



## Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, in Wohnadresse, vom 22. September 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 13. August 2008 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Jänner 2005 entschieden:

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

### Begründung

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 das Jahr 2005 besteht ein Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der Anspruchswerber im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt ist und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der

gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezieht. Kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt. Bei der Beurteilung der Beschäftigung kommt es darauf an, wie diese Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt einzustufen ist. Dabei ist zur Prüfung der Qualifikation der Tätigkeit das Einkommensteuergesetz heranzuziehen. Die Tätigkeit des Bw ist daher dahingehend zu prüfen, ob der Bw weisungsgebunden war, in den geschäftlichen Organismus eines Auftraggebers eingegliedert war, ob der Bw ein Unternehmerwagnis traf, ob der Bw sich bei seiner Tätigkeit vertreten lassen konnte und ob er eine laufende monatliche Entlohnung erhielt.

Ist nach dem Gesamtbild der verwirklichten Umstände von einem Dienstverhältnis auszugehen, so muss überprüft werden, ob die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt. Diese Prüfung ist im Hinblick auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nach der Judikatur zum [Ausländerbeschäftigungsgesetz](#) vorzunehmen, wonach es für die Abgrenzung von selbstständiger zu unselbstständiger Tätigkeit nach dem wahren wirtschaftlichen Gehalt des verwirklichten Sachverhaltes allein auf das Unterordnungsverhältnis ankommt.

Ist nach dieser Prüfung bei der Beschäftigung des Bw von einem Arbeitsverhältnis oder einem arbeitnehmerähnlichen Beschäftigungsverhältnis auszugehen, ohne dass eine Beschäftigungsbewilligung vorliegt, so ist ein Anspruch auf Familienbeihilfe wegen Verstoß gegen das [AuslBG](#) zu verneinen.

Auf Grund der Regelungen des Beitrittsvertrages für den Beitritt der Republik Polen zur Europäischen Union wurde den polnischen Staatsangehörigen die Freiheit des Personenverkehrs und dabei insbesondere die Freizügigkeit von Arbeitnehmern nicht eingeräumt. Eine Gleichstellung von polnischen Staatsangehörigen mit österreichischen Staatsbürgern ist für den Übergangszeitraum bis zum 30. April 2011 damit nicht erfolgt. Mangels Freizügigkeit und mangels Gleichstellung von polnischen Staatsangehörigen mit österreichischen Staatsangehörigen, soweit sie als Arbeitnehmer tätig sind, kommt die [Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) nicht zur Anwendung. Ein Anspruch auf Familienbeihilfe kann daher aus den Bestimmungen der Verordnung nicht abgeleitet werden.

Für den Zeitraum ab 1.1.2006 ist zu prüfen, ob der Bw und seine Kinder über einen Aufenthaltstitel nach den [§§ 8](#) und [9 NAG](#) verfügten. Sollte dies zu verneinen sein, so ist im Hinblick auf die Anwendbarkeit der [Verordnung \(EWG\) Nr. 1408/71](#) auch für den Zeitraum ab dem 1.1.2006 noch zu überprüfen, ob der Bw auch in diesem Zeitraum als Arbeitnehmer oder in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis beschäftigt war.

Da sich zu den im Zuge der rechtlichen Beurteilung aufgeworfenen Fragen (ist die Beschäftigung des Bw ein Dienstverhältnis nach EStG, Unterordnungsverhältnis des Bw bei seiner Beschäftigung nach [Ausländerbeschäftigungsgesetz](#), Vorhandensein einer entsprechenden Bewilligung nach [AuslBG](#), Tätigkeit des Bw als Arbeitnehmer und damit in einem der Freizügigkeit vorbehaltenen Bereich, Anwendbarkeit der Verordnung, Vorliegen von Aufenthaltstiteln für den Bw und seine Kinder ab dem 1.1.2006) im Akteninhalt keine Anhaltspunkte oder Ermittlungsergebnisse finden, kann der Unabhängige Finanzsenat nicht feststellen, ob der Bw die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Familienbeihilfe oder Differenzzahlung erfüllt. 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 im Zeitraum ab 1.1.2005 bis dato, 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 Parteienghört und vom Gesichtspunkt der Erhaltung des vollen Instanzenzuges für den Bw in Richtung Aufhebung des Bescheides zu üben.

Wien, am 30. Juni 2011