



Bescheid

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 22. März 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Linz vom 16. März 2011 betreffend Familienbeihilfe entschieden:

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

Begründung

Mit Eingabe vom 14.11.2010, eingelangt am 16.11.2010, brachte der steuerliche Vertreter des Berufungswerbers für diesen ein ausgefülltes Formblatt Beih 1 ein, mit dem der Berufungswerber, polnischer Staatsbürger, die Zuerkennung von Familienbeihilfe für seine drei in Polen lebenden Kinder ab März 2010 beantragte. Als Beruf gab der Berufungswerber an: "selbstständig".

In einem Vorhalt vom 30.11.2010 ersuchte das Finanzamt um Vorlage des Gewerbescheines, eines Nachweises über einbezahlte Sozialversicherungsbeiträge und um Bekanntgabe eines Bankkontos (für die Überweisung der Beihilfe).

Mit Eingabe des steuerlichen Vertreters vom 21.12.2010 wurde lediglich die Bankverbindung des Berufungswerbers mitgeteilt, die vom Finanzamt angeforderten Unterlagen wurden nicht vorgelegt.

Aktenkundig sind eine Bestätigung der Meldung des Berufungswerbers am inländischen Nebenwohnsitz seit 16.3.2010, die Familienstandsbescheinigung (E 401), eine Anfrage betreffend den Anspruch auf Familienleistungen in Polen (E 411), eine Bescheinigung, dass die in Polen lebende Kindesmutter und Ehefrau des Berufungswerbers in Polen keinen Antrag auf Familienleistungen für die drei Kinder gestellt hat, sowie (gekürzte) Abschriften der Geburtsurkunden der drei Kinder und Meldebestätigungen derselben in Polen.

Das Finanzamt wies den am 16.11.2010 eingelangten Antrag auf Familienbeihilfe mit Bescheid vom 16.3.2011 für den Zeitraum ab März 2010 ab. Da der Berufungswerber trotz Aufforderung die abverlangten Unterlagen nicht eingebracht habe, müsse angenommen werden, dass im genannten Zeitraum kein Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden habe bzw. bestehe.

Gegen diesen Bescheid wurde mit Eingabe vom 22.3.2011 Berufung erhoben. Offensichtlich auf Grund eines Irrtums bzw. eines Übertragungsfehlers seien die angeforderten Unterlagen (Gewerbeschein, Nachweis SV-Verpflichtung) nicht übermittelt worden. Dies werde mit der Berufung nachgeholt. Es werde daher die Abänderung des Bescheides und die "Feststellung" (gemeint wohl: Zuerkennung) der Familienbeihilfe beantragt.

Der Berufung war ein Schreiben der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft betreffend Pflichtversicherung in der Gewerblichen Sozialversicherung vom 24.3.2010, die Ablichtung einer entsprechenden Vorschreibung für das zweite Quartal 2010, sowie die Ablichtung der Verständigung des Bezirksverwaltungsamtes des Magistrates der Landeshauptstadt Linz vom 1.6.2010 über die Begründung einer Gewerbeberechtigung des Berufungswerbers ab 16.3.2010 angeschlossen. Das freie Gewerbe wurde darin wie folgt bezeichnet: "Einschäumen von vorgefertigten Fenstern und Türen mit Ausnahme von Brandschutz- und Sicherheitstüren in bestehende Maueröffnungen mit und ohne Blindstöcke ohne an einen Befähigungsnachweis gebundene Tätigkeiten".

Ferner erliegt im Akt eine Abfrage aus FinPol Online. Demzufolge wurde im Zuge einer Kontrolle nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz bei der Firma S am 9.4.2010 unter anderem der Berufungswerber bei Vorbereitungsarbeiten für die Fenstermontage angetroffen. Das Erhebungsorgan hielt dazu lapidar fest: "In Gesamtbetrachtung sind lt. Ansicht d. FA die vier poln. StA. keine Selbständige Unternehmer. Viel mehr ist hinsichtlich ihrer Tätigkeit von einem Dienstverhältnis zu der Firma S auszugehen. Diesbezüglich bestehen aber keine arbeitsrechtlichen BW und sie wurden diesbezüglich auch nicht als Arbeitnehmer zur SV angemeldet."

Am 27.4.2011 langte der Vorlagebericht des Finanzamtes, mit dem die gegenständliche Berufung dem Unabhängigen Finanzsenat zur Entscheidung übermittelt wurde, bei diesem ein. Darin wurde auf die oben erwähnte Kontrolle nach dem AusIBG hingewiesen und als Streitpunkte angeführt: "Scheinselbständigkeit in Österreich; keine arbeitsrechtl. Genehmigung".

§ 289 Abs. 1 BAO normiert: *Ist die Berufung weder zurückzuweisen (§ 273) noch als zurückgenommen (§ 85 Abs. 2, § 86a Abs. 1) oder als gegenstandslos (§ 256 Abs. 3, § 274) zu erklären, so kann die Abgabenbehörde zweiter Instanz die Berufung durch Aufhebung des angefochtenen Bescheides und allfälliger Berufungsvorentscheidungen unter Zurückweisung 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. Im weiteren Verfahren sind die Behörden an die für die Aufhebung maßgebliche, im Aufhebungsbescheid dargelegte Rechtsanschauung gebunden. Durch die Aufhebung des angefochtenen Bescheides tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Erlassung dieses Bescheides befunden hat.*

Hinsichtlich der gemeinschaftsrechtlichen Frage der Gleichstellung der Staatsangehörigen der Republik Polen mit österreichischen Staatsangehörigen im Sinne des § 53 FLAG bzw. der Frage, inwieweit den Staatsangehörigen der Republik Polen Freizügigkeit eingeräumt wurde, vertritt der Unabhängige Finanzsenat zusammengefasst die Ansicht, dass für Angehörige der Republik Polen aufgrund der Einschränkung des freien Personenverkehrs für dieselben bis 30.4.2011 (EU-Erweiterungs-AnpassungsG) die Verordnungen (EWG) 1408/71 bzw. (EG) 883/2004 nicht zur Anwendung gelangen, soweit diese unter Verletzung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes einer Beschäftigung als Arbeitnehmer nachgehen (vgl. UFS 6.7.2011, RV/3961-W/10 und UFS 8.9.2011, RV/3232-W/10).

Das Finanzamt Linz stützt sich bei der Beurteilung der Frage, ob der Berufungswerber im entscheidungsrelevanten Zeitraum als selbständiger Unternehmer oder unter Verletzung der Bestimmungen des AusIBG als unselbständig Erwerbstätiger beschäftigt war, lediglich auf die oben wiedergegebene "Feststellung" anlässlich der am 9.4.2010 durchgeföhrten Kontrolle nach dem AusIBG. Tatsächlich erschöpft sich diese "Feststellung" in einer unsubstantiierten Behauptung ohne jede nähere Begründung. Nachvollziehbare und überprüfbare Feststellungen zur Frage, ob der Berufungswerber tatsächlich selbständig erwerbstätig oder unter Verletzung der Bestimmungen des AusIBG nichtselbständig erwerbstätig war, wurden auch nicht ansatzweise getroffen (vgl. zu den zu prüfenden Abgrenzungskriterien beispielsweise die bereits oben erwähnten Entscheidungen des Unabhängigen Finanzsenates).

Die Durchführung diesbezüglicher, bisher unterlassener Ermittlungen ist insofern entscheidungswesentlich, als bei Vorliegen einer tatsächlich selbständigen Tätigkeit dem Berufungswerber der Beihilfenanspruch (erkennbar auch nach Ansicht des Finanzamtes) zustünde.

Da somit im vorliegenden Fall Ermittlungen unterlassen wurden, bei deren Durchführung die Erlassung des angefochtenen Abweisungsbescheides unterbleiben und die beantragte Familienbeihilfe zuerkannt werden hätte können, liegen die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 289 Abs. 1 BAO vor.

Für das weitere Verfahren wird noch darauf hingewiesen, dass gemäß § 115 Abs. 2 BAO der Partei Gelegenheit zur Geltendmachung ihrer Rechte und rechtlichen Interessen zu geben ist. Der Grundsatz des Parteiengehörs gehört zu den fundamentalen Grundsätzen des Rechtsstaates bzw. zu den allgemeinen Grundsätzen eines geordneten Verfahrens (Ritz, BAO⁴, § 115 Tz 14 mit Judikaturnachweisen). Nach § 184 Abs. 4 BAO ist den Parteien vor Erlassung des abschließenden Sachbescheides Gelegenheit zu geben, von den durchgeführten Beweisen und vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern (Ritz, BAO⁴, § 115 Tz 15 mwN). Das Parteiengehör ist in einer förmlichen Weise zu gewähren, damit der Partei dieser Verfahrensschritt deutlich bewusst wird. Dies kann vor allem schriftlich in Form eines Vorhaltes erfolgen (Ritz, BAO⁴, § 115 Tz 19 mwN).

Die Aufhebung eines Bescheides nach § 289 Abs. 1 BAO liegt im Ermessen. Zweck dieser Kassationsmöglichkeit ist die Entlastung der Abgabenbehörde zweiter Instanz und die Beschleunigung des zweitinstanzlichen Berufungsverfahrens (Ritz, BAO⁴, § 289 Tz 5). Im gegenständlichen Fall wurden vom Finanzamt keine nachvollziehbaren und überprüfbaren Feststellungen zur Frage, ob der Berufungswerber tatsächlich selbständig erwerbstätig oder unter Verletzung der Bestimmungen des AusIBG nichtselbständig erwerbstätig war, getroffen, sodass praktisch das gesamte diesbezügliche Ermittlungsverfahren an die Abgabenbehörde zweiter Instanz verlagert würde. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur ähnlich lautenden Bestimmung des § 66 Abs. 2 AVG (vgl. VwGH 21.11.2002, [2002/20/0315](#)) ist es nicht 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 (ebenso UFS 15.6.2007, RV/0374-L/07; UFS 22.10.2008, RV/0496-G/08). Es ist nicht Aufgabe der Abgabenbehörde zweiter Instanz, alle Ermittlungstätigkeiten erstmals durchzuführen und den vom Finanzamt angenommenen Sachverhalt zu ergründen (UFS 27.9.2006, RV/0226-S/05). Im Übrigen würde es zu erheblichen Verfahrensverzögerungen kommen, würde der Unabhängige Finanzsenat die erforderlichen Sachverhaltsermittlungen nachholen und selbst durchführen, zumal die

Ermittlungsergebnisse und allfällige Stellungnahmen den Parteien zwecks Wahrung des Parteiengehörs wechselseitig zur Kenntnis zu bringen wären (UFS 27.1.2010, RV/0580-I/08).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Linz, am 5. März 2012