

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R in der Beschwerdesache Bf., W. gegen den Bescheid des FA Wien 2/20/21/22 vom 26.06.2012, betreffend Einkommensteuer 2010 und 2011 zu Recht erkannt:

Der Beschwerde betreffend Einkommensteuer 2010 wird teilweise stattgegeben.

Der Beschwerde betreffend Einkommensteuer 2011 wird stattgegeben.

Die Bemessungsgrundlagen und die Höhe der Abgaben sind den beiliegenden Berechnungsblättern zu entnehmen und bilden einen Bestandteil des Bescheidspruches.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Der Beschwerdeführer (Bf.) beantragte im Zuge der Arbeitnehmerveranlagung für die Jahre 2010 und 2011 die Berücksichtigung von Aufwendungen für doppelte Haushaltsführung und Familienheimfahrten als Werbungskosten. Für das Jahr 2010 wurden diese Aufwendungen für fünf Monate berücksichtigt, jedoch für den Rest des Jahres mit der Begründung, dass der Sohn M. volljährig geworden sei, nicht gewährt. Dieser Bescheid wurde mit Bescheid vom 19.2.2013 gemäß § 299 BAO aufgehoben.

Der Spruch lautet: Der Bescheid vom 26.6.2012 wird gemäß § 299 BAO aufgehoben. Die Begründung lautet: Gemäß § 299 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde erster Instanz auf Antrag der Partei oder von Amts wegen einen Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz aufheben, wenn der Spruch des Bescheides sich als nicht richtig erweist.

Die Aufwendungen für das Jahr 2011 wurden mit Bescheid vom 26. Juni 2012 aliquot für einen Monat gewährt, das Mehrbegehren mit der Begründung abgewiesen, dass die Gattin seit Februar 2012 arbeitslos sei und die Kinder bereits volljährig seien.

Aus dem Akt ist ersichtlich, dass folgende Aufwendungen als Werbungskosten beantragt wurden:

- 2010: Familienheimfahrten: € 3.372.-, doppelte Haushaltsführung: € 1.743.-
- 2011: Familienheimfahrten: € 3.672.-, doppelte Haushaltsführung: € 1.743.-

Gegen den Bescheid vom 26.6.2012 wurde mit Schriftsatz vom 13. Juli 2012 Beschwerde erhoben und als Begründung folgendes ausgeführt: Der Bf. habe für seine Gattin am 19.1.2010 einen Antrag auf Aufenthaltsgenehmigung gestellt, der bis heute nicht erledigt sei. Daher könne es nicht seine private Angelegenheit sein, dass er Aufwendungen für doppelte Haushaltsführung zu tragen habe.

Diese Beschwerde wurde mit Beschwerdevorentscheidung vom 19.2.2013 als unbegründet abgewiesen und auch die zunächst gewährten Aufwendungen für Jänner 2011 nicht anerkannt. Als Begründung wurde darauf verwiesen, dass der Gattin laut Auskunft der MA 35 vom 28.8.2010 bis 28.8.2011 ein gültiger Aufenthaltstitel gewährt worden sei.

Folgende weitere Unterlagen sind dem Finanzamtsakt zu entnehmen:

- Eine Bescheinigung des Arbeitsamtes, wonach die Gattin von 4.5.1995 bis 23.1.2002, von 2.9.2004 bis 2.9.2004 und ab 7.2.2011 arbeitslos gewesen sei,
- eine Abfrage aus dem zentralen Melderegister, wonach die Gattin von 3.11.2009 bis 7.4.2010 in Wien an der gleichen Adresse wie der Bf. mit Hauptwohnsitz gemeldet war
- Mietvertrag der Wiener Wohnung und diverse Erlagscheinabschnitte über die Mietenzahlungen
- diverse Tankbelege für die Jahre 2010 und 2011.

Am 18.3.2013 ging beim Finanzamt ein Schreiben des Bf. ein, das laut Fußnote ein Formular namens Berufung Allgemein, herausgegeben durch das Infocenter des Finanzamtes Wien 8/16/17, ist. Dieses Formular hat einen Betreff, der bereits vorgegeben ist und folgendermaßen lautet: Berufung gegen den ... Bescheid vom: Gegen den oben angeführten Bescheid erhebe ich innerhalb offener Frist Berufung und begründe dies wie folgt: Der Betreff wurde vom Bf. wie folgt ausgefüllt: Berufung gegen den 19.2.1913, Bescheid vom 2010 AV 2011 AV.

Die Begründung ist handschriftlich ausgefüllt und enthält folgenden sinngemäß wiedergegebenen Inhalt: Der Bf. habe erst vom Finanzamt erfahren, dass seiner Frau ein Visum erteilt worden ist. Es sei auf die Meldung aus Österreich gewartet worden, es sei jedoch nie eine Verständigung über das Visum erfolgt. Deswegen habe dieses auch nicht abgeholt werden können. Seine Gattin sei in Mn. gewesen, weil ihr gesagt worden sei, dass sie dort auf das Visum warten solle. Da sie keine Verständigung über das Visum erhalten habe, habe sie dieses auch nicht abholen können.

Laut des vom Bundesfinanzgericht angeforderten Aktes der MA 35 stellte die Gattin des Bf. am 19.1.2010 den Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels als Familienangehörige.

Mit Schreiben der MA 35 vom 19.4.2010 wurde der Bf. aufgefordert, weitere Unterlagen bis zum 11.5.2010 nachzureichen. Der Antrag wurde am 28.7.2010 für ein Jahr genehmigt. Einen Zustellnachweis gibt es nicht. Am 11.1.2012 wurde das Verfahren wegen Nichtbehebung des Aufenthaltstitels eingestellt. Darüber gibt es einen Aktenvermerk, in dem festgehalten wird, dass entgegen § 23 Abs. 3 NAG, der Aufenthaltstitel nicht binnen sechs Monaten ab Mitteilung bei der Inlandsbehörde behoben wurde. Weiters ist aktenkundig, dass die Gattin des Bf. vom 3.11.2009 bis 7.4.2010 an der gleichen Adresse wie ihr Gatte als Hauptwohnsitz gemeldet war.

Dem Bundesfinanzgericht wurde telefonisch folgende in einem Aktenvermerk festgehaltene Auskunft erteilt:

*"Bei Erteilung eines Aufenthaltstitels erfolgt eine Mitteilung an die österreichische Adresse oder an einen Bevollmächtigten in Österreich oder über die Botschaft im Ausland.*

*Erst wenn der Antragsteller od. der Bevollmächtigte persönlich die Mitteilung abgeholt hat, wird die Karte bestellt. Die Mitteilung wird mit normalem Briefkuvert verschickt.*

*Im Akt der MA 35 findet sich folgender Aktenvermerk: "It. Fr B. keine Vollmacht vorhanden, dahe keine Verständigung an den Gatten." Aus dem Akt ist nicht ersichtlich welche weiteren Schritte gesetzt wurden. Wäre die Antragstellerin bezügl. Vorlage einer Vollmacht angeschrieben worden oder wäre die Botschaft eingeschaltet worden, fände sich darüber etwas im Akt."*

Über Vorhalt des Bundesfinanzgerichtes legte der Bf. eine beglaubigte Übersetzung einer Bestätigung des örtlich zuständigen Arbeitsamtes vor, wonach die Gattin seit 2.9.2004 arbeitslos meldet sei. Weiters sei sie laut der beglaubigten Übersetzung einer Bestätigung des Krankenhauses am Wohnort vom 22.3.2014 wegen einer Angst Erscheinungsform und Merkmalen der psychopathologischen Persönlichkeitsstruktur in Behandlung.

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

Das Bundesfinanzgericht geht von folgendem Sachverhalt aus:

Der Bf. beantragte die Berücksichtigung von Aufwendungen für doppelte Haushaltsführung und Familienheimfahrten im Jahr 2010 i.H. von insges. € 5.115.- und für das Jahr 2011 i.H. von insges. € 5.415.-.

Die Gattin des Bf. wohnte von 3.11.2009 bis 7.4.2010 in Wien an der gleichen Adresse wie der Bf..

Am 19.1.2010 stellte die Gattin des Bf. bei der MA 35 den Antrag auf Gewährung eines Aufenthaltstitels.

Der Aufenthaltstitel wurde mit Gültigkeit 28.8.2010 bis 28.8.2011 gewährt.

Eine Verständigung darüber seitens der MA 35 erfolgte nicht.

Die Gattin ist seit September 2004 in ihrer Heimat arbeitslos.

Dieser Sachverhalt ist wie folgt zu würdigen:

Gemäß § 16 Abs. 1 EStG 1988 sind Werbungskosten allgemein die Aufwendungen oder Ausgaben zur Erwerbung, Sicherung oder Erhaltung der Einnahmen. Sie sind bei der Einkunftsart abzuziehen, bei der sie erwachsen sind. Hingegen dürfen gemäß § 20 Abs. 1 EStG 1988 die für den Haushalt des Steuerpflichtigen und für den Unterhalt seiner Familienangehörigen aufgewendeten Beträge und Aufwendungen oder Ausgaben für die Lebensführung, selbst wenn sie die wirtschaftliche oder gesellschaftliche Stellung des Steuerpflichtigen mit sich bringt und sie zur Förderung des Berufes oder der Tätigkeit des Steuerpflichtigen erfolgen, bei den einzelnen Einkünften nicht abgezogen werden.

Liegt der Familienwohnsitz des Steuerpflichtigen außerhalb der üblichen Entfernung vom Beschäftigungsamt, so können *Familienheimfahrten* vom Wohnsitz am Arbeitsort zum Familienwohnsitz unter bestimmten Voraussetzungen Werbungskosten sein, nämlich dann, wenn die Beibehaltung des Wohnsitzes außerhalb der üblichen Entfernung vom Arbeitsort aus beruflichen Gründen erfolgt. Ist die Wahl oder Beibehaltung des Familienwohnsitzes außerhalb der üblichen Entfernung vom Beschäftigungsamt hingegen auf der privaten Sphäre zuzuordnende Gründe zurückzuführen, sind die daraus entstandenen Aufwendungen nicht abzugsfähig (vgl. VwGH 15.12.1994, 93/15/0083, und die dort zitierte Vorjudikatur).

Wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 18.10.2005, 2005/14/0046, zum wiederholten Male ausgesprochen hat, ist die Beibehaltung des Familienwohnsitzes aus der Sicht jener Erwerbstätigkeit, die in unüblicher Entfernung von diesem Wohnsitz ausgeübt wird, niemals durch diese Erwerbstätigkeit, sondern immer durch Umstände veranlasst, die außerhalb dieser Erwerbstätigkeit liegen. Berufliche Veranlassung der mit der doppelten Haushaltsführung verbundenen Mehraufwendungen des Steuerpflichtigen und deren daraus resultierende Qualifizierung als Werbungskosten liegen nach ständiger Rechtsprechung nur dann vor, wenn dem Steuerpflichtigen die Verlegung des Familienwohnsitzes an den Ort seiner Beschäftigung nicht zuzumuten ist, wobei die Unzumutbarkeit unterschiedliche Ursachen haben kann.

Gründe, die im Fremden-od. Aufenthaltsrecht gelegen sind und den Zuzug von Familienangehörigen an den Beschäftigungsamt erschweren, können die Wohnsitzverlegung an den Beschäftigungsamt ebenfalls unzumutbar machen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Wirksamkeit von Erledigungen, und damit ihre rechtliche Existenz, grundsätzlich voraus, dass sie dem Adressaten bekanntgegeben werden (vgl. VwGH vom 20.3.1989, 88/15/0131).

Nach Auffassung des BFG ist die Tatsache, dass die Gattin von der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung aus Gründen die bei der MA 35 gelegen waren, nicht verständigt wurde gleich zu behandeln, als ob ihr kein Aufenthaltstitel gewährt worden wäre.

Damit die erteilte Aufenthaltsgenehmigung auch ihre Wirkung entfalten hätte können, hätte sie, so wie nach dem allgemeinen Grundsatz, der für jede Erledigung gilt, ihr auch zugekommen sein müssen.

Es wurde zwar behördintern die Aufenthaltsbewilligung erteilt, diese entfaltete auf Grund eines Versäumnisses der MA 35 keine Rechtswirkung nach aussen.

Es lag daher nachwievor ein obektiver Hinderungsgrund vor, den Wohnsitz nach Österreich an den Beschäftigungsstandort des Bf. zu verlegen.

Ergänzend ist auszuführen, dass unter der Annahme eines gültigen Aufenthaltstitels in Österreich ab 28.8.2010 vom Finanzamt zu überprüfen gewesen wäre, ob bis zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für die Berücksichtigung von Aufwendungen hinsichtlich doppelter Haushaltsführung und Familienheimfahrten gegeben waren und nicht generell der Werbungskostenabzug aus diesem Titel versagt hätte werden dürfen.

Die Tatsache, dass die Gattin im beschwerdegegenständlichen Zeitraum in ihrer Heimat arbeitslos war, also über keine Einkünfte verfügt, könnte grundsätzlich die Wohnsitzverlegung zumutbar machen. Jedoch würde diese auch in diesem Fall an dem nicht wirksam ergangenen Aufenthaltstitel scheitern.

Aus der im Akt erliegenden Anfrage aus dem zentralen Melderegister ist ersichtlich, dass die Gattin des Bf. von 3.11.2009 bis 7.4.2010 an der gleichen Adresse wie der Bf. in Wien mit Hauptwohnsitz gemeldet war.

Kosten für Familienheimfahrten sind daher von Jänner 2010 bis März 2010 nicht angefallen.

Stehen diese Aufwendungen nicht ganzjährig zu, so sind sie zu aliquotieren, wobei für jeden angefangenen Monat ein Zwölftel zusteht ( vgl. Kofler in taxlex 2008, "Die steuerliche Berücksichtigung der doppelten Haushaltsführung").

Aufwendungen für Familienheimfahrten stehen daher von April bis Dezember, somit für neun Monate im aliquoten Ausmaß des höchsten Pendlerpauschales zu, somit i.H. von € 2.529,00.

Als Kosten der doppelten Haushaltsführung ist der am Beschäftigungsstandort unvermeidbare Mehraufwand abzugsfähig.

Obwohl die Anfrage aus dem zentralen Melderegister nur ein Indiz für den tatsächlichen Aufenthalt der Gattin in Österreich ist, geht das Bundfinanzgericht davon aus, dass diese im Jahr 2010 nur bis Anfang April in Österreich aufhältig war. Im Jänner dieses Jahres wurde der Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestellt. Der Zweck des Aufenthaltes in Österreich dürfte also auch die Stellung dieses Antrages gewesen sein. Jedenfalls wurde der Familienwohnsitz in Mn. durch den Aufenthalt der Gattin in

Österreich nicht aufgegeben, sondern wurde weiterhin aufrecht erhalten. Dem Bf. stehen daher Aufwendung für doppelte Haushaltsführung im beantragten Ausmaß von € 1.743,00 zu.

Für das Jahr 2011 stehen die Aufwendungen für doppelte Haushaltsführung und Familienheimfahrten im beantragten Ausmaß von € 5.415,00 zu.

Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist gem. Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, da es sich bei der Frage, ob eine nachweislich nur behördenintern der Gattin erteilte aber dieser nicht zugestellte Aufenthaltsbewilligung die Verlegung des Familienwohnsitzes an den Beschäftigungsstandort zumutbar macht, nicht um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt, die in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht oder widersprüchlich behandelt worden wäre oder das Erkenntnis von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht.

Wien, am 3. Dezember 2014