



GZ. RV/154-S/04

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Peter Zivic, gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt betreffend Gewährung der Familienbeihilfe ab April 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 8.4.2003 hat der Bw mit Rücksicht auf die beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anhängigen und noch nicht entschiedenen Verfahren betreffend die Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag auch für mj Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, zwecks Wahrung der fünfjährigen Antragsfrist des § 10 Abs. 3 FLAG

1967 die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag für sein mj Kind JV, geb. am 28.6.1980, ab April 1998 beantragt.

Mit Bescheid vom 28.10.2003 wurde dieser Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind JV mit nachstehender Begründung abgewiesen:

Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 idF BGBl Nr 201/1996 bestehe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten würden, grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern es nicht entsprechende zwischenstaatliche Regelungen gebe. Das Abkommen über Soziale Sicherheit mit der Bundesrepublik Jugoslawien, das diesbezügliche Regelungen beinhaltet habe, sei mit 30.6.1996 gekündigt worden (BGBl Nr 345/1996). Hiedurch sei die Rechtsgrundlage für die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in Jugoslawien aufhielten, ab 1.10.1996 weggefallen.

Gegen diesen Abweisungsbescheid hat der Bw Berufung eingebracht und diese wie folgt begründet:

Der Bw bzw. sein Dienstgeber zahle gemäß § 41 FLAG von der sog. Beitragsgrundlage, die sich auch aus dem Arbeitslohn des Bw zusammensetze, in gleicher Weise 4,5 vH in den Familienlastenausgleichsfonds ein, wie bei einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhielten. Der Bw unterliege mit seinen Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit in Österreich auch der gleichen Lohn – bzw. Einkommensteuer wie ein Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhielten. Während der Bw allein aufgrund der Tatsache, dass sich sein Kind nicht im Inland, sondern im Ausland aufhalte, für dieses aus dem Familienlastenausgleichsfonds weder eine Familienbeihilfe noch aus den Einnahme aus der Lohn- bzw. Einkommensteuer einen Kinderabsetzbetrag erhalte, erhalte ein vergleichbarer Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhielten, sowohl Familienbeihilfe als auch den Kinderabsetzbetrag. Die Frage, ob diese unterschiedliche Behandlung vom EStG 1988 einerseits und FLAG 1967 andererseits unterliegenden Dienstnehmern, je nachdem, ob sich deren Kinder im In- oder Ausland aufhielten, verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt sei, sei beabsichtigt in einem Parallellfall im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof klären zu lassen. Da der Bw nach wie vor die Rechtsansicht vertrete, dass der im FLAG 1967 und im EStG 1988 normierte Ausschluss vom Anspruch auf Familienbeihilfe und auf den Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten, 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. Mit Rücksicht auf die zahlreichen rechtlich gleichgelagerten Parallellfälle 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.

Das Finanzamt legte diese Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Mit Schriftsatz vom 29.9.2003 des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte wurde dem steuerlichen Vertreter des Bw mitgeteilt, dass der Gerichtshof am 12.9.2003 nach Beratung beschlossen habe, die Beschwerde gemäß Art. 28 der Europäischen Menschenrechtskonvention für unzulässig zu erklären, weil die in Art. 34 und 35 der Konvention niedergelegten Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Soweit die Beschwerdepunkte in seine Zuständigkeit fielen, sei der Gerichtshof aufgrund 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.

#### **Hiezu wurde erwogen:**

Nach § 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 in der Fassung 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 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 (und zwar mit 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 das Kind LV, für welches ab April 1998 Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag beantragt wurden, ständig im Ausland aufhält. Das Finanzamt ging in der Bescheidbegründung davon aus, dass sich das Kind ständig in der Republik Jugoslawien aufhält, und der Bw ist dieser Feststellung in der Berufung nicht entgegen getreten. Es kann somit als unstrittig angenommen werden, dass sich das betreffende Kind des Bw im maßgeblichen Zeitraum ständig in der Republik Jugoslawien aufgehalten hat.

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, 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., erübrigen sich somit.

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 (bzw. 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 das bereits zitierte Erkenntnis des VfGH).

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 18.9.2003, Zl. 2000/15/0204).

Da das vom Bw angesprochene Verfahren beim EGMR inzwischen abgeschlossen ist und über die – nach Angaben in der Berufung in einem sachverhaltsmäßig gleichgelagerten Fall – Beschwerde abschlägig entschieden wurde (Unzulässigkeit der Beschwerde) und auch im Lichte des österreichischen Verfassungsrechtes der Wortlaut des § 5 Abs. 4 (bzw. Abs. 3) FLAG 1967 unbedenklich ist, war der gegenständliche Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind JV bzw. die Berufung gegen den diesbezüglichen Bescheid abzuweisen.

Am Rande bemerkt wird, dass derzeit nach dem Wissensstand der Abgabenbehörde zweiter Instanz weder beim Verwaltungs- noch beim Verfassungsgerichtshof oder einem sonstigen Gericht ein Verfahren anhängig ist, dessen Ausgang von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidung über die Berufung ist. Eine Aussetzung gemäß § 281 BAO kommt daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht in Betracht. Hingewiesen wird darauf, dass die Aussetzung – bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen – im Ermessen der Behörde liegt (VwGH vom 20.2.1995, 93/15/0060), die Partei somit keinen Rechtsanspruch auf Aussetzung hat (VwGH vom 20.2.1998, Zl. 96/15/0169).

Abschließend wird noch festgestellt, dass in der Eingabe vom 8.4.2003 die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag nach § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 für das Kind JV 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, weil darüber im angefochtenen Bescheid gar nicht abgesprochen wurde. Hingewiesen wird allerdings

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

Salzburg, 27. 5.2004