



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw, gegen den Bescheid des Finanzamtes X vom 16. Mai 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber ist polnischer Staatsbürger. Er verfügt sowohl über einen Wohnsitz in Österreich als auch über einen Wohnsitz in Polen.

Er beantragte mit Eingabe (Formular Beih 1) vom 5. Dezember 2005 die Gewährung der Familienbeihilfe für seine vier Kinder. Nach den Angaben im Antragsformular ist der Berufungswerber in Österreich selbstständig erwerbstätig. Die Kinder und die Ehegattin des Berufungswerbers leben in Polen. Für die Kinder besteht in Polen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Nach der Aktenlage wurden dem Berufungswerber in Österreich am 1. Juli 2005 Gewerbescheine für das Gewerbe „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder von Systemwänden mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ und für das Gewerbe „Verspachteln von

bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" ausgestellt.

Laut Versicherungsdatenauszug der österreichischen Sozialversicherung wird der Berufungswerber ab 1. Jänner 2006 als gewerblich selbständig Erwerbstätiger geführt.

Nach vom Finanzamt im April 2006 vorgenommenen Ermittlungen über die vom Berufungswerber in Österreich ausgeübten Tätigkeiten wurden vom Berufungswerber Innenausbauarbeiten für Private und Landwirte durchgeführt. Sein Entgelt betrug 7 – 8 € pro Stunde. Kost und Quartier wurden vom jeweiligen Auftraggeber gratis zur Verfügung gestellt.

Vom Berufungswerber wurden Rechnungen über die von ihm durchgeführten Arbeiten ausgestellt, auf welchen als Entgelt jeweils ein Pauschalbetrag angeführt ist.

In den Erhebungsunterlagen des Finanzamtes befinden sich vier vom Berufungswerber an vier verschiedene Auftraggeber ausgestellte Rechnungen über durchgeführte Verspachtelungsarbeiten (Rechnung vom 30. Juli 2005, Entgelt iHv 1.350 €; Rechnung vom 30. November 2005, Entgelt iHv 1.550 €; Rechnung vom 31. Jänner 2006, Entgelt iHv 1.250 €; Rechnung vom 25. Februar 2006, Entgelt iHv 1.450 €).

Das Entgelt wurde stets bar ausbezahlt.

Am 9. Mai 2006 führte das Finanzamt an der vom Berufungswerber angegebenen Wohn- und Betriebsadresse (3333 A, M-Gasse 20) Erhebungen durch. Laut dem im Akt befindlichen Aktenvermerk des Finanzamtes (vom 11. Mai 2006) war der Berufungswerber dort bei der Familie F, die einen landwirtschaftlichen Betrieb führt, gemeinsam mit einem polnischen Landsmann (Herrn K) eingemietet. Das gemietete Zimmer hatte ein Ausmaß von ca. 20 m² und war mit zwei Betten, einem Tisch, einem Kasten etc. eingerichtet. Es gab kein Firmenschild, keine Lagerräume, keine Infrastruktur eines Gewerbebetriebes und auch keinen Mietvertrag. Anstatt einer Mietzahlung erbrachten der Berufungswerber und Herr K Arbeitsleistungen im landwirtschaftlichen Betrieb der Familie F.

Mit Bescheid vom 16. Mai 2006 wies das Finanzamt den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit folgender Begründung ab:

"Gemäß der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Wanderarbeiter und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern und der Verordnung (EWG) Nr. 574/72 besteht grundsätzlich Anspruch auf Familienleistungen im "Beschäftigungsland" auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten. Als Beschäftigung kommt sowohl eine selbständige als auch eine nichtselbständige Beschäftigung in Betracht."

Da Ihre Gattin und Ihre Kinder in Polen leben und Ihre Gattin in Polen beschäftigt ist, ist Polen vorrangig zur Leistung der Familienbeihilfe verpflichtet und in Österreich würde Anspruch auf eine Differenzzahlung bestehen, wenn Sie in Österreich eine selbständige bzw. nichtselbständige Tätigkeit ausüben.

Auf Grund der Ermittlungen der Finanzverwaltung wurde festgestellt, dass bei der von Ihnen in Österreich ausgeübten Tätigkeit keine unternehmerische (selbständige) Tätigkeit vorliegt.

Für die Ausübung einer nichtselbständigen Tätigkeit müssten Sie als "neuer" EU-Bürger über eine Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (zB Beschäftigungsbewilligung, Freizügigkeitsbescheinigung etc.) verfügen.

Da Sie eine derartige Berechtigung nicht vorweisen konnten, besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe."

Gegen den Abweisungsbescheid vom 16. Mai 2006 er hob der Berufungswerber form- und fristgerecht Berufung, in welcher er Folgendes ausführte:

Die vom Finanzamt zitierten Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 sowie Nr. 574/72 seien durch die Verordnung Nr. 883/2004 abgelöst worden. Die Verordnungen der Europäischen Union zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit beträfen nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch selbständig Erwerbstätige. Seine selbständige Tätigkeit stelle keine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar, weil eine selbständige Tätigkeit nicht dem Ausländerbeschäftigungsgesetz unterliege. Er verfüge über einen legalen Gewerbeschein, ausgestellt von einer österreichischen Behörde. Mit der Gewerbeberechtigung seien diverse Kosten, wie Steuer, Sozialversicherungsbeiträge und Grundumlage verbunden, welche er auch laufend zu leisten habe. Es sei die Frage offen geblieben, auf Grund welcher Rechtslage andere Selbständige die Familienbeihilfe erhalten. Er dürfe als EU-Bürger nach der Gesetzeslage in keiner Weise diskriminiert werden.

Am 20. Februar 2008 erging an den Berufungswerber ein Vorhalt des unabhängigen Finanzsenates, dem als Beilagen eine Kopie des Aktenvermerkes des Finanzamtes vom 11. Mai 2006 sowie Kopien von drei Niederschriften, welche das Finanzamt im Zuge der im April 2006 durchgeföhrten Ermittlungen mit drei Auftraggebern des Berufungswerbers aufgenommen hatte, angeschlossen waren. Der Berufungswerber wurde in diesem Vorhalt ersucht, die folgenden Fragen zu beantworten und die angeführten Unterlagen vorzulegen:

- Für welche Auftraggeber (abgesehen von den in den beiliegenden Niederschriften aufscheinenden) waren Sie ab dem Jahr 2005 in Österreich tätig?
- Haben Sie mit den Auftraggebern schriftliche Werkverträge abgeschlossen? Wenn ja: Bitte um Vorlage dieser Verträge (Kopien genügen).

- Welche Arbeiten haben Sie durchgeführt?
- Wurde Ihnen das Arbeitsmaterial von den Auftraggebern zur Verfügung gestellt oder mussten Sie dafür aufkommen?
- Welche Arbeitsmittel (Arbeitsgeräte) mussten Sie selbst zur Verfügung stellen?
- Falls Sie auf Baustellen gearbeitet haben: Hatten Sie ein eigenes Kfz oder wurden Sie von den Auftraggebern mit dem Firmenauto auf die Baustellen gefahren?
- Mussten Sie eine bestimmte Arbeitszeit einhalten? Wenn ja: Welche?
- Mussten Sie den Auftraggebern Arbeitsbeginn und Arbeitsende melden?
- Mussten Sie den Auftraggebern melden, wenn Sie krank waren oder Urlaub machen wollten?
- Wie viele Stunden pro Tag und an wie vielen Tagen pro Woche haben Sie gearbeitet?
- Wurden Sie bei der Ausübung Ihrer Tätigkeit hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsqualität und Arbeitsfortgang vom Auftraggeber kontrolliert?
- Wer trug das Haftungs- und Gewährleistungsrisiko für die von Ihnen durchgeföhrten Arbeiten?
- Wie gut können Sie die deutsche Sprache sprechen und lesen?
- Verfügen Sie auch in Polen über eine vergleichbare Gewerbeberechtigung?

Dem Berufungswerber wurde im Vorhalt weiters die Gelegenheit geboten, eine Stellungnahme zum Aktenvermerk des Finanzamtes vom 11. Mai 2006 und zu den vom Finanzamt mit seinen Auftraggebern aufgenommen Niederschriften abzugeben.

Mit Schreiben vom 11. März 2008 teilte der Berufungswerber dem unabhängigen Finanzsenat Folgendes mit:

„Meine Situation hat sich seit Anfang 2007 wesentlich geändert. Ich bin für mehrere Auftraggeber tätig. Ich lege die Kopien meiner Rechnungen bei. Falls der Finanzsenat der Meinung ist, dass die Art meiner früheren Tätigkeit nicht selbständiger Tätigkeit entspricht, ersuche ich somit um Überprüfung meines Anspruches ab Jänner 2007.“

Antworten zu vorgelegten Fragen:

- Ich lege die Rechnungen vor, die für verschiedene Auftraggeber ausgestellt wurden.
- Ich habe mündliche Verträge abgeschlossen.
- Ich habe folgende Arbeiten ausgeführt: Spachtelarbeiten, diverses Befördern von Lasten.
- Das Arbeitsmaterial wurde meistens vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.
- Ich verfüge über folgende Werkzeuge bzw. Arbeitsmittel: Bohrmaschine, Kübel, Mischmaschine, Spachtel, Glattkehle, Handkreissäge etc.
- Ich verfüge über ein eigenes Auto.

- Ich kann die Baustelle wann immer ich will betreten, muss mich an keine fixen Arbeitszeiten halten.
- Ich muss dem Auftraggeber weder Arbeitsbeginn noch Arbeitsende melden.
- Ich entscheide allein, wann ich meinen Urlaub mache, bzw. muss niemandem melden, falls ich krank werde.
- Wie lange ich arbeite, hängt von Menge der Arbeit bzw. Dringlichkeit der Arbeit ab, meistens arbeite ich zwischen 30 - 48 Stunden in der Woche.
- Der Fortgang meiner Arbeit, bzw. die Arbeitsqualität wird nur von mir kontrolliert.
- Ich trage die volle Verantwortung für die durchgeführten Arbeiten.
- Ich kann mich auf Deutsch verständigen, kann Deutsch lesen, schreiben kann ich nicht so gut.
- Ich verfüge über keine Gewerbeberechtigung in Polen."

Der Vorhaltsbeantwortung waren die Kopien von 15 vom Berufungswerber im Jahr 2007 an 6 verschiedene Auftraggeber ausgestellte Rechnungen angeschlossen.

Eine Stellungnahme zum Aktenvermerk des Finanzamtes vom 11. Mai 2006 oder zu den vom Finanzamt mit seinen Auftraggebern aufgenommen Niederschriften erfolgte durch den Berufungswerber nicht.

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe.

Gemäß Art. 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 Mitgliedstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 ist in Art. 2 definiert. Gemäß Art. 2 Abs. 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 Mitgliedstaates, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österreichischen FLAG 1967 ist eine Familienleistung iSd Art. 4 Abs. 1 lit. h der VO (EWG) Nr. 1408/71.

Da der Berufungswerber 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.

Mit dem EU-Erweiterungs-Anpassungsgesetz, BGBl I 2004/28, hat Österreich den Beitritt der neuen Mitgliedstaaten umgesetzt und von der vertraglichen Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für die neuen EU-Staatsbürger einzuschränken. Österreich kann Übergangsbestimmungen hinsichtlich der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Dienstleistungsfreiheit für die neuen EU-Bürger für maximal sieben Jahre einführen. Für Staatsangehörige der neu beigetretenen Staaten (mit Ausnahme Maltas und Zyperns) wird im § 32a Abs. 1 Ausländerbeschäftigungsgesetz (AusIBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. 1 AusIBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30.4.2011) weiterhin dem AusIBG.

Für polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AusIBG.

Die für den vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, BGBl. Nr. 218/1975, in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 28/2004, lauten:

"Begriffsbestimmungen

§ 2 Abs. 2: Als Beschäftigung gilt die Verwendung

- a) in einem Arbeitsverhältnis,
- b) in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis, sofern die Tätigkeit nicht auf Grund gewerberechtlicher oder sonstiger Vorschriften ausgeübt wird,
- c) in einem Ausbildungsverhältnis, einschließlich der Tätigkeiten nach § 3 Abs. 5,
- d) nach den Bestimmungen des § 18 oder
- e) überlassener Arbeitskräfte im Sinne des § 3 Abs. 4 des Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes, BGBl. Nr. 196/1988.

Abs. 4: Für die Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne des Abs. 2 vorliegt, ist der wahre wirtschaftliche Gehalt und nicht die äußere Erscheinungsform des Sachverhaltes maßgebend.

Voraussetzungen für die Beschäftigung von Ausländern

§ 3 Abs. 2: Ein Ausländer darf, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, eine Beschäftigung nur antreten und ausüben, wenn für ihn eine Beschäftigungsbewilligung, eine Zulassung als Schlüsselkraft oder eine Entsendebewilligung erteilt oder eine Anzeigebestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeitserlaubnis oder einen Befreiungsschein oder einen Niederlassungsnachweis besitzt."

Gemäß § 47 Abs. 2 EStG 1988 liegt ein Dienstverhältnis vor, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft schuldet.

Dies ist der Fall, wenn die tätige Person in der Betätigung ihres geschäftlichen Willens unter der Leitung des Arbeitgebers steht, oder im geschäftlichen Organismus des Arbeitgebers dessen Weisungen zu folgen verpflichtet ist. Nach ständiger Rechtsprechung (vgl. VwGH 19.12.1990, 89/13/0131; VwGH 20.12.2000, 99/13/0223; VwGH 24.9.2003, 2000/13/0182) ist bei der Beurteilung, ob ein steuerliches Dienstverhältnis besteht, vom tatsächlichen wirtschaftlichen Gehalt der Vereinbarung zwischen den Vertragspartnern auszugehen. Maßgebend sind weder die Bezeichnung noch subjektive Gesichtspunkte, sondern ausschließlich die objektiven Umstände (VwGH 18.10.1989, 88/13/0185).

Das sachliche Weisungsrecht ist auf den Arbeitserfolg gerichtet, während das für die Arbeitnehmereigenschaft sprechende persönliche Weisungsrecht einen Zustand wirtschaftlicher und persönlicher Abhängigkeit fordert. Die persönlichen Weisungen sind auf den zweckmäßigen Einsatz der Arbeitskraft gerichtet und dafür charakteristisch, dass der Arbeitnehmer nicht die Ausführung einzelner Arbeiten verspricht, sondern seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt (VwGH 21.12.1993, 90/14/0103; VwGH 23.5.2000, 97/14/0167; VwGH 20.12.2000, 99/13/0223). So nimmt das persönliche Weisungsrecht des Arbeitgebers etwa auf die Art der Ausführung der Arbeit, die Zweckmäßigkeit des Einsatzes der Arbeitsmittel, die zeitliche Koordination der zu verrichtenden Arbeiten, die Vorgabe des Arbeitsortes usw. Einfluss.

Die Eingliederung in den geschäftlichen Organismus ist im Sinne einer Abhängigkeit vom Auftraggeber zu verstehen (VwGH 21.12.1993, 90/14/0103). Sie zeigt sich u.a. in der Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch den Auftraggeber sowie die unmittelbare Einbindung der Tätigkeit in betriebliche Abläufe des Arbeitgebers. Ein Tätigwerden nach den jeweiligen zeitlichen Gegebenheiten bringt eine Eingliederung in den Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines Werkverhältnisses zuwider läuft (VwGH 15.9.1999, 97/13/0164).

Eine Entlohnung, die sich ausschließlich am wirtschaftlichen Erfolg bzw. Arbeitsergebnis orientiert (Akkordlohn, Provisionen), ist für einen Arbeitnehmer eher selten, kommt aber im

Wirtschaftsleben vor. Sie begründet dann kein Unternehmerwagnis, wenn die mit der Tätigkeit verbundenen Kosten unmittelbar vom Auftraggeber getragen werden, und wenn diesem gegenüber ein wirtschaftliches Abhängigkeitsverhältnis besteht (VwGH 9.11.1994, 93/13/0310).

Das an sich für eine selbständige ausgeübte Tätigkeit sprechende Merkmal des Unternehmer-Risikos kann in gewissem Maße auch auf Dienstverhältnisse zutreffen, etwa wenn der Arbeitnehmer in Form von Provisionen oder Umsatzbeteiligungen am wirtschaftlichen Erfolg seines Arbeitgebers beteiligt ist (VwGH 25.10.1994, 90/14/0184).

Eine Kontrolle des Auftraggebers hinsichtlich Art, Ort und Zeit der Beschäftigung spricht für Nichtselbständigkeit.

Wenn ein Auftragnehmer sich bei seiner Arbeitsleistung vertreten lassen kann und das Bestimmungsrecht darüber nicht dem Auftraggeber zusteht, sondern im Belieben des Auftragnehmers liegt, ist in der Regel ein Werkvertragsverhältnis anzunehmen (VwGH 16.2.1994, 92/13/0149; VwGH 23.5.2000, 97/14/0167). Allerdings ist in wirtschaftlicher Betrachtungsweise darauf Bedacht zu nehmen, dass es sich bei der Vertretungsmöglichkeit nicht bloß um eine formale Vereinbarung, sondern um eine der üblichen Gestaltung im Wirtschaftsleben entsprechende tatsächliche Vertretungsmöglichkeit handeln muss (VwGH 5.10.1994, 92/15/0230).

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Berufungswerbers – jedenfalls die Tätigkeit vor dem Jahr 2007 – nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern als unselbständige Beschäftigung darstellt:

Es wurden keine schriftlichen Werkverträge abgeschlossen.

Der Berufungswerber hat keine schriftlichen oder mündlichen Angebote gemacht. Die von ihm zu erbringenden vertraglichen Leistungen (durchzuführenden Arbeiten) wurden vom Auftraggeber festgelegt.

Der Berufungswerber beschäftigte keine Arbeitnehmer, bzw. bediente sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte.

Er war bei seinen Auftraggebern einquartiert, wobei ihm Kost und Quartier gratis zur Verfügung gestellt wurden. Bei seiner Tätigkeit für Landwirte war der Berufungswerber zudem in den landwirtschaftlichen Betrieb eingegliedert, da er auch landwirtschaftliche Arbeitsleistungen zu erbringen hatte.

Er erhielt einen fixen Stundenlohn.

Gegen eine selbständige Tätigkeit spricht aber auch, dass das Arbeitsmaterial im Allgemeinen vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt wurde und dass die vom Berufungswerber beigestellten Arbeitsmittel (Bohrmaschine, Kübel, Mischmaschine, Spachtelwerkzeug, Handkreissäge etc.) umfangmäßig äußerst gering waren.

Hinzu kommt, dass die vom Berufungswerber durchgeführten Leistungen (Verspachtelungsarbeiten) in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Dienstverhältnisses erbracht werden und dass der Berufungswerber in Polen über keinen Gewerbeschein verfügt.

Aus dem Gesamtbild der vorliegenden Tätigkeit geht nach Ansicht des UFS hervor, dass der Berufungswerber nicht ein Werk, sondern - wie ein Dienstnehmer - seine Arbeitskraft schuldete bzw. dass der Berufungswerber dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen war, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Berufungswerber seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat. Der Umstand, dass der Berufungswerber einen Gewerbeschein besitzt und dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat, vermag daran nichts zu ändern. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach ständiger Rechtssprechung für die Beurteilung einer Leistungsbeziehung als Dienstverhältnis nicht die vertraglichen Abmachungen maßgebend, sondern stets das tatsächlich verwirklichte Gesamtbild der vereinbarten Tätigkeit, wobei auch der im Wirtschaftsleben üblichen Gestaltungsweise Gewicht beizumessen ist (vgl. die bereits zitierten Erkenntnisse des VwGH vom 25.10.1994, 90/14/0184, und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Auf Grund der obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Berufungswerbers nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist (vgl. zB auch die Entscheidungen des UFS vom 12.4.2006, RV/0275-W/06, vom 7.2.2007, RV/0003-W/07 und vom 13.3.2007, RV/2861-W/06).

Eine solche Tätigkeit muss aber den oben zitierten Vorschriften des AuslBG entsprechen, d.h. dass es sich dabei um eine - bewilligungspflichtige - Beschäftigung iSd § 2 iVm § 3 Abs. 2 AuslBG handelt.

Da der Berufungswerber die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme nicht nachgewiesen hat, folgt daraus, dass er in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübt und auch nicht von einer Beschäftigung iSd

VO (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden kann. Die VO (EWG) Nr. 1408/71 ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar.

Die in der Berufung angeführte VO (EWG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit gilt gemäß Art. 91 erst ab dem Tag des Inkrafttretens einer diesbezüglichen Durchführungsverordnung. Da bisher noch keine Durchführungsverordnung erlassen wurde, hat die VO (EWG) Nr. 883/2004 im Berufungsfall außer Betracht zu bleiben.

Zu dem Vorbringen des Berufungswerbers in der Vorhaltsbeantwortung vom 11. März 2008, seine Situation habe sich seit Anfang 2007 wesentlich geändert, da er nun für mehrere Auftraggeber tätig sei, ist darauf hinzuweisen, dass die Verhältnisse ab dem Jahr 2007 für das gegenständliche Berufungsverfahren bedeutungslos sind. Der angefochtene Abweisungsbescheid vom 16. Mai 2006 konnte nur über die Verhältnisse vor dem Zeitpunkt der Bescheid-erlassung absprechen. Über das Zustehen der Familienbeihilfe bzw. der Differenzzahlung für Zeiträume danach, hat der Bescheid vom 16. Mai 2006 nicht abgesprochen. Im gegenständlichen Berufungsverfahren darf nicht erstmals über Zeiträume entschieden werden, die nicht Gegenstand des angefochtenen Bescheides waren.

Auf Grund der obigen Ausführungen wurde der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe vom Dezember 2005 zu Recht abgewiesen.

Dem Berufungsbegehren konnte daher nicht entsprochen werden.

Wien, am 15. April 2008