

GZ. RV/0681-L/03

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Peter Zivic, gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder Mi., geb. 8.11.1993, N., geb. 12.3.1995, Mj., geb. 6.9.1997, und Mi., geb. 6.9.1997, für die Zeit ab 1.5.1998 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### 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

Das Finanzamt Linz hat mit Bescheid vom 7.7.2003 den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder Mi., geb. 8.11.1993, N., geb. 12.3.1995, Mj., geb. 6.9.1997 und

MI., geb. 6.9.1997, die sich ständig in Bosnien aufhalten, für die Zeit ab 1.5.1998 abgewiesen. Gem. § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBI.Nr. 201/1996, bestehe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, grundsätzlich kein Anspruch auf die Familienbeihilfe, sofern es nicht entsprechende zwischenstaatliche Regelungen gebe. Das Abkommen über soziale Sicherheit mit der Republik Bosnien-Herzegowina, das diesbezüglich Regelungen beinhaltet habe, sei mit 30.9.1996 gekündigt worden (BGBI.Nr. 347/1996). Hierdurch sei die Rechtsgrundlage für die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in Bosnien aufhalten, ab 1.10.1996 weggefallen.

Dagegen wurde eine Berufung eingebracht. Der Bw. führt an, dass er bzw. sein Dienstgeber gemäß § 41 FLAG 1967 von der sogenannten Beitragsgrundlage, die sich auch aus seinem Arbeitslohn zusammensetze, in gleicher Weise 4,5 vH in den Familienlastenausgleichsfonds einzahlen würden, wie bei einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten würden. 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 würden. Während der Bw. 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 würden, 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, Circovic./. Österreich).

Das Finanzamt legte die Berufung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

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

Zu der in der Berufung angeführten Beschwerde Nr. 37460/02, Circovic./. Österreich wird auf den Beschluss des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 12.9.2003 verwiesen, worin diese gemäß Artikel 28 der Konvention für unzulässig erklärt wurde, weil die in Artikel 34 und 35 der Konvention niedergelegten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Soweit die Beschwerdepunkte in seine Zuständigkeit fallen, ist 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 Rechte und Freiheiten erkennen lässt. Die Entscheidung ist endgültig und unterliegt keiner Berufung an den Gerichtshof oder eine andere Stelle.

Gemäß § 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder (lit. a).

§ 5 Abs. 4 FLAG 1967, BGBl. 201/1996, (Abs. 3 ab 1.1.2001, BGBl. I 2000/142) lautet:

"Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten."

§ 50g Abs. 2 FLAG 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 (Anmerkung: ab 1.5.1996). 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."

Das Abkommen zwischen der Republik Österreich und der Republik Bosnien-Herzegowina wurde zum 30. September 1996 gekündigt (BGBl. Nr. 347/1996). Ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in der Republik Bosnien-Herzegowina aufhalten, kann somit ab Oktober 1996 nicht mehr auf dieses Abkommen gestützt werden.

Die Kinder Mi., geb. 8.11.1993, N., geb. 12.3.1995, Mj., geb. 6.9.1997, und MI., geb. 6.9.1997, hielten sich im maßgeblichen Zeitraum unbestritten ständig in der Republik Bosnien-Herzegowina auf.

Auf Grundlage des innerstaatlichen Rechts besteht jedoch im gegenständlichen Fall ebenso kein Anspruch auf Familienbeihilfe, was auch vom Bw. nicht bestritten wird. Da sich die Kinder

ständig im Ausland aufhielten, schließt nämlich § 5 Abs. 4 bzw. 3 FLAG 1967 den Anspruch auf Familienbeihilfe aus. Ob weitere Anspruchsvoraussetzungen wie z.B. das Vorliegen eines Dienstverhältnisses, die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten für das Kind, etc. erfüllt sind, ist daher ohne Bedeutung.

Wie der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, feststellt, erweckt eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hierbei auf dessen Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

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 (vgl. das zitierte Erkenntnis des VfGH vom 4.12.2001).

Zu bemerken ist noch, dass (auch) österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 4 bzw. Abs. 3 erfasst sind. Auch ihnen erwächst kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland außerhalb des Gemeinschaftsgebiets, beispielsweise in der Republik Bosnien-Herzegowina, aufhalten. Solcherart liegt somit ebenso keine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit vor (vgl. VwGH-Erkenntnis vom 18.9.2003, Zl. 2000/15/0204).

In der Eingabe vom 20.5.2003 beantragte der Bw. weiters die Gewährung der Kinderabsetzbeträge gem. § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a (1999: § 33 Abs. 4 Z 3 lit. c) Einkommensteuergesetz 1988. Über diesen Antrag wurde jedoch vom Finanzamt im angefochtenen Bescheid nicht abgesprochen, sodass dieser auch nicht Gegenstand der Berufungsentscheidung sein kann. Bemerkt wird aber, dass ein Anspruch auf den Kinderabsetzbetrag nur bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe gegeben wäre.

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

Linz, 16. Februar 2004