



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vertreten durch Binder Grösswang, Rechtsanwälte, 1010 Wien, Sterngasse 13, vom 4. April 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 12., 13. und 14. Bezirk und Purkersdorf, vertreten durch Frau Thaler, vom 9. März 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab dem 1. September 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Die, die p Staatsbürgerschaft besitzende Bw., ist allein erziehende Mutter eines im Jahr 2000 geborenen Sohnes.

Ihrem, am 26. Jänner 2006 übermittelten Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe ab dem September 2005 legte die Bw. unter anderem, das die alleinige Obsorge für ihren Sohn aussprechende Scheidungsurteil, einen Bescheid der Sozialhilfestelle, mit welchem die Einstellung der pl Familienbeihilfe, wegen der Übersiedlung, respektive Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit im Ausland verfügt worden ist, eine Besuchsentgelts- und Besuchszeitbestätigung für den Kindergartenbesuch ihres Sohnes sowie einen Auszug aus dem Gewerberegister, wonach die Bw. ab dem 16. September 2005 am Standort Wien, H-Straße (Haus 5/2) das Gewerbe der Hausbetreuung, bestehend in der Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten einschließlich objektbezogener einfacher Wartungstätigkeiten auf Grundlage von Werk- und freien Dienstverträgen, unter Ausschluss von Tätigkeiten reglementierter Gewerbe ausübt.

Mit Vorhalt vom 10. Jänner 2007 wurde die Bw. aufgefordert ein Bestätigung, wonach sie und ihr Sohn ab dem September 2005 im Inland krankenversichert seien vorzulegen, respektive Auskunft darüber zu geben, inwieweit die ab dem September 2005 erzielten Einnahmen die Lebenshaltungskosten übersteigen haben.

In weiterer Folge wurde eine Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft nachgereicht, der gemäß ab September 2005 Versicherungsschutz in der Krankenversicherung sowohl für die Bw. als auch deren Sohn bestehe.

Darüber hinaus ermittelte die Abgabenbehörde erster Instanz, dass die Bw. und ihr Sohn ab dem 14. Dezember 2006 den Hauptwohnsitz nach y verlegt hätten.

Aus einer Mitteilung an des BV Team des Wohnsitzfinanzamtes sei zur gewerblichen Tätigkeit der Bw. ausgeführt worden, dass diese über drei Auftraggeber verfüge und ihre Rechnungen aus eigenem erstelle.

Die Bw. werbe für ihre Aufträge selbst und sei diese über ein Handy erreichbar.

Persönliche Abhängigkeiten bestünden nicht und trage die Bw. ebenso das Unternehmerrisiko.

Was die Einkommensverhältnisse der Bw. anlange, so habe diese betreffend das Jahr 2005 Einkünfte im Ausmaß von 722 € erklärt.

Mit Bescheid vom 9. März 2007 wurde der Antrag der Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe ab September 2005 abgewiesen und begründend ausgeführt, dass in Anbetracht des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG und unter Berücksichtigung der für EU/EWR Bürger anzuwendenden VO Nr. 1408/71 Anspruch auf Familienleistungen für ihre Freizügigkeit geltend machende EU/EWR Bürger nur dann bestehe, wenn diese nachgewiesenermaßen über ausreichende Existenzmittel verfügen.

In Ansehung des Umstandes, dass die Bw. vor angeführte Beweisführung schuldig geblieben sei, sei vice versa dem Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe nicht näher zu treten gewesen.

Mit Schriftsatz vom 4. April 2007 wurde gegen den Abweisungsbescheid Berufung erhoben und seitens des rechtsfreundlichen Vertreters repliziert, dass die Bw. das angemeldete Gewerbe bereits seit September 2005 ausübe, wobei der Standort desselben mit 25. Jänner 2007 nach y verlegt worden sei.

Die Einkünfte seien in Form einer Einnahmen- Ausgabenrechnung ermittelt worden, wobei zwecks Veranschaulichung die Saldenliste des Jahrs 2006 vorgelegt werde (hierzu sei ange- merkt, dass in dieser Liste für das Jahr 2006 Einnahmen von 3.097 € Ausgaben von 916,82 € gegenüber gestellt worden sind , wobei sich diese überwiegend aus Fahrtaufwendungen von 192 € sowie Aufwendungen für Telefon von 492 € rekrutiert haben).

In Ansehung der ebenfalls beigelegten Versicherungsbestätigung könne unzweifelhaft von der Entfaltung einer selbständigen Tätigkeit der Bw. ausgegangen werden.

Die Ansicht des Finanzamtes, dass der Mittelpunkt der Lebensinteressen der Bw. nicht im Inland befinde, finde ob vorhandener persönlicher Beziehung (inländischer Wohnsitz, Besuch des Kindergartens durch den Sohn) weder Deckung in den tatsächlichen Verhältnissen, noch sei dem Umstand Beachtung geschenkt worden, dass hinsichtlich des § 3 Abs. 1 und 2 FLAG die neue Rechtslage zum Tragen komme, der gemäß sowohl die Bw. als auch ihr Sohn als EU-Bürger rechtmäßig im Sinne des § 9 NAG im Inland aufhalten.

Zusammenfassend werde daher die Aufhebung des bekämpften Bescheides beantragt.

Mit Vorhalt vom 20. September 2007 wurde die Bw. angesichts des Umstandes, dass den bis dato vorgelegten Unterlagen ein Monatsverdienst von durchschnittlich 180 € bis 200 € errechnet habe werden können, aufgefordert eine Aufstellung der ab dem September 2005 angefallenen Lebenshaltungskosten nachzureichen, respektive die Monatseinnahmen des Jahres 2007 bekannt zu geben.

Im Antwortschreiben vom 10. Oktober 2007 führte der rechtsfreundliche Vertreter der Bw. aus, dass die Aufstellung der Lebenshaltungskosten keinen tauglichen Nachweis für die Ge- bzw. Verwehrung der Familienbeihilfe darstelle, zumal weder das NAG, noch das FLAG eine derartige Beweisführung fordere.

Im übrigen sei hinsichtlich der Deklarierung der Einnahmen für das Jahr 2006 ein Irrtum unterlaufen, welcher demnächst einer Berichtigung durch die Steuerberaterin zugeführt werde.

Exemplarisch werde auf die beigelegten, monatliche Einnahmen von 1.225 € bzw. 665 € ausweisenden Saldenlisten für die Monate September 2006 und Dezember 2006 hingewiesen.

Die Einnahmen des Jahres 2007 seien über jenen des Vorjahres angesiedelt und belaufen sich diese auf durchschnittlich 800 € pro Monat.

Summa summarum erweise sich, dass die Bw. im Inland eine intensive berufliche Tätigkeit ausübe.

Aus den beigelegten Rechnungen ergebe sich außerdem, dass die Bw. für mehrere Auftraggeber tätig geworden sei.

Die Vorlage einer Arbeitserlaubnis sei in Anbetracht der seit längerem ausgeübten selbständigen Tätigkeit im Inland obsolet, respektive sei durch diese der in § 9 NAG angeführte Aufenthaltstitel ausreichend dokumentiert.

In Ansehung obiger Ausführungen werde der Antrag auf Aufhebung des bekämpften Bescheides aufrecht erhalten.

Mittels fernenmündlichen Vorhalts der Abgabenbehörde zweiter Instanz wurde die Bw. ersucht, nachstehende Fragen zu beantworten, respektive die dazu gehörenden Unterlagen nachzu-reichen:

- a. Unterlagen betreffend die Art und Weise der Geschäftsanbahnung
- b. Liste der Auftraggeber
- c. Verträge betreffend das zeitliche Ausmaß der Reinigungstätigkeit
- d. Unterlagen betreffend die Kalkulation des Honorars
- e. Modalitäten im Verhinderungsfall (Stellung eines Vertreters etc.)

In seinem Antwortschreiben vom 2. Juni 2008 gab der rechtsfreundliche Vertreter der Bw. bekannt, dass die Geschäftsanbahnung der Bw. derzeit auf Mundpropaganda basiere, wobei weitere Schritte in Überlegung stünden.

Betreffend das Jahr 2007 sei die Bw. für nachstehend angeführte Auftraggeber wie folgt tätig geworden:

FAKEG Gesamtumsatz 7.880 € (ganzjährige Tätigkeit)

IH Gesamtumsatz 1.363 € (tätig in 7 Monaten)

IS Gesamtumsatz 1.700 € (tätig in 11 Monaten)

Was die Abrechnung des Werklohn anbelange so erfolge dieser pro Projekt bzw. nach der Häufigkeit der Tätigkeit.

In Relation der Gesamtumsätze zur aufgewendeten Zeit errechne sich ein Durchschnittsstundensatz von 10 €.

Die, je nach Arbeitsanfall telefonisch vereinbarte Leistung müsse auch im Krankheitsfall erbracht werden, wobei die Bestimmung über die Vertretung nicht bei den einzelnen Auftraggebern liege.

Abschließend gab die Bw. bekannt, dass bei Krankheit die Arbeit zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werde, wobei dieser Umstand bei den Auftraggebern bislang keine Schwierigkeit dargestellt habe.

Über die Berufung wurde erwogen:

Im vorliegenden Fall legt die Abgabenbehörde zweiter Instanz ihrer Entscheidung nachstehenden Sachverhalt zu Grunde:

Die Bw., eine p Staatsbürgerin, welche nach eigenen Angaben am 6. April 2004 in Österreich eingereist ist, respektive laut Zentralmelderegister zusammen mit ihrem Sohn seit dem 17.

Jänner 2005 einen inländischen, nunmehr an nämlicher Adresse ihres Hauptauftraggebers der FAKEG befindlichen Hauptwohnsitz innehat, übt via Gewerbeschein eine Reinigungstätigkeit aus.

Die Bw. selbst wird je nach Arbeitsanfall und auf telefonische Order tätig, wobei im Krankheitsfall die Arbeit zu einem späteren Zeitpunkt nachzuholen ist.

Die Bw., welche ebenso wie ihr Sohn bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft seit dem 1. September 2005 bis laufend in der Krankenversicherung pflichtversichert ist, hat dem Finanzamt für die Jahre 2005 bis 2007, nachstehende, in entsprechende Einkommensteuerbescheide einfließende Einkünfte aus Gewerbebetrieb in der Höhe von 722 € (2005) von 2.180,18 € (2006), wobei letztere Einkünfte in einem, im wieder aufgenommenen Verfahren erlassenen Einkommensteuerbescheid auf den Betrag von 4.497,49 € angehoben worden sind bzw. von 7.604,80 € (2007) bekannt gegeben.

Des weiteren ist es - aufgrund der lediglich für das Jahr 2007 vorgelegten Honoraraufstellungen - Faktum, dass die per Mundpropaganda tätig und per Handy erreichbare werdende Bw. im Jahr 2007 hauptsächlich für den Auftraggeber FAKEG Reinigungsleistungen erbracht hat (788 Jahresarbeitsstunden), während in Anbetracht eines einbekannten Stundensatzes von durchschnittlich 10 € für die Verrichtungen bei den beiden übrigen Auftraggebern Jahresarbeitsstunden von 136 bzw. 170 angefallen sind.

Aus diesem Sachverhalt leiten sich betreffend die ab dem 1. September 2005 beantragte Familienbeihilfe für ihren nunmehr die Volksschule besuchenden Sohn nachstehende rechtliche Erwägungen ab:

Zeitraum 1. September 2005 bis 31. Dezember 2005

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG in der *bis 31. Dezember 2005* geltenden Fassung haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; 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.

Nach Abs. 2 der zitierten Bestimmungen gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Laut den eigenen Angaben der Bw. im Antragsformular betreffend die Gewährung der Familienbeihilfe ist die Bw. im April 2004 in Österreich eingereist.

Ein ständiger 60-monatiger Aufenthalt im Bundesgebiet ist somit nicht gegeben, weswegen auch die obige Ausnahmeregelung nach Abs. 2 der zitierten Gesetzesstelle nicht zum Tragen kommt.

Erklärt wurden von der Bw. für die Jahre 2005 bis 2007 ausschließlich unter der Besteuerungsgrenze liegende Einkünfte aus Gewerbebetrieb "Für einfache Reinigungstätigkeiten".

Die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14.6.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern i.d.g.F ist auf p Staatsbürger seit 1.5.2004 (Beitritt P zur EU) grundsätzlich unmittelbar und ungeachtet allenfalls entgegenstehender inländischer Rechtsvorschriften anwendbar.

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.

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".

Eine Leistung wie die Familienbeihilfe nach dem österreichischen Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) ist eine Familienleistung i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. h der VO (EWG) Nr. 1408/71. 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 (AuslBG) normiert, dass sie nicht unter die Ausnahme für EWR-Bürger (§ 1 Abs. 2 lit. 1 AuslBG) fallen. Neue EU-Bürger unterliegen für die Dauer der Anwendung des Übergangsarrangements (dh bis maximal 30. 4. 2011) weiterhin dem AuslBG.

Für p Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Als neuer EU-Bürger habe der Bw. innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt.

Insoweit waren von der Abgabenbehörde zweiter Instanz in Ansehung des § 289 Abs. 2 zweiter Satz BAO, wonach diese berechtigt ist sowohl im Spruch, als auch hinsichtlich der Begründung ihre Rechtsanschauung an Stelle jener der Abgabenbehörde erster Instanz zu setzen, (bis dato unterlassene) Prüfungen dahingehend zu pflegen, ob die von der Bw. in

Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit – nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt ein Dienstverhältnis darstellt – und umgekehrt gesprochen somit eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vorliegt.

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 gewerbe-rechtlicher 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 Anzeige-bestätigung ausgestellt wurde oder wenn er eine für diese Beschäftigung gültige Arbeits-erlaubnis 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 gängiger Rechtsprechung (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 unter anderem 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, wie im vorliegenden Fall ein Tätigwerden auf telefonische Order bringt eine Eingliederung in den Unternehmensorganismus zum Ausdruck, was dem Vorliegen eines von der Bw. ins Treffen geführten 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 selbstständig, respektive gewerblich ausgeübte Tätigkeit sprechende Merkmal des Unternehmerrisikos 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).

Bezogen auf den vorliegenden Fall bedeuten letztgenannte Ausführungen, dass ein derartiges für die Entfaltung einer selbständigen (gewerblichen) Betätigung sprechendes Vertretungsrecht gerade nicht ausbedungen worden ist.

Nämliche Schlussfolgerung liegt darin begründet, dass zwar in der Vorhaltsbeantwortung vom 2. Juni 2008 davon gesprochen worden ist, dass die Vertretungsregelung nicht den Auftraggebern obliege, im Gegensatz dazu aber bereits im nächsten Satz von der zwingenden Nachholung der Arbeit im Krankheitsfall die Rede war.

Darüber hinaus ist nach Ansicht der Abgabenbehörde zweiter in Anbetracht des Umstandes, dass die Bw. schon nach eigenen Angaben bis dato keinerlei Werbemaßnahmen (wie beispielsweise die Schaltung von Inseraten) zur Entfaltung ihrer Tätigkeit gesetzt hat, sondern vielmehr die „Unternehmensführung“ lediglich per Mundpropaganda erfolgt, respektive diese nur per Handy und somit nur von einem eingeschränkten Kundenkreis erreichbar ist, das für einen Gewerbetrieb essentielle Element der Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr als nicht erfüllt zu erachten.

Aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes gelangt die Abgabenbehörde zweiter Instanz zur Überzeugung, dass die Beschäftigung der Bw. – Durchführung einfacher Reinigungstätigkeiten - nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern als – in Anbetracht der aufgewendeten Jahresarbeitsstunden und der erklärten Einnahmen - als auf bis zu drei geringfügigen Dienstverhältnissen basierende nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist .

Die Umstände, dass die Bw. einen Gewerbeschein besitzt, dass sie sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass diese beim zuständigen Finanzamt eine Einkommensteuererklärung mit Einkünften aus Gewerbetrieb angesucht, respektive veranlagt worden ist, vermögen on obiger Schlussfolgerung nichts zu ändern.

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

Da die Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen worden ist, respektive ein derartiger Nachweis von der Bw. auch tatsächlich nicht zu erbringen ist, da diese in Qualifikation ihrer Tätigkeit als gewerblich und unter Berufung auf ihre EU- Bürgerschaft eine Einholung derselben für entbehrlich hält, bzw. von einem gültigen Aufenthaltstitel im Sinne des § 9 NAG ausgeht, folgt daraus, dass die Bw. in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübt und auch nicht von einer Beschäftigung i.S.d. VO (EWG) Nr. 1408/71 ausgegangen werden kann.

Die VO (EWG) Nr. 1408/71 ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar und hat die Bw. demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.

Der Umstand, dass das Kind des Bw., für welches er die Familienbeihilfe beantragt, in Österreich lebt, ist nicht ausreichend. Vielmehr darf - damit ein Anspruch auf Zuerkennung der

Familienbeihilfe besteht - die von ihm ausgeübte nichtselbständige Beschäftigung nicht gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößen.

Da so hin die im FLAG in der bis zum 31. Dezember 2005 geltenden Fassung normierten, qualifizierten Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht erfüllt sind, war die Berufung betreffend den Zeitraum Oktober 2005 bis Dezember 2005 als unbegründet abzuweisen.

Zeitraum ab 1. Jänner 2006

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG in der ab *1. Jänner 2006* geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 100/2005) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, 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.

Nach Abs. 2 dieser Bestimmung besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Seit 1. Jänner 2006 kommt es somit hinsichtlich des Anspruches auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, auf das Vorliegen eines Aufenthaltstitels nach den §§ 8 und 9 NAG an.

Die Bw. konnte somit keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung nachweisen, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass *keine Aufenthaltstitel ausgestellt worden sind*.

Bezug nehmend auf die bestehenden Übergangsregeln sind im Rahmen der Freizügigkeit unter anderem für Staatsangehörige des EU Landes Po die Bestimmung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes weiterhin anzuwenden.

Gemäß der für den Zeitraum ab Jänner 2006 anzuwendenden Rechtslage stellen die dokumentierten Umstände, nämlich inländische Wohnsitze der Bw. und ihres Sohnes, keine geeigneten Beurteilungskriterien, die das Vorliegen der Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe begründen würden, dar.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 25. Juni 2008