



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 1. Dezember 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 3. und 11. Bezirk, Schwechat und Gerasdorf vom 2. November 2006 betreffend Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2005 beantragte der Berufungswerber (Bw.) die Gewährung der Familienbeihilfe für sein im Mai 2001 geborenes Kind ohne Eintragung des Zeitpunktes, ab welchem die Gewährung beantragt wird, mit folgenden Angaben:

Angaben zur antragstellenden Person	
Staatsbürgerschaft	Polnische
Beruf	selbstständig
Datum der Einreise nach Österreich	Juni 2004
Wohnort	Wien ...
Angaben zum Ehepartner	
Familien- und Vorname	...
Staatsbürgerschaft	Polnische
Beruf	Hausfrau
Versichert bei einer öffentlich-rechtlichen Pensionsversicherungsanstalt	ja
Datum der Einreise nach Österreich	Juni 2005

Kinder	
Familien- und Vorname	...
Staatsbürgerschaft	Polnische
Tätigkeit des Kindes	Keine
Datum der Einreise nach Österreich	Juni 2005
Das Kind wohnt ständig	bei mir

Dem Antrag waren folgende Unterlagen (in Kopie) beigelegt:

Bestätigung der Meldung aus dem Zentralen Melderegister:

Aus der Bestätigung ist ersichtlich, dass der Bw. an dem Hauptwohnsitz in 1030 Wien seit 1. Juni 2004 gemeldet war.

Geburtsurkunde des Kindes:

Aus der Bestätigung ist ersichtlich, dass es sich beim oben angeführten Kind, für welches vom Bw. die Gewährung der Familienbeihilfe beantragt wird, um den Sohn des Bw. handelt.

Auszug aus dem Gewerberegister:

- näheres dazu siehe unten: Seiten 3, 8 und 9

Im Zuge des durchgeführten Verfahrens wurde ein Versicherungsdatenauszug der Sozialversicherung erstellt und verfügte das Finanzamt im Übrigen über die vom Bw. für das Jahr 2005 eingereichte Einkommensteuererklärung und die Einnahmen- Ausgabenrechnung.

Aus den beiden vom Bw. beantworteten Fragenkatalogen betreffend Gewerbescheine EU-Ausländer geht u.a. hervor, dass der Bw. im Jänner bzw. im August 2004 nach Österreich gekommen ist, und zwar "um Arbeit zu finden". In Polen hatte der Bw. kein Gewerbe angemeldet. Die deutsche Sprache konnte der Bw. „ein bisschen“ bzw. „sehr wenig“ verstehen und nicht lesen (Fragenkataloge).

In der Folge wohnte der Bw. zusammen mit seiner Ehegattin und seinem Sohn sowie dem Bruder seiner Ehegattin in der näher bezeichneten Wiener Wohnung.

Auf Grund einer im August 2004 vorgenommenen Gewerbeanmeldung wurde im Gewerberegister für den Bw. das Gewerbe "*Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehalteten Tätigkeit*" eingetragen (Tag der Gewerbeanmeldung: 1. September 2004).

Die Einnahmen- Ausgabenrechnung des Bw. für das Jahr 2005 enthält den Hinweis "Umsatzsteuerrechtlicher Kleinunternehmer" und weist Erlöse in Höhe von 5.935,00 €, 12% pauschale Betriebsausgaben in Höhe von 712,20 €, somit einen Gewinn in Höhe von 5.222,80 € aus.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit nachstehender 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 für Familienleistung im "Beschäftigungsland" auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

Die von Ihnen in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit stellt eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Aufgrund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung war diese Tätigkeit als Dienstverhältnis zu beurteilen. Als neuer EU-Bürger haben Sie innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die obige Verordnung ist in Ihrem Fall nicht anwendbar."

Die Berufung wurde mit folgender Begründung eingebracht:

" Ich habe bei Ihrem Finanzamt einen Antrag für das Jahr 2005 gestellt.

In Ihrem Abweisungsbescheid vom 2.11.2006 als Begründung geben Sie mir bekannt, dass das Anmelden eines Gewerbescheines nicht immer gleichbedeutend mit der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit ist, und dass meine selbständige Tätigkeit nicht als solche angenommen werden kann, weil diese nicht eindeutig als eine unselbständige ausgesegnet werden kann.

Am Anfang meiner selbständigen Tätigkeit habe ich nicht sehr viele Aufträge gehabt, ich habe immer mit mehreren Auftraggebern zusammengearbeitet und mich immer um neue Aufträge gekümmert.

Meine Umsätze im Jahr 2005 waren möglicherweise nicht so erfolgreich wie ich mir gewünscht hätte, aber seit damals hat sich die Situation wesentlich verbessert.

Ich bin der Meinung, dass meine selbständige Tätigkeit sich eindeutig von jeder Art unselbständige Tätigkeit unterscheidet.

Meine Frau, mein Sohn und ich, wir leben in Österreich. Mein Sohn besucht einen Kindergarten und ab dem nächsten Jahr wird er die Schule besuchen."

Die Abgabenbehörde zweiter Instanz führte ein Ermittlungsverfahren durch, im Zuge dessen der Bw. bei der Abgabenbehörde zweiter Instanz in Begleitung einer als Dolmetscher fungierenden Begleitperson vorsprach. Das Ergebnis ist in den untenstehenden Erwägungsteil eingearbeitet.

Über die Berufung wurde erwogen:

Zeitraum Oktober 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 nichtselbständiger 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 des Bw. in den beiden Fragebögen Gewerbescheine EU-Ausländer Region Mitte kam er im Jänner 2004 bzw. im August 2004 nach Österreich. Ein ständiger 60-monatiger Aufenthalt im Bundesgebiet ist somit nicht gegeben. Dementsprechend kommt die obige Ausnahmeregelung nach Abs. 2 der zitierten Gesetzesstelle nicht zum Tragen.

Den eigenen Angaben des Bw. folgend hatte er mit der Fa. Metro einen Werkvertrag abgeschlossen, wurden von ihm Honorarnoten gelegt, hatte er immer mit mehreren Auftraggebern zusammengearbeitet und sich immer um neue Aufträge gekümmert, außer den Metro-Einkünften aus dem Werkvertrag (aber) keine anderen Einkünfte bezogen.

Erklärt wurden vom Bw. für das Jahr 2005 ausschließlich Einkünfte aus Gewerbebetrieb „Für Hausbetreuung und Bauhilfsgewerbe“ in Höhe von € 5.222,80,00, die in der Einkommensteuererklärung irrtümlich unter den Einkünften aus selbständiger Arbeit (mit dem Betrag der Erlöse in Höhe von € 5.935,00) eingetragen wurden (Einkommensteuererklärung und Einnahmen- Ausgabenrechnung 01.01.- 31.12.2005 Aktenseiten 38ff und 48).

Hierzu wird Folgendes ausgeführt:

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 idgF ist auf polnische Staatsbürger seit 1.5.2004 (Beitritt Polens 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 iSv 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 polnische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Das Finanzamt hat den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit der Begründung abgewiesen, dass die VO (EWG) Nr. 1408/71 nicht anwendbar sei: Als neuer EU-Bürger habe der Bw. innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die vom Bw. in Österreich auf Basis des gelösten Gewerbescheines ausgeübte Tätigkeit stelle eine Umgehung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes dar. Aufgrund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung sei die Tätigkeit des Bw. als Dienstverhältnis zu beurteilen.

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 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 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 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).

Aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes ist dem Finanzamt zuzustimmen, dass die Beschäftigung des Bw. – Regalbetreuung für die Fa. Metro – nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist und dass der Bw. seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft (Regalbetreuungsarbeiten) zur Verfügung gestellt hat.

Der Bw., ein Automechaniker (Mietvertrag vom 6.6.2005, AS 30ff), kam im Jänner 2004 nach Österreich um Arbeit zu finden. Er wohnte zunächst in einer Wohnung in der R. gasse 40/11; diese Wohnadresse wurde *vom Bw. zugleich auch als der Standort seines Gewerbes angegeben*. Aufgrund einer im September 2004 vom Bw. vorgenommenen Gewerbeanmeldung wurde im Gewerberegister für den Bw. das Gewerbe "*Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit*" eingetragen (Gewerbeanmeldung vom 1. September 2004). In der Folge übersiedelte der Bw. in eine Wohnung in der T.gasse (gemeldet seit 13. Juni 2005). An

dieser angegebenen Wohnadresse - *die vom Bw. wiederum zugleich auch als der Standort seines Gewerbes angegeben wird* - wohnte der Bw. zusammen mit seiner Ehegattin und seinem Kind sowie mit dem Bruder seiner Ehegattin und betrug die *monatliche Miete € 216,00* zuzüglich Umsatzsteuer.

Der Bw., der "ein bisschen" die deutsche Sprache versteht und über keine schriftlichen Deutschkenntnisse verfügte, nahm im Laufe des Jahres 2005 eine Tätigkeit bei der Fa. Metro auf. In der Folge arbeitete der Bw. für die Fa. Metro seiner Angabe im Fragebogen folgend "seit ca. 6 Monaten".

Ein schriftlicher Vertrag wurde nicht abgeschlossen.

Die zu verrichtende Tätigkeit war Regalbetreuung. Eingesetzt wurde er in einer näher bezeichneten und seitens der Fa. Metro bestimmten Filiale der Fa. Metro.

Für die Verrichtung der Tätigkeit benötigte der Bw. Messer und Arbeitsmantel, welche Gegenstände dem Bw. gehörten.

Die Fa. Metro bestimmte, wo er arbeiten sollte bzw. welche Arbeiten er ausführen sollte.

Der Bw. hatte keine Mitarbeiter. Bei der Ausübung seiner Tätigkeit wurde der Bw. hinsichtlich Arbeitszeit, Arbeitsfortgang und Arbeitsqualität von Seite der Fa. Metro kontrolliert. Er musste sich bei Arbeitsbeginn und Arbeitsende melden, ebenso, wenn er krank ist oder auf Urlaub gehen möchte. Er konnte nicht kommen und gehen wann er wollte. Er konnte sich bei der Arbeit durch andere Personen nicht vertreten lassen. Als Entgelt bekam der Bw.

ca. € 1.200,00 im Monat und wurde zum Monatsende abgerechnet.

Außer diesen Einkünften von der Fa. Metro bezog der Bw. keine anderen Einkünfte.

In Polen besaß der Bw. keinen entsprechenden Gewerbeschein.

Der Bw. war in Polen nicht sozialversichert.

Die Gattin des Bw. ist ebenfalls polnische Staatsangehörige und nicht erwerbstätig (Hausfrau).

Dieser festgestellte Sachverhalt beruht auf den eigenen Angaben des Bw. und den von ihm vorgelegten Unterlagen.

Die Einnahmen- Ausgabenrechnung des Bw. für das Jahr 2005 weist im Einzelnen nachstehende Positionen aus:

"Einnahmen- Ausgaben- Rechnung 01.01. – 31.12.2005 gem. § 4 (3) EStG 1988
Umsatzsteuerrechtlicher Kleinunternehmer"

	Betrag
Einnahmen	
Erlöse	5.935,00
Gesamt	5.935,00
Ausgaben	
12% Pauschale Betriebsausgaben	712,20

gesamt	712,20
Gewinn	5.222,80

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges ermittelten Sachverhaltes geht *in Verbindung mit dem Inhalt der Einnahmen-Ausgabenrechnung* eindeutig hervor, dass der Bw. (mit geringfügigen Deutschkenntnissen) in Wahrheit *über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügte*, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellte und war er dadurch dem Willen seines Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall gewesen wäre. Die vom Bw. gelegte Einnahmen- Ausgabenrechnung weist in Übereinstimmung mit den obigen Feststellungen anhand des Fragebogens *keine einzige der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen*, wie sie im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit anfallen (bspw. die Kosten eines betriebsbereiten Standortes, Fahrt/Transportkosten, Werbe/Akquisitionskosten, Personalkosten) aus.

Die dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betraf die Regalbetreuung, also eine Arbeit, wie sie in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages verrichtet wird. Inwieweit sich die Art seiner Tätigkeit von jener eines (Hilfs)Arbeiters eines mit solchen Arbeiten Befassten unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes - auch unter Bedachtnahme auf die Ausgaben laut der Einnahmen- Ausgabenrechnung - nicht zu erkennen.

Die Umstände, dass der Bw. einen Gewerbeschein besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Finanzamt eine Einkommensteuererklärung mit Einkünften aus selbständiger Arbeit (gemeint: Einkünften aus Gewerbebetrieb) angesucht hat, vermögen daran nichts zu ändern; der Vollständigkeit halber sei hier bemerkt, dass sich die tatsächlich ausgeübte Tätigkeit in keiner Weise mit dem angemeldeten Gewerbe deckt. 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 gängiger 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).

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die *Tätigkeit des Bw. (Regalbetreuung)* *nicht als selbständige*, sondern als nichtselbständige Tätigkeit *zu qualifizieren ist*.

Eine solche (nichtselbständige) 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 Bw. trotz der diesbezüglichen Begründung seitens des Finanzamtes die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungsbewilligung) nicht nachgewiesen hat, folgt daraus, dass der Bw. 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.

Der Bw. hat 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 sohin 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.

Der Bw. wurde von der Abgabenbehörde zweiter Instanz eingeladen, die diesbezüglichen *Aufenthaltstitel* betreffend ihn selbst und seinen Sohn vorzulegen (Schreiben vom 8. Oktober und 16. November 2007).

Dem Ersuchen - die Schreiben wurden am 10. Oktober und 20. November 2007 übernommen - wurde bis dato nicht nachgekommen. Der Bw. konnte somit keinen Aufenthaltstitel nach der neuen gesetzlichen Regelung nachweisen, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass *keine Aufenthaltstitel ausgestellt worden sind*. Vorgelegt wurden lediglich Meldebestätigungen betreffend den Bw. und seinen Sohn (Meldebestätigungen der Magistratsabteilung 62 vom 29. Oktober bzw. 5. November 2007). Gemäß der für den Zeitraum ab Jänner 2006 anzuwendenden Rechtslage stellen die damit dokumentierten Umstände, nämlich inländische Wohnsitze des Bw. und seines 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 7. Dezember 2007