



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Peter Zivic, gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 21. und 22. Bezirk vom 1. Oktober 2003 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages 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. stellte am 4. April 2003 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für sein im Ausland lebendes Kind mit folgender Begründung:

*„Mit Rücksicht auf die derzeit bei Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) anhängigen und noch nicht entschiedenen Verfahren betreffend die Gewährung von Fami-*

*lienbeihilfen und Kinderabsetzbeträgen auch für mj. Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, wird hiermit zwecks Wahrung der fünfjährigen Antragsfrist des § 10 Abs. 3 des FLAG 1967 die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag zugunsten des obgenannten Antragstellers für sein mj. Kind und zwar*

<i>Kind</i>	<i>beantragt ab</i>
<i>M.I.</i>	<i>März 1998</i>

*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 liegengelassen und nicht weiterbearbeitet werden, zumal dieser Antrag lediglich im Hinblick auf die fünfjährige 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 ständig sich im Ausland aufhaltende mj. Kinder eine Familienbeihilfe und ein Kinderabsetzbetrag zu gewähren sein wird, gestellt wird.“*

Das Finanzamt wies den Antrag mit Bescheid vom 1. Oktober 2003 mit der Begründung ab, dass für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhielten, gemäß § 5 Abs.4 FLAG 1967 kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe.

Die gegen den Abweisungsbescheid erhobene Berufung begründete der Bw. wie folgt:

*“Der Bw. bzw. sein Dienstgeber zahlen gemäß § 41 FLAG von der sog. Beitragsgrundlage, die sich auch aus dem Arbeitslohn des Berufungswerbers zusammensetzt, in gleicher Weise 4,5 v.H. 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 aufgrund der Tatsache, dass sich sein(e) Kind(er) nicht im Inland, sondern im Ausland aufhält (aufhalten), für diese(s) Kind(er) aus dem Familienlastenausgleichsfonds weder Familienbeihilfe, noch aus den Einnahmen aus der Lohn- bzw. Einkommensteuer einen Kinderabsetzbetrag (gemäß § 33 Abs.4 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, ist beabsichtigt in einem Parallelfall im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof klären zu lassen.*

*Da der Bw. nach wie vor die Rechtsansicht vertritt, dass der im österreichischen Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und im Einkommensteuergesetz 1988 normierte Ausschluss vom Anspruch auf Familienbeihilfe und auf den Kinderabsetzbetrag für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, europarechtswidrig ist, wird beantragt – wobei es aus Zeit- und Kostengründen sinnvoll erscheint, die diesbezügliche (Vorab)Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes 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.“*

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

Gemäß § 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (und noch weitere, in den folgenden Bestimmungen des FLAG 1967 genannte Bedingungen erfüllen), Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder sowie unter bestimmten Voraussetzungen für volljährige Kinder.

Anspruchsberechtigt ist grundsätzlich die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört (§ 2 Abs.2 leg.cit.). 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.

Eine Person, die sowohl im Bundesgebiet als auch im Ausland einen Wohnsitz hat, hat gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn diese Person den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen im Bundesgebiet hat 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. 201/1996, hat folgenden Wortlaut: "Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten."

§ 50g Abs.2 FLAG 1967 ordnet hiezu an, dass diese Vorschrift an dem der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 201/1996 folgenden Tag in Kraft tritt (das war der 1. Mai 1996), sieht aber überdies noch folgendes vor: "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."

Durch BGBl. I 142/2000, Artikel 71, hat der Absatz 4 des § 5 FLAG 1967 mit Wirkung ab 1. Jänner 2001 die Bezeichnung "Absatz 3" erhalten.

Zufolge der von österreichischer Seite mit 30. September 1996 vorgenommenen Kündigung des Abkommens über soziale Sicherheit zwischen der Republik Österreich und den Staaten des ehemaligen Jugoslawien, BGBl. 289/1966 idF BGBl 81/1980 und BGBl. 269/1989, besteht für Kinder, die sich ständig in den entsprechenden Staaten aufhalten, ab 1. Oktober 1996 kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Zur Abgeltung gesetzlicher Unterhaltsverpflichtungen steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, gemäß § 33 Abs.4 Z. 3 lit. a EStG 1988 (in der im strittigen Zeitraum jeweils geltenden Fassung) für jedes Kind ein Kinderabsetzbetrag zu. Für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu.

Gemäß § 53 Abs. 1 FLAG 1967 sind Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.

Hiebei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

Im gegenständlichen Fall ist unbestritten, dass sich das Kind des Bw. im strittigen Zeitraum weder im Bundesgebiet noch in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes ständig aufhält. Dass der Anspruch auf Familienbeihilfe und damit verbunden auch auf den Kinderabsetzbetrag nach der derzeitigen Gesetzeslage wegen der Ausschlussbestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 (bzw. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 idF BGBl. 142/2000) somit nicht besteht, ist dem Bw. bekannt. Dies ist dem Antragsbegehren eindeutig zu entnehmen *"... da man sohin noch nicht weiß, ob auch für ständig sich im Ausland aufhaltende mj. Kinder eine Familienbeihilfe und ein Kinderabsetzbetrag zu gewähren sein wird ...")*.

Zu den Ausführungen des Bw., er erhalte nur aufgrund der Tatsache, dass sich sein(e) Kind(er) ständig im Ausland aufhält (aufhalten) keine Familienleistungen, ist Folgendes anzumerken:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungs- bzw. Verfassungsgerichtshofes mindern Unterhaltslasten gegenüber Kindern die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen und sind daher bei dessen Einkommensbesteuerung zu berücksichtigen (u.a. VfGH Erkenntnis vom 18. September 2003, ZI.2000/15/0204). Die Berücksichtigung dieser zwangsläufiger Belastungen kann im Wege von Transferzahlungen, insbesondere im Wege der Familienbeihilfe erfolgen (vgl. VfGH B 1340/00 vom 30. November 2000). Die Vorschrift des § 5 Abs. 3 FLAG 1967 (bzw. § 5 Abs. 4 FLAG 1967 idF BGBl. 201/1996) bewirkt, dass Personen, die im Ausland lebenden Kindern gegenüber zu Unterhaltsleistungen verpflichtet sind, die steuerliche Berücksichtigung der eingeschränkten Leistungsfähigkeit nicht im Wege von Transferleistungen erhalten. Laut Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes erweckt eine gesetzliche Regelung, die den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hierbei auf dessen Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtliche Bedenken. Solches zu normieren, steht dem Gesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu (VfGH B 2366/00 vom 4. Dezember 2001). Es ist jedoch nicht Aufgabe der Berufungsbehörde, zu prüfen, inwieweit anzuwendende Gesetzesbestimmungen als verfassungswidrig zu beurteilen sind. Solange eine Norm dem Rechtsbestand angehört, hat die Behörde diese gesetzliche Bestimmung der Entscheidung zugrunde zu legen.

Auch durch den in der Berufung geltend gemachten Umstand, dass die Finanzierung der beantragten Leistungen zu einem erheblichen Teil durch zweckgebundene, von der Lohnsumme bemessene Beiträge der Arbeitgeber erfolgt, ist für die Berufung nichts gewonnen, 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. Zudem gehören Arbeitslöhne von Dienstnehmern, die keine Kinder haben, ebenfalls zur Beitragsgrundlage. Weiters ist anzumerken, dass auch österreichische Staatsbürger von den einschränkenden Bestimmungen 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 aufhalten.

Zur Anregung des Bw. anlässlich der Antragstellung, der Antrag möge bis zu einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) "einstweilen liegengelassen und nicht weiter bearbeitet werden" ist anzumerken, dass das nach dem Wohnsitz oder dem

gewöhnlichen Aufenthalt der antragstellenden Person zuständige Finanzamt über Anträge auf Gewährung der Familienbeihilfe gemäß § 13 FLAG 1967 zu entscheiden hat und, soweit einem Antrag nicht oder nicht vollinhaltlich stattzugeben ist, einen Bescheid zu erlassen hat. Im übrigen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem gleichgelagerten Fall eine Beschwerde gemäß Artikel 28 der Konvention für unzulässig erklärt, weil die Beschwerde keinen Anschein einer Verletzung der in der Konvention oder ihren Zusatzprotokollen garantierten Rechte und Freiheiten erkennen habe lassen.

Zur Ankündigung des Bw. in der Berufungsschrift, es sei beabsichtigt in einem Parallellfall im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof klären zu lassen, ob die unterschiedliche Behandlung von Dienstnehmern, je nachdem, ob sich deren Kinder im Inland oder im Ausland aufhalten, verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt sei, ist anzumerken:

Der Europäische Gerichtshof hat die Aufgabe, bei der Auslegung und der Anwendung der Europäischen Verträge für die Wahrung des Rechts zu sorgen. Er kann den Verstoß eines Mitgliedstaates gegen eine Verpflichtung des Vertrages oder des Sekundärrechts feststellen. Überdies überwacht der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit des Handelns der Organe und erlässt auf Ersuchen eines einzelstaatlichen Gerichts auch Vorabentscheidungen zur Auslegung oder zur Gültigkeit von Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes.

Die Verordnung Nr. 1408/71 des Rates zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit (VO) ist - als unmittelbar anzuwendendes Recht - im Rahmen ihres persönlichen Geltungsbereiches auf Arbeitnehmer und Selbständige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind, sowie deren Familienangehörige anwendbar. Auch auf Staatenlose und Flüchtlinge, die im Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten wohnen und deren Familienangehörige, die Staatsangehörige eines Drittstaates sind, findet die Verordnung Anwendung. Der Bw. ist jedoch als Drittstaatsangehöriger vom persönlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung nicht erfasst und die Kinder des Bw. wohnen zudem nicht im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates.

Somit kommen im Berufungsfall keine Bestimmungen des Gemeinschaftsrechtes zur Anwendung, deren Gültigkeit oder Auslegung von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidung über die Berufung (§ 281 BAO) sein könnten. Die Anregung des Bw., aus Zeit- und Kostengründen eine (Vorab)Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes abzuwarten, erscheint im gegenständlichen Fall daher nicht sinnvoll.

Gemäß § 311 Abs.1 Bundesabgabenordnung (BAO) sind die Abgabenbehörden verpflichtet, über Anbringen der Parteien ohne unnötigen Aufschub zu entscheiden. Wohl kann die Behörde, wenn wegen einer gleichen oder ähnlichen Rechtsfrage eine Berufung anhängig ist oder sonst vor einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde ein Verfahren schwebt, dessen Ausgang von wesentlicher Bedeutung für die Entscheidung über die Berufung ist, die Entscheidung über die Berufung gemäß § 281 BAO aussetzen.

Da nach der derzeitigen Rechtslage für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, der Ausschlussgrund des § 5 Abs. 4 (bzw. Abs. 3) FLAG 1967 vorliegt, ist somit beim gegebenen Sachverhalt keine Rechtsfrage zu klären, die durch Interpretation der entsprechenden Normen bzw. Rechtsprechung (in einem anderen Verfahren) den Anspruch auf Familienbeihilfe und damit auch auf den Kinderabsetzbetrag für den Bw. erkennen lassen bzw. bewirken könnte. Dem Berufungsbegehren des Bw. zu entsprechen wäre nur durch eine Änderung der derzeit geltenden Gesetzeslage möglich. Es ist in der österreichischen Rechtsordnung nicht vorgesehen, einen Antrag auf Gewährung einer Leistung, deren Gewährung nach der geltenden Gesetzeslage nicht möglich ist, unbearbeitet zu lassen, bis sich eventuell die Gesetzeslage ändert bzw. ist § 281 BAO nicht für allfällige zukünftige Gesetzesänderungen anwendbar.

Auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts besteht für die sich ständig im Ausland aufhaltenden Kinder kein Beihilfenanspruch und damit verbunden auch kein Anspruch auf den Kinderabsetzbetrag; dies stellt auch der Bw. außer Streit. Da sich das Kind des Bw. im gegenständlichen Fall ständig im Ausland aufhält, schließt § 5 Abs. 4 (bzw. 3) FLAG 1967 den Anspruch auf Familienbeihilfe aus. Angesichts dieses Umstandes ist für den Anspruch auf Familienbeihilfe auch die Frage der überwiegenden Tragung der Unterhaltskosten des Bw. für sein Kind bedeutungslos.

Da durch die Entscheidung über die Berufung der verfassungsrechtliche Anspruch des Bw. auf den Zugang zu einem Höchstgericht und auf Überprüfung der Rechtssache nicht abgeschnitten wird, ist auch dem Rechtsschutzbedürfnis des Bw. Rechnung getragen.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Wien, 18. März 2004