

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Berufungsverbrechers, vertreten durch Mag. Peter Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, vom 22. Juli 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Innsbruck vom 9. Juli 2003 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. März 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

Mit Schreiben vom 6. März 2003 stellte der steuerliche Vertreter des Berufungswerbers einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine in B. lebenden Kinder und begründete diesen wie folgt:

"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 mj. Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, wird hiemit zwecks Wahrung der fünfjährigen Antragsfrist des § 10 Abs. 3 FLAG 1967 die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag zugunsten des Berufungswerbers für seine mj. Kinder M.A., Dr.A. und Du.A. 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 fünfjährige Antrags- und Verjährungsfrist des § 10 Abs. 3 FLAG 1967 fristwährend bereits jetzt, zu einem Zeitpunkt, wo die Entscheidung noch offen ist und man sohin noch nicht weiß, ob auch für sich ständig im Ausland aufhaltende mj. Kinder eine Familienbeihilfe und ein Kinderabsetzbetrag zu gewähren sein wird, gestellt."

Das Finanzamt wies den Antrag 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. Das Anbringen, den Antrag fristwährend liegen zu lassen, sei als bloße Anregung zu werten, da für die Behörden gem. § 311 Bundesabgabenordnung Entscheidungspflicht bestehe.

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

" Der Berufungswerber bzw. sein Dienstgeber zahlen gemäß § 41 FLAG von der sog. Beitragsgrundlage, die sich aus dem Arbeitslohn des Berufungswerbers zusammensetzt, in gleicher Weise 4,5 vH in den Familienlastenausgleichsfonds ein, wie bei einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten. Der Berufungswerber unterliegt mit seinen Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit in Österreich auch der gleichen Lohn- und Einkommensteuer wie ein Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten.

Während der Berufungswerber 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 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 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 Berufungswerber 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".

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsvereinscheidung dem unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung vor.

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

Gemäß § 2 Abs. 1 lit. a Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe für ihre minderjährigen Kinder.

Gemäß § 5 Abs. 4 FLAG 1967 besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

§ 50g Abs. 2 FLAG 1967 lautet:

§ 5 Abs. 4 idF des Bundesgesetzes BGBI.Nr. 201/1996 tritt an dem der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBI.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 idF des Bundesgesetzes BGBI.Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist.

Durch BGBI. I 142/2000 hat der Absatz 4 des § 5 FLAG 1967 mit Wirkung ab 1.1.2001 die Bezeichnung "Absatz 3" erhalten.

Somit besteht nach der geltenden Rechtslage Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten nur insoweit, als dies bestehende Staatsverträge vorsehen. 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, darunter auch B. , besteht für Kinder, die sich ständig in den entsprechenden Staaten aufhalten, seit 1. Oktober 1996 kein Anspruch auf Familienbeihilfe mehr.

Unbestritten steht fest, dass die Kinder des Berufungswerbers, für welche die Gewährung von Familienbeihilfe beantragt wurde, sich im maßgeblichen Zeitraum ständig im Ausland (B. ) aufhielten. Im Hinblick auf die Bestimmung des § 5 Abs. 4 FLAG 1967 bzw. § 5 Abs. 3 FLAG 1967 ab 2001 in Verbindung mit der Tatsache, dass für den streitgegenständlichen Zeitraum kein Abkommen, das die Gewährung der Familienbeihilfe für die im Ausland lebenden Kinder vorsieht, in Kraft ist, besteht im gegenständlichen Fall kein Anspruch auf Familienbeihilfe, was vom Berufungswerber auch nicht bestritten wird.

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 mit 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 anspruchvermittelnden Kindes zum Inland bindet und hiebei auf dessen Aufenthalt abstellt, als solche keine verfassungsrechtlichen Bedenken erweckt. Für den Standpunkt des Berufungswerber 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.

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 B. aufhalten. Solcherart liegt nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes somit auch eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht vor ( VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

Da zwischenzeitlich auch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in einem nach Angaben des Berufungswerbers gleichgelagerten Fall ergangen ist und über die Beschwerde abschlägig entschieden wurde, konnte von einem weiteren Eingehen auf die diesbezüglichen Berufungsausführungen abgesehen werden.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang noch, dass der unabhängige Finanzsenat ausschließlich auf Basis der geltenden Gesetze zu entscheiden hat. Er ist nicht berufen über allfällige Verfassungswidrigkeiten von Gesetzesbestimmungen zu befinden.

Da auf Grund der Bestimmung des § 5 Abs. 4 (bzw. Abs. 3) FLAG 1967 für den streitgegenständlichen Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe für die beiden Kinder des Berufungswerber besteht, war die Berufung als unbegründet abzuweisen.

Innsbruck, am 8. Juli 2004