



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, inXY, vertreten durch Mag. Peter Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, vom 3. Juli 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land vom 2. Juni 2003 betreffend Familienbeihilfe ab April 1998 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Schreiben vom 4. April 2003, eingelangt am 14. April 2003, stellte der steuerliche Vertreter des Bw einen "fristwahrenden Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag". 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*

*1. M.N., geb. am 13.9.1983, ab April 1998,  
fristwährend beantragt.*

*Der gegenständliche fristwahrende 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 wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe bescheidmäßig ab und führte begründend aus, dass nach § 5 Abs. 4 FLAG für Kinder die sich ständig im Ausland aufhalten, grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, sofern es nicht entsprechende zwischenstaatliche Regelungen gebe. Das Abkommen über die Soziale Sicherheit mit der Republik Bosnien-Herzegowina sei mit 30. September 1996 gekündigt worden (BGBl. Nr. 347/1996). Hiedurch sei die Rechtsgrundlage für die Gewährung von Familienbeihilfe für sich ständig in Bosnien-Herzegowina aufhaltende Kinder ab 1. Oktober 1996 weggefallen. Das Anbringen, den Antrag einstweilen fristwährend liegen zu lassen, sei als bloße Anregung zu werten, da für die Behörden gemäß § 311 BAO Entscheidungspflicht bestehe.

Die gegen diesen Abweisungsbescheid erhobene Berufung begründete der steuerliche Vertreter wie folgt:

*" Der Bw. bzw. sein Dienstgeber zahlen gemäß § 41 FLAG von der sog. Beitragsgrundlage, die sich aus dem Arbeitslohn des Bw zusammensetzt, 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 nichtselbständiger Arbeit in Österreich auch der gleichen Lohn- und 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 (gemäß § 33 Abs.4 Z 3 a 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 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 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 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und Einkommensteuergesetz 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. "*

Mit Berufungsvorentscheidung vom 8. September 2003 wies das Finanzamt die Berufung als unbegründet ab.

Dagegen wurde fristgerecht der Antrag gestellt, die Berufung der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vorzulegen.

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

§ 2 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (in der für den streitgegenständlichen Zeitraum geltenden Fassung; kurz: FLAG) 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 FLAG 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 FLAG 1967 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 FLAG 1967 idF BGBl. Nr. 201/1996 (Abs. 3 ab 1.1.2001, BGBl. Nr. 142/2000) bestimmt, dass für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht.

§ 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. 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. Nr. 142/2000 geänderten Fassung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 hat § 5 Abs. 4 - bei gleich bleibendem Inhalt - die Bezeichnung § 5 Abs. 3 erhalten.

Somit 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 betroffen waren ua. auch die mit 30. September 1996 gekündigten Abkommen über Soziale Sicherheit mit den Staaten des ehemaligen Jugoslawien, darunter auch die Republik Bosnien-Herzegowina (Kündigungsbestimmung BGBl. Nr. 347/1996).

Seit Oktober 1996 besteht daher kein Abkommen mehr, welches vorsieht, dass eine in Österreich lebende, grundsätzlich anspruchsberechtigte Person, einen Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, wenn das Kind (die Kinder), für das (die) Familienbeihilfe begehrt wird, sich ständig in der Republik Bosnien-Herzegowina aufhält (aufhalten).

Unbestritten ist, dass das Kind M.N. des Bw, für welches die Gewährung von Familienbeihilfe (bzw. Kinderabsetzbetrag) beantragt wurde, sich im maßgeblichen Zeitraum ständig im Ausland (und zwar in Bosnien-Herzegowina) aufgehalten hat.

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.

Den Berufungsausführungen, wonach die derzeit bestehende Rechtslage jedoch nicht verhältnismäßig und sachlich nicht gerechtfertigt und somit EMRK-widrig sei, ist entgegenzuhalten, dass der Verfassungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, festgestellt hat, dass 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, als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken erweckt. 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. VfGH 04.12.2001, B 2366/00).

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, zB in der Republik Bosnien-Herzegowina aufhalten. Solcherart liegt nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes somit auch eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht vor (vgl. VwGH 18.09.2003, 2000/15/0204).

Das Beschwerdeverfahren beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in dem der steuerliche Vertreter des Bw auch rechtlicher Vertreter war, ist inzwischen abgeschlossen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seiner Entscheidung ua. wie folgt ausgeführt:

*" Beschwerde-Nr. 37460/02, Cirkovic./Österreich*

*Der Gerichtshof hat am 12. September 2003 nach Beratung beschlossen, Ihre Beschwerde gem. Art. 28 der Konvention für unzulässig zu erklären, weil die in Art. 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.*

*Diese Entscheidung ist endgültig und unterliegt keiner Berufung an den Gerichtshof oder eine andere Stelle. "*

Da somit nach dem eindeutigen, auch im Lichte der Bestimmungen der EMRK und des österreichischen Verfassungsrechtes unbedenklichen Wortlaut des § 5 Abs. 4 (bzw. Abs. 3) FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland (außerhalb des Gemeinschaftsgebietes) aufhaltende Kinder besteht, war der gegenständliche Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe abzuweisen.

Aus den genannten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 2. Mai 2005