



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des AB, geb. GebDat, Adresse, vom 22. Oktober 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 6/7/15, vom 26. September 2007 betreffend Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe ab Jänner 2005 entschieden:

Der angefochtene Bescheid und die erlassene Berufungsvorentscheidung werden aufgehoben.

### Entscheidungsgründe

Herr AB, in der Folge mit Bw. bezeichnet, hat am 6.2.2006 beim Finanzamt einen Antrag auf Differenzzahlung für das Jahr 2005 eingebracht und die Formulare E 401 und E 411 am 12.4.2006 nachgereicht. Die Formulare wurden unvollständig ausgefüllt, eine Verzichtserklärung der Kindesmutter wurde nicht abgegeben.

Das Finanzamt hat den Antrag mit der Begründung abgewiesen, die vom Bw. auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit sei nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt als Dienstverhältnis im Sinne des § 47 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) zu beurteilen und wäre daher nach dem AuslBG bewilligungspflichtig. Da der Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen habe, übe er in Österreich weder eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer aus noch könne von einer Beschäftigung im Sinne der Verordnung Nr. 1408/71 ausgegangen werden. Die angeführte Verordnung sei daher nicht anwendbar.

Gegen diesen Bescheid hat der Bw. berufen und unter Anführung einer Reihe von Argumenten eingewendet, er übe eine selbständige Tätigkeit als Einzelunternehmer aus.

Das Finanzamt forderte den Bw. auf, Kopien der Steuerbescheide der letzten Jahre vorzulegen bzw. bekannt zu geben, wo er steuerlich erfasst sei. Die auf der Berufung angegebene Steuernummer sei nicht ident mit dem Namen des Bw. und wurde um schriftliche Stellungnahme hiezu ersucht. Zustellnachweise für diese Aufforderungen befinden sich nicht im Akt.

Das Finanzamt erließ eine abweisende Berufungsvorentscheidung mit der Begründung, der Bw. habe trotz mehrmaliger Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht erbracht bzw. die gestellten Fragen nicht beantwortet, es müsse daher angenommen werden, dass kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw. bestehe.

Der Bw. brachte eine „Berufung Nr. 2“ ein, die vom Finanzamt als Vorlageantrag gewertet wurde und erklärte, er habe am 29.1.2008 persönlich im Info Center des Finanzamtes ein Schreiben mit allen von ihm verlangten Antworten abgegeben. Er habe die Einkommensteuererklärungen 2005 und 2006 nachweislich an das Finanzamt 6/7/15 abgeschickt. Der Bw. ersuchte daher um nochmalige Bearbeitung seines Antrages und um Anerkennung seines Anspruches auf Familienbeihilfe für seine Kinder.

Den vom Finanzamt vorgelegten Unterlagen ist Folgendes zu entnehmen:

Der Bw. dürfte im Jahr 2004 nach Österreich eingereist sein und war im Dezember 2004 erstmals polizeilich gemeldet. Er war zunächst in einem gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz verstoßenden Arbeitsverhältnis für die Firma in der Zeit vom 1.10.2004 bis 30.11.2004 auf einer Baustelle dieses Unternehmens in Linz beschäftigt.

Der Bw. hat in der Folge die nachstehenden Gewerbe angemeldet:

ab Datum	Gewerbeart
Dat1	Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig
	bezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die
	in einfacher Technik ohne statische Funktionen Räume variabel
	unterteilen
Dat2	Heben, Senken und Befördern von Lasten mittels Einsatz von
	mechanischen oder maschinellen Einrichtungen unter Ausschluss
	der Beförderung mittels Kraftfahrzeugen
Dat2	Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und
	dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen
Dat2	Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser
Dat2	Schwarzdecker

Seit 1.1.2006 besteht eine Versicherung als gewerblich selbständig Erwerbstätiger bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft.

Am 6.6.2006 hat der Bw. einen Fragebogen zur Eröffnung eines Gewerbebetriebes ausgefüllt und die Art der Tätigkeit mit „Spachtelarbeiten, Isolierungen, Montagen“ und den Beginn der Tätigkeit mit 2.12.2004 angegeben. Dieser Fragebogen wurde beim Infocenter des Finanzamtes abgegeben.

Am 12.6.2006 hat der Bw. die Steuererklärungen für 2005 abgegeben. Diese wurden am 22.6.2006 unterfertigt.

Am 14.9.2006 ist beim Finanzamt ein ausgefüllter Fragenkatalog des Bw. zur Selbständigkeit von EU-Ausländern eingelangt, wobei als Standort des Gewerbes Adresse1 angegeben wurde. Laut Bw. werden dort die Belege und Arbeitsmittel aufbewahrt. Zu den Aufträgen komme der Bw. über Empfehlungen und Telefonmarketing. Die Frage, wie viele Kunden der Bw. pro Monat habe, beantwortete dieser dahin gehend, dies sei je nach Auftragslage ganz verschieden.

Die Frage „Mit welchen Auftraggebern haben Sie Verträge abgeschlossen?“ wurde wie folgt beantwortet:

Person1

Gesellschaft

Person2

Der Bw. war laut Zentralmelderegister war an folgenden Adressen gemeldet, wobei als Unterkunftgeber die nachstehenden Personen aufscheinen:

von	bis	Adresse	Unterkunftgeber
02.12.2004	06.12.2004	Adresse2	NN
06.12.2004	14.01.2005	Adresse3	NN2
18.01.2005	26.02.2007	Adresse1a	NN3
26.02.2007	24.01.2008	Adresse4	NN4
24.01.2008	laufend	letzteAdresse	NN5

Der Bw. hat die Adresse in Österreich als Hauptwohnsitz angegeben. Ob er noch einen Wohnsitz in Polen hat, ist aus dem Formular E 401 nicht ersichtlich.

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

Gemäß § 115 Abs. 1 BAO haben die Abgabenbehörden die abgabepflichtigen Fälle zu erforschen und von Amts wegen die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse zu ermitteln, die für die Abgabepflicht und die Erhebung der Abgaben wesentlich sind.

Gemäß § 289 Abs. 1 BAO kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz erledigen, wenn Ermittlungen (§ 115 Abs. 1) unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können.

Gegenständlich wurde der Abgabepflichtige laut Angaben des Finanzamtes aufgefordert, Kopien der Steuerbescheide der letzten Jahre vorzulegen bzw. bekannt zu geben, wo er steuerlich erfasst sei. Die auf der Berufung angegebene Steuernummer sei nicht ident mit dem Namen des Bw. und wurde um schriftliche Stellungnahme hiezu ersucht. Zustellnachweise für diese Aufforderungen befinden sich jedoch nicht im Akt, weshalb unklar ist, ob der Bw. von der Aufforderung des Finanzamtes Kenntnis erlangt hat. Darüber hinaus hätte der Bw. der Aufforderung des Finanzamtes nicht nachkommen können, weil das Finanzamt für ihn weder eine Steuernummer vergeben noch Steuerbescheide erlassen hat. Aufgrund des Inhaltes der Berufung ist davon auszugehen, dass der Bw. fremde Hilfe in Anspruch genommen hat und kann die Anführung einer falschen Steuernummer mit der Verwendung eines Musters erklärt werden.

Das Finanzamt hat keine weiteren Ermittlungshandlungen zur Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes gesetzt, wodurch Ermittlungen unterlassen wurden, bei deren Durchführung die Erlassung eines inhaltlich anders lautenden Bescheides nicht ausgeschlossen

sen werden kann. Ob tatsächlich ein anders lautender Bescheid zu erlassen sein wird, hängt vom Ergebnis des nunmehr durchzuführenden Ermittlungsverfahrens ab.

Der Bw. hat zu seiner Tätigkeit sowohl in der Berufung als auch im Fragebogen konkrete Behauptungen aufgestellt, die seiner Ansicht nach für das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit sprechen. Wenn daher, allenfalls auch aufgrund der bei der Firma konkret ausgeübten Art der Beschäftigung vermutet wird, dass der Bw. auch in der Folge in einem gegen die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes verstoßenden Arbeitsverhältnis beschäftigt war, müssten aufgrund entsprechender Ermittlungen Feststellungen getroffen werden, die eine Beurteilung der Tätigkeit des Bw. ermöglichen. Insbesondere wird zu erheben sein, welche konkreten Tätigkeiten der Bw. in welchen Zeiträumen für welche Auftraggeber durchgeführt hat und ob er seine Tätigkeiten selbst organisierte und in nicht bloß geringem Ausmaß eigene Betriebsmittel verwendete, oder ob diese Tätigkeiten nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt, v.a. aufgrund eines Verhältnisses der persönlichen Abhängigkeit und der organisatorischen Einbindung in einen Betrieb des Arbeitgebers als Dienstverträge zu beurteilen waren (vgl. VwGH vom 19.9.2007, 2007/13/0071).

Sollte das Finanzamt nach Durchführung der ergänzenden Ermittlungen zu der Ansicht gelangen, dass der Bw. eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, wäre festzustellen, ob dieser mit der Frau und den Kindern im gemeinsamen Haushalt gelebt hat, weil er seine österreichischen Adressen jeweils als Hauptwohnsitz bezeichnet hat. Sollte kein gemeinsamer Haushalt geführt werden, ist ein Anspruch des Bw. gemäß § 2 Abs. 2 FLAG nur denkbar, wenn dieser überwiegend die Kosten des Unterhaltes für seine Söhne getragen hat. Es besteht dann aber möglicherweise ein eigener Anspruch der Mutter der Kinder (vgl. VwGH vom 25.6.2008, 2005/15/0154), die (noch) nicht darauf verzichtet hat.

Ob der Unabhängige Finanzsenat als Abgabenbehörde zweiter Instanz von der Möglichkeit einer kassatorischen Berufungserledigung Gebrauch macht, liegt in seinem Ermessen. Aus nachstehenden Gründen wird eine Aufhebung nach § 289 Abs. 1 BAO als zweckmäßig erachtet (vgl. GZ. RV/0496-G/08 vom 22.10.2008):

Der Gesetzgeber hat ein zweitinstanzliches Verfahren in Abgabensachen vorgesehen. Es würde die Anordnungen des Gesetzgebers unterlaufen, wenn es wegen des Unterbleibens eines ausreichenden Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zur Verlagerung eines wesentlichen Teiles des Ermittlungsverfahrens vor die Berufungsbehörde käme und die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen damit zur bloßen Formsache würde. Es ist nicht im Sinn des Gesetzes, wenn die Berufungsbehörde, statt ihre (umfassende) Kontrollbefugnis wahrnehmen zu können, jene Behörde ist, die erstmals den entscheidungswesentlichen Sachverhalt ermittelt und einer Beurteilung unterzieht (vgl. Ritz, BAO<sup>3</sup>, § 289 Tz 5 unter Hinweis auf

VwGH vom 21.11.2002, 2002/20/0315). Will der Unabhängige Finanzsenat der ihm zugeordneten Rolle eines unabhängigen Dritten gerecht werden, muss er sich im Wesentlichen auf die Funktion eines Kontroll- und Rechtsschutzorganes beschränken (vgl. Beiser, SWK 3/2003, S 102 ff).

Würde der Unabhängige Finanzsenat im berufungsgegenständlichen Fall die Ermittlungen erstmals durchführen, müsste dies auch zu einer nicht unbeträchtlichen Verfahrensverzögerung führen, weil alle Ermittlungsergebnisse immer der jeweils anderen Verfahrenspartei zur Stellungnahme bzw. Gegenäußerung unter Beachtung des Parteiengehörs iSd § 115 Abs. 2 BAO zur Kenntnis gebracht werden müssten, was bei der Ermessensübung iSd § 289 Abs. 1 BAO jedenfalls Beachtung zu finden hat.

Im übrigen erscheint es zweckmäßig, dass die nunmehr durchzuführenden Ermittlungen von der Abgabenbehörde erster Instanz, die auch über einen entsprechenden Erhebungsapparat (Betriebsprüfung, Erhebungsorgane) verfügt, nachgeholt werden (vgl. GZ. ZRV/0145-Z3K/03 vom 29.6.2006).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 18. Dezember 2008