

## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Berufungsvertrags, vertreten durch Mag. Peter Zivic, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Weihburggasse 20, vom 16. Jänner 2004 gegen den Bescheid des Finanzamtes XY vom 16. Dezember 2003 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab 1. April 1998 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Schreiben vom 25. April 2003 stellte der Steuerpflichtige, vertreten durch einen Rechtsanwalt, einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine ständig im Ausland (in einem der Nachfolgestaaten Jugoslawiens) 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 Antragstellers für seine mj. Kinder EK, EM und EL 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, ist beabsichtigt in einem Parallelfall im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof klären zu lassen.

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, 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

Berufungswerber die beantragte Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag für seine Kinder im Ausland gewährt wird.".

Das Finanzamt legte die Berufung ohne Erlassung einer Berufungsverentscheidung 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 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 idF des Bundesgesetzes BGBl.Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist.

Durch BGBl. 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, 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 (in einem der Nachfolgestaaten Jugoslawiens außerhalb des Gemeinschaftsgebietes) 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 nicht verhältnismäßig und sachlich nicht gerechtfertigt und somit europarechtswidrig 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 einem Nachfolgestaat Jugoslawiens außerhalb des Gemeinschaftsgebiets aufhalten. Solcherart liegt nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes auch eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht vor (VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204).

Zwischenzeitlich ist auch eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in einem gleichgelagerten Fall ergangen; über die Beschwerde wurde abschlägig entschieden.

Da das zu beurteilende Rechtsproblem somit bereits vom EuGH und von den österreichischen Höchstgerichten untersucht wurde, ohne dass dabei gemeinschaftsrechtliche Bedenken sichtbar geworden wären (siehe VfGH 4.12.2001, B 2366/00 und VwGH 18.9.2003, 2000/15/0204), ist eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit nicht ersichtlich.

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

Innsbruck, am 1. Februar 2005