

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., Adr., vertreten durch Mag. Peter Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, vom 4. Juli 2003 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Land vom 2. Juni 2003 betreffend Familienbeihilfe ab 1. März 1998 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Antrag vom 10.3.2003 hat der Bw. für sein sich ständig im Ausland aufhaltendes Kind P.B. ab März 1998 die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag beantragt.

Mit Bescheid vom 2.6.2003, VSNR. 5399271162, hat das Finanzamt den Antrag abgewiesen. Die Berufung vom 3.7.2003 wurde ohne Erlassung einer BVE an die Abgabenbehörde II. Instanz vorgelegt.

Der Bw. bringt vor, dass beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein Beschwerdeverfahren betreffend Anspruch auf Familienbeihilfe für im Ausland wohnhafte Kinder anhängig sei.

Dazu ist anzumerken:

Dem rechtlichen Vertreter des Bw., der ebenso auch rechtlicher Vertreter des beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anhängigen Verfahrens "Cirkovic./.Österreich" war, wurde vom EGMR ein mit 29. September 2003 datiertes Schreiben zugestellt, in dem u.a. Folgendes ausgeführt wird:

"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"

**Über die Berufung wurde erwogen:**

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

§ 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 BGBI 201/1996, (Abs. 3 ab 1.1.2001, BGBI I 142/2000) lautet:

"Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten."

§ 50g Abs. 2 FLAG 1967 lautet:

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

Seit der durch das BGBI I Nr. 142/2000 geänderten Fassung des FLAG 1967 hat § 5 Abs. 4 - bei gleich bleibendem Inhalt - die Bezeichnung § 5 Abs. 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.

Im Jahr 1996 wurden einige 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 betroffen waren u.a. 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).

Es besteht daher seit Oktober 1996 kein Abkommen mehr, welches vorsehen würde, dass eine in Österreich lebende grundsätzlich anspruchsberechtigte Person, einen Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, wenn die Kinder, für welche Familienbeihilfe begehrt wird, sich ständig in der Republik Bosnien-Herzegowina aufhalten.

Der Bw. selbst hat in seinem Antrag auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bzw. in der Berufung angegeben, dass sich das Kind für das ab März 1998 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge beantragt wurden, ständig im Ausland aufhält.

Das Finanzamt ging in der Bescheidbegründung davon aus, dass sich das Kind ständig in Bosnien-Herzegowina aufhält und der Bw. ist dieser Feststellung in der Berufung nicht entgegen getreten. Es kann somit als unstrittig angenommen werden, dass sich das betreffende Kind des Bw. im maßgeblichen Zeitraum ständig in Bosnien-Herzegowina aufgehalten hat.

Auf Grundlage der angeführten Bestimmungen des innerstaatlichen Rechts besteht somit im gegenständlichen Fall kein Anspruch auf Familienbeihilfe, was auch vom Bw. nicht bestritten wird. Da sich das Kind ständig im Ausland aufhält, schließt § 5 Abs. 4 (bzw. Abs. 3) FLAG 1967 den Anspruch auf Familienbeihilfe aus. Ob weitere Anspruchsvoraussetzungen wie z.B. das Vorliegen eines Dienstverhältnisses, die überwiegende Tragung der Unterhaltskosten für das Kind, etc. erfüllt sind, ist daher ohne Bedeutung und braucht somit nicht weiter geprüft zu werden.

Der Verfassungsgerichtshof hat sich im Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00, mit den im dortigen Verfahren relevierten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die soeben zitierte gesetzliche Bestimmung auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, dass eine Verletzung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte durch Versagung der Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht gegeben ist.

In diesem Erkenntnis hat der Gerichtshof ausgeführt, dass eine gesetzliche Regelung, welche den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelnden Kindes zum Inland binde und hierbei auf dessen Aufenthalt abstelle, keine verfassungsrechtlichen Bedenken erwecke. Solches zu normieren, stehe dem Gesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu.

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 außerhalb des Gemeinschaftsgebietes, beispielsweise in der Republik Bosnien Herzegowina, aufhalten. Es liegt damit auch keine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit vor (VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

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.

Salzburg, am 17. Februar 2005