



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Dr. A B-C, Adresse, vertreten durch Accurata Steuerberatungs GmbH & Co KG, Wirtschaftstreuhänder, 3500 Krems an der Donau, Rechte Kremszeile 62, vom 14. April 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Waldviertel, vertreten durch Amtsdirektor Josef Hiess, vom 11. April 2011 betreffend Abweisung eines Antrages vom 29. März 2011 auf Aufhebung des Einkommensteuerbescheides 2009 vom 29. Oktober 2010 gemäß [§ 299 BAO](#) entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

Der Berufungswerberin steht im Jahr 2009 der Alleinerzieherabsetzbetrag zu.

Das Finanzamt Waldviertel wird den Einkommensteuerbescheid 2009 vom 29. Oktober 2010 gemäß [§ 299 BAO](#) aufzuheben und unter Zugrundelegung der in dieser Berufungsentscheidung zum Ausdruck kommenden Rechtsansicht einen neuen Einkommensteuerbescheid 2009 zu erlassen haben.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.), Dr. A B-C, beantragte in ihrer Einkommensteuererklärung für das Jahr 2009 unter anderem den Alleinverdienerabsetzbetrag (Punkt 3 der Einkommensteuererklärung). Sie sei verheiratet, lebe aber von ihrem Ehegatten Dr. D B dauernd getrennt; sie habe im Jahr 2009 für zwei Kinder Familienbeihilfe bezogen.

Mit Einkommensteuerbescheid vom 27. Juli 2010 veranlagte das Finanzamt Waldviertel die Bw. für das Jahr 2009 insoweit erklärungsgemäß, als es den Alleinverdienerabsetzbetrag in Höhe von 669 € berücksichtigte, woraus sich infolge einer abzugsfähigen Negativsteuer von 580,86 € und der Anrechnung einbehaltener Lohnsteuer von 348,15 € ein Abgabenguthaben von 929,01 € ergab.

Dieser Einkommensteuerbescheid 2009 erwuchs in Rechtskraft.

Mit Aufhebungsbescheid vom 29. Oktober 2010 hob das Finanzamt Waldviertel den Einkommensteuerbescheid vom 27. Juli 2010 gemäß [§ 299 BAO](#) auf, was die erstinstanzliche Behörde wie folgt begründete:

„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.

Da die aus der Begründung des Sachbescheides sich ergebende inhaltliche Rechtswidrigkeit eine nicht bloß geringfügige Auswirkung hat, war die Aufhebung des im Spruch bezeichneten Bescheides von Amts wegen zu verfügen.

Die Aufhebung des Bescheides wurde unter Abwägung von Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen ([§ 20 BAO](#)) verfügt. Im vorliegenden Fall überwiegt das Interesse der Behörde an der Rechtsrichtigkeit der Entscheidung das Interesse auf Rechtsbeständigkeit.“

Gleichzeitig wurde mit Datum 29. Oktober 2010 ein neuer Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2009 erlassen, im welchem der Alleinverdienerabsetzbetrag nicht berücksichtigt wurde. Hieraus ergab sich eine Einkommensteuer von 198,14 € und nach Anrechnung der einbehaltenen Lohnsteuer eine festgesetzte Einkommensteuer von -150,01 €, was zu einer Abgabennachforderung gegenüber dem ursprünglichen Einkommensteuerbescheid von 779,00 € führte.

Begründet wurde der neue Einkommensteuerbescheid wie folgt:

„Gemäß [§ 299 Abs. 2 BAO](#) ist mit dem aufhebenden Bescheid der den aufgehobenen Bescheid ersetzende Bescheid zu verbinden. Infolge Aufhebung des Einkommensteuerbescheid 2009 vom 29.10.2010, war die gegenständliche Bescheiderlassung erforderlich.

Der Alleinverdienerabsetzbetrag konnte nicht berücksichtigt werden, da die steuerpflichtigen Einkünfte inkl. Wochengeld Ihres (Ehe)partners höher als der maßgebliche Grenzbetrag von 6.000 € sind.“

Auch dieser Einkommensteuerbescheid 2009 erwuchs in Rechtskraft.

Mit Schriftsatz vom 29. März 2011 beantragte die Bw. durch ihre steuerliche Vertreterin, den Einkommensteuerbescheid 2009 vom 29. Oktober 2010 gemäß [§ 299 BAO](#) wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufzuheben.

Dieser Antrag wurde damit begründet, dass der Ehegatte der Bw., Dr. D B, im März 2009 einen schweren Verkehrsunfall erlitten habe, seither ein schwerer Pflegefall sei und in einer Pflegeanstalt betreut werde. Die Bw., Dr. A B-C, lebe mit ihren beiden Kindern allein am Familienwohnsitz und somit dauernd getrennt von ihrem Ehemann.

„Aufgrund des Umstandes der dauernden Trennung der beiden Partner besteht keine Möglichkeit, den ursprünglich in der Erklärung von Frau Dr. B-C geltend gemachten Alleinverdienerabsetzbetrag zu erhalten. Genau dieser Umstand begründet allerdings die Möglichkeit des Alleinerzieherabsetzbetrages. Frau Dr. B-C lebte im Jahr 2009 länger als 6 Monate dauernd getrennt von ihrem Partner und war/ist daher als Alleinerzieher zu betrachten.“

Mit Bescheid vom 11. April 2011 wies das Finanzamt Waldviertel diesen Antrag ab:

„Eine aufrechte Ehe spricht grundsätzlich gegen eine dauernd getrennte Lebensführung. Maßgebend für das Tatbestandsmerkmal dauernd getrennt lebend ist nicht die polizeiliche Meldung eines der beiden Ehegatten, sondern ausschließlich die Sachverhaltsfrage. Auch wenn ein (Ehe)Partner infolge einer Krankheit oder einer Behinderung in einem Pflegeheim nicht nur vorübergehend untergebracht ist, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Ehegatten dauernd getrennt leben. Vielmehr liegt diesfalls eine räumliche Trennung infolge Krankheit vor. Wirtschaftlich gesehen bleibt der gemeinsame Haushalt bestehen. Dafür spricht auch, dass Sie Sachwalterin Ihres Gatten sind. Der Alleinerzieherabsetzbetrag kann daher nicht gewährt werden.“

Mit Schreiben vom 14. April 2011 erhob die Bw. Berufung gegen den Abweisungsbescheid.

Ihr Ehegatte sei im März 2009 verunglückt. Zu diesem Zeitpunkt seien die beiden Kinder 3 und 4 Jahre alt gewesen. Ihr Gatte habe ein schweres Schädelhirntrauma erlitten „und ist seit dem Unfall pflegebedürftig und frontal enthemmt. D. h. ein Kontakt mit den Kindern ist kaum möglich, da er auch zeitweise gewalttätig wird, wenn ihn die Situation überfordert, und das ist leider im Kontakt mit zwei lebhaften Kleinkindern häufig der Fall.“

„Ich bin berufstätige, alleinerziehende Mutter und habe als zusätzliche Belastung noch die Aufgabe Sachwalterin für meinen Gatten zu sein. Er kann mir bei der Erziehung der Kinder nicht im geringsten hilfreich zur Seite stehen; im Gegenteil, die Besuche meines Gatten im

Pflegeheim und die Sachwalterschaft stellen ja noch zusätzliche zeitliche und emotionale Belastungsfaktoren für mich dar.

Meine Frage an Sie: Wem steht dann der Alleinerzieherabsetzbetrag zu, wenn nicht mir? Es ist für mich wirklich ein Hohn, diese steuerliche Begünstigung nicht zu erhalten.

Ich bin gerne bereit, in dieser Sache weitere Schritte zu setzen, auch hätte ich wirklich Lust, den Begründungstext für die Ablehnung, den Sie mir zugesandt hatten, öffentlich publik zu machen.

Ich ersuche höflich um Gewährung des Alleinerzieherabsetzbetrages."

Das Finanzamt erhob im Zentralen Melderegister, dass der Hauptwohnsitz des Ehegatten der Bw. bis September 2009 mit dem Hauptwohnsitz der Bw. ident war, von September 2009 bis Dezember 2010 war er in einem Pflegezentrum hauptgemeldet, seit Jänner 2011 in einer anderen Pflegeeinrichtung. Zwischen dem Unfall und dem ersten Pflegeheimaufenthalt habe sich der Ehegatte offensichtlich im Krankenhaus und anschließend auf Rehabilitation befunden.

Die Bruttoeinkünfte des Ehegatten der Bw. im Jahr 2009 hätten 8.132,10 € und 29.371,12 € betragen, seit August 2009 beziehe der Ehegatte Pflegegeld.

Aktenkundig sind schließlich Ausdrücke aus *Wiesner/Grabner/Wanke* (Hrsg.), MSA EStG 11. EL § 33 Anm 55 und Anm 86 f.:

„55) Nach Rz 780 LStR 2002 und UFS [Linz], Senat 2 [Referent], 16. 2. 2006, RV/0565-L/05 (differenzierend UFS [Feldkirch], Senat 3 [Referent], 16. 10. 2007, RV/0029-F/07) schließt auch die dauernde Unterbringung eines (Ehe-)Partners in einem Pflegeheim infolge Krankheit oder Behinderung den Alleinverdienerabsetzbetrag nicht aus, weil nicht davon ausgegangen werden kann, dass die Ehegatten dauernd getrennt leben. Es liegt nur eine räumliche Trennung infolge Krankheit vor und bleibt der gemeinsame Haushalt wirtschaftlich bestehen."

„86) Das Tatbestandsmerkmal des „nicht in einer Gemeinschaft mit einem (Ehe-)Partner Lebens" ist erfüllt, wenn die oben unter Punkt 4 dargestellten Voraussetzungen des „Nicht dauernd getrennt Lebens" mit einem (Ehe-)Partner nicht vorliegen. Bei aufrechter Ehe (aufrechter eingetragener Partnerschaft) steht somit der Alleinerzieherabsetzbetrag nur dann zu, wenn die Ehegatten (eingetragenen Partner) dauernd getrennt leben (UFS [Feldkirch], Senat 1 [Referent], 23. 11. 2006, RV/0174-F/06).

87) Die Tatsache, dass die StPfl allein für den Unterhalt ihres Kindes aufkommt, weil ihr Lebensgefährte nicht dessen Vater ist, führt nicht zur Zuerkennung des

Alleinerzieherabsetzbetrages. Den Alleinerzieherabsetzbetrag erhält der StPfl nämlich nicht zur Abgeltung von Unterhaltspflichten – diese sind durch Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag abgegolten – sondern weil die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Person, die alleinstehend Kinder aufzuziehen hat, geringer ist als die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer in einer Partnerschaft lebenden Person (vgl UFS [Innsbruck], Senat 1 [Referent], 14. 5. 2005, RV/0008-I/05; Doralt⁶, § 33 Tz 35)."

Mit beim Unabhängigen Finanzsenat am 4. Mai 2011 eingelangtem Vorlagebericht legte das Finanzamt Waldviertel die Berufung der Bw. gegen den Abweisungsbescheid ohne Erlassung einer Berufungsvorentscheidung der Abgabenbehörde zweiter Instanz vor und führte dazu aus:

„1. Materiellrechtliche Würdigung

*Gem. [§ 33 Abs. 4 Z 2 EStG 1988](#) steht Alleinerziehenden ein Alleinerzieherabsetzbetrag zu. Alleinerziehende sind Steuerpflichtige, die mit mindestens einem Kind (§ 106 Abs. 1) mehr als sechs Monate im Kalenderjahr **nicht** in einer Gemeinschaft mit einem (Ehe)Partner leben.*

Das Tatbestandsmerkmal "nicht in einer Gemeinschaft mit einem (Ehe)Partner lebend" ist dem Tatbestandsmerkmal "dauernd getrennt lebend" gleichzustellen (Wanke in Wiesner/Grabner/Wanke [Hrsg], MSA EStG 11. EL § 33 Anm. 86).

*Nach Rz 780 der Lohnsteuerrichtlinien ist das Tatbestandsmerkmal "dauernd getrennt lebend" (auch dann) nicht erfüllt, wenn ein Ehegatte infolge einer Krankheit oder einer Behinderung **nicht nur vorübergehend** in einem Pflegeheim untergebracht ist, weil diesfalls nur eine räumliche Trennung vorliegt, der gemeinsame Haushalt aus **wirtschaftlicher Sicht** aber bestehen bleibt.*

2. Verfahrensrechtliche Würdigung

Gem. [§ 299 Abs. 1 BAO](#) kann die Abgabenbehörde erster Instanz auf Antrag einer Partei oder von Amts wegen einen Bescheid der Abgabenbehörde erster Instanz aufheben, wenn der Spruch des Bescheides sich als nicht richtig erweist.

*Die Aufhebung setzt die **Gewissheit der Rechtswidrigkeit** voraus; die bloße Möglichkeit reicht nicht aus (Ritz, BAO, § 299 Tz 13). Wie oben ausgeführt, führt die Unterbringung eines Ehegatten in einem Pflegeheim nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung (z.B. Wanke in Wiesner/Grabner/Wanke [Hrsg], MSA EStG 11. EL § 33 Anm. 55 und dort zitierte Judikatur) für sich allein zu keiner Aufhebung der Haushaltsgemeinschaft. Daraus folgt, dass die Kenntnis des im Antrag auf Bescheidaufhebung erstmals vorgebrachten Sachverhaltes zu keinem im Spruch anders lautenden Bescheid geführt hätte. Dem Spruch des*

Einkommensteuerbescheides vom 29.10.2010 liegt vielmehr eine vertretbare Rechtsansicht zugrunde, eine Gewissheit der Rechtswidrigkeit des Bescheides in diesem Punkt liegt aber jedenfalls nicht vor."

Über die Berufung wurde erwogen:

Unstrittig ist, dass die im Berufszeitraum 33jährige Berufungswerberin Dr. A B-C während des ganzen Jahres 2009 aufrecht verheiratet war, während des ganzen Jahres 2009 für zwei unmündige, 2005 und 2006 geborene Kinder Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bezog, ihr damals ebenfalls 33 Jahre alter Ehegatte Dr. D B im März 2009 einen schweren Dienstunfall erlitt und seit dem Unfall ein schwerer Pflegefall ist. Seit der Krankenhausbehandlung und anschließender Rehabilitation ist Dr. D B in Pflegeeinrichtungen untergebracht; Dr. D B bezieht seit August 2009 Pflegegeld. Die Berufungswerberin wurde zur Sachwalterin ihres Ehegatten bestellt. Sie besucht ihren Ehegatten regelmäßig, wobei ein Kontakt mit den beiden Kleinkindern allerdings kaum möglich ist. Die Berufungswerberin sieht sich als von ihrem Partner seit dem Unfall dauernd getrennt lebend.

§ 33 Abs. 4 Z 1 und 2 i. d. F. [BGBl. I Nr. 61/2009](#) lautet:

„(4) Darüber hinaus stehen folgende Absetzbeträge zu:

1. Alleinverdienenden steht ein Alleinverdienerabsetzbetrag zu. Dieser beträgt jährlich

- ohne Kind 364 Euro,*
- bei einem Kind (§ 106 Abs. 1) 494 Euro,*
- bei zwei Kindern (§ 106 Abs. 1) 669 Euro.*

Dieser Betrag erhöht sich für das dritte und jedes weitere Kind (§ 106 Abs. 1) um jeweils 220 Euro jährlich. Alleinverdienende sind Steuerpflichtige, die mehr als sechs Monate im Kalenderjahr verheiratet sind und von ihren unbeschränkt steuerpflichtigen Ehegatten nicht dauernd getrennt leben. Für Steuerpflichtige im Sinne des § 1 Abs. 4 ist die unbeschränkte Steuerpflicht des Ehegatten nicht erforderlich. Alleinverdienende sind auch Steuerpflichtige mit mindestens einem Kind (§ 106 Abs. 1), die mehr als sechs Monate mit einer unbeschränkt steuerpflichtigen Person in einer anderen Partnerschaft leben. Voraussetzung ist, dass der (Ehe)Partner (§ 106 Abs. 3) bei mindestens einem Kind (§ 106 Abs. 1) Einkünfte von höchstens 6 000 Euro jährlich, sonst Einkünfte von höchstens 2 200 Euro jährlich erzielt. Die nach § 3 Abs. 1 Z 4 lit. a, weiters nach § 3 Abs. 1 Z 10, 11 und 32 und auf Grund zwischenstaatlicher oder anderer völkerrechtlicher Vereinbarungen steuerfreien Einkünfte sind in diese Grenzen mit einzubeziehen. Andere steuerfreie Einkünfte sind nicht zu

berücksichtigen. Der Alleinverdienerabsetzbetrag steht nur einem der (Ehe)Partner zu.

Erfüllen beide (Ehe)Partner die Voraussetzungen im Sinne der vorstehenden Sätze, hat jener (Ehe)Partner Anspruch auf den Alleinverdienerabsetzbetrag, der die höheren Einkünfte im Sinne der Z 1 erzielt. Haben beide (Ehe)Partner keine oder gleich hohe Einkünfte im Sinne der Z 1, steht der Absetzbetrag dem weiblichen (Ehe)Partner zu, ausgenommen der Haushalt wird überwiegend vom männlichen (Ehe)Partner geführt.

2. Alleinerziehenden steht ein Alleinerzieherabsetzbetrag zu. Dieser beträgt jährlich

- bei einem Kind (§ 106 Abs. 1) 494 Euro,

- bei zwei Kindern (§ 106 Abs. 1) 669 Euro.

Dieser Betrag erhöht sich für das dritte und jedes weitere Kind (§ 106 Abs. 1) um jeweils 220 Euro jährlich. Alleinerziehende sind Steuerpflichtige, die mit mindestens einem Kind (§ 106 Abs. 1) mehr als sechs Monate im Kalenderjahr nicht in einer Gemeinschaft mit einem (Ehe)Partner leben."

[§ 299 BAO](#) i. d. F. [BGBl. I Nr. 20/2009](#) lautet:

„§ 299. (1) Die Abgabenbehörde erster Instanz kann 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.

(2) Mit dem aufhebenden Bescheid ist der den aufgehobenen Bescheid ersetzende Bescheid zu verbinden. Dies gilt nur, wenn dieselbe Abgabenbehörde zur Erlassung beider Bescheide zuständig ist.

(3) Durch die Aufhebung des aufhebenden Bescheides (Abs. 1) tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor der Aufhebung (Abs. 1) befunden hat."

Dem Finanzamt Waldviertel ist beizupflichten, dass die dauernde Unterbringung eines (Ehe-)Partners in einem Pflegeheim infolge Krankheit oder Behinderung im Allgemeinen nach LStR 2002 Rz 780 und nach UFS 16. 2. 2006, RV/0565-L/05 die Beibehaltung des Alleinverdienerabsetzbetrages nicht ausschließt, wenn bloß eine räumliche Trennung vorliegt und der gemeinsame Haushalt wirtschaftlich bestehen bleibt (zustimmend *Doralt/Herzog*, EStG¹⁴, § 33 Tz. 30/2).

Gedacht ist hier vor allem an alte Menschen, wenn ein (Ehe-)Partner so pflegebedürftig ist, dass eine Heimunterbringung erforderlich ist, der andere (Ehe-)Partner aber (noch) nicht in ein Heim übersiedeln möchte, aber die – altersgemäßen – ehelichen Beziehungen unbeschadet der teilweisen räumlichen Trennung weiter aufrecht bleiben. Dieser Fall

unterscheidet sich hinsichtlich der Möglichkeiten der Kontaktpflege der (Ehe)Partner von dem Fall - VwGH 21. 12. 1992, [89/13/0135](#) - etwa einer lebenslangen Unterbringung in einer Strafvollzugsanstalt.

Allerdings – und hier ist auf die auch von *Wanke* in *Wiesner/Grabner/Wanke* (Hrsg.), MSA EStG 11. EL § 33 Anm 55 zitierte Entscheidung UFS 16. 10. 2007, RV/0029-F/07 zu verweisen – sind Fallkonstellationen denkbar, in denen diese Annahme nicht zutreffend ist.

Auch der Entscheidung UFS 16. 10. 2007, RV/0029-F/07 lag ein mit dem gegenständlichen teilweise vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Hier entschied der UFS, wenn Ehegatten in aufrechter Ehe leben und ein Ehegatte wegen einer geistigen Erkrankung nicht nur vorübergehend in einem Pflegeheim untergebracht, könne von einer dauernd getrennten Lebensführung im Sinne des [§ 33 Abs. 4 EStG 1988](#) gesprochen werden und stehe dem anderen Ehegatten der Alleinerzieherabsetzbetrag nach [§ 33 Abs. 4 Z 2 EStG 1988](#) zu. Allerdings war in diesem Fall die Ehe bereits vor Eintritt der Pflegebedürftigkeit zerrüttet.

Die Auffassung von LStR 2002 Rz 780 und UFS 16. 2. 2006, RV/0565-L/05 erscheint zutreffend, solange die (Ehe-)Partner ungeachtet der räumlichen Trennung weiter eine Gemeinschaft führen.

Dem Finanzamt ist ferner beizupflichten, dass eine aufrechte Ehe grundsätzlich gegen eine dauernde getrennte Lebensführung spricht (vgl. *Doralt/Herzog*, EStG¹⁴, § 33 Tz. 31; *Wanke* in *Wiesner/Grabner/Wanke* (Hrsg.), MSA EStG 11. EL § 33 Anm 56). Allerdings ist es den Ehegatten möglich, diese Vermutung zu widerlegen (vgl. *Doralt/Herzog*, EStG¹⁴, § 33 Tz. 31; VwGH 22. 10. 1997, [95/13/0161](#); UFS 9. 3. 2009, RV/0085-K/08).

Im Regelfall ist die Absicht der (Ehe-)Partner maßgeblich, ob sie nur vorübergehend oder dauernd getrennt leben, sofern nicht objektive Umstände - wie die Verbüßung einer lebenslangen Freiheitsstrafe - eine auf Dauer angelegte getrennte Lebensführung bewirken (vgl. *Doralt/Herzog*, EStG¹⁴ § 33 Tz 31; VwGH 21. 12. 1992, [89/13/0135](#)).

Nun hat die Bw. erklärt, die eheliche Gemeinschaft in Form des Nicht-Dauernd-Getrennt-Lebens mit dem Unfall und der anschließenden schweren Behinderung ihres Ehegatten für beendet anzusehen.

Die objektiven Umstände – lebenslange schwere Pflegebedürftigkeit des Ehegatten – sprechen nicht gegen, sondern für die Absicht jedenfalls der damals 33 Jahre alten Bw., ihr Leben auf Dauer von dem ihres Ehegatten getrennt zu führen, wobei die Wahrnehmung der Aufgaben eines Sachwalters oder eine persönliche Betreuung, die auch einem anderen nahen Angehörigen zuteil würde, der Annahme der Beendigung eines ehelichen Zusammenlebens

nicht entgegen stehen. Eine Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft erscheint im gegenständlichen Fall auch nicht zumutbar.

Darauf, ob dies auch der andere Ehegatte so sieht, kommt es nicht an, da die eheliche Gemeinschaft auch durch einen Partner allein beendet werden kann.

Die Bw. musste im überwiegenden Teil des Jahres 2009 ihre unmündigen Kinder alleinstehend aufziehen und gleichzeitig einer selbständigen Tätigkeit nachgehen. Ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit war wie bei jeder (jedem) anderen Alleinerziehenden beeinträchtigt, da ihr Mann ihr bei der Kinderbetreuung und -erziehung keine Hilfe sein konnte, sondern sie im Gegenteil zusätzlich emotional wie wirtschaftlich durch die Pflegebedürftigkeit ihres Mannes belastet war.

Da die Bw. somit im Jahr 2009 mehr als sechs Monate von ihrem Ehegatten dauernd getrennt lebte und die übrigen Voraussetzungen für den Alleinerzieherabsetzbetrag unstrittig vorliegen, erweist sich der Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2009 vom 29. Oktober 2010 als mit Rechtswidrigkeit behaftet.

Dem Finanzamt ist beizupflichten, dass eine Bescheidaufhebung nach [§ 299 BAO](#) Gewissheit und nicht die bloße Möglichkeit eine Rechtswidrigkeit voraussetzt (vgl. UFS 24. 3. 2006, RV/0510-L/04, UFS 28. 3. 2008, RV/0456-L/06, UFS 21. 9.2009, RV/0734-L/04, oder UFS 12. 5. 2010, RV/0424-I/09, unter Hinweis auf *Ritz*, BAO, § 299 Rz. 13).

Bereits der im Aufhebungsantrag vorgetragene Sachverhalt lässt auf Grund der vorstehenden Ausführungen die Rechtswidrigkeit des Einkommensteuerbescheides vom 29. Oktober 2010 als gewiss erscheinen; dies wurde durch das Berufungsvorbringen vom 14. April 2011 lediglich näher begründet.

Im übrigen lägen hinsichtlich des Umstands des Dauernd-Getrennt-Lebens für das Finanzamt neu hervorgekommene Tatsachen i. S. d. [§ 303 Abs. 4 BAO](#) vor und hätte das Finanzamt – wenn nicht schon nach [§ 299 BAO](#) vorzugehen wäre – in pflichtgemäßer Ermessensübung ([§ 20 BAO](#)) zu Gunsten der Bw. eine amtswegige Wiederaufnahme des Verfahrens – wenn diese Tatsachen, wie nunmehr durch die Berufungsentscheidung klargestellt, rechtserheblich sind - zu verfügen.

Der Einkommensteuerbescheid für das Jahr 2009 ist daher gemäß [§ 299 BAO](#) aufzuheben und ein neuer Einkommensteuerbescheid für dieses Jahr zu erlassen, in welchem der Alleinerzieherabsetzbetrag berücksichtigt wird.

Die Rechtsmittelbehörde hat bei Stattgebung der Berufung gegen die Abweisung des Aufhebungsantrages den angefochtenen Bescheid aufzuheben, um die Abgabenbehörde

erster Instanz in die Lage zu versetzen, die gemäß [§ 299 Abs. 2 BAO](#) zu verbindende Aufhebungs- und Sachentscheidung im selben Rechtsgang zu fällen (UFS 20. 3. 2009, RV/0204-G/09, unter Hinweis auf *Stoll*, BAO-Kommentar, 2969, 2966, 2960).

Wien, am 1. Juni 2011