



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des KL, 1180, vertreten durch Dr. Heinz Edelman, 1060 Wien, Windmühlgasse 30, vom 14. Februar 2008 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 9/18/19 Klosterneuburg Klosterneuburg vom 25. Jänner 2007 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Ausgleichszahlung für das Jahr 2005 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (=Bw.) stellte Ende Juli 2006 einen Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung für das Kalenderjahr 2005 für seine beiden am 9.7.1994 und am 2.3.1996 geborenen, bei ihrer Mutter (= Gattin des Bw.) in Polen lebenden, namentlich genannten Kinder. Aus den im Akt aufliegenden Formularen E 401 (Familienstandsbescheinigung für die Gewährung von Familienleistungen) und E 411 (Anfrage betreffend Anspruch auf Familienleistungen (Kindergeld) in dem Mitgliedstaat, in dem die Familienangehörigen wohnen), geht hervor, dass die Gattin des Bw. vom 1.8.2005 bis laufend keine berufliche Tätigkeit ausgeübt und in dieser Zeit Familienleistungen von insgesamt 86 PLN monatlich bezogen habe.

Laut Auszug aus dem Zentralen Melderegister ist der Bw. in Österreich, und zwar in Wien, ab 13.6.2005 bis laufend gemeldet. Am 1.8. 2005 meldete der Bw. das Gewerbe „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten ausgenommen jener einem reglementierten

Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit“ sowie als weiteres Gewerbe „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profileile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ an.

Das Finanzamt richtete an den Bw. folgenden Ergänzungsvorhalt:

„Ergänzungspunkte:

Nachweis über den rechtmäßigen Aufenthalt (z.B.: NAG-Karte mit Aufenthaltstitel) von Ihnen (Aufenthaltsbescheinigung für EU-Bürger), Bekanntgabe Ihrer Steuernummer, Einkommensnachweis von Ihnen, Bekanntgabe Ihrer Kontonummer, Schulbestätigung von J und A.

Der Rechtsanwalt des Bw. führte in einer Äußerung vom 29. Dezember 2006 dazu aus, dass der Bw. nicht in unselbständiger Erwerbstätigkeit stehe. Der Bw. sei selbständig. Verwiesen werde dabei auf die schon vorgelegten Unterlagen und Aussagen. Der Bw. sei daher auch nicht in der Lage, eine Arbeitserlaubnis und eine Dienstgeberbestätigung (Beschäftigungszeiten) vorzulegen.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung für das Kalenderjahr 2005 für die beiden Kinder des Bw. ab:

„Gemäß Artikel 76 der Verordnung betreffend den Bereich der Familienleistungen/Familienbeihilfen im Europäischen Wirtschaftsraum, besteht für Arbeitnehmer oder Selbständige nach den Rechtsvorschriften des „Beschäftigungslandes“, in dem sich das Kind ständig aufhält, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften dieses Staates. Ihre Gattin ist in Polen erwerbstätig und Ihre Kinder halten sich ständig in Polen (Beschäftigungsland der Gattin) auf. Eine allfällige Differenzzahlung kann jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres beantragt werden. Anspruch auf Differenzzahlung besteht jedoch nur für Zeiträume, in denen im Bundesgebiet Einkünfte auf Grund einer Erwerbstätigkeit vorliegen. Ihre Tätigkeit wurde aufgrund des Gesamtbildes als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft. Da Ihnen keine Beschäftigungsbewilligung erteilt wurde und Sie bei keinem Dienstgeber in Österreich beschäftigt sind, haben Sie keine Einkünfte auf Grund einer Erwerbstätigkeit. Obiger Antrag war daher abzuweisen.“

Der Bw. erhob dagegen Berufung mit folgender Begründung:

„Die Behörde erster Instanz begründet ihren Bescheid damit, dass gem. Art 76 der Verordnung betreffend den Bereich der Familienleistungen/Familienbeihilfe im Europäischen Wirtschaftsraum (in der Folge Verordnung genannt) für Arbeitnehmer oder Selbständige nach den Rechtsvorschriften des Beschäftigungslandes, in dem sich das Kind ständig aufhält, Anspruch

auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften dieses Staates bestehe. Die Ehegattin des Berufungswerbers sei in Polen erwerbstätig und die Kinder hielten sich ständig in Polen auf. Ein allfälliger Differenzbetrag könne jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres beantragt werden. Ansprüche auf Differenzzahlungen bestünden jedoch nur für Zeiträume, in denen im Bundesgebiet Einkünfte aufgrund einer Erwerbstätigkeit vorliegen.

Die Tätigkeit des Berufungswerbers sei aufgrund des Gesamtbildes als nichtselbständige Tätigkeit einzustufen. Da dem Berufungswerber keine Beschäftigungsbewilligung erteilt worden und der Berufungswerber bei keinem Dienstgeber in Österreich beschäftigt sei, sei der Antrag mangels Einkünfte im Grunde einer Erwerbstätigkeit abzuweisen.

Vorerst ist zu sagen, dass der Bescheid in keiner Weise ordnungsgemäß im Sinne des Gesetzes begründet ist. Unter Angabe der europarechtlichen Norm des Art 76 der Verordnung erschöpft sich die Begründung letzten Endes in der Behauptung, dass die Tätigkeit des Berufungswerbers aufgrund des „Gesamtbildes“ als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft worden sei. Dies stellt eine bloße Behauptung dar. Irgendwelche Ausführungen wie dieses „Gesamtbild“ aussieht und insbesondere zustande gekommen ist, muss der Berufungswerber vermissen.

Aufgrund dieses schweren Begründungsmangels ist der Bescheid schon aus diesem Grunde der Kassation verfallen.

Im Übrigen steht diese Behauptung schon im Gegensatz zur Aktenlage. Verwiesen wird auf den im Behördenakt erliegenden Fragenkatalog zur Selbständigkeit von EU-Ausländern vom 17.10.2006, denen die Merkmale einer Selbständigkeit nach österreichischem Recht zweifelsfrei zu entnehmen sind:

Der Berufungswerber verfügt über eine Gewerbeberechtigung (MBA 18-102660F18/1-Reg.Z1.:102660F18 vom 2.8.2005), der Berufungswerber steht im Vertragsverhältnis mit unterschiedlichen Auftraggebern (Kunden), es gibt verschiedene Baustellen - wegen verschiedener Auftraggeber -, der Berufungswerber verwendet daher Werkzeuge, über die er allein verfügt und die er für die Ausübung des Gewerbes braucht, er verwendet daher eigene Betriebsmittel, etc.

Ausdrücklich verwiesen wird darauf, dass der vorgenannte Fragenkatalog ausdrücklich - schon in der Überschrift - die Selbständigkeit von EU-Ausländern betrifft und daher Grundlage für die Beurteilung der Selbständigkeit darstellt. Es ist daher völlig unverständlich, wie die Behörde erster Instanz auf Grundlage dieses Fragenkataloges, der, wie gesagt, Grundlage für die behördliche Entscheidung sein muss, zur Schlussfolgerung einer Unselbständigkeit des Berufungswerbers gelangen kann.

Schon aus diesem Grunde und bei entsprechender Feststellung im Bescheid wäre daher dem Antrag Folge zu geben gewesen.

Unabhängig davon ist der Rechtsstandpunkt der Behörde erster Instanz aus folgendem Grunde irrig:

Gemäß Art 73 der Verordnung hat ein Arbeitnehmer oder Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen des Anhangs VI (der Verordnung), für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates (sohin der Republik Österreich), als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten. Die Umschreibung des Begriffes Arbeitnehmer oder Selbständiger ist nicht nach nationalem (österreichischen) Recht vorzunehmen, sondern nach EU-Recht. Für die Anwendung der Verordnung gelten damit dessen Begriffsbestimmungen in Art 1 der Verordnung. Die Begriffsbestimmung von Arbeitnehmer oder Selbständiger (lit. a) lässt jedweden Hinweis auf die tatsächliche Erwerbstätigkeit vermissen. Es wird insbesondere keine Differenzierung zwischen Arbeitnehmer oder Selbständiger getroffen. Einzig und allein wird auf das Bestehen von Versicherungen im Rahmen der sozialen Sicherheit Bezug genommen. Wenn nun die Behörde auf Art 76 der Verordnung Bezug nimmt, so betrifft diese Bestimmung nur die Prioritäten für den Fall von Kumulierung von Ansprüchen, nicht jedoch die Berechtigung der Ansprüche als solche. Die grundsätzliche Berechtigung ergibt sich aus dem oben erwähnten Art 73 der Verordnung. Hier ist von einer tatsächlichen Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht die Rede. Folglich ist es auch unmaßgeblich, ob der Berufungswerber bei der Annahme einer nichtselbständigen Tätigkeit durch die Behörde erster Instanz über eine Beschäftigungsbewilligung verfügt, da eine solche nur bei tatsächlicher Ausübung einer unselbständigen Tätigkeit erforderlich wäre.

Eine Differenzierung zwischen unselbständiger und selbständiger Tätigkeit ist darüber hinaus auch nach österreichischem Recht, d.h. bei der Familienbeihilfe, auch nicht von Relevanz. Nach § 2 Familienlastenausgleichsgesetz haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet ihren Wohnsitz oder einen gewöhnlichen Aufenthalt haben für minder- oder volljährige Kinder unter den weiter im Gesetz genannten Bedingungen, unabhängig davon, ob eine selbständige oder unselbständige Tätigkeit vorliegt, nach welcher Norm diese auch beurteilt werden möge (Steuerrecht, Arbeitsrecht oder Sozialversicherungsrecht) und daher auch unabhängig von der Einkunftsart nach dem Einkommenssteuergesetz. Es würde daher eine Diskriminierung im Sinne des Gemeinschaftsrechtes darstellen, wenn die Familienleistungen differenziert für Arbeitnehmer und Selbständige gewährt würden.

Schließlich und endlich hat auch eine Person, die keinerlei Einkünfte erzielt, Anspruch auf Familienbeihilfe sowohl nach österreichischem Recht als auch Arbeitslose nach EU-Recht (Art 74 der Verordnung).

Zusammenfassend kann gesagt werden:

Der Berufungswerber ist nach seiner Ansicht Selbständiger nach österreichischem Recht (selbständiger Erwerbstätiger mit Einkünften aus Gewerbebetrieb im Sinne des Einkommenssteuergesetzes) und auch nach EU-Recht. Aber auch dann, wenn er Nichtselbständiger nach österreichischem Recht wäre, wäre dies für seine Anspruchsberechtigung nicht schädlich, da eine Differenzierung zwischen Unselbständigen und Selbständigen bei Überprüfung der Anspruchsgrundlagen nach der Umschreibung der Verordnung nicht vorzunehmen ist.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger. Seine Kinder leben in Polen. Er selbst ist seit 28.7. 2005 an der von ihm angegebenen Wohnadresse, die zugleich auch den Standort seines Gewerbes darstellt, in Österreich gemeldet.

Der Bw. ist sprachlich nicht in der Lage, eigenständig am wirtschaftlichen Leben teilzunehmen. Er hatte keinen Gewerbeschein in Polen und das Gewerbe dort auch nicht ausgeübt. Zu Aufträgen kommt er durch seine Schwägerin (ev. auch Bazar).

Gemäß § 5 Abs. 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten, kein Anspruch auf Familienbeihilfe. Er hat keine fachliche Ausbildung und übte in Polen eine (hilfsarbeiterähnliche?) praktische Tätigkeit auf Baustellen aus. Er bedient sich keiner Hilfskräfte. Er wohnt bei seiner Schwägerin, beteiligt sich an den Kosten. Das Arbeitsmaterial stellt der Kunde bereit! Er hat keine Haftpflichtversicherung betreffend Haftung und Gewährleistung. Es gibt keine schriftlichen Verträge. Seine Tätigkeit ist mit Hilfsarbeitertätigkeit gleichzustellen. Schriftliche Antworten mußten ihm buchstabiert werden. Alle Rechnungen wurden von einer einzigen Person geschrieben (siehe Schriftbild), nicht jedoch vom Bw. (siehe seine Handschrift laut Fragebogenbeantwortung). Es sind keine betrieblichen Strukturen vorhanden!

Aufgrund des Gesamtbildes ging das Finanzamt von einer nichtselbständigen Tätigkeit aus, wobei ein Fragenkatalog zur Selbständigkeit von EU-Ausländern zu Grunde gelegt wurde, auf dessen Bezeichnung es nicht ankommt.

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 (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 polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG. 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 selbständig 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).

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Berufungswerbers nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als (Hilfs)Arbeiter auf verschiedenen Baustellen darstellt:

Aus dem Gesamtbild der vorliegenden Tätigkeit geht nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenats 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 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 Rechtsprechung 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. 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 (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen hat, folgt daraus, dass er in Österreich eine rechtmäßige Beschäftigung als Arbeitnehmer im dargelegten Sinn nicht ausübte 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.

Der Berufungswerber hat demnach mangels Rechtmäßigkeit der nichtselbständigen Beschäftigung keinen Anspruch auf Familienbeihilfe für seine in Polen lebenden Kinder. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17. Dezember 2007