



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Peter Zivic, gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land ab 15. 7. 2003 zuständig St. Johann im Pongau (jetzt: St. Johann Tamsweg Zell am See) betreffend Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird 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 mit Wohnsitz in 5.. N., Ortsg. A-L, politischer Bezirk Salzburg-Land beantragte im Juni 2003 durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter beim Finanzamt Salzburg-Stadt die Gewährung der Familienbeihilfe sowie die Kinderabsetzbeträge für seine ständig im Ausland befindlichen fünf Kinder. Der gegenständliche Antrag sei im Hinblick auf die Verjährungsfrist des § 10 Abs. 3 FLAG 1967 nur fristwährend bis zur Entscheidung einer beim Europäischen

Gerichtshof für Menschenrechte anhängigen Beschwerde gestellt worden. Das Finanzamt möge daher den gestellten Antrag vorerst liegen lassen und nicht weiter bearbeiten.

Die Abgabenbehörde erster Instanz (Finanzamt Salzburg-Land) wies den eingebrachten Antrag ab. In der Begründung führte das Finanzamt aus, dass gemäß § 5 Abs. 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 idF BGBl Nr. 201/1996 für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten grundsätzlich kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe bestünde, sofern nicht zwischenstaatliche Abkommen dies vorsehen würden. Da das Abkommen über Soziale Sicherheit mit Bosnien, welches diesbezügliche Regelungen beinhaltet hatte, mit 30. September 1996 (BGBl Nr. 347/1996) gekündigt worden sei, bestehe ab 1. Oktober 1996 kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe mehr, wenn sich die Kinder ständig im Ausland aufhielten. Das Anbringen des Bw könne wegen der gesetzlich normierten Entscheidungspflicht (§ 311 BAO) "nicht liegen gelassen" werden.

Gegen diesen Bescheid wurde berufen und ausgeführt, dass der Bw bzw. sein Dienstgeber in gleicher Weise in den Familienlastenausgleichsfonds einzahlen, wie ein Dienstnehmer dessen Kinder sich im Inland aufhalten würden. Der Bw unterliege mit seinen Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit in Österreich auch der gleichen Lohn- und Einkommensteuer, wie ein Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhielten. Während der Bw allein auf Grund der Tatsache, dass sich seine (fünf) Kinder nicht im Inland, sondern im Ausland aufhielten keinerlei Familienleistung erhalten würde, bekomme 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 andererseits unterliegenden Dienstnehmern, je nachdem, ob sich die Kinder im Inland oder Ausland aufhielten, verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt sei, bilde derzeit den Gegenstand zumindest eines Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (Beschwerde Nr.: 37460/02).

Da der Bw nach wie vor die Rechtsansicht vertrete, dass der im Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und im Einkommensteuergesetz 1988 normierte Ausschluss vom Anspruch auf Familienbeihilfe und auf den Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten, EMRK-widrig sei, werde beantragt der vorliegenden Berufung Folge zu geben und den angefochtenen Bescheid dahingehend abzuändern, dass dem Bw die beantragte Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für seine sich ständig im Ausland aufhaltenden Kinder gewährt werde.

Der Bw verlegte, nach Einbringung der Berufung, seinen Wohnsitz nach 5.. St. M, L 144 politischer Bezirk St. Johann im Pongau und damit in den örtlichen Zuständigkeitsbereich des Finanzamtes St. Johann im Pongau (jetzt: St. Johann Tamsweg Zell am See). Das ab Verlegung des Wohnsitzes (15. Juli 2003) nicht mehr örtlich zuständige Finanzamt leitete das Anbringen des Bw an die örtlich zuständig gewordene Abgabenbehörde erster Instanz weiter, die die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung dem Unabhängigen Finanzsenat (Außenstelle Salzburg) vorlegte.

Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ist am 12. September 2003 getroffen worden. Dem rechtsfreundlichen 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:***

Vorweg wird Folgendes festgestellt:

Da die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in der Zwischenzeit (ohne den gewünschten Erfolg zu bringen) ergangen ist, erübrigt sich ein Eingehen auf die Anregung des rechtsfreundlichen Vertreters des Bw., mit der Entscheidung über die Berufung zu warten.

§ 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (jeweils 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 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 30. September 1996) betroffen waren auch die Abkommen über Soziale Sicherheit mit den Staaten des ehemaligen Jugoslawien, darunter auch die Republik Bosnien und Herzegowina (Kündigungsbestimmung BGBl. Nr. 347/1996). Seit Oktober 1996 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 Republik Bosnien und Herzegowina aufhält (aufhalten).

Unbestritten steht fest, dass die Kinder des Bw., für welche die Gewährung von Familienbeihilfe (bzw. Kinderabsetzbetrag) beantragt wurde, sich im maßgeblichen Zeitraum ständig im Ausland (und zwar in Bosnien und Herzegowina) aufhielten. 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 rechtsfreundlichen 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 EMRK-widrig sei, 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.

Da aufgrund der 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, im gegenständlichen Berufungsfall kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht, wird die **Berufung abgewiesen**.

Abschließend wird noch festgestellt, dass in der Eingabe vom 19. Februar 2002 der rechtsfreundliche Vertreter des Bw. die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag für die fünf Kinder des Bw. beantragt hat. Im angefochtenen Abweisungsbescheid des Finanzamtes vom 23. Juni 2003 wurde lediglich über den Antrag auf Familienbeihilfe abgesprochen. Die dagegen erhobene Berufung hatte auch den Kinderabsetzbetrag zum Inhalt. Da hinsichtlich des Kinderabsetzbetrages noch keine erstinstanzliche, bescheidmäßige Erledigung erfolgt ist, kann darüber auch keine Berufungsentscheidung getroffen werden. Hingewiesen wird allerdings darauf, dass gemäß § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a EStG 1988 (bzw. für das Jahr 1999 § 33 Abs. 4 Z 3 lit. c EStG 1988) ein Anspruch auf Kinderabsetzbeträge aber nur bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe gegeben ist.

Salzburg, 4. Mai 2004