



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 16. Juli 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22 vom 20. Juni 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2006

entschieden:

Der angefochtene Bescheid wird – soweit damit über die Monate Juni 2006 und Oktober 2006 abgesprochen wird – ersatzlos aufgehoben.

und beschlossen:

Im Übrigen werden der angefochtene Bescheid und die Berufungsvorentscheidung gemäß § 289 Abs. 1 der Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 1961/194 idgF, unter Zurückverweisung der Sache an die Abgabenbehörde erster Instanz aufgehoben.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) beantragte im Juni 2006 für seine beiden Kinder, M, geboren am xx und G, geboren am yy, Familienbeihilfe.

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger und hat seit April 2005 in Österreich ein Gewerbe angemeldet. Die Kinder des Bw. leben in Polen und werden von der Großmutter betreut.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Mai 2004 mit Bescheid vom 20. Juni 2007 ab und führte in seiner Begründung dazu aus, dass

sich die durch den Bw. ausgeübte Tätigkeit als eine unselbständige Beschäftigung darstelle, welche gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz verstoße. Die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme sei nicht nachgewiesen worden, weshalb in Österreich keine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer ausgeübt werde. Die Verordnung (EWG) Nr. 1480/71 sei daher nicht anwendbar, für die in Polen lebenden Kinder stehe keine Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung zu.

Gegen den betreffenden Bescheid erhob der Bw. das Rechtsmittel der Berufung und führte im Wesentlichen aus, es gäbe keinen einzig konkreten Hinweis, dass sich die ausgeübte Tätigkeit als nichtselbständig darstellen würde. Der Bw. zahle alle Abgaben selbst, habe eigene Betriebsmittel und sei weder an einen konkreten Arbeitsort noch an eine bestimmte Arbeitszeit gebunden. Er könne sich zudem vertreten lassen, übernehme Haftungen und sei keinesfalls weisungsunterworfen. Bei Überprüfungen durch den Arbeitgeber würde es sich lediglich um eine sachliche Kontrolle handeln. Im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes komme es bei der Abgrenzung zwischen Dienstnehmereigenschaft einerseits und Werkvertrag andererseits immer auf eine Gesamtbetrachtung der einzelnen Merkmale an. Im vorliegenden Fall gehe jedoch eindeutig und klar hervor, dass die überwiegenden Anzahl der Merkmale für ein Vorliegen eines Werkvertrages spräche.

Mit Berufungsvorentscheidung wies das Finanzamt gegenständliches Rechtsmittel als unbegründet ab und führte unter Hinweis auf das EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl. 2004/28 aus, dass Österreich von der vertraglichen Möglichkeit, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger für maximal sieben Jahre einzuschränken, Gebrauch gemacht habe, weshalb unter anderem polnische Arbeitnehmer eine Arbeitsbewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz benötigen würden.

Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Bw. eine typische unselbständige Beschäftigung darstelle. Die durchzuführenden Arbeiten würden vom Auftraggeber festgelegt werden, wobei der Arbeitsort und die Arbeitseinteilung vorgegeben seien. Zudem beschäftige der Bw. keine Arbeitnehmer und werde hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von seinem Auftraggeber kontrolliert. Auch werde das zu verarbeitende Material zur Verfügung gestellt und würde der Bw. regelmäßig entlohnt werden. Eine Vertretungsmöglichkeit sei nicht vorgesehen.

Ein Anspruch auf Familienbeihilfe sei daher nicht gegeben.

Mit Schreiben vom 28. Februar 2007 brachte der Bw. rechtzeitig einen Vorlageantrag ein und wiederholte sein bisheriges Berufungsbegehren.

In weiterer Folge nahm der Bw. – nachdem dieser seitens des Unabhängigen Finanzsenates darüber informiert wurde, dass laut Versicherungsdatenauszug erst ab 1. Jänner 2006 eine Pflichtversicherung im Inland vorgelegen sei - mit Schreiben vom 18. August 2008 seine Berufung für den Zeitraum Mai 2004 bis Dezember 2005 zurück und brachte für den Zeitraum ab Jänner 2006 einen neuerlichen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder ein.

Die Berufung betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Mai 2004 bis Dezember 2005 wurde mit Bescheid vom 5. September 2008 als gegenstandslos erklärt.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2011 wurde das Finanzamt aufgefordert hinsichtlich der vom Bw. ausgeübten Tätigkeiten darzulegen, welche konkreten Überlegungen im vorliegenden Berufungsfall - unter Heranziehung der diesbezüglich entscheidungsrelevanten Kriterien wie Weisungsgebundenheit, laufende Lohnzahlung, Unternehmerrisiko, Vertretungsbefugnis und Eingliederung in den betrieblichen Organismus – für das Vorliegen eines nachweisbaren Dienstverhältnisses sprechen würden und welche Gründe der Behauptung des Bw., es läge eine selbständige Beschäftigung vor, entgegenstünden. In diesem Zusammenhang wurde ersucht anzugeben, ob der Bw. tatsächlich nie versucht habe, selbständig tätig zu werden, sowie ob in Bezug auf seine Person Beanstandungen, Anzeigen oder Verurteilungen wegen des Verstoßes gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz vorliegen würden. Gleichzeitig wurde das Finanzamt ersucht, die für eine abschließende rechtliche Beurteilung der durch den Bw. ausgeübten Tätigkeit erforderlichen Erhebungsmaßnahmen durchzuführen.

In Beantwortung dieses Schreibens übermittelte das Finanzamt eine Aufstellung sämtlicher Auftraggeber, für welche der Bw. seit Beginn des Jahres 2006 tätig war und führte aus, dass bei verschiedenen vom Bw. ausgeübten Tätigkeiten kein Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetzes vorliegen würde bzw. nicht bei allen Tätigkeiten eine Überprüfung durch die Finanzpolizei stattgefunden habe.

Gleichzeitig wurde der Bw. seitens des Finanzamtes hinsichtlich seiner Tätigkeit bei der Fa. I befragt. Diesbezüglich gab der Bw. in einer am 3. August 2011 aufgenommenen Niederschrift an, er hätte von den Aufträgen durch Inserate der Fa. I in polnischen Zeitungen erfahren. Das Werkzeug sei von ihm bereitgestellt worden, Gerüst und Material sei von der Firma zur Verfügung gestellt worden. Der Bw. besitze kein Kfz, zu den Baustellen sei er öffentlich gefahren. Das Büro sei in seiner Wohnung gewesen, einen PC besitze er nicht. Die Bezahlung sei mit Herrn I pro Quadratmeter ausgemacht gewesen, wobei pro Quadratmeter unterschiedlich abgerechnet worden sei, sehr oft sei jedoch pauschal verrechnet worden. Die Bezahlung sei grundsätzlich innerhalb von zwei Wochen nach Beendigung der Arbeit erfolgt.

Für jeden Arbeitsabschnitt seien Werkverträge abgeschlossen worden, die Arbeiten hätte Herr I kontrolliert. Dieser habe auch die Termine mit den Architekten vereinbart, danach habe sich die Arbeitszeit mit dem Bw. gerichtet. Die Urlaube des Bw. seien nach Aufträgen geplant worden. Wenn der Bw. krank gewesen sei, habe er das niemand melden müssen, da er immer seine Termine eingehalten habe. Für den Fall, dass Arbeiten nicht ordnungsgemäß erledigt worden seien, habe Herr I dies beanstandet und der Bw. habe die Ausbesserungsarbeiten vorgenommen. Der Bw. habe sich bei seinen Arbeiten vertreten lassen können. In Polen habe der Bw. keine Einkünfte gehabt. Ein Subunternehmer sei Herr C mit einmalig € 50,00 gewesen.

Zudem erklärte der Bw. schriftlich, dass bei Großauftraggebern (x, Fa. I und T) das Arbeitsmaterial durch die Auftraggeber besorgt worden sei.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger und laut eigenen Angaben seit dem Jahr 2005 im Bundesgebiet.

Die Kinder des Bw., M, geboren am xx und G, geboren am yy leben in Polen und werden von der Großmutter betreut.

Im April 2005 meldete der Bw. das Gewerbe „Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kuststoffmassen und Kunststoffprofilen“ an. In weiterer Folge wurde auch das Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ sowie „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ angemeldet.

Der Bw. war im Jahr 2005 im Inland nicht pflichtversichert. Eine diesbezügliche Meldung scheint im Sozialversicherungsdatenauszug nicht auf.

Im Zeitraum Jänner 2006 bis Dezember 2009 war der Bw. bei der Sozialversicherungsgesellschaft der gewerblichen Wirtschaft pflichtversichert.

Anfang Dezember 2009 wurde dem Bw. seitens des Arbeitsmarktservices Wien eine EU-Freizügigkeitsbestätigung ausgestellt. Seit diesem Zeitpunkt ist der Bw. als Arbeiter bei der Gebietskrankenkasse Wien pflichtversichert und wird seitens des Finanzamtes Familienbeihilfe gewährt.

Seit Jänner 2006 war der Bw. - mit zeitlichen Unterbrechungen, in denen seitens des Bw. keine Beschäftigung nachgewiesen wurde - immer wieder für verschiedene Auftraggeber tätig.

In den Monaten Juni und Oktober 2006 war der Bw. für die U GmbH tätig. Die Tätigkeit umfasste Umbauarbeiten für ein Restaurant.

Gemäß der Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom cc lag in Bezug auf die in den Monaten Juni und Oktober 2006 ausgeübte Tätigkeit des Bw. für die U GmbH kein Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetzes vor und wurde das in diesem Zusammenhang ergangene Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren eingestellt.

Der Bw. verfügt seit 8. März 2006 über eine aufrechte Meldung im Inland.

Gegenständlicher Sachverhalt ergibt sich aus den im Akt befindlichen Unterlagen.

Monate Juni und Oktober 2006:

Gemäß § 10 Abs. 1 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt.

Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden (§ 10 Abs. 2 FLAG 1967).

Die Familienbeihilfe wird nach § 10 Abs. 3 FLAG 1967 höchstens fünf Jahre rückwirkend vom Beginn der Antragstellung gewährt.

Die Frage, ob für einen bestimmten Anspruchszeitraum Familienbeihilfe zusteht, ist an Hand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (VwGH 25.3.2010, 2009/16/0119).

Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben gemäß § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der seit 1.1.2006 geltenden Fassung nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Anspruch auf Familienbeihilfe besteht gemäß § 3 Abs. 2 FLAG 1967 für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Nach der Bestimmung des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der derzeit geltenden Fassung ist ein rechtmäßiger Aufenthalt des Anspruch vermittelnden Kindes in Österreich Voraussetzung für

den Bezug von Familienbeihilfe. Da die Kinder des Bw. sich unbestrittenermaßen nicht in Österreich aufhalten und in Österreich auch nicht gemeldet waren, besteht für sie kein Aufenthaltstitel nach dem NAG.

Nach den österreichischen Rechtsvorschriften ist somit ein Anspruch auf Familienbeihilfe für die in Polen lebenden Kinder des Bw. zu verneinen.

Mit 1. Mai 2004 ist Polen der Europäischen Union beigetreten und folglich Vertragspartner des Übereinkommens über den europäischen Wirtschaftsraum (EWR).

Es ist daher zu prüfen, ob sich gegebenenfalls nach der Verordnung Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörigen, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ein Anspruch des Bw. auf Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder ergibt.

Gemäß Art. 1 der Verordnung Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ist 'Arbeitnehmer' oder 'Selbständiger' jede Person,

i) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist;

ii) die im Rahmen eines für alle Einwohner oder die gesamte erwerbstätige Bevölkerung geltenden Systems der sozialen Sicherheit gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken pflichtversichert ist, die von den Zweigen erfasst werden, auf die diese Verordnung anzuwenden ist,

- wenn diese Person auf Grund der Art der Verwaltung oder der Finanzierung dieses Systems als Arbeitnehmer oder Selbständiger unterschieden werden kann oder

- wenn sie bei Fehlen solcher Kriterien im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige errichteten Systems oder eines Systems der Ziffer iii) gegen ein anderes in Anhang I bestimmtes Risiko pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist oder wenn auf sie bei Fehlen eines solchen Systems in dem betreffenden Mitgliedstaat die in Anhang I enthaltene Definition zutrifft;

iii) die gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für die gesamte Landbevölkerung nach den Kriterien des Anhangs I geschaffenen einheitlichen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert ist;

iv) die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den unter diese Verordnung fallenden Zweigen erfasst werden, im Rahmen eines für Arbeitnehmer, für Selbständige, für alle Einwohner eines Mitgliedstaats oder für bestimmte Gruppen von Einwohnern geschaffenen Systems der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats freiwillig versichert ist,

- wenn sie im Lohn- oder Gehaltsverhältnis beschäftigt ist oder eine selbständige Tätigkeit ausübt oder

- wenn sie früher im Rahmen eines für Arbeitnehmer oder Selbständige desselben Mitgliedstaats errichteten Systems gegen das gleiche Risiko pflichtversichert war;

...

Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 ist in Artikel 2 definiert. Gemäß Artikel 2 Absatz 1 gilt die - als unmittelbares Recht anzuwendende - Verordnung Nr. 1408/71 insbesondere für "Arbeitnehmer und Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten".

Gemäß Art 3 der VO (EWG) Nr. 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österreichischen FLAG ist eine Familienleistung iSv Art 4 Abs. 1 lit h der VO (EWG) Nr. 1408/71.

Gemäß Artikel 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern iVm der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Da der Bw. als polnischer Staatsangehöriger infolge des Beitritts Polens zur Europäischen Union vom persönlichen Geltungsbereich der genannten Verordnung erfasst ist, besteht somit grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen auch für Kinder, die sich ständig in einem

anderen EU-Land aufhalten –sofern die übrigen durch die VO (EWG) Nr. 1408/71 normierten Kriterien für die Gewährung von Familienbeihilfe erfüllt sind.

Weiters bestimmt Art. 13 der betreffenden Verordnung:

(1) Vorbehaltlich des Artikels 14c (und 14f (eingefügt durch ABl. L 209/1998)) unterliegen Personen für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Soweit nicht die Artikel 14 bis 17 etwas anderes bestimmen, gilt Folgendes:

a) ...

b) eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt;

...

Art. 73 der betreffenden Verordnung bestimmt:

Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Wie sich aus gegenständlichem Fall ergibt, lag entsprechend der Entscheidung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom cc in Bezug auf die in den Monaten Juni und Oktober 2006 ausgeübte Tätigkeit des Bw. für die U GmbH kein Verstoß gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetzes vor. Das in diesem Zusammenhang ergangene Straferkenntnis wurde aufgehoben und das Verfahren eingestellt. Wie gegenständliches Urteil in seiner Begründung ausführte, war der Bw. eigenverantwortlich und eigenständig für die GmbH tätig und konnte weder eine organisatorische Eingliederung in den Geschäftsbetrieb der Gesellschaft festgestellt werden noch gab es seitens der GmbH dem Bw. gegenüber Arbeitsanweisungen oder verbindliche Arbeitszeitvorgaben.

In diesem Sinne ist daher davon auszugehen, dass die in den Monaten Juni und Oktober 2006 seitens des Bw. ausgeübte Tätigkeit für die U GmbH als eine selbständige Berufsausübung zu qualifizieren ist, weshalb entsprechend den gesetzlichen Vorschriften oben genannter VO für seine beiden in Polen lebenden Kinder Familienbeihilfe zustand.

Zeitraum ab Jänner 2006 (ausgenommen die Monate Juni und Oktober 2006):

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 im Sinne des § 115 Abs. 1 BAO unterlassen wurden, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden oder eine Bescheiderteilung hätte unterbleiben können. Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung des Bescheides befunden hat.

Für den Zeitraum ab Jänner 2006 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der Anspruchswerber und seine Kinder über einen Aufenthaltstitel nach §§ 8 und 9 NAG verfügen und ihren Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Wie sich jedoch aus gegenständlichen Fall ergibt, verfügen die in Polen lebenden Kinder des Bw. mangels aufrechter Meldung im Inland unbestrittenermaßen über keine entsprechenden Aufenthaltstitel, weshalb nach innerstaatlichem Recht ein Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen ist.

In Hinblick auf die Anwendbarkeit der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 ist jedoch zu überprüfen, ob nun der Bw. für den Zeitraum ab Jänner 2006 als Arbeitnehmer bzw. in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt oder selbständig tätig war. Die Vornahme einer rechtlichen Beurteilung hinsichtlich der Qualifikation der durch den Bw. ausgeübten Tätigkeit ist vor allem deshalb von Bedeutung, da – sollte der Bw. nämlich als Arbeitnehmer im Inland tätig sein – auf Grund der Regelungen des Beitrittsvertrages für den Beitritt der Republik Polen zur Europäischen Union polnischen Staatsangehörigen die Freiheit des Personenverkehrs und dabei insbesondere die Freizügigkeit von Arbeitnehmern nicht eingeräumt wurde. Diesbezüglich ist für den Übergangszeitraum bis zum 30. April 2011 eine Gleichstellung von polnischen Staatsangehörigen mit österreichischen Staatsbürgern nicht erfolgt. Mangels Freizügigkeit und mangels Gleichstellung von polnischen Staatsangehörigen mit österreichischen Staatsangehörigen, soweit sie als Arbeitnehmer tätig sind, kann daher die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 nicht zur Anwendung kommen. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe kann daher für den Fall, dass die Betätigung des Anspruchswerbers als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist, aus den Bestimmungen der VO nicht abgeleitet werden. Diesfalls kommen hinsichtlich der Beurteilung der Frage, ob eine nichtselbständige Tätigkeit im Inland rechtmäßig ausgeübt wird, weiterhin die Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes zur Anwendung.

Für die Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit kommt es entsprechend der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes - nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des

verwirklichten Sachverhaltes - allein auf das Unterordnungsverhältnis an. Ist nach der Prüfung bei der Beschäftigung des Bw. von einem Arbeitsverhältnis oder einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis auszugehen, ohne dass eine Freizügigkeitsbescheinigung vorliegt, so ist ein Anspruch auf Familienbeihilfe wegen Verstoß gegen das AuslBG zu verneinen.

Für die Beurteilung der Frage, ob nun dem Bw. für die Zeiträume ab Jänner 2006 Familienbeihilfe für seine beiden in Polen lebenden Kinder zusteht, ist somit entscheidend, inwieweit der Bw. mit seiner im Inland ausgeübten Betätigung im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses nach AuslBG und somit in einem der Freizügigkeit vorbehaltenen Bereich oder selbständig tätig geworden ist. Eine solche rechtliche Beurteilung ist jedoch mangels Vorliegens entsprechender Ermittlungsergebnisse des Finanzamtes nicht möglich. So wurden seitens des Finanzamtes weder erforscht, ob sich der Bw. bei seinen jeweilig ausgeübten Tätigkeiten vertreten lassen konnte, noch inwieweit vor Ort bei Erfüllung der betreffenden Arbeitsleistungen eine persönliche Kontrolle durch die jeweiligen Auftraggeber erfolgt ist, und ob eine Eingliederung in deren betrieblichen Organismus gegeben war. Ebenso unterblieben Feststellungen, inwieweit für den Bw. überhaupt die Möglichkeit bestand, durch Steuerung der Kostenseite seine Einnahmen zu beeinflussen, und ob - so wie behauptet - den Bw. tatsächlich Ausgaben im Zusammenhang mit der Anschaffung von eigenen Betriebsmittel, welche normalerweise im Zusammenhang mit einer selbständig ausgeübten Tätigkeit stehen, getroffen haben. Diesbezüglich führt der Bw. in seiner Berufung selbst aus, dass er für seine Tätigkeit verschiedene Hilfsmittel wie Bohrmaschinen, Kreissäge, Leiter, Mischmaschine udg. benötige. Zudem hat das Finanzamt in diesem Zusammenhang verabsäumt zu ermitteln, wie es der Bw. bewerkstelligte, das angeblich für seine Arbeit benötigte Werkzeug und Material zu den jeweiligen Arbeitsorten zu transportieren, wenn er selbst angibt, keinen eigenen PKW zu besitzen und zu den Baustellen öffentlich gefahren zu sein.

Vom Finanzamt wurde auch nicht dargelegt, weshalb bei Vorlage des gegenständlichen Rechtsmittels an den Unabhängigen Finanzsenat die Tätigkeit des Bw. zunächst als nichtselbständige Beschäftigung bewertet zu einem späteren Zeitpunkt wiederum als selbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert wurde, ohne jedoch anzugeben, welche nunmehr vorliegenden Ermittlungsergebnisse dafür ausschlaggebend waren, dass von der bisherigen rechtlichen Beurteilung abgewichen wurde. Die seitens des Finanzamtes getroffenen Aussagen, es seien hinsichtlich der betreffenden Tätigkeiten keinerlei Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetzes vorgelegen, sind für sich allein keineswegs ausreichend, um eine abschließende rechtliche Beurteilung hinsichtlich der Qualifikation der betreffenden Tätigkeit vornehmen zu können.

Zudem wurden hinsichtlich jener Zeiträume, in denen seitens des Bw. ein entsprechender Nachweis hinsichtlich tatsächlich erzielter Einkünfte unterblieb, keinerlei Feststellungen

darüber getroffen, ob sich der Bw. in den betreffenden Monaten weiterhin im Inland aufgehalten hat, ob er tatsächlich einer Tätigkeit nachgegangen ist und wenn ja, welcher. Sollte nämlich die Behörde im vorliegenden Fall zu der rechtlichen Beurteilung gelangen, es läge tatsächlich eine selbständige Tätigkeit vor, so würde während dieser Monate die den Anspruch auf Familienbeihilfe vermittelnde Unternehmereigenschaft durch ertragslose Zeiten nicht unterbrochen werden.

Außerdem wurde seitens des Finanzamtes nicht überprüft, ob für die Tochter M in der Zeit nach Beendigung der Matura überhaupt die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Familienbeihilfe gegeben waren.

Da sich zu den im Zuge der rechtlichen Beurteilung aufgeworfenen Fragen laut Akteninhalt keine diesbezüglichen Anhaltspunkte oder Ermittlungsergebnisse finden, kann der Unabhängige Finanzsenat nicht feststellen, ob der Bw. für den Zeitraum ab Jänner 2006 (ausgenommen die Monate Juni und Oktober 2006) die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe erfüllt hat. Der Sachverhalt ist damit nicht hinreichend erforscht, dass er einer abschließenden Beurteilung in Form eines Bescheides zugänglich wäre. Die Finanzbehörde hat Ermittlungen unterlassen, bei deren Durchführung ein anders lautender Bescheid hätte erlassen werden können oder eine Bescheiderlassung hätte unterbleiben können. Der Tatbestand des § 289 Abs. 1 BAO ist damit verwirklicht.

Es ist Sache der Finanzbehörde, die fehlenden Ermittlungsschritte vor der Erlassung eines neuen Sachbescheides nachzuholen und die oben angeführten Fragen betreffend die Beschäftigung des Bw. einer Klärung zuzuführen.

Zweck der Kassationsmöglichkeit des § 289 Abs. 1 BAO ist die Entlastung der Abgabenbehörde zweiter Instanz und die Beschleunigung des zweitinstanzlichen Berufungsverfahrens. Zur diesbezüglichen Ermessensübung wies der Verwaltungsgerichtshof darauf hin (VwGH 21.11.2002, 2002/20/0315), dass die Anordnungen des Gesetzgebers über ein zweiinstanzliches Verfahren unterlaufen würden, wenn es wegen des Unterbleibens eines Ermittlungsverfahrens in erster Instanz zu einer Verlagerung nahezu des gesamten Verfahrens vor die Berufungsbehörde käme und damit die Einrichtung von zwei Entscheidungsinstanzen zur bloßen Formsache würde. Es sei nicht im Sinne 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 (Ritz, BAO § 289, Tz 5).

Im Hinblick auf den Umfang der vorzunehmenden Ermittlungen, insbesondere der eingehenden Prüfung der Beschäftigung des Bw. für den Zeitraum ab Jänner 2006, was einer

erstmaligen Erforschung des Sachverhaltes gleichkommt, war der Aufhebung der Vorrang vor der Ermittlung des Sachverhaltes durch die Abgabenbehörde zweiter Instanz zu geben, da es sich um mehr als eine notwendige Ergänzung des Ermittlungsverfahrens handelt. Da der Sachverhalt in dieser Form erstmalig erforscht werden muss, war das Ermessen auch im Hinblick auf die Wahrung des Parteiengenhörs und vom Gesichtspunkt der Erhaltung des vollen Instanzenzuges für den Bw. in Richtung Aufhebung des Bescheides zu üben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 5. Oktober 2011