



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat

- 1) über die Berufung des Bw., W., gegen den Bescheid vom 4.10.2010 des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf betreffend Aufhebung der Berufungsvorentscheidung vom 25.1.2010 gemäß [§ 299 Abs. 1 BAO](#) und
- 2) über den Vorlageantrag des Obigen betreffend Berufungsvorentscheidung vom 4.10.2010 des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf

entschieden:

- 1) Der Berufung gegen den Aufhebungsbescheid gemäß [§ 299 Abs. 1 BAO](#) wird Folge gegeben.

Dieser Bescheid wird aufgehoben.

- 2) Der Vorlageantrag betreffend Berufungsvorentscheidung vom 4.10.2010 wird als unzulässig geworden zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe

Im vorliegenden Berufungsfall bezog der Berufungswerber (Bw.) für seine Tochter L. die Familienbeihilfe.

Am 15. September 2009 beantragte die Gattin des Bw. die Zuerkennung der Familienbeihilfe ab Oktober 2009. Nach Überprüfung des Anspruches erhielt der Bw. eine „Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe“ vom Sept. 2000 – Sept. 2009.

Der Bw. richtete daraufhin am 28. September 2009 ein Schreiben an das zuständige Finanzamt, in dem er die Meinung vertrat, dass die Einstellung zu Unrecht erfolgt sei. Das Finanzamt habe ohne Angabe von Gründen die Einstellung per Oktober 2009 vollzogen. Er könne nur vermuten, dass seine Frau ein Schreiben in die Wege geleitet habe. 2009 habe seine Frau auf einmal beschlossen, dass sie sich scheiden lassen wolle. Die Scheidung sei von ihr eingereicht aber noch nicht durchgeführt worden. Er habe seiner Frau alles bezahlt, sie hätte bis auf einmal – 6 Monate lang – nie gearbeitet. Sie habe bis heute nie auch nur irgendeinen Cent mitbezahlt. Er habe selber alles für das Kind gekauft. Kleider, Essen, Schulkurse, Hortgeld, Urlaube, Ausflüge, Geschenke usw. Damit es ihr nicht schlecht gehe, habe er ihr sogar einen Job vermittelt, wo sie jetzt knapp 800 € verdiene. Weiters habe er ihr vorgeschlagen, dass sie innerhalb eines Jahres aus seiner Wohnung ausziehen müsse. Erst wenn seine Frau ausgezogen sei, wäre eine Überschreibung der Familienbeihilfe möglich und habe er dies auch vor. Bis dahin wäre es ungerecht ihm diese Beihilfe zu streichen und er stelle Anspruch auf sofortige Einstellung des Bezuges an seine Frau und Wiedereinstellung auf seinen Namen und auf sein Konto.

Das Finanzamt wies mit Bescheid vom 2. Oktober 2009 den Antrag des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Oktober 2009 unter Verweis auf die Bestimmung des [§ 2a Abs. 1 FLAG 1967](#) ab. Der Bw. er hob dagegen fristgerecht Berufung und führte in weiten Teilen aus wie bereits in seinem Schreiben vom 28. September 2009.

Des weiteren vermeint er, dass - solange die Scheidung nicht abgeschlossen sei und seine Frau seine Wohnung benütze, die sie nicht bezahle und er den Einkauf (Kleider, Essen, Schulgeld, Hortgeld usw.) für das Kind unternehme – es nicht sein könne, dass ihm die Unterstützung für das Kind weggenommen werde. § 2a Abs. 1 FLAG treffe nicht auf seine Situation zu. Seine Gatten führe nicht ausschließlich den Haushalt, weil das Kind schon mindestens drei Tage die Woche bei ihm wohne und die Gattin bei Freundinnen schlafe. Die Lösung der Scheidung beinhaltete, dass sobald er für seine Gattin eine neue Wohnung gefunden, jedoch innerhalb eines Jahres und maximal bis zum Sommer 2010, werde die Zahlungsregelung eintreten. Dann werde seine Tochter vier Tage bei der Mutter und drei Tage bei ihm in seiner Wohnung in der P-Gasse wohnen. Dann bezahle er einen Anteil für die neue Wohnung und die Gattin erhalte die Familienbeihilfe.

Das Finanzamt gab nach nochmaliger Überprüfung des Anspruches der Berufung mit Berufungsvorentscheidung vom 25. Jänner 2010 statt und erhielt der Bw. eine – mit selben Datum versehene – „Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe“, über die Gewährung der Familienbeihilfe bis September 2018.

Im März erhielt der Bw. eine weitere „Mitteilung über den Bezug der Familienbeihilfe bis März

2010. Die Mitteilung datiert mit 5. März 2010. Das Finanzamt führte in der Folge im Zusammenhang mit dem in der Folge bei der Kindesmutter durchgeführten Beihilfeverfahren weitere Ermittlungen durch. Der Bw. richtete am 10. März 2010 folgendes Schreiben an das Finanzamt:

„Betreff: Bescheid vom 5. März 2010/Nachweise“

...Ich muss laut Scheidungsurteil bis A. B. (spät. Okt 2010) eine Wohnung gefunden und aus meiner Wohnung ausgezogen ist, versuchen woanders zu wohnen. Nach wie vor bin ich auf P-Gasse gemeldet. Es handelt sich daher nur um die Zeit bis A. B. ausgezogen ist. Da dies auch meine Wohnung immer war und auch in Zukunft sein wird und auch L Ihr Kinderzimmer hat, habe ich nicht vor mich von dort abzumelden. Ich hatte aber die Möglichkeit im selben Haus bei meinem Nachbar die Wohnung ist auf RM gemeldet, die Zeit zu überbrücken. Ich hatte ursprünglich dort auch ein gemeinsames Musikstudio und in unserer Ehezeit des Öfteren auch dort Musik gemacht. Da R diese zwei Zimmer zur Zeit nicht verwendet, darf ich solange den Umständen entsprechend dort wohnen. Dies ist auch eine ökonomische gute Lösung da ich L im selben Haus habe und sie dazwischen auch kommen und dort übernachten kann. Dies alles ist kein Geheimnis, ich lade sie gerne ein dies vor Ort selbst zu überprüfen wenn sie wollen.

A. versucht es so auszulegen, dass L nicht bei mir wohnt weil ich jetzt ausgezogen bin. Nicht nur das sie schamlos meine Notsituation ausnützt in der ich mich befinde, noch versucht sie damit mich als Lügner hinzustellen.

Alle anderen Umstände, so hoffe ich wenigstens werden von A. nicht bestritten und entsprechen ebenfalls den Tatsachen. Ich bekomme sogar vom Arbeitsamt nur mehr 750.- e inzwischen. Ich habe auch mit größter Mühe, die ersten 1500.- e an A. überwiesen die sie für Ihre neue Wohnung als Anzahlung bekommen hat. Ich kann meine Miete kaum zahlen und bin schwer in Not und Rückständen. Aber A. hat ihr Geld bekommen...

A. B. bezieht schon seit über drei Jahre Arbeitslose. Sie arbeitet mittags im Restaurant Y am S20 Wien wo sie geringfügig angemeldet ist schon um Ihrer Arbeitslose wegen... Die Angaben ihrer Verdienste sind allerdings eine fatale Lüge, denn sie arbeitet jeden Tag dort von 10:00 Uhr Vormittag bis mind. 17:30 Uhr. Alle Wochendienste für das Kind MO/DO Ballet und FR Musikschule unternehme daher ich mit L. Ebenso das Essen kochen danach und aufpassen am Abend. SO/ auf Montag und einmal die Woche schläft L neuerdings jetzt in der Wohnung von R bei mir. A. bekommt daher auch zusätzlich einen Abend die Woche, wo sie ausgehen kann.

Ich übersende Ihnen eine tatsächlichen Auszug von A. B. Verdienste im Restaurant. Dazu, dass muss man sich auf der Zunge zergehen lassen, war sie nicht bereit irgendeinen Cent in den Semester Ferien für L abzugeben. Sie hätte doch tatsächlich L die gesamte Semester Woche im Hort jeden Tag bis mind. 18:00 Uhr gelassen als wahrscheinliches einziges Kind dort nur um Ihrer Arbeit nachzugehen. Doch Gott sei Dank kam der Entscheid und die Nachüberweisung der ausgesetzten Fam. Beihilfe auf mein Konto und ich habe L eingepackt und schnell mit großer Mühe in Salzburg eine billige Pension gefunden und drei Tag mit ihr Ski gefahren.

A. hat gespottet das ich mir einen „Urlaub“ mit dem Kind leiste und sie nicht bereit ist etwas dazu zu zahlen. Das gesamte Geld habe ich für den kurzen Urlaub mit L ausgegeben. Ganze 20.- e hat mir L dann gesagt hätte sie noch zum Schluss als Taschengeld von Mama bekommen...Möchte noch mal erinnern, dass ich die Miete wo L und A. ebenfalls gemeldet ist, zur Gänze bezahle und inzwischen auch für die Miete von RM ganz bezahle.

Heute bekam ich den neuen Entscheid der neuerlich dem Fam. Beihilfe Betrag mit März 2010 begrenzt. Wieder lege ich alle Beweismittel meiner Verantwortung für L bei und beantrage die Weiterführung meines Anspruches auf die Fam. Beihilfe bis zum Auszug von A. B. aus meiner Wohnung.

Das verdient A. B. wirklich im Y Restaurant ...Beispiel Monat A. Einteilung von Nov. 2009 ... es sind die Wochentage angegeben an denen A. eingeteilt und gearbeitet hat...Insgesamt hat sie z.B. im November 2009 nur im Y 1330,- e bekommen offiziell aber nur 345,- e als angemeldet..."

Am 15. März 2010 richtete das Finanzamt an den Bw. ein Schreiben, in dem es ihm mitteilte, dass er lt. Angaben der Kindesmutter mit dem Kind nicht im gemeinsamen Haushalt an der Adresse P-Gasse, sondern allein in der Wohnung P-Gasse1/15 wohne. Es habe nur vereinzelte Nächtigungen der Tochter gegeben. Es werde um Stellungnahme gebeten.

Der Bw. beantwortete dieses Schreiben am 21. März 2010 wie folgt:

„Betreff: Bescheid vom 15. März 2010/Nachweise“

...Zur Abmachung in der ich verpflichtet bin A. B. bis zum Sommer 3000.- e für eine neue Einrichtung plus Ablöse einer neuen Wohnung und die Mithilfe und Umzug für eine Wohnung für A. B. habe ich mich außerdem bereit erklärt im Sinne einer Streitvermeidung für unser Kind L. B., wenn möglich nicht Zuhause zu sein, solange A. B. nicht aus meiner Wohnung ausgezogen und in Ihre neue Wohnung eingezogen ist. Seit längeren hatte ich bei meinem Nachbar R M, P-Gasse1/15, die Möglichkeit gehabt teilweise zu wohnen. Da R M die Wohnung nicht benutzt weil dort ursprünglich ein privates Tonstudio eingerichtet war, war und ist er so nett und lässt mich solange meine Frau nicht ausgezogen ist jetzt ganz dort wohnen. Ich bin auf P-Gasse gemeldet und werde sofort wieder in meine Wohnung ziehen sobald A. B. ausgezogen ist, nicht zuletzt weil ich R M's Miete bezahlen muss. (Alles belegbar, siehe Erlagschein Hausverwaltung) Wie schon mehrmals belegt, schläft L. derzeit mindestens zwei Mal die Woche bei „mir“ in der P-Gasse1/15. Ich kuche ihr in dieser Wohnung drei Mal die Woche ein Abendessen und bringe sie zwei Mal die Woche in die Schule. Mehr als ich müsste. Ich tue was ich kann. Dieses Wochenende war ich wieder mit L. von Sa bis Mo morgen pausenlos zusammen. Nach wie vor erledige ich die Nachmittagskurse Mo/Do und Fr.

...Nicht nur das ich ausgesperrt aus meinem Heim bei einem Freund dem Nachbar die Zeit überbrücken muss bis A. endlich ausgezogen ist, versucht A. B. diese für mich überhaupt nicht lustige Situation auszunützen und es als eine Lüge darzustellen das ich nicht Zuhause wohne und ich nicht für mein Kind da bin. ...Anbei der letzte Einzahlungsbeleg, P-Gasse1/15 ...“

Beilage zur Überprüfung des Anspruchs auf Familienbeihilfe, datiert mit 7. April 2010

„Wie in der Korrespondenz schon mehrmals erklärt möchte ich noch mal zusammenfassen:

Unsere Scheidung vom 24.11.2009 ging mit dem einvernehmlichen Einverständnis beider Seiten in Allen Punkten aus. Demzufolge auch die gemeinsame Obsorge unseres Kindes: L. B..

Wir waren und sind alle drei auf Adresse: P-Gasse angemeldet. Den alleinigen Anspruch auf die Wohnung hat A. B. nicht bekommen. Im Gegenzug muss ich einen Ablösebetrag von insgesamt 3000.- e an A. B. bis Sommer 2010 überweisen, sowie Kaution einer gefundenen Wohnung für A. B. und Möbel bzw andere Gegenstände wie Waschmaschine, Kühlschrank, etc...

Die Vereinbarung beinhaltet, dass A. B. die Wohnung bis spät. Okt. 2010 verlässt. Bis dahin sollte auch ich ihr bei der Wohnungssuche und Übersiedlung helfen. Ich habe schon den ersten Teil der Vereinbarung an A. B. Anfang März überwiesen.

Um etwaigen Streitigkeiten aus dem Weg zu gehen und solche auf keinen Fall vor unserem Kind auszutragen, hat der Richter Dr. S. vorgeschlagen in dieser Zeit der Überbrückung bei Freunden zu wohnen oder etwas anderes zu finden. Ich habe die Möglichkeit im selben Haus auf Türnummer 15 bei einem Freund und Nachbar R M die Wohnung zu benutzen, da er die Wohnung zurzeit nicht benötigt. Diese muss ich auch bezahlen.

Bis zum Herbst 2009 habe ich in meiner Wohnung in der P-Gasse übernachtet. Auch heute noch wasche ich meine Wäsche dort, komme manchmal auch abends in die Wohnung. Seit Nov. 2009 nütze ich aber die neue Möglichkeit und übernachte in der Wohnung auf P-Gasse1/15. Wie beschrieben habe ich mein Kind mind. 3x die Woche und mein Kind schläft auch bei mir auf P-Gasse1/15. Es ist nicht richtig, dass meine Tochter nur vereinzelte Nächtigungen in der P-Gasse1/15 verbringt. Einen genauen Wochenablauf habe ich beschrieben. So kuche ich mind. genauso oft für meine Tochter und

habe sie auch fast genauso oft wie meine geschiedene Frau A. B.. Reine Nächtigungen von L fallen insgesamt 2x die Woche bei mir bzw. 5x die Woche bei A. B. aus, da ich Abends die Möglichkeit habe mir etwas dazu zu verdienen.

Ich beanspruche den Zuspruch der Fam. Beihilfe nur solange, solange ich alles auf meine Kosten aufrechterhalte und für alle fam. Zahlungen zuständig bin. Sobald A. B. eine eigene Wohnung erhält stelle ich keinen Anspruch mehr, obwohl ich dann wieder zu 100% in meiner Wohnung in der P-Gasse wohnen werde und mein Kind genauso oft bei mir wohnen wird mit Ihrem Kinderzimmer etc wie auch bei A. B. in der neuen Wohnung... Ich alleine habe alle Kosten getragen. Beweise habe ich dazu schon erbracht... Ich bitte unter diesen Umständen und für die restliche Zeit (= knapp noch 7 Monate), spruchgemäß für mich zu entscheiden."

Als Reaktion auf einen Vorschlag des Finanzamtes, die Familienbeihilfe bis 3/2010 dem Kindesvater und ab 4/2010 der Kindesmutter zu gewähren, übermittelte der Bw. an das Finanzamt am 7. Mai 2010 folgendes Schreiben:

„Anfrage zur Ergänzenden Unterlagen

Zusätzlich zu meinem Schreiben vom 7.4.2010 und den bereits erlegten Beweismitteln ... möchte ich noch mal anmerken: Ich habe den gemeinsamen Haushalt bis Oktober 2009 nicht verlassen, jedoch die Empfehlung der gerichtlichen Entscheidung vom Oktober 2009 wahr genommen, für die Überbrückungszeit (Nov. 2009 bis Nov 2010) eine andere Übernachtungsmöglichkeit zu finden um unserem Kind Streitigkeiten zu ersparen. (siehe Scheidungsprotokoll). A. sollte spätestens bis zu diesem Datum in einer eigenen Wohnung wohnen.

Aktenkundig leben wir bis zum Ausziehen von A. B. nach wie vor in einem gemeinsamen Haushalt. Für die tatsächliche aktuelle Lebenssituation ist es eine ausgeglichene Situation der Verantwortung, obwohl ich vorübergehend im selben Haus in der Nachbar Wohnung auf Türnummer 15 die Möglichkeit habe zu wohnen (wie vorgehend beschrieben; mit genauer Aufstellung und Tagesablauf)... Weiterhin zahlt A. weder Miete noch für das Kind. (Finanzielle Unterstützung für das Kind bekommt sie trotzdem immer wieder von meiner Mutter) Sie hat noch nie!!! für L mehr als 50.- e ausgegeben: Keine Kleider, kein Urlaub, keine Einrichtungsgegenstände für Ihr Kinderzimmer, keine Spiele, nicht einmal das Essen finanziert sie alleine obwohl sie einen Zusatzjob als Kellnerin bestreitet...

Ich habe die erste Nachzahlung von Okt. 2009 bis Feb. 2010 wie immer! zur Gänze und mehr als das für L verwendet. (siehe Belege Feb. 2010 Semester Schulferien Ski Kurs, Kleider, Schule /Zusendung an Herrn M.) ... Ich stelle keine Ansprüche mehr nachdem A. B. ihre eigene Wohnung hat und überlasse A. zur Gänze die Fam. Beihilfe, obwohl ich dann Alimente (300.- e /monatl.) für das Kind zahlen muss. Ich möchte lediglich für den besagten Zeitraum bis max. Okt. 2010 weiterhin die gesamte Fam. Beihilfe, denn ich habe ersten mehr Kosten für das Kind als früher und zweitens A. sowieso gar nicht mehr als gleichberechtigt hinsichtlich der Obsorge angesehen werden kann da sich vor ca. zwei Wochen folgendes ereignet hat:

Eines Abends als L wieder einmal bei mir übernachtet hat (Top 15) hat sie mir erzählt, dass Mama sie schlägt. Nachdem mir meine Mutter bestätigt hatte, dass L das Ihrer Oma auch schon erzählt hat, bin ich zum Jugendamt in ... gegangen und habe das gemeldet. Schon einmal war ich dort und hatte mich über die schlampigen Verhältnisse bei der Lebenssituation A. und L in der Wohnung 1/5 beschwert. (Verwahrlosung, kein ordentliches Essen, zu spät kommen in der Schule) das alles hatte ich immer von L erfahren und mich selbst davon überzeugt als ich immer wieder auch in der Wohnung selber war. Das alles kann ich beweisen! (Fotos, Klassenvorstand, L selber). Das Jugendamt ist nach meinem zweiten Besuch in die Schule gegangen und hat mit L selbst darüber gesprochen. L hat das bestätigt und das Amt hat L in das Krisenzentrum in Wien 1030 ... gebracht. Seit diesem Ereignis befindet sich L nun im Krisenzentrum ...

Somit ist unsere gemeinsame Obsorge ausgesetzt und ich habe schon Vorschläge zur Vater Obsorge gemacht... Ich stimme nicht zu, die Hälfte der Fam. Beihilfe für die bestrittene Zeit an A. B. freiwillig abzugeben...."

Schreiben des Bw. an das Finanzamt vom 7. Mai 2010, eingelangt beim Finanzamt

am 8. Juni 2010:

„Ich möchte bekannt geben, dass A. B. meine Ex Frau mit unserem gemeinsamen Kind L. B. mir meine Wohnung in der P-Gasse, mit 1.6.2010 übergeben hat und mit 31.5.2010 offiziell aus der Wohnung P-Gasse ausgezogen ist...“

Anbei möchte ich erwähnen, dass ich an A. B. ab Juni 2010 laut Scheidungsurteil vom 24.11.2009, sobald A. aus meiner Wohnung ausgezogen ist, also ab Juni 2010 eine Unterhaltszahlung von monatl. 300.- € für L. B. zu überweisen habe.“

Am 4. Oktober 2010 hob das Finanzamt die Berufungsvorentscheidung vom 25. Jänner 2010 gemäß [§ 299 Abs. 1 BAO](#) mit folgender Begründung auf:

„Bei der Berufungserledigung wurde auf Grund Ihrer Angaben und der Meldung im Zentralen Melderegister von einer gemeinsamen Haushaltsführung mit der Kindesmutter in der Wohnung P-Gasse ausgegangen. Im Zuge des Beihilfenverfahrens bei der Kindesmutter stellte sich jedoch heraus, dass die Kindeseltern im betreffenden Zeitraum unterschiedliche Wohnsitze innehatten. Da diese Unterscheidung lt. Familienlastenausgleichsgesetz zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, war die Berufungsvorentscheidung aufzuheben und der Sachverhalt neu zu ermitteln.“

Mit Berufungsvorentscheidung desselben Datums wies das Finanzamt schließlich die Berufung des Bw. vom 13. Oktober 2009 unter Anführung der Bestimmung des [§ 2 Abs. 2 FLAG 1967](#) (Haushaltzugehörigkeit) und [§ 2a Abs. 1 FLAG 1967](#) (überwiegende Haushaltsführung) ab. Gemäß dem Kommentar zu dieser Gesetzesstelle solle der Begriff „den Haushalt überwiegend führen“ inhaltlich dem Begriff „ein Kind überwiegend betreuen“ nahe kommen. Laut Beschluss des Bezirksgerichts Innere Stadt vom 24.11.2009 sei die Ehe unheilbar zerstört und die eheliche Gemeinschaft seit mindestens einem halben Jahr aufgehoben. Weiters stehe laut Vergleich die Obsorge für L. Alice dem Vater und der Mutter gemeinsam zu. Der Lebensmittelpunkt liege bei der Mutter. Vom 30. April bis 4. Juni 2010 habe sich das Kind in einem Krisenpflegezentrum der Stadt Wien befunden.

Da jeder der beiden Elternteile die Familienbeihilfe für sich beanspruche, sei daher zu untersuchen gewesen, wer bei einem gemeinsamen Haushalt diesen überwiegend führe bzw., bei getrennten Haushalten, in wessen Haushalt das Kind lebe. Laut Angaben der Kindesmutter habe der Bw. bereits seit September 2006 nicht mehr im gemeinsamen Haushalt P-Gasse, sondern in der P-Gasse 1/15 gelebt. Laut Angaben des Bw. habe er bis zum Herbst 2009 in der Wohnung in der P-Gasse, und anschließend in der P-Gasse 1/15 gewohnt. Laut Schreiben des Bw. vom 8. Jänner 2010 habe dieser allerdings nicht dort gelebt, da er nur ein Zimmer mit einer Couch, aber keinen Kleiderkasten etc. hatte. Laut Schreiben vom 7. April 2010 wasche der Bw. auch heute noch seine Wäsche dort und komme manchmal auch abends in die Wohnung (P-Gasse). Auch betreffend der Nächtigungen des Kindes in der Ersatzwohnung des Bw. lägen unterschiedliche Aussagen der Kindesmutter (ein- bis zweimal im Monat) und des Bw. (zweimal die Woche) vor. Ebensowenig hätte hinsichtlich der überwiegenden Tagesbetreuung des Kindes eine eindeutige Feststellung getroffen werden können, da von

beiden Seiten unterschiedliche Angaben erfolgt seien.

Auf Grund der Feststellungen des Bezirksgerichts (*Der Lebensmittelpunkt liegt bei der Mutter*), der Intention des Gesetzgebers (*Bis zum Nachweis des Gegenteiles wird vermutet, dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt*) und des fehlenden Nachweises, dass sich das Kind überwiegend im Haushalt des Bw. aufhalte bzw. von diesem überwiegend betreut werde, sei der Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2009 bis Mai 2010 abzuweisen und die teilweise bereits ausbezahlt Beihilfe für die Monate Oktober 2009 bis März 2010 wieder rückzufordern. Die Berufungsvorentscheidung enthielt sodann die Berechnung des Rückforderungsbetrages.

Der Bw. berief am 26. Oktober 2010 gegen den Aufhebungsbescheid und stellte gleichzeitig einen Vorlageantrag und begründete dies wie folgt:

„...Ihr Schreiben: „Im Zuge des Beihilfeverfahrens bei der Kindesmutter stellte sich jedoch heraus, dass die Kindeseltern im betreffenden Zeitraum unterschiedliche Wohnsitze innehatten.“

Diese Behauptung „stellte sich jedoch heraus“ obliegt offensichtlich einer nicht geprüften Annahme und ich kann nur vermuten, dass Ihnen eine wie so viele (Lügen-) Falschaussage seitens A. B. als Vorlage gedient hat. Nachzuprüfen ist, dass die Wohnung mit der ich andauernd in Verbindung gebracht werde auf Tür Nr. 15, nicht auf mich gemeldet ist und bei der Hausverwaltung.... Demnach ist die Aussage „unterschiedliche Wohnsitze“ unrichtig.

Die weiterführende Darstellungsgrundung: „zu deren Haushalt das Kind gehört“ ist demnach nicht anzuwenden.

Die dargestellte Vermutung: „Dass die Mutter den Haushalt überwiegend führt“ habe ich schon mehrmals bestritten: Vor allem wenn der Wortlaut „ein Kind überwiegend betreut“ lautet, fühle ich mich mit diesem Bescheid entgegen absolut ungerecht behandelt und es beweist mir, den nur mehr materialistischen Charakterzug meiner Ex Frau A. B. mir weiter nachträglich Schaden zuzuführen und mir meine berechtigen Zusprüche abzuerkennen. Auch meiner bemühten vergangenen Darstellungen wurden offensichtlich hier keine Bemessungen erteilt.

In weiterer Folge gibt der Bw. Auszüge seiner beim Finanzamt eingebrachten Schreiben vom 7. April 2010 und vom 7. Mai 2010 wieder...

Zuletzt bleibt mein eigenes Kind, dass die Instanz gerne durch eine Psychologische Betreuungsstelle befragen könne, ob Papa tatsächlich ausgezogen sei und nicht mehr mit dem Kind gewesen sein soll. Falsch und nachzuweisen ist noch mal: das mein Hauptwohnsitz auf Tür 15 gewesen sein soll!!! Das war er nie und ist er nicht. Diese Wohnung ist auf R M gemeldet und dieser ist, wie schon mehrmals erwähnt lediglich ein Freund von mir, der es mir ermöglicht hat einer Streit Ehe vor dem Kind abstand zu halten. Noch einmal: die letzten Monate in denen ich auf Tür 15 gewohnt habe, habe ich mit meinem Kind wie in den besagten Erläuterungen mindestens genauso oft etwas unternommen bzw. betreut und gehabt wie A. B. und war auch in meiner Wohnung auf Tür 5 anwesend schon aus Gründen des AMS, musste ich in meiner Wohnung anwesend sein.

Alle Zahlungen des Kindes bzw. der Wohnung für diesen Zeitraum habe ich weiter getragen. Miet Zahlungsbelege, Hort und Schulgeldbelege werde bei einem weiteren Spruch gegen mich, als Beweismittel vorgelegt. Wurde eigentlich hinterfragt für welche Ausgaben A. B. diesen Zuspruch bekommen sollte, während sie für diesen Zeitraum nichts für das Kind bezahlt hat, außer Essen für die Tage an denen ich nicht bei L war? A. B. hat weder Miet, Schul Hort Kleider Ausflüge etc...Beträge für L bezahlt...A. bezieht monatl. seit Juni 2010 außer Notstand bzw. Geld aus Verdienstmöglichkeiten und weitere Anträge von A. B. auf Sozialhilfe bzw. Wohnbeihilfe und Heizkostenbeihilfe:

Ca.: 160.- e Fam. Beihilfe für L. B., weil der Hauptwohnsitz des Kindes L. B. seit Juni 2010 bei der Mutter in der L-Straße ..., Wien ... ist.

300.- e Betrag Vater an L. B.

460.- e Monatl.

...Es ist eine Zumutung seitens A. B. mich weiter versuchen zu belasten.

Ich stimme dem Berufungsbescheid mit dieser Erläuterung nicht zu.“

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Rechtsgrundlagen

§ 299 BAO lautet:

„(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 ersetzen 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.“

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) 1967 hat die Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Gemäß § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltsgeshörigkeit gilt unter anderem nicht als aufgehoben, wenn sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält (lit. a) bzw. (lit. b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt.

Gemäß § 10 Abs. 2 FLAG 1967 erlischt der Familienbeihilfenanspruch mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Nach § 33 Abs. 4 Z. 3 lit. a EStG 1988 steht einem Steuerpflichtigen, dem auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag zu. Wurde ein Kinderabsetzbetrag zu Unrecht bezogen, ist § 26 FLAG 1967 anzuwenden.

Gemäß § 26 Abs. 1 FLAG 1967 hat, wer Familienbeihilfe zu Unrecht bezogen hat, die entsprechenden Beträge zurückzuzahlen.

2. Sachverhalt

Sachverhaltsmäßig steht fest, dass

- der Berufung gegen den Bescheid vom 2.10.2009, mit dem der Antrag des Bw. auf Gewährung von Familienbeihilfe ab Oktober 2009 abgewiesen wurde, zunächst mit Berufungsvorentscheidung vom 25.1.2010 entsprochen und der Abweisungsbescheid aufgehoben wurde;
- das Finanzamt Familienbeihilfe sowie Kinderabsetzbeträge daraufhin ab Oktober 2009 bis März 2010 nach- bzw. ausbezahlt hat;
- das Finanzamt diese Berufungsvorentscheidung vom 25.1.2010 mit Bescheid vom 4.10.2010 gemäß [§ 299 Abs. 1 BAO](#) aufgehoben hat;
- das Finanzamt gleichzeitig, also ebenfalls am 4.10.2010, eine neuerliche, diesmal abweisende Berufungsvorentscheidung erlassen hat, in deren Begründung die Rückforderung der zu Unrecht ausbezahlten Beträge an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für die Monate Oktober 2009 bis März 2010 ausgesprochen wurde.

3. Rechtlich folgt daraus:

3.1 Materielles Recht

Festgehalten sei zunächst, dass die weitwendigen Ausführungen des Bw. in vielen Bereichen am hier relevanten Sachverhalt vorbeigehen. Entscheidend ist nämlich ausschließlich, ob im Streitzeitraum (= ab Oktober 2009) zwischen den Kindeseltern noch ein gemeinsamer Haushalt bestanden hat. Aus den Ausführungen des Bw. und auch aus denen der Kindesmutter ergibt sich, dass dies offensichtlich nicht der Fall war. Somit ist maßgeblich, zu wem das Kind als haushaltsgerecht anzusehen war, also mit wem es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung geteilt hat. Nach der Aktenlage war dies die Kindesmutter; ohne Bedeutung ist es, welche konkreten Unterhaltszahlungen der Bw. erbracht hat, da dies nur dann von Relevanz ist, wenn das Kind zu keiner in Betracht kommenden Person als haushaltsgerecht anzusehen wäre.

Im konkreten Fall kann diese Frage aber aus folgenden Gründen aus sich beruhen:

3.2 Verfahrensrecht

Vorauszuschicken ist zunächst, dass die Berufungsbehörde grundsätzlich von der Sachlage im Zeitpunkt ihrer Entscheidung auszugehen hat, weshalb Veränderungen des Sachverhaltes idR zu berücksichtigen sind (sh. Ritz, BAO³, § 289 Rz. 59 mwN).

Anzumerken ist weiters, dass die Vorgangsweise des Finanzamtes, in (der Begründung) der neuerlichen Berufungsvorentscheidung vom 4.10.2010 die Rückforderung von zu Unrecht

ausbezahlten Beträgen an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen auszusprechen, rechtlich nicht gedeckt ist. Dies hätte nur mittels eines abgesonderten erstinstanzlichen Rückforderungsbescheides erfolgen können.

Steht ferner fest, dass dem Antrag des Bw. auf Gewährung von Familienbeihilfe nach Aufhebung des Abweisungsbescheides vom 2.10.2009 mittels Berufungsvorentscheidung vom 25.1.2010 durch tatsächliche Auszahlung von Familienbeihilfe entsprochen wurde, wie dies [§ 13 FLAG 1967](#) vorsieht, so hätte diese Berufungsvorentscheidung nicht gemäß [§ 299 Abs. 1 BAO](#) aufgehoben werden dürfen. Ein Abweisungsbescheid darf nämlich in aller Regel nur dann erlassen werden, wenn nicht bereits Familienbeihilfe ausbezahlt wurde. Kommt das Finanzamt zu einem späteren Zeitpunkt zum Ergebnis, dass dies zu Unrecht erfolgt ist, ist ihm die Erlassung eines Rückforderungsbescheides nach [§ 26 FLAG 1967](#) möglich.

Da überdies Familienbeihilfe bis März 2010 ausbezahlt wurde, erweist sich die Berufungsvorentscheidung vom 25.1.2010 – ausgehend von der nunmehr und bereits zum Zeitpunkt der Erlassung des Aufhebungsbescheides nach [§ 299 Abs. 1 BAO](#) bestehenden Sachlage der tatsächlichen Auszahlung von Familienbeihilfe – nachträglich als rechtlich zutreffend.

3.3 Hieraus folgt:

Der Aufhebungsbescheid nach [§ 299 Abs. 1 BAO](#) vom 4.10.2010 ist mittels dieser Berufungsvorentscheidung aufzuheben. Durch die Aufhebung dieses Bescheides tritt das Verfahren nach [§ 299 Abs. 3 BAO](#) in die Lage zurück, in der es sich vor der Aufhebung befunden hat. Dies bedeutet, dass auch die neuerliche Berufungsvorentscheidung vom 4.10.2010 aus dem Rechtsbestand ausscheidet. Der dagegen gerichtete Vorlageantrag vom 26.10.2010 ist somit als unzulässig geworden zurückzuweisen.

Hingewiesen wird darauf, dass diese Berufungsentscheidung der Erlassung eines Rückforderungsbescheides (für die Monate Oktober 2009 bis März 2010) nicht entgegensteht.

Wien, am 17. Februar 2011