführten Gründen war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Klagenfurt, 3. März 2004