



GZ. RV/162-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 Familienbeihilfe ab Juli 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**

Am 5. August 2003 langte beim Finanzamt eine mit 31. Juli 2003 datierte Eingabe des rechtlichen Vertreters ein die mit "fristwahrender Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag" überschrieben war. Darin wird Folgendes 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 sein minderjähriges Kind und zwar

M. B. geb. am 13.7.1984, ab Juli 1998,

fristwährend beantragt.

Der gegenständliche fristwährende 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 28. Oktober 2003 einen Abweisungsbescheid, in welchem es aussprach, dass der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für das Kind M. abgewiesen werde. Dies mit der Begründung, dass nach § 5 Abs. 4 FLAG 1967 grundsätzlich keine Familienbeihilfe zu gewähren sei, da sich das Kind ständig im Ausland (Bundesrepublik Kroatien) aufhielte. Da es auch keine zwischenstaatlichen Regelungen gäbe (Abkommen über die soziale Sicherheit mit der Bundesrepublik Kroatien sei mit 31. Dezember 1996 gekündigt worden (BGBl. 351/1996)), sei der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe abzuweisen. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte könne im Hinblick auf die im § 311 BAO normierte Entscheidungspflicht der Abgabenbehörde nicht abgewartet werden.

Über die beantragte Gewährung des Kinderabsetzbetrages hat das Finanzamt in diesem Bescheid nicht abgesprochen.

In weiterer Folge brachte der rechtliche Vertreter des Bw. Berufung gegen den Abweisungsbescheid vom 28. Oktober 2003 ein, in der er begründend wie folgt ausführte:

Der Bw. bzw. sein Dienstgeber würden gem. § 41 FLAG von der sog. Beitragsgrundlage, die sich auch aus dem Arbeitslohn des Bw. zusammensetzte, 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 sein Kind nicht im Inland, sondern im Ausland aufhielte, für dieses Kind 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.

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, sei beabsichtigt, in einem Parallelfall im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof klären zu lassen.

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, 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 Bw. die beantragte Familienbeihilfe sowie der Kinderabsetzbetrag für sein Kind im Ausland gewährt werde.

Mit Rücksicht auf die zahlreichen rechtlich gleich gelagerten Parallelfälle werde zwecks Vermeidung von Kosten und Zeitaufwand für unzählige gleiche (Parallel)-Beschwerden an den Verfassungs- bzw. den Verwaltungsgerichtshof angeregt, in einem dieser Fälle, in den 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 vorerst auszusetzen.

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

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.

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

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

Da dieses 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), ist ein näheres Eingehen auf die diesbezüglichen Berufungsausführungen entbehrlich.

#### **2) Antrag auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland (Bosnien-Herzegowina) 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 (mit 31. Dezember 1996) betroffen waren auch die Abkommen über Soziale Sicherheit mit den Staaten des ehemaligen Jugoslawien, darunter auch die Bundesrepublik Kroatien (Kündigungsbestimmung BGBl. Nr. 351/1996). Seit Jänner 1997 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 begehrt wird, sich ständig in der Bundesrepublik Kroatien aufhält (aufhalten).

Unbestritten steht fest, dass das Kind M. des Bw., für welches die Gewährung von Familienbeihilfe (bzw. Kinderabsetzbetrag) beantragt wurde, sich im maßgeblichen Zeitraum ständig im Ausland (und zwar in Kroatien) aufhielt. 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., erübrigt 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 (ua.) 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 ua. 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** , ua. 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 Gemeinschaftsgebietes, 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) Antrag auf Gewährung von Kinderabsetzbeträgen:

In der Eingabe vom 31. Juli 2003 beantragte der Bw. für das genannte Kind neben der Familienbeihilfe auch die Kinderabsetzbeträge gem. § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a Einkommensteuergesetz 1988. Im angefochtenen Abweisungsbescheid des Finanzamtes vom 28. Oktober 2003 wurde jedoch nur über den Antrag auf Familienbeihilfe abgesprochen, sodass der Antrag auf Gewährung der Kinderabsetzbeträge 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 gem. § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a (bzw. für das Jahr 1999 § 33 Abs. 4 Z 3 lit. c) EStG 1988 ein Anspruch auf Kinderabsetzbeträge nur bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe gegeben wäre.

Aus den genannten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, 01. Juni 2004