



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des JZ, 2500, vertreten durch Mag. Bernhard Lehner, 2500 Baden, Wienerstraße 89 -91, vom 17. November 2009 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling vom 28. Oktober 2009 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger. Er ist seit 19.10.2007 in B gemeldet. Die Ehegattin und die beide Kinder sind seit 6.11.2007 ebenfalls in B gemeldet. Laut Auszug aus dem Gewerberegister vom 5.11.2007 hat der Bw. das freie Gewerbe der Autoreinigung angemeldet. Am 5. August 2008 beantragte der Bw. die Gewährung von Familienbeihilfe ab November 2007. Gemäß Bescheid gemäß § 92 BAO vom 23. September 2009 wurde die Einkommensteuer 2008 des Bw. nicht festgesetzt, weil die Einkünfte des Bw. als nichtselbständige Tätigkeit qualifiziert wurde.

Mit Bescheid vom 28. Oktober 2009 wurde der Antrag vom 5.8.2008 auf Familienbeihilfe für die beiden Kinder ab November 2007 mit folgender Begründung abgewiesen:

„Gemäß § 3 Abs. 1 und 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 i.V. mit Art. 12 EG-Vertrag besteht für EU/EWR-Staatsangehörige Anspruch auf Familienleistungen, wenn sie sich nach §

9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG) rechtmäßig in Österreich aufhalten und den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich haben. EU/EWR-Bürger, die nach Österreich eingereist sind und sich länger als drei Monate hier aufhalten, sind ÖsterreicherInnen in Bezug auf den Familienbeihilfenanspruch grundsätzlich nur dann gleichgestellt, wenn sie unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind bzw. über ausreichende Existenzmittel und eine ausreichende Krankenversicherung für die Familien verfügen. Aufgrund der Erhebungen des Finanzamtes Baden Mödling liegt hinsichtlich Ihrer Tätigkeit keine selbständige Tätigkeit im Sinne des Einkommensteuergesetzes vor, sondern ist als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren. Es handelt sich um eine bewilligungspflichtige Beschäftigung i.S. § 2 iVm § 3 Abs. 2 AuslBG. Laut Aktenlage liegt keine Bewilligung vor. Das Vorliegen einer Beschäftigung, die gegen die Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt, stellt keinen Nachweis für den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich dar. Es besteht somit kein Anspruch auf Familienbeihilfe.“

Dagegen brachte der steuerliche Vertreter des Bw. Berufung mit folgender Begründung ein:

„Mein Klient befindet sich seit Jahren in Österreich und hat auch den Mittelpunkt der Lebensinteressen in Österreich. Er ist polnischer Staatsbürger und daher EU-Bürger. Weiters ist er erwerbstätig, wobei von den zuständigen Finanzämtern noch nicht abgeklärt werden konnte, ob er als selbständig oder unselbständig erwerbstätig zu betrachten ist. Er verfügt über ausreichende Existenzmittel und über eine Krankenversicherung für die Familie.

Die Familie meines Klienten besteht aus den Eltern und zwei Kindern, die ganze Familie ist in Österreich bestens integriert, die Kinder besuchen gute Schulen und haben auch einen guten Lernerfolg. Die polnischen Staatsbürger dürfen in kürzerer Frist infolge des EU-Rechtes jedenfalls in Österreich tätig werden.

Bei Wertung der Tätigkeit meines Klienten durch das Finanzamt als Dienstverhältnis wäre es unverständlich und rechtlich bedenklich, wenn alleine der Verstoß gegen Aufenthaltsbestimmungen zwar zum Verlust des Anspruches auf Familienbeihilfe führt (obwohl sonst alle Voraussetzungen gegeben sind) und andererseits der Dienstgeber zur Abfuhr des DB gem. § 41 FLAG verpflichtet ist, ohne Rücksicht darauf, ob das Dienstverhältnis zurecht besteht.

Ich berufe mich außerdem auf Menschenrechte und Ermessensspielräume, welche es Herrn Z erlauben könnten, in Österreich ordnungsgemäß seine Steuern abzuliefern, seine Familie zu versorgen und seinen Kindern eine angemessene Ausbildung zukommen zu lassen. Hiezu benötigt er jedoch Familienbeihilfe, allein um die in der Schule notwendigen Zusatzkosten tragen zu können.“

Über die Berufung wurde erwogen:

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) in der *bis* 31. Dezember 2005 geltenden Fassung (BGBl 1977/646) 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. Der Bw. hielt sich vom 22.6.04 bis 19.5.06 sowie vom 22.8.06 bis dato in Österreich auf. Ein ständiger 60-monatiger Aufenthalt im Bundesgebiet war somit nicht gegeben. Dementsprechend kommt die obige Ausnahmeregelung nach Abs. 2 der zitierten Gesetzesstelle nicht zum Tragen.

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG in der ab 1. Jänner 2006 geltenden Fassung (BGBl. I Nr. 168/2006) 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.

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 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".

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 (d.h. 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 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).

Aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes ist dem Finanzamt zuzustimmen, dass die Beschäftigung des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist und dass der Bw. nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat.

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Als Standort des angemeldeten Gewerbes und als Betriebsort fungiert die Wohnung, in welcher der Bw. mit seiner Ehegattin und den beiden Kindern wohnt. Im Jahr 2007 und 2008 wurde der Bw. nur für einen Auftraggeber tätig. Im November 2007 wurde ein Rahmenwerkvertrag mit der Fa. R-GmbH abgeschlossen. Vertragliche Leistungen werden durch den Auftraggeber festgelegt. Im Falle der Vertretung musste der Auftragnehmer dies dem Auftraggeber mitteilen, praktisch kommt eine Vertretung nicht zum Tragen. Arbeitsmittel wurden vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Es erfolgt durch den Bw. kein aktives Anbahnen von Aufträgen; die Aufträge werden vom Geschäftsführer der R-GmbH vermittelt. Es existieren keine schriftliche oder mündliche Angebote des Bw. Eigene Dienstnehmer wurden nicht beschäftigt und der Bw. bediente sich auf keiner Hilfskräfte. Grundsätzlich freie Zeiteinteilung, aber Termine zum Autoreinigen macht der Auftraggeber mit den Kunden aus.

Die Abrechnungen erfolgen mittels Rechnungen, die Bezahlung erfolgt in bar. Abgerechnet wurde im Wesentlichen monatlich, wobei die Beträge annähernd in gleicher Höhe anfielen. In Polen gibt es keinen entsprechenden Gewerbeschein. Am 11.2.2008 wurde eine Einkommensteuererklärung abgegeben, in der Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von € 10.874,73 erklärt wurden.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges und den Rechnungen ermittelten Sachverhaltes geht eindeutig hervor, dass der Bw. nicht ein Werk, sondern – wie ein Dienstnehmer – seine Arbeitskraft schuldete bzw. dass der Bw. dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen war, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist. Demgemäß hat der Bw. seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft (für Hilfsarbeiten in der Autowerkstätte) zur Verfügung gestellt. Inwieweit sich die Art seiner Tätigkeit von jener eines Hilfsarbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen. Der Umstand, dass der Bw. einen Gewerbeschein besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht hat, vermag daran nichts zu ändern.

Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es nicht darauf ankommt, in welche Form die Dienstleistungen gekleidet wurden, sondern auf den wahren wirtschaftlichen Gehalt, der die Erbringung von Dienstleistungen durch den Bw. ergeben hat, welche typischerweise in einem Abhängigkeitsverhältnis erbracht werden.

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).

Der Verwaltungsgerichtshof hat mehrfach die rechtliche Unmöglichkeit des Abschlusses von Werkverträgen über einfache manipulative Tätigkeiten ausgesprochen. Ein Werkvertrag muss auf einen bestimmten abgrenzbaren Erfolg abstellen und somit einen Maßstab erkennen lassen, nach welchem die Ordnungsgemäßheit der Erbringung des Werkes beurteilt werden kann. Eine zwar leistungsbezogene, nicht aber erfolgsbezogene Entlohnung spricht gegen das Vorliegen eines Werkvertrages. Wenn ein dauerndes Bemühen geschuldet wird, das bei Erreichen eines angestrebten „Ziels“ auch kein Ende findet, spricht dies ebenfalls gegen einen Werkvertrag (vgl. VwGH 2005/08/0082 vom 25. 4. 2007).

Der höchstgerichtlichen Judikatur folgend spricht der Unabhängige Finanzsenat im Fall von Tätigkeiten, wie sie der Bw. ausgeführt hat, nicht grundsätzlich von der rechtlichen Unmöglichkeit des Abschluss eines Werkvertrages, jedoch haben die wahren wirtschaftlichen Verhältnisse im gegenständlichen Fall die Möglichkeit einer dahin gehenden rechtlichen Beurteilung der gegenständlichen „Vertragsverhältnisse“ nicht erkennen lassen. Auch wenn grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, dass ein wiederkehrendes Tätigwerden auch im Rahmen einer „Kette“ kurzfristiger Werkverträge erfolgen kann, trifft dies gegenständlich nicht zu, da dann jeder einzelne dieser Verträge die Kriterien eines Werkvertrages erfüllen müsste.

Überdies kann auch ein nichtselbständig tätiger Arbeitnehmer im Rahmen von mehreren Dienstverhältnissen tätig werden, sodass die gegenständliche Tätigkeit von der belangten Behörde nach dem Gesamtbild der vorliegenden Verhältnisse als nichtselbständige Tätigkeit eingestuft wurde. Servicekräfte in einem Warenhaus stehen in einem Dienstverhältnis, wenn ihnen bereits vertragliche Vorgaben gemacht werden, die weitere konkrete Weisungen entbehrlich machen, und sie jedenfalls mittelbar durch die Leitung der jeweiligen Warenhäuser überwacht werden. Weiters waren die Verdienstmöglichkeiten der Servicekräfte vertraglich begrenzt; die ihnen offen stehende Möglichkeit, auch noch weitere Regalpflegearbeiten in dem gleichen oder in anderen Warenhäusern zu übernehmen, hätte nur zu weiteren Dienstverhältnissen geführt (BFH 20.11.08, VI R 4/06). Dies trifft nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenats ebenso auf die Tätigkeit des Bw. zu.

Es ist aufgrund des vorliegenden Sachverhalts davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Bw. nach dem obigem Gesamtbild eindeutig nicht als selbständige bzw. gewerbliche, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist, da der Bw. dem jeweiligen Auftraggeber seine Arbeitskraft schuldet und somit ein Dienstverhältnis im Sinne der obigen Ausführungen vorliegt.

Zusammenfassend ist somit - in Übereinstimmung mit der Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts durch das Finanzamt, welche auch aus dem Bescheid gemäß § 92 BAO über die Nichtfestsetzung der Einkommensteuer 2008 hervorgeht - davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Bw. (Autoreinigung) nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige (arbeitnehmerähnliche) Tätigkeit zu qualifizieren ist und dass der Bw. nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat. Somit trifft es entgegen den Ausführungen in der Berufung nicht zu, dass von den zuständigen Finanzämtern noch nicht abgeklärt werden konnte, ob der Bw. als selbständig oder unselbständig erwerbstätig zu betrachten 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. 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, weshalb die Berufung als unbegründet abzuweisen war.

Bezüglich der Gewährung von Familienbeihilfe existiert kein Menschenrecht und es gibt diesbezüglich keinen Ermessensspielraum, wie in der Berufung erwähnt wurde.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 25. März 2010