



---

## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, vertreten durch Vt, vom 24. April 2006 gegen die Bescheide des Finanzamtes Kitzbühel Lienz vom 12. April 2006 betreffend Einkommensteuer 2004 und 2005 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Die angefochtenen Bescheide werden aufgehoben.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben sind den als Beilage angeschlossenen Berechnungsblättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil dieses Bescheidspruches.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Bescheid vom 12. April 2006 wurde das Verfahren gemäß § 303 Abs 4 BA0 zu Bescheid vom 7. Dezember 2005 hinsichtlich Einkommensteuer 2004 wiederaufgenommen, da anlässlich einer nachträglichen Prüfung der Erklärungsangaben die in der Begründung zum beiliegenden Einkommensteuerbescheid angeführten Tatsachen und/oder Beweismittel neu hervorgekommen seien, die eine Wiederaufnahme des Verfahrens erforderlich machten. Im Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2004 vom 12. April 2006 wurde ausgeführt, dass Alleinverdiener ein Steuerpflichtiger sei, der mehr als sechs Monate im Kalenderjahr verheiratet ist und von seinem in Österreich wohnhaften (unbeschränkt steuerpflichtigen) Ehegatten nicht dauernd getrennt lebt. Da diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht zutreffen, könne der Alleinverdienerabsetzbetrag nicht berücksichtigt werden.

Auch im Einkommensteuerbescheid für das Kalenderjahr 2005 vom 12. April 2006 wurde aus obgenannten Gründen der Alleinverdienerabsetzbetrag nicht berücksichtigt.

Laut Ermittlungen der Abgabenbehörde erster Instanz bei der Wohnsitzgemeinde des Steuerpflichtigen ergab sich, dass dessen Ehegattin dort nicht gemeldet bzw bekannt sei. Nachdem der vorliegende Sachverhalt der steuerlichen Vertretung telefonisch mitgeteilt wurde, sei daraufhin eine schriftliche Erklärung beider Ehegatten vorgelegt worden, welche beinhaltet, dass sich die Gattin ausschließlich am inländischen Wohnsitz des Gatten aufhalte und als Hausfrau in den betreffenden Jahren keine Einkünfte bezogen habe. Da die Gattin laut telefonische Auskunft der steuerlichen Vertretung jedoch nach wie vor im Ausland mit Wohnsitz gemeldet ist, bestehe der Verdacht, dass dort eventuell Mieteinkünfte oder anderweitige Einkünfte (Pensionsbezug etc) von der Gattin bezogen werden, welche einer Berücksichtigung des AVAB entgegenstehen. Es sei daher am 1. Juni 2006 über die steuerliche Vertretung telefonisch eine schriftliche Erklärung über den Grund der bisher nicht erfolgten Wohnsitzmeldung am inländischen Wohnsitz des Gatten sowie eine Bestätigung der ausländischen Steuerbehörde betreffend Höhe der eventuell in den Jahren 2004 und 2005 bezogenen Einkünfte, andernfalls eine Bestätigung der steuerlichen Nichterfassung angefordert worden, welche jedoch bis zum jetzigen Zeitpunkt beim Finanzamt nicht eingebracht wurden. Es sei daher davon auszugehen, dass die Voraussetzungen zur Berücksichtigung des AVAB nicht gegeben waren.

Im Akt befindet sich eine Erklärung vom 19. Mai 2006 der beiden Ehegatten, welche angibt, dass die Ehegattin zusammen mit dem Bw ausschließlich in c zusammenlebe und Hausfrau sei und in den Jahren 2004 und 2005 keine Einkünfte bezogen habe.

Gegen obgenannte Einkommensteuerbescheide für 2004 und 2005 wurde von der steuerlichen Vertretung rechtzeitig berufen und eingewandt, dass die Ehegattin des Bw mit ihm in c Nr. 169 zusammenlebe und eine Nichtgewährung des Alleinverdienerabsetzbetrages rechtswidrig sei.

Mit Berufungsvorentscheidungen vom 18. Oktober 2006 wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen, da die Gattin im Inland, wo sie sich dauernd aufhalten sollte, trotz Meldepflicht meldebehördlich nicht erfasst sei. Laut Auskunft der steuerlichen Vertretung sei die Ehegattin jedoch nach wie vor im Ausland an ihrem Herkunftsort mit Wohnsitz gemeldet. Es liege daher die Vermutung nahe, dass die Gattin des Bw ausländische Einkünfte (Pensionseinkünfte, Einkünfte aus Vermietung/Verpachtung etc) bezogen hat und daher eine Überschreitung des Grenzbetrages zur Berücksichtigung des Alleinverdienerabsetzbetrages vorliegt. Es seien daher über die steuerliche Vertretung am 1. Juni 2006 telefonisch eine Bestätigung der ausländischen Steuerbehörde betreffend der eventuell in den Jahren 2004 und 2005

bezogenen Einkünfte andernfalls eine Bestätigung der steuerlichen Nichterfassung sowie eine schriftliche Erklärung über den Grund der bisher nicht erfolgten Wohnsitzmeldung am inländischen Wohnsitz des Gatten angefordert worden, welche jedoch bis zum jetzigen Zeitpunkt beim Finanzamt nicht eingebracht wurden. Es sei daher davon auszugehen, dass die Voraussetzungen zur Berücksichtigung des AVAB nicht gegeben waren.

Mit Eingabe vom 24. November 2006 wurde gegen die Berufungsvorentscheidungen für die Jahre 2004 und 2005 innerhalb offener Rechtsmittelfrist Berufung erhoben. Gemäß Artikel 73 VO (EWG) Nr. 1408/71 habe ein Arbeitnehmer, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten. Der Begriff der Familienleistung bestimme sich gemäß Artikel 1 lit u sublit i VO (EWG) Nr. 1408/71 wie folgt: Familienleistungen seien alle Geld- und Sachleistungen, die zum Ausgleich von Familienlasten im Rahmen der in Artikel 4 Abs 1 lit h VO (EWG) Nr. 1408/71 genannten Rechtsvorschriften bestimmt sind. Die Nichtgewährung des Alleinverdienerabsetzbetrages wäre somit ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot, sowie gegen die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten.

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß §33 Abs 4 Z 1 EStG 1988 steht einem Alleinverdiener ein Alleinverdienerabsetzbetrag von € 364,00 jährlich zu.

Alleinverdiener ist ein Steuerpflichtiger, der

- mehr als 6 Monate im Kalenderjahr verheiratet ist

**und**

- von seinem unbeschränkt steuerpflichtigen Ehegatten nicht dauernd getrennt lebt.

Das Finanzamt begründet die Nichtberücksichtigung des Alleinverdienerabsetzbetrages in den Kalenderjahren 2004 und 2005 wie folgt:

- Die Gattin des Bw sei im Inland, wo sie sich laut eigenen Angaben dauernd beim Bw aufhalten sollte, trotz Meldepflicht nicht polizeilich gemeldet;
- Die Ehegattin sei nach wie vor im Ausland an ihrem Herkunftsort mit Wohnsitz gemeldet;
- Es liege daher die Vermutung nahe, dass sie ausländische Einkünfte (Pensionseinkünfte, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung etc) bezogen hat und daher eine Überschreitung des Grenzbetrages zur Berücksichtigung des Alleinverdienerabsetzbetrages vorliege;

- Es seien weder die abverlangte Bestätigung der ausländischen Steuerbehörde betreffend der eventuell in den Jahren 2004 und 2005 bezogenen Einkünfte, andernfalls eine Bestätigung über die steuerliche Nichterfassung sowie eine schriftliche Erklärung über den Grund der bisher nicht erfolgten Wohnsitzmeldung am inländischen Wohnsitz des Gatten, vorgelegt worden;

Strittig ist im vorliegenden Fall somit, ob die Ehegattin trotz polizeilicher Nichtmeldung am inländischen Wohnsitz des Bw und gleichzeitig aufrechter polizeilicher Meldung an ihrem Herkunftsort im Ausland als unbeschränkt steuerpflichtige Ehegattin vom Bw nicht dauernd getrennt gelebt hat und der im Berufungsverfahren dargestellte Sachverhalt ausreichend unter Beweis gestellt wurde.

Der vorliegende Sachverhalt ist in rechtlicher Hinsicht wie folgt zu beurteilen:

- a.) Eine aufrechte Ehe spricht grundsätzlich gegen eine dauernd getrennte Lebensführung. Es handelt sich dabei aber nur um eine widerlegbare Vermutung (VwGH 21.12.1992, 89/13/0135; VwGH 22.10.1997, 95/13/0161). Das Finanzamt hat diese Vermutung im Zuge seines Ermittlungsverfahrens jedenfalls nicht widerlegt.
- b.) Das Tatbestandsmerkmal des "nicht dauernd getrennt Lebens" stellt nicht auf die Anzahl der Wohnsitze eines der beiden Ehegatten oder dessen polizeiliche Meldung, sondern ausschließlich auf die Sachverhaltsfrage ab, ob der Steuerpflichtige, der den Alleinverdienerabsetzbetrag beansprucht, bei an sich aufrechter Ehe tatsächlich mit seinem Ehegatten in Gemeinschaft lebt. Von einem "nicht dauernd getrennt leben" ist in diesem Zusammenhang auch dann noch zu sprechen, wenn der Gatte zB aus Gründen des Berufes - sei es auch für längere Zeit und immer wieder - vom gemeinsamen Familienwohnsitz abwesend ist, in mehr oder weniger regelmäßigen Abständen jedoch an diesen zurückkehrt, um sodann gemeinsam mit seinem Ehegatten dort zu leben (VwGH 15.2.1984, 83/13/0153). Hingegen ist ein "dauernd getrennt leben" jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein Ehegatte die gemeinsame eheliche Wohnung verlässt, um forthin auf Dauer sein Leben in einer anderen Wohnung zu verbringen, und zwar auch dann, wenn die Gatten überein kommen, die Ehe nach außen hin - etwa mit Rücksicht auf die gemeinsamen Kinder - aufrecht zu erhalten (VwGH 21.12.1992, 89/13/0135). An dem Zustand des "dauernd getrennt Lebens" ändert auch der Umstand nichts, dass jener Eheteil, der die eheliche Wohnung verlassen hat, mehr oder weniger oft, etwa zum Besuch gemeinsamer Kinder, in diese zurückkehrt (VwGH 15.2.1984, 83/13/0153). Ein derartiges Vorgehen ist im vorliegenden Berufungsfall nach der Aktenlage jedenfalls nicht ersichtlich.
- c.) Im Regelfall wird daher nicht bloß auf den äußeren Anschein, sondern auf die *Absicht* der Ehegatten abzustellen sein, dauernd oder nur vorübergehend getrennt zu leben. Dem subjektiven Willen der Ehegatten kann (nur) dann kein entscheidendes Gewicht mehr

beigemessen werden, wenn objektive Umstände eine *dauernde* Trennung erzwingen (vgl. VwGH 21.12.1992, 89/13/0135), wie dies zB bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe der Fall sein kann (VwGH 21.12.1992, 89/13/0135).

Mehrere Wohnsitze oder die polizeiliche Meldung an einem anderen Wohnsitz bewirken noch keine dauernde Trennung (*Doralt*, aaO.; vgl. VwGH 22.10.1997, 95/13/0161).

d.) Die Behörde ist daher im Regelfall dazu verhalten, die Absicht der Ehegatten, dauernd oder nur *vorübergehend* getrennt zu leben, zu erforschen, festzustellen und der behördlichen Entscheidung zugrunde zu legen (VwGH 21.12.1992, 89/13/0135).

Aus der vorgelegten Erklärung vom 19. Mai 2006, welche auch von beiden Ehepartnern unterzeichnet wurde, geht hervor, dass die Ehegattin mit dem Bw an dessen Wohnadresse zusammenlebt, Hausfrau ist und in den Jahren 2004 und 2005 keine Einkünfte bezog. Auch der Einkünftenachweis bzw die steuerliche Nichterfassung wurde mit der Bestätigung der AEP 1, vom 20. November 2006 nachgeholt.

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung war daher den vorgelegten Beweismitteln Glauben zu schenken und davon auszugehen, dass die Ehegattin zusammen mit dem Bw in Österreich wohnt und in den relevanten Kalenderjahren keine Einkünfte bezog. Die lediglich nicht vollzogene polizeiliche Meldung an der österreichischen Adresse alleine kann nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates nicht als derart starkes Indiz gewertet werden, dass sämtliche vorgelegte Unterlagen ihre Beweiskraft verlieren.

Aufgrund obstehender Ausführungen war somit eine rechtliche Würdigung des zusätzlichen Vorbringens der steuerrechtlichen Vertretung in ihrer Eingabe vom 20. November 2006 betreffend Diskriminierungsverbot, Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten etc entbehrlich.

Gemäß § 33 Abs 5 EStG 1988 stehen bei Einkünften aus einem bestehenden Dienstverhältnis die unter Z 1 bis 3 genannten Absetzbeträge zu. Nach der gesetzlichen Bestimmung im Abs 6 hat ein Steuerpflichtiger Anspruch auf einen Pensionistenabsetzbetrag bis zu 400 Euro jährlich, wenn die in Abs 5 genannten Absetzbeträge nicht zustehen und er Bezüge oder Vorteile im Sinne des § 25 Abs 1 Z 1 oder 2 für frühere Dienstverhältnisse, Pensionen und gleichartige Bezüge im Sinne des § 25 Abs 1 Z 3 oder Abs 1 Z 4 bis 5 bezieht. Bei Einkünften, die den Anspruch auf den Pensionistenabsetzbetrag – wie es auf den vorliegenden Berufungsfall zutrifft - begründen, steht der Werbungskostenpauschbetrag nach § 16 Abs 3 nicht zu.

Das heisst im konkreten Fall aber, dass bei der Berechnung der Einkommensteuer für 2004 und 2005 jeweils kein Werbungskostenpauschale von 132 € und auch kein Verkehrsabsetzbetrag von 261 € - wie ursprünglich in den Bescheiden des Finanzamtes

angesetzt – zu berücksichtigen sind. Eine diesbezügliche Berichtigung war daher laut beiliegender Berechnungsblätter vorzunehmen.

Der jeweils für die einzelnen Kalenderjahre begründete Pensionistenabsetzbetrag wurde gemäß § 33 Abs 6 EStG 1988 eingeschliffen und verminderte sich aufgrund der genannten Bestimmung auf Null.

Es war daher wie im Spruch ausgeführt zu entscheiden.

Beilage: 2 Berechnungsblätter

Feldkirch, am 5. April 2007