

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Ri. in der Beschwerdesache N.N., Adr.Bf., vertreten durch Z.Z. Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft m.b.H., Adr.stV., über die Beschwerde vom 02. März 2021 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 08. Februar 2021 betreffend *Einkommensteuer 2019*, Steuernummer xxx, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 Bundesabgabenordnung (BAO) teilweise Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird abgeändert.

Die Einkommensteuer wird für das Jahr 2019 festgesetzt mit 49.288,00 Euro (bisher 50.164,00 Euro).

Die Bemessungsgrundlagen der festgesetzten Abgabe sind dem Ende der Entscheidungsgründe dem als Beilage angeschlossenen Berechnungsblatt zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Spruches dieses Erkenntnisses.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Der Beschwerdeführer [folgend: Bf.] erzielte im Streitjahr 2019 Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Am 27. Oktober 2020 reichte der Bf. seine Erklärung zur Einkommensteuer 2019 elektronisch ein. Er machte u.a. den Unterhaltsabsetzbetrag sowie den Familienbonus Plus geltend.

Die belangte Behörde erließ am 08. Februar 2021 den Einkommensteuerbescheid 2019 ohne den Unterhaltsabsetzbetrag (ohne nähere Begründung) und den Familienbonus Plus zu berücksichtigen. Zu letzterem führte die Behörde begründend aus, dass für den Anspruch auf Familienbonus Plus die Grundvoraussetzung der Bezug der Familienbeihilfe für das Kind sei (§ 33 Abs. 3a FLAG 1967 [gemeint: EStG 1988]). Die Kinderzulage der Vereinten Nationen (UNO) der Kindesmutter ersetze den Bezug der Familienbeihilfe nicht. Die Kindesmutter sei

Drittstaatsangehörige und bei der UNO beschäftigt. Damit sei die Mutter gemäß dem Amtssitzabkommen der Republik Österreich mit der UNO von der österreichischen Familienleistung ausgeschlossen. *„Die Angestellten der UNO und deren im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienmitglieder, auf die sich das Abkommen bezieht, sind von den Leistungen aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen oder einer Einrichtung mit gleichartigen Funktionen ausgeschlossen, sofern diese Personen weder österreichische Staatsbürger noch Staatenlose mit Wohnsitz in Österreich sind“.*

Wäre die Ehe aufrecht und würde der Kindesvater als österreichischer Staatsbürger dies beantragen, hätte er somit einen Anspruch darauf.

Der Bf. erhob durch seinen steuerlichen Vertreter am 02. März 2021 das Rechtsmittel der Beschwerde gegen den Einkommensteuerbescheid 2019 auf elektronischem Weg und führte begründend aus, dass sowohl die Kinder, die Kindesmutter und er als Vater in Österreich leben würden und somit prinzipiellen Anspruch auf Familienbeihilfe und somit auf Familienbonus Plus bzw. der geschiedene Gatte bei Unterhaltszahlungen auf den halben Familienbonus Plus hätte(n). Prinzipiell könne auch der geschiedene Partner die Familienbeihilfe beziehen (dies sei im konkreten Fall nicht erfolgt, da die UNO, bei der die geschiedene Gattin arbeiten würde, eine andere Regelung für Kinderbeihilfe habe und die Kinderbeihilfe über die UNO gezahlt werde - und daher nicht von der Republik Österreich). Außer Streit stehe damit aber, dass die Familie den prinzipiellen Anspruch auf Familienbeihilfe hätte. Das BFG habe in seinem jüngsten Judikat (BFG 01.12.2020, RV/5101183/2020) judiziert, dass der prinzipielle Anspruch für sich alleine ausreiche. Zitat: *„Gegenständlich ist wesentlich, dass für das Kind Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung besteht, wer diese Familienleistung in Anspruch nehmen könnte, ist irrelevant. Wesentlich ist nicht ein Antrag oder eine tatsächliche Gewährung der Familienleistungen, sondern die Anspruchsvoraussetzung. Dies gilt auch dann, wenn allfällige Familienleistungen im Ausland höher wären und die Differenzzahlung betragsmäßig Null wäre. Es genügt die Anspruchsberechtigung dem Grunde nach (vgl. auch LStR Rz 769b).“* Der Bf. habe daher zumindest Anspruch auf den halben Familienbonus Plus, zumal er Unterhalt bezahle. Im Bescheid sei außerdem ausgeführt worden, dass der Bf. bei aufrechter Ehe dem Grunde nach Anspruch auf den Familienbonus hätte, und nur durch die Scheidung nicht. Dies führe zu einer Ungleichbehandlung für geschiedene Partner in Bezug auf den Familienbonus und sei gegen die Aussage des OGH [gemeint: BFG], dass ein Anspruch dem Grunde nach schon ausreiche. Der Bf. beantragte die Berücksichtigung des (halben) Familienbonus. Außerdem wurde nochmals die Berücksichtigung des Unterhaltabsetzbetrages beantragt.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 26. April 2021 wies die belangte Behörde die Beschwerde mit wortgleicher Begründung laut Einkommensteuerbescheid 2019 als unbegründet ab.

Daraufhin beantragte der Bf. durch seinen steuerlichen Vertreter am 26. Mai 2021 auf elektronischem Weg die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vorzulegen.

Ergänzend zur Beschwerde wurde im Wesentlichen begründend ausgeführt, dass der Bf. als Kindsvater auch bei geschiedener Ehe – nämlich bei Verzicht seiner ehemaligen Gattin – Familienbeihilfe beziehen könnte (bei aufrechter Ehe könne er dies ohnehin) und deswegen bestehe auch beim Bf. ein Anspruch dem Grunde nach. Dass der haushaltsführende Elternteil den Anspruch auf Familienbeihilfe habe, sei eine gesetzliche Vermutung. Bei getrenntlebenden Elternteilen stehe dem Elternteil die Familienbeihilfe zu, der überwiegend die Unterhaltskosten für das Kind trage. Damit könne prinzipiell auch der geschiedene Partner die Familienbeihilfe beziehen.

Die belangte Behörde legte am 02. Juli 2021 die Beschwerde dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor und führte im Vorlagebericht unter Punkt Sachverhalt im Wesentlichen aus, dass die unterhaltsberechtigten Kinder des Bf. im Haushalt der – die Kinderzulage der Vereinten Nationen beziehenden – Kindesmutter leben würden. Art. 39 lit b des Abkommen zwischen der Republik Österreich und den Vereinten Nationen über den Amtssitz der Vereinten Nation in Wien schließe die Angestellten der Vereinten Nationen von Leistungen aus dem Ausgleichsfond der Familienbeihilfe aus, sofern sie weder die österreichische Staatsbürgerschaft aufweisen noch Staatenlos mit Sitz in Österreich sind. Tatsächlich sei für die Kinder nie Familienbeihilfe bezogen worden. Der Bf. leiste tatsächlich monatlich 1.000,00 Euro Unterhalt, womit der gesetzliche Unterhalt geleistet werde.

Als Beweismittel wurden der im Rahmen der einvernehmlichen Scheidung getroffenen Unterhaltsvergleich vom yyy eingebracht, aus welchem die vereinbarten Unterhaltsbeiträge des Bf. an seine beiden Kinder (monatlich 612,00 Euro und 372,00 Euro) ersichtlich sind. Weiters wurde für das Jahr 2019 eine Umsatzliste des Kreditinstitutes des Bf. vorgelegt, aus der 12 monatliche Überweisungen zu jeweils 1.000,00 Euro an die geschiedene Gattin erkennbar sind. Ebenso wurde eine Bestätigung der UNO vom 05. November 2020 vorgelegt, wonach die ehemalige Gattin des Bf. bei der UNO in Wien unbefristet angestellt ist und für die beiden Kinder die Kinderzulage der Vereinten Nationen erhält.

In der Stellungnahme führte die belangte Behörde aus: Aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 33 Abs. 3a EStG 1988 gehe hervor, dass die Grundvoraussetzung für die Gewährung des Familienbonus Plus der Bezug der Familienbeihilfe nach FLAG 1967 für das jeweilige Kind sei. Auch habe das BFG die Notwendigkeit des Familienbeihilfenbezuges für den Familienbonus Plus in seinem Erkenntnis vom 28. Jänner 2021 zu RV/7103765/2020 festgehalten. Dem Bf. sei aber zuzustimmen, dass die Judikatur des BFG in diesem Punkt nicht homogen sei und teilweise auch ein Anspruch dem Grunde nach, also ohne tatsächlichen Auszahlung der Familienbeihilfe bzw. einer Ausgleichs-/Differenzzahlung, für ausreichend erachtet worden sei. Der vorliegende Fall sei aber anders gelagert als die bisher vom BFG beurteilten Sachverhalte. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe hier nämlich auch dem Grunde nach nicht, da die Kindesmutter aufgrund des Amtssitzabkommens und mangels österreichischer Staatsbürgerschaft vom Bezug der Familienbeihilfe ausgenommen sei. Beim Bf. wäre nun zwar – da der Elternteil, dem die Kinder haushaltszugehörig seien, keinen Anspruch auf

Familienbeihilfe besitze – ein Familienbeihilfenanspruch denkbar, diesbezüglich müsse aber nachgewiesen werden, dass der Bf. tatsächlich die überwiegenden Unterhaltskosten (= mehr als 50%) für die Kinder trage. Dieser Nachweis sei bisher noch nicht erfolgt bzw. zuerst im Familienbeihilfeverfahren zu klären. Der Bf. habe aber noch keinen Antrag auf Familienbeihilfe gestellt.

Falls das Bundesfinanzgericht diese rechtliche Meinung nicht teile, sei nach Ansicht der belangten Behörde, dem Bf. der ganze (und nicht der halbe) Familienbonus zuzusprechen, da eine Geltendmachung durch die Kindesmutter ausgeschlossen scheine.

Zum Unterhaltsabsetzbetrag führte die belangte Behörde aus, dass der Familienbeihilfenbezug nur bei volljährigen Kindern eine Voraussetzung für die Gewährung des Unterhaltsabsetzbetrages (vgl. e contrario § 34 Abs. 7 Z 5 EStG 1988) sei. Da beide Kinder im Jahr 2019 minderjährigen gewesen seien und der gesetzliche Unterhalt nachgewiesenermaßen geleistet worden sei, sei der Unterhaltsabsetzbetrag für zwei Kinder zu gewähren. Es werde beantragt der Beschwerde, im Sinne der obigen Ausführungen, teilweise stattzugeben.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob dem Bf. der Familienbonus Plus und der Unterhaltsabsetzbetrag zusteht. Der Bf. ist Vater zweier minderjähriger Kinder. Er ist von der Kindesmutter geschieden. Die Kindesmutter war 2019 Angestellte der Vereinten Nationen in Wien und bezog die Kinderzulage der UNO für die beiden gemeinsamen Kinder. Die Kinder leben im Haushalt der Kindesmutter. Alle Beteiligten haben den Wohnsitz in Österreich. Der Bf. leistete für seine beiden Kinder den gesetzlichen Unterhalt iHv. gesamt monatlich 1.000,00 Euro.

2. Rechtliche Beurteilung

2.1. Zu Spruchpunkt I. (Abänderung)

a) Familienbonus Plus

§ 33 Abs. 3a EStG 1988 normiert auszugsweise:

„Für ein Kind, für das Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 gewährt wird und das sich ständig in einem Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhält, steht auf Antrag ein Familienbonus Plus nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen zu:

1. Der Familienbonus Plus beträgt

a) bis zum Ablauf des Monats, in dem das Kind das 18. Lebensjahr vollendet, für jeden Kalendermonat 125 Euro, (...)“

Der Gesetzgeber führte in den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu § 33 Abs 3a EStG 1988 aus: *„Anspruchsvoraussetzung für den Familienbonus Plus ist, dass für das Kind Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 gewährt wird. Beginnt oder endet der Bezug von Familienbeihilfe während des Kalenderjahres, besteht daher Anspruch auf den Familienbonus Plus für die Monate, für welche Familienbeihilfe bezogen wird“* (ErlRV 190 BlgNR XXVI. GP, 9).

§ 33 Abs. 3a EStG 1988 führt explizit aus, dass der Familienbonus Plus nur dann zusteht, wenn für ein Kind die Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz 1967 gewährt wird. Der Begriff „gewährt“ findet sich ebenso in § 33 Abs. 3 EStG 1988 (*„Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von ... zu“*).

Der Verwaltungsgerichtshof hat zu § 33 Abs. 3 EStG 1988 judiziert, dass einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des FLAG 1967 Familienbeihilfe „gewährt“ wird, der Kinderabsetzbetrag nur im Falle *„eines tatsächlichen Familienbeihilfenbezuges“* zusteht (vgl. VwGH 16.12.2010, 2008/15/0213) bzw. führt aus *„... der Kinderabsetzbetrag seinerseits an die Gewährung, also den tatsächlichen Bezug der Familienbeihilfe anknüpft“* (VwGH 25.11.2010, 2007/15/0150).

Aufgrund der in § 33 Abs. 3a EStG 1988 gewählten und insoweit mit § 33 Abs 3 EStG 1988 übereinstimmenden Gesetzeswortlaut *„Familienbeihilfe gewährt wird“* reicht der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht aus, die Familienbeihilfe muss vielmehr gem. § 10 FLAG beantragt (soweit die Gewährung nicht gem. § 10a Abs 1 FLAG automatisch erfolgt) und auch tatsächlich gewährt werden (vgl. *Kanduth-Kristen* in Jakom EStG¹⁴, § 33 Rz 30).

Ein bloßer Anspruch oder Antrag reicht folglich nicht aus (*Gunter/Sebastian* in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn, Kommentar zum EStG²², Familienbonus Plus Rz 34/2; ebenso *Wanke* in Wiesner/Grabner/Knechtel/Wanke, EStG § 33, Stand 1.9.2021, rdb.at, Anm. 22: *„... Die Familienbeihilfe muss tatsächlich ausbezahlt ... werden, der bloß abstrakte Anspruch ohne Auszahlung durch das FA reicht – abgesehen von den in Anm 25 genannten Fällen mit Auslandsbezug – nicht ...“*).

Aufgrund des Gesetzeswortlaut, der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs und der soeben zitierten Literatur wird der gegenteiligen Ansicht eines Teiles der Literatur, nach welcher lediglich die Anspruchsvoraussetzung gegeben sein müsse (*„... Wesentlich ist nicht ein Antrag oder eine tatsächliche Gewährung der Familienleistungen, sondern die Anspruchsvoraussetzung ...“*, *Hilber*, in Hofstätter/Reichel, Die Einkommensteuer –Kommentar⁷⁰, Rz 21 zu § 33 Abs. 3a EStG), vom Bundesfinanzgericht nicht gefolgt.

Aus den vorgelegten Unterlagen und dem Vorbringen des Bf. im gegenständlichen Fall ist nicht ersichtlich, dass der Bf. oder die Kindesmutter österreichische Familienbeihilfe nach dem FLAG 1967 bezogen haben, noch wurde überhaupt bis dato jemals ein Antrag dahingehend gestellt. Ohne Antragstellung kann eine Familienbeihilfe aber nicht gewährt werden, weshalb der gesetzlichen Bestimmung des § 33 Abs. 3a EStG 1988 folgend auch kein Anspruch auf den Familienbonus Plus bestehen kann. Da im Beschwerdefall die notwendige Voraussetzung der gewährten Familienbeihilfe nicht gegeben ist, war auf die weitere Argumentation des Finanzamtes im Vorlagebericht nicht weiter einzugehen.

b) Unterhaltsabsetzbetrag

§ 33 Abs. 4 EStG 1988 lautet auszugsweise: „Darüber hinaus stehen folgende Absetzbeträge zu, wenn sich das Kind ständig in einem Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhält: ...

3. Steuerpflichtigen, die für ein Kind den gesetzlichen Unterhalt leisten, steht ein

Unterhaltsabsetzbetrag von 29,20 Euro monatlich zu, wenn

– das Kind nicht ihrem Haushalt zugehört (§ 2 Abs. 5 Familienlastenausgleichsgesetz 1967) und

– für das Kind weder ihnen noch ihrem jeweils von ihnen nicht dauernd getrennt lebenden (Ehe-)Partner Familienbeihilfe gewährt wird.

Leisten sie für mehr als ein nicht haushaltszugehöriges Kind den gesetzlichen Unterhalt, so steht für das zweite Kind ein Absetzbetrag von 43,80 Euro und für jedes weitere Kind ein Absetzbetrag von jeweils 58,40 Euro monatlich zu. Erfüllen mehrere Personen in Bezug auf ein Kind die Voraussetzungen für den Unterhaltsabsetzbetrag, so steht der Absetzbetrag nur einmal zu.“

Der Bf. hat im Streitjahr 2019 für seine beiden bei der Kindesmutter in Österreich lebenden Kinder nachweislich ganzjährig den gesetzlichen Unterhalt geleistet. Dem Bf. wurde für die Kinder auch keine Familienbeihilfe gewährt. Daher sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Der Unterhaltsabsetzbetrag steht monatlich für das erste Kind iHv. 29,20 Euro und für das zweite Kind iHv. 43,80 Euro zu:

Kind 1: 29,20 x 12 Monate = 350,40 Euro

Kind 2: 43,80 x 12 Monate = 525,60 Euro

Gesamtsumme: 876,00 Euro für das Jahr 2019

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

2.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche

Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Im gegenständlichen Fall ergeben sich die Rechtsfolgen unmittelbar aus den gesetzlichen Bestimmungen. Im Übrigen folgt die Entscheidungen der angeführten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs. Die (ordentliche) Revision war daher nicht zuzulassen.

Graz, am 21. Februar 2022