



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des B.M., vertreten durch Mag. Peter Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, vom 22. Jänner 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes Salzburg-Stadt vom 18. Dezember 2003 betreffend Familienbeihilfe ab 1. Juli 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

Am 5. August 2003 stellte der Berufungswerber (BW) den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag 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 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 seine minderjährigen Kinder und zwar

1. B.A., ab Juli 1998

2. B.E., ab Juli 1998

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 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".

Mit Bescheid vom 18. Dezember 2003 wies das Finanzamt den angeführten Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die beiden Kinder ab:

In weiterer Folge brachte der rechtliche Vertreter des BW Berufung gegen den Abweisungsbescheid vom 18. Dezember 2003 ein, in der er begründend wie folgt ausführte: Der BW bzw. sein Dienstgeber zahlen gem. § 41 FLAG von der sog. Beitragsgrundlage, die sich auch aus dem Arbeitslohn des Bw. zusammen setzt, 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 nichtselbstständiger Arbeit in Österreich auch der gleichen Lohn- bzw. 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 (gem. § 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 EStG 1988 einerseits und dem FLAG 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 FLAG 1967 und im EStG 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 Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte 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".

Das Finanzamt legte die gegenständliche Berufung mit Vorlagebericht der Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Entscheidung vor.

Bei der Entscheidung ist noch folgender Umstand zu berücksichtigen:

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:***

#### **1) Antrag auf Zuwarten bis zur Entscheidung des EGMR in der Beschwerdesache**

Cirkovic./Österreich:

Da dieses Verfahren beim EGMR inzwischen abgeschlossen ist und über die – nach Angaben in der Berufung in einem sachverhaltsmäßig gleichgelagerten Fall – Beschwerde abschlägig entschieden wurde (Unzulässigkeit der Beschwerde), ist ein näheres Eingehen auf die diesbezüglichen Berufungsausführungen entbehrlich.

2) Antrag auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland (Bosnien-Herzegowina) aufhaltende Kinder:

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

§ 5 Abs. 4 FLAG 1967 idF BGBl 201/1996, (Abs. 3 ab 1.1.2001, BGBl 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 BGBl. Nr. 201/1996 tritt an dem der Kundmachung des Bundesgesetzes BGBl. 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 BGBl. Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist."

Somit besteht nach der geltenden Rechtslage Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten nur insoweit, als dies bestehende Staatsverträge vorsehen. Zur notwendigen Konsolidierung des Bundeshaushaltes im Jahr 1996 waren auch Maßnahmen auf dem Gebiete des Sozialrechtes erforderlich. In diesem Zusammenhang wurden einige Abkommen im Bereich der Sozialen Sicherheit von der Republik Österreich gekündigt, die die Gewährung von Familienbeihilfe für Kinder vorsah, 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 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 die beiden Kinder für die jeweils ab Juli 1998 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge beantragt wurden, ständig im Ausland aufhalten. Das Finanzamt ging in der Bescheidbegründung davon aus, dass sich die beiden Kinder ständig in Bosnien-Herzegowina aufhalten und der BW ist dieser Feststellung in der Berufung nicht entgegen

getreten. Es kann somit als unstrittig angenommen werden, dass sich die betreffenden Kinder des BW im maßgeblichen Zeitraum ständig in Bosnien-Herzegowina aufgehalten haben.

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 die Kinder ständig im Ausland aufhalten, schließt § 5 Abs. 4 (bzw. Abs. 3) FLAG 1967 den Anspruch auf Familienbeihilfe aus. Ob weitere Anspruchs-voraussetzungen 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 werden.

Der Verfassungsgerichtshof hat sich in seinem 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 ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen 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. Solcherart liegt somit auch eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht vor (vgl. 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 für die beiden Kinder abzuweisen.

### 3) Antrag auf Gewährung von Kinderabsetzbeträgen:

In diesem Zusammenhang wird ausgeführt, dass gem. § 33 Abs. 4 Z 3 lit. a (bzw. für das Jahr 1999 § 33 Abs. 4 Z 3 lit. c) EStG 1988 ein Anspruch auf Kinderabsetzbeträge nur bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe gegeben ist.

Aus den genannten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden.

Salzburg, am 28. Juli 2004