

Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vertreten durch Mag. Peter Zivic, gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz betreffend Familienbeihilfe ab 1. April 1998 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 nunmehrige Bw. beantragte bei Beachtung des § 10 Abs. 3 FLAG 1967 fristwährend ab April 1998 die Gewährung von Familienbeihilfe samt Kinderabsetzbetrag für sein sich ständig im Ausland aufhaltendes Kind D.

Der Antrag möge bis zu einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) mit Rücksicht auf die derzeit anhängigen und noch nicht entschiedenen Verfahren betreffend Gewährung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag auch für minderjährige Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, bzw. bis zu einer Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers als allfällige Reaktion auf eine Entscheidung des EGMR einstweilen liegen gelassen und nicht bearbeitet werden.

Mit Bescheid vom 13. (zugestellt am 18.) 6.2003 erließ das zuständige Finanzamt einen Abweisungsbescheid betreffend "Gewährung der Familienbeihilfe". Die Begründung lautete im Wesentlichen, dass für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, grundsätzlich kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe, soferne es nicht entsprechende zwischenstaatliche Regelungen gebe. Das Abkommen über soziale Sicherheit mit der Republik Bosnien-Herzegowina, das diesbezügliche Regelungen beinhaltete, wurde mit 30.9.1996 gekündigt (BGBI.Nr. 347/1996). Dadurch fiel die Rechtsgrundlage für die Gewährung der Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig in Bosnien aufhalten, ab 1.10.1996 weg. Auf Grund der Entscheidungspflicht für Behörden gem. § 311 BAO wurde das Anbringen, den Antrag einstweilen fristwährend liegen zu lassen, als bloße Anregung gewertet.

In einer rechtzeitig dagegen eingebrachten Berufung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass der Bw. bzw. sein Dienstgeber gem. § 41 FLAG von der Beitragsgrundlage in gleicher Weise 4,5 % in den FLAF einzahle wie bei einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten. Der Bw. unterliege mit seinen Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit in Österreich auch der gleichen Lohn- bzw. Einkommensteuer wie der Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten. Während der Bw. allein deshalb, weil sich sein Kind im Ausland aufhalte, aus dem FLAF weder eine Familienbeihilfe erhalte noch ein Kinderabsetzbetrag berücksichtigt werde, erhalte ein vergleichbarer Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten, sowohl Familienbeihilfe als auch den Kinderabsetzbetrag. Ob diese unterschiedliche Behandlung verhältnismäßig und sachlich gerechtfertigt ist, sei Gegenstand eines Verfahrens vor dem EGMR in Strassburg (Beschwerde-Nr. 37460/02, Cirkovic./.Österreich.) Da der angeführte Ausschluss des Bw. von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag EMRK-widrig sei, möge der Berufung Folge gegeben und die beantragte Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag gewährt werden. Es erscheine sinnvoll, die diesbezügliche Entscheidung des EGMR abzuwarten.

Der Bw. bestritt nicht die Feststellung der Abgabenbehörde I. Instanz, wonach sich das im Antrag angeführte Kind im beantragten Zeitraum ständig in Bosnien-Herzegowina aufhielt.

Die Abgabenbehörde I. Instanz legte die gegenständliche Berufung der Abgabenbehörde II. Instanz zur Entscheidung vor.

Dem rechtlichen Vertreter des Bw. wurde als rechtlichen Vertreter des beim EGMR anhängigen zitierten Verfahrens "Cirkovic./.Österreich" vom EGMR ein mit 29.9.2003 datiertes Schreiben zugestellt, in dem u.a. Folgendes ausgesprochen 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:

A) Antrag auf Zuwarten bis zur Entscheidung des EGMR in der Beschwerdesache Cirkovic./.Österreich:

Da – wie oben angeführt – dieses Verfahren mittlerweile entschieden ist (Unzulässigkeit der Beschwerde) ist ein weiteres Zuwarten mit der Erlassung einer Entscheidung hinfällig und entspricht dies auch dem Willen des Bw.

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

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

Gem. § 5 Abs. 4 FLAG 1967 idF. BGBl. 201/1996 (Abs. 3 ab 1.1.2001, BGBl. I 2000/142) besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

§ 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 (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 idF. des Bundesgesetzes BGBl.Nr. 297/1995 weiter anzuwenden, bis völkerrechtlich anderes bestimmt ist".

Da Abkommen zwischen der Republik Österreich und Republik Bosnien-Herzegowina wurde zum 30. September 1996 gekündigt (BGBl.Nr. 347/1996).

Der Bw. selbst hat in der Berufung bzw. in seiner als Vorlageantrag iSd. § 276 Abs. 2 BAO zu wertenden Eingabe angegeben, dass sich sein Kind, für das ab 1.4.1998 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge beantragt wurde, ständig im Ausland aufhalte. Das Finanzamt ging in der Bescheidbegründung davon aus, dass sich das Kind ständig in Bosnien-Herzegowina aufhalte und der Bw. widersprach dieser Feststellung im Vorlageantrag nicht. Es kann somit als unstrittig angenommen werden, dass sich das betreffende Kind des Bw. im maßgeblichen Zeitraum 1989 bis 2003 ständig in Bosnien-Herzegowina aufhielt.

Bei Subsumtion des gegenständlichen Sachverhaltes unter die o.a. gesetzlichen Bestimmungen besteht kein Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe betreffend das sich in Bosnien-Herzegowina im maßgeblichen Zeitraum aufhaltende Kind. Ob weitere Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, war in der Folge nicht zu überprüfen.

Der VfGH sprach in seinem Erkenntnis vom 4.12.2001, B 2366/00 aus, dass ein verfassungsgesetzlicher Anspruch auf Familienbeihilfe für sich ständig im Ausland aufhaltende Kinder nicht anzunehmen sei. Es stehe dem Gesetzgeber im Rahmen seiner rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit zu, zu normieren, dass eine den Anspruch auf eine der Familienförderung dienende Transferleistung an eine Nahebeziehung des anspruchsvermittelten Kindes zum Inland gebunden sei und dabei auf den Aufenthalt des Kindes abgestellt werde; dies erwecke keine verfassungsrechtlichen Bedenken. – Bei Beachtung des zitierten VfGH-Erkenntnisses bringen die Berufungsausführungen hinsichtlich der Ungleichbehandlung zu einem Dienstnehmer, dessen Kinder sich im Inland aufhalten (was Leistung von 4,5 % der Beitragsgrundlage in den FLAF sowie Einkommensbesteuerung betrifft) nichts für das Berufungsbegehren, da der VfGH in seinem oben zitierten Erkenntnis ganz eindeutig aussprach, dass dieser Bereich der rechtspolitischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers unterliegt, es ihm in der Folge auch freisteht, die anzuwendenden Normen so zu gestalten,

dass die Leistung des Dienstgebers bzw. das Bezahlen von Einkommensteuer durch den Bw. noch nicht zu einem Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Kinderabsetzbetrag führt.

Obwohl der Bw. eine Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit nicht explizit vorbrachte, wird auf das Erkenntnis des VwGH vom 18.9.2003, 2000/15/0204 hingewiesen, wonach auch österreichische Staatsbürger von der einschränkenden Bestimmung des § 5 Abs. 4 bzw. Abs. 3 FLAG 1967 betroffen sind, wenn sich ihre Kinder ständig im Ausland aufhalten.

Da bei Beachtung der o.a. Normen kein Anspruch auf Familienbeihilfe für das sich ständig im Ausland aufhaltende Kind des Bw. für den maßgeblichen Zeitraum besteht, war spruchgemäß zu entscheiden.

Bemerkt wird, dass im in Berufung gezogenen Abweisungsbescheid lediglich betreffend den Antragspunkt "Familienbeihilfe" abgesprochen wurde, weshalb der Antrag auf Gewährung der Kinderabsetzbeträge noch unerledigt und in der Folge nicht Berufungsgegenstand ist.

Linz, 19. Februar 2004