



GZ. RV/0347-S/03

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw. gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe von Dezember 1997 bis Juni 2003 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

Der Bw. lebt seit Jahren in Österreich. Die Berufung richtet sich gegen die Abweisung eines Antrages auf Gewährung von Familienbeihilfe für zwei minderjährige Kinder, die ständig in Bosnien-Herzegowina leben.

Der diesbezügliche Antrag wurde am 18. Dezember 2002 (einlangend) eingebracht und lautete:

*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 seine minderjährigen Kinder und zwar

1. A.V. ab Dezember 1997,

2. F.V. ab Dezember 1997

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.

Dieser Antrag wurde vom zuständigen Finanzamt abgewiesen und wie folgt begründet:

Der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe vom 18. Dezember 2002 für die o.a. Kinder, die sich ständig in Bosnien aufhalten, wird für die Zeit ab Dezember 1997 abgewiesen. Gem. § 5 Abs. 4 des FLAG 1967, idF. 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 Republik Bosnien-Herzegowina, das diesbezüglich Regelungen beinhaltet hat, wurde am 30. September 1996 gekündigt (BGBl. Nr. 347/1996). Hiedurch ist die Rechtsgrundlage für die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in Bosnien-Herzegowina aufhalten, ab 1.10.1996 weggefallen. Das Anbringen, den Antrag einstweilig fristwährend liegen zu lassen, ist als bloße Anregung zu werten, da für die Behörden gemäß § 311 der BAO Entscheidungspflicht besteht.

Dagegen wurde fristgerecht Berufung erhoben. Dieses Rechtsmittel wurde wie folgt begründet:

Der Bw. bzw. sein Dienstgeber zahlen gem. § 41 FLAG von der sog. Beitragsgrundlage, die sich auch aus dem Arbeitslohn des Bw. zusammen setzt, in gleicher Weise 4,5 vH. in den Familienlastenausgleichsfonds ein, wie bei einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten. Der Bw. unterliegt 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 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 (gem. § 33 Abs. 4 Z 3a EStG 1988), sohin keinerlei Familienleistung erhält, erhält 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 ist, bildet 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 vertritt, dass der im österreichischen FLAG 1967 und im EStG 1988 normierte Ausschluss vom Anspruch auf Familienbeihilfe und auf den Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, EMRK-widrig ist, wird 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 (Abweisungs)bescheid aufzuheben bzw. dahingehend abzuändern, dass dem Bw. die beantragte Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für seine Kinder im Ausland gewährt wird.*

Nachdem das Finanzamt über die Berufung mit einer abweisender Berufungsvorentscheidung entschieden hat, in der es seine Argumente wiederholte, beantragte der Bw. fristgerecht die Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz. Dabei wurde wieder auf ein offenes Verfahren beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) verwiesen und die Unterbrechung bzw. Aussetzung des gegenständlichen Verfahrens beantragt.

Aufgrund einer telefonischen Anfrage im Jänner 2004 gab der seinerzeitige Vertreter des Bw. bekannt, dass sein Vollmachtsverhältnis aufgelöst worden sei. Er übermittelte per Fax eine Kopie der Entscheidung der Ersten Kammer des EGMR vom 29.9.2003 zur Beschwerde Nr. 37460/02 Cirkovic ./ Österreich. Daraus ist ersichtlich, dass der Gerichtshof am 12. September 2003 beschlossen hat, die Beschwerde gemäß Artikel 28 der Konvention für unzulässig zu erklären, weil die in Artikel 34 und 35 der Konvention niedergelegten Voraussetzungen nicht erfüllt seien.

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

#### **1) Antrag auf Familienbeihilfe**

Gemäß § 2 Abs. 1 **Familienlastenausgleichsgesetz** 1967 (FLAG) haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder (lit. a). In § 5 FLAG findet sich die Einschränkung, dass dieser Anspruch nur für Kinder besteht, die sich nicht ständig im Ausland aufhalten.

Der Gesetzgeber fixierte diese Einengung für die Zeit vom 1.5.1996 bis 31.12.2000 in § 5 Abs. 4 FLAG (BGBl 201/1996). Für die Zeit ab 1.1.2001 verschob er die Regel im Gesetz in den Abs. 3 (BGBl I 142/2000). Zum Inkrafttreten der Beschränkung findet sich in § 50g Abs. 2 FLAG die folgende Anordnung:

*§ 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.*

Im Jahr 1996 wurden mehrere Abkommen im Bereich der Sozialen Sicherheit von der Republik Österreich gekündigt, die die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsahen, die ihren ständigen Aufenthalt im Ausland haben. Von dieser Kündigung waren ab 30. September 1996 unter anderem die Abkommen über Soziale Sicherheit mit den Staaten des ehemaligen Jugoslawien betroffen. Darunter findet sich auch die Republik Bosnien-Herzegowina. Die Kündigungsbestimmung wurde mit BGBl. Nr. 347/1996 verlautbart.

Es besteht daher mit Wirksamkeit ab Oktober 1996 kein Abkommen mehr, welches einen Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder vorsieht, die sich ständig in der Republik Bosnien-Herzegowina aufhalten.

Der **EGMR** hat die Behandlung der Beschwerde Nr. 37460/02 Cirkovic ./ Österreich gemäß Artikel 28 der Konvention für unzulässig erklärt, weil die in Artikel 34 und 35 der Konvention niedergelegten Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

Von den **österreichischen Höchstgerichten** wurde die Rechtslage am Beispiel des ebenfalls mit 30. September 1996 aufgekündigten Abkommens mit der Türkei bereits untersucht und abschließend beurteilt.

Der Verfassungsgerichtshof kam zum Schluss, dass das FLAG keine verfassungsrechtlichen Bedenken erweckt, wenn es den Anspruch auf Familienbeihilfe an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und dabei auf dessen Aufenthalt abstellt (VfGH vom 4.12.2001, B 2366/00). Er deutete auch an, dass der Gesetzgeber der verfassungsrechtlichen Pflicht zur steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltslasten auch dann gerecht werde, wenn er hierfür nicht den Weg der Gewährung von Transferzahlungen wählt, sondern die Berücksichtigung im Wege des Steuerrechts ermöglicht. Bereits nach der Formulierung des § 33 Abs. 4 Z 3 lit. b EStG 1988 könne für einen Steuerpflichtigen, dessen Kind sich ständig im Ausland aufhält, die Gewährung eines Unterhaltsabsetzbetrages in Betracht kommen, sofern es sich um ein Kind handelt, das nicht dem Haushalt des Steuerpflichtigen zugehört.

Im übrigen schließe es die geltende Rechtslage nach Auffassung des Gerichtshofes nicht von vornherein aus, Unterhaltsleistungen an sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder (zumindest im hier offenbar vorliegenden Fall von haushaltszugehörigen Kindern) nach den allgemeinen Regeln des § 34 EStG 1988 als außergewöhnliche Belastung zu berücksichtigen. Damit lasse sich den Regelungen des EStG 1988 nicht entnehmen, dass die steuerliche Berücksichtigung der solchen (nicht volljährigen) Kindern gegenüber bestehenden Unterhaltsverpflichtung schlechthin ausgeschlossen wäre. Der Verfassungsgerichtshof erkannte auch keinen offenkundigen Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht.

Auch der Verwaltungsgerichtshof bestätigte, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe bei der dargestellten Konstellation nicht besteht. Er wies zudem darauf hin, dass auch österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 FLAG erfasst sind. Auch ihnen stehe die Familienbeihilfe für Kinder nicht zu, die sich ständig außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufhalten. Solcherart liege somit auch eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht vor (VwGH vom 18.9.2003, 2000/15/0204).

Es ist unstrittig, dass sich die Kinder A.V. und F.V. von Jänner 1997 bis Juni 2003 ständig in Bosnien-Herzegowina und damit außerhalb des Gemeinschaftsgebietes aufgehalten haben. Da somit eindeutig ein Sachverhalt vorliegt, der keinen Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelt, war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Im gegenständlichen Fall ist aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Bestimmung des § 5 FLAG eine vom Finanzamt abweichende rechtliche Würdigung nicht zulässig.

## **2) Antrag auf Aussetzung bis zur Entscheidung des EGMR in der Beschwerdesache Cirkovic./Österreich**

Gemäß § 281 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde die Entscheidung aussetzen, wenn wegen einer gleichen oder ähnlichen Rechtsfrage eine Berufung anhängig ist. Eine Aussetzung ist auch zulässig, wenn ein Verfahren vor einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde schwebt, dessen Ausgang von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidung über die Berufung ist.

Das Ihrem Antrag zugrundeliegende Verfahren vor dem EGMR ist inzwischen abgeschlossen. Der Gerichtshof für Menschenrechte hat über die Beschwerde, die Ihren Angaben nach in einem gleichgelagerten Fall eingebracht wurde, abschlägig entschieden. Das zu beurteilende Rechtsproblem wurde auch schon von den österreichischen Höchstgerichten untersucht, ohne dass dabei gemeinschaftsrechtliche Bedenken sichtbar geworden wären (siehe VfGH vom 4.12.2001, B 2366/00 und VwGH vom 18.9.2003, 2000/15/0204).

Da auch von Ihnen selbst keine weiteren stichhaltigen Argumente in Treffen geführt werden, vermag der unabhängige Finanzsenat keinen Grund zu erkennen, der die Aussetzung der Entscheidung rechtfertigen könnte.

Salzburg, 19. März 2004