



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder Hofrätin Mag. Helga Hochrieser, Mag. Belinda Maria Eder und Manfred Obermüller über die Berufung des BV, 2400, vertreten durch Dr. J.F.Schmalzl & Dkfm. Vogler Ges.m.b.H., 2500 Baden, Franz-Joseph-Ring 25, vom 11. Jänner 2007 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling, vertreten durch Mag. Karla Hierhold, vom 12. Dezember 2006 betreffend Differenzzahlung nach Art 76 EWG-VO 1408/71 für das Jahr 2005 nach der am 29. November 2007 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten mündlichen Berufungsverhandlung entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (= Bw.) stellte im Dezember 2005 einen Antrag auf Gewährung einer Ausgleichszahlung/Differenzzahlung für das Kalenderjahr 2005 für seine am 19.6.1984 geborene, bei ihrer Mutter (= Gattin des Bw.) in der Slowakei lebende, namentlich genannte Tochter. 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 1.5.2004 bis laufend eine berufliche Tätigkeit ausgeübt und in dieser Zeit Familienleistungen von insgesamt 540 SK bezogen habe. Laut Auszug aus dem Zentralen Melderegister ist der Bw. in Österreich, und zwar in R, seit 22. 4.2005 gemeldet. Am 25. April 2005 meldete der Bw. das Gewerbe „Holzzerkleinerer“ an.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung einer Differenzzahlung für das Jahr 2005 mit Bescheid vom 12. Dezember 2006 mit folgender Begründung ab:

„Aufgrund der Erhebungen der Betriebsprüfung des Finanzamtes Baden Mödling mit anschließender Prüfung durch den Fachbereich wurde festgestellt, dass hinsichtlich der von Ihnen im Jahr 2005/2006 ausgeübten Tätigkeit keine selbständige Tätigkeit im Sinne des Einkommensteuergesetzes vorliegt. Es handelt sich vielmehr um eine sogenannte Scheinselbstständigkeit, da Sie überwiegend für einen Auftraggeber tätig werden und Ihre „Werkstatt“ sich auf dem Areal dieses Auftraggebers befindet. Werkzeuge werden von diesem Auftraggeber angemietet. Ebenso wurde Wohnung bzw. Zimmer vom selben Auftraggeber angemietet. Dieser Auftraggeber ist in derselben Branche (Holzhandel) tätig. Es gibt keinen öffentlichen Hinweis auf den Betrieb und es ist keine betriebliche Struktur vorhanden. Es findet kein aktives Anbahnen von Aufträgen statt, bei Ihrem größten Auftraggeber wird „freie Station“ gewährt. Diese Scheinselbstständigkeit begründet nicht den Anspruch auf Familienbeihilfe im Sinne des Familienlastenausgleichsgesetzes.“

Gegen diesen Bescheid brachte der Bw. Berufung ein, die wie folgt begründet wurde:

„Der oben angeführte Bescheid verweigert die Auszahlung einer Differenzzahlung an Familienbeihilfe, was mit dem Vorliegen einer scheinselbstständigen Tätigkeit begründet wird. Diese Feststellung trifft jedoch nicht zu:

Zunächst sei darauf verwiesen, dass der abweisende Bescheid ohne Gewährung des Parteiengehörs erlassen wurde und somit mit Rechtswidrigkeit infolge der Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet ist. Weiters sei darauf verwiesen, dass auf Grund des rechtskräftigen Einkommensteuerbescheides 2005 vom 20.6.2006 Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen. Weiters sei darauf verwiesen, dass Herr B seit dem 2.5.2005 über eine Gewerbeberechtigung für das Gewerbe des Holzerzkleinerers verfügt.

Zur Bescheidfeststellung, wonach keine selbständige Tätigkeit vorliege, sei wie folgt verwiesen: Gemäß RZ 5402 EStR liegt eine selbständige Betätigung vor, wenn sie ohne persönliche Weisungsgebundenheit und ohne organisatorische Eingliederung in einen anderen Betrieb auf eigene Rechnung und Gefahren und unter eigener Verantwortung betrieben wird, der Steuerpflichtige das Unternehmerwagnis trägt und sich vertreten lassen kann.

Im vorliegenden Fall liegt somit Selbständigkeit vor: Es liegt keine Weisungsgebundenheit gegenüber einem Auftraggeber von Herrn B vor, er ist nicht in den Betrieb eines Auftraggebers eingegliedert, was gemäß RZ 936 LStR die Vorgabe von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel durch einen Arbeitgeber voraussetzen würde, was jedoch im vorliegenden Fall nicht gegeben ist.

Er trägt das Unternehmerwagnis, was gemäß RZ 5404 EStR unter anderem dann gegeben ist, wenn er die Höhe der Einnahmen beeinflussen kann, was bei neuen verschiedenen Auftraggebern im Jahr 2005 jedenfalls der Fall ist, wenn er wie im vorliegenden Fall das Krankheitsrisiko trägt, kein festes Gehalt bezieht, die durch den Betrieb entstandenen Kosten trägt, wie oben bereits dargestellt ohne persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit, das heißt ohne Bindung von Arbeitszeit, Arbeitsort und Arbeitsmittel, den Betrieb bestimmen kann, er keiner festen Dienstzeit unterliegt, er keinen Bindungen bei der Auftragsannahme unterliegt und er die Möglichkeit der Beschäftigung eigener Arbeitskräfte hat und sich vertreten lassen kann. Die angeführten Punkte treffen alle zu, es liegt somit eine selbständige Tätigkeit vor. Der Bescheid lässt jedoch keine gegenteiligen Feststellungen erkennen.

Die im Bescheid angeführten Feststellungen sind jedoch für die Beurteilung einer selbständigen Tätigkeit teilweise irrelevant, so die Feststellung, dass Herr B im wesentlichen für einen Auftraggeber tätig wird, wohingegen selbst gemäß RZ 5405 selbst bei einer Tätigkeit nur für einen Auftraggeber eine selbständige Tätigkeit vorliegen kann, teilweise sind die Feststellungen unzutreffend, so die Feststellung, dass kein aktives Anbahnen von Aufträgen stattfindet, hat Herr B im Jahr 2005 doch immerhin für neun verschiedene Auftraggeber gearbeitet.“

In der am 29. November 2007 abgehaltenen mündlichen Berufungsverhandlung wurde Folgendes ergänzend ausgeführt:

„Steuerberater:

Im Zentrum des Geschehens steht die Frage, ob es sich bei der vom Bw. ausgeübten Tätigkeit um eine selbständige oder nichtselbständige gehandelt hat.

Unserer Meinung nach sprechen alle Merkmale der Tätigkeit dafür, dass unser Mandant selbstständig tätig gewesen ist. Insbesondere erfolgte die Entlohnung nicht nach Maßgabe der geleisteten Arbeitszeit, sondern nach Raummetern. Unser Mandant hat überdies keinerlei Urlaubsanspruch, keine Entgeltsfortzahlung im Krankheitsfall und war weiters keineswegs ausschließlich für die Fa. S tätig. Im Jahr 2005 hat er vielmehr bloß unter zwei Drittel seiner gesamten Einnahmen von dieser Firma erzielt, das Bild ändert sich noch weiter im Jahr 2007, wo er bei Gesamteinnahmen von rd. € 6.600,-- nur € 928,-- für die Fa. S erzielt hat. Somit überwiegen bei Weitem die Merkmale, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen.

Hinzuzufügen ist weiters noch, dass unser Mandant die Betriebsmittel (Holzspalter) von der Fa. S anmietet, was bei einer nichtselbständigen Tätigkeit äußerst unüblich ist.

Meines Wissens ist betreffend die Fa. S keine Lohnsteuerprüfung durchgeführt worden, allerdings hat die KIAB Anzeige wegen illegaler Beschäftigung erstattet.

Vertreterin des Finanzamts:

Im heutigen Verfahren sind keine neuen Aspekte zu Tage getreten; ich verweise daher auf die Ausführungen im angefochtenen Bescheid. Hinzuweisen ist insbesondere darauf, dass es zwar zutreffend ist, dass der Berufungswerber für insgesamt neun Auftraggeber tätig war, hierbei hat es sich allerdings bloß um sehr geringfügige Einnahmen im Ausmaß zwischen € 30,-- und € 40,-- gehandelt. Die Haupteinnahmen hat er im Streitzeitraum jedenfalls von der Fa. S erzielt.

Weiters ist auszuführen, dass der Berufungswerber nach außen hin keinerlei werbende Tätigkeit entfaltet hat, vielmehr kamen die Kunden zu ihm und haben dort seine Arbeitsleistung beansprucht.

Steuerberater:

Ergänzen möchte ich, dass der Berufungswerber heuer inklusive der Fa. S für elf Auftraggeber tätig geworden ist.

Die Referentin weist darauf hin, dass im Akt drei Rechnungen liegen, von denen zwei auf Raummeter lauten und eine nach Stunden abgerechnet wurde.

Steuerberater:

Mir ist davon nichts bekannt; nach meinen Erkundigungen hat der Berufungswerber in aller Regel nach Raummeter abgerechnet."

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Der Bw. ist slowakischer Staatsbürger. Seine Tochter lebt in der Slowakei. Er selbst ist seit 22.4.2005 an der von ihm angegebenen Wohnadresse, die zugleich auch den Standort seines Gewerbes darstellt, in Österreich gemeldet.

Er hat mit Frau SB einen Pachtvertrag. Das Zimmer, welches an den Bw. vermietet wird, wurde von der Betriebsprüfung (BP) besichtigt. Ebenso die Küche und das Badezimmer, welches der Bw. mitbenützen darf. Außer dem an den Bw. vermieteten Zimmer gibt es noch 2 Zimmer, wobei eines an einen Dienstnehmer der Firma S vermietet ist. Das zweite Zimmer steht laut Auskunft von Frau S lt. ursprünglichem Übergabsvertrag ihrem Vater zur Nutzung zu. Von der Steuerberatungskanzlei wurde unter dem Titel freie Station ein Betrag von monatlich 196,20 Euro angesetzt (8x).

Der Bw. spricht sehr schlecht Deutsch. Frau S war bei der Ausfertigung des Fragenkataloges anwesend und hat diesen gemeinsam mit dem Bw. ausgefüllt.

Frau S und der Bw. haben den Teil des Lagerplatzes gezeigt, welchen der Bw. nutzen kann. Auf diesem befindet sich auch der gemietete Holzspalter.

Betreffend die Frage, wie der Bw. zu seinen Aufträgen kommt bzw. ob er Werbung macht, um Aufträge zu bekommen, wird Folgendes von Frau S bekanntgegeben:

Von der Firma S wird an die Kunden lediglich das Holz geliefert. Wenn es jemand geschlichtet haben will, so teilt Frau S mit, dass sie Kunden bekanntgibt, dass sie hierfür jemand weiß, der dies erledigt und dies dann vereinbart wird.

Werbung wird vom Bw. nicht gemacht, die Leute können auch so kommen, da er ja sehr häufig am Lagerplatz ist und auch mittels Mundpropaganda. Der Bw. hat ein B-Free-Handy mit der Nummer 0664, welches nicht im Telefonbuch eingetragen ist, da es ein B-Free ist.

Auf die Frage, weshalb der Bw. nicht bei der Firma S angestellt ist, wurde von Frau S Folgendes bekanntgegeben:

Wahrscheinlich würde die Firma S für den Bw. gar keine Arbeitsgenehmigung erhalten. Die Leute, welche vom Arbeitsamt kommen, sind überhaupt nicht brauchbar, bzw. wollen nur im Lastwagen sitzen und sonst keine Arbeiten machen.

Der Bw. macht jede Arbeit und außerdem hätte die Firma S auch nicht ständig Arbeit für den Bw.

Von der BP wurde eine Liste über die gesamten bisher gelegten Ausgangsrechnungen erstellt, um die Menge und Leistung der übrigen Auftraggeber feststellen zu können.

Hiebei ist zu bemerken, dass im Jahr 2005 und 2006 der Großteil der Leistungen an die Firma S erbracht wurde. Im Jahr 2005 wurden 2 Rechnungen an HA gelegt, welche größere Beträge aufweisen (437 Euro bzw. 400,40 Euro). Bei den übrigen Belegen handelt es sich um sehr kleine Beträge. Die Rechnungen an HA liegen bei. Ebenso eine Rechnung von der Firma S. Aufgrund der Aufstellung kann gesagt werden, dass nahezu nur für die Firma S gearbeitet wird.

Im Akt liegt ein Schreiben von der BH-Baden vom 13.5.2005, wobei bereits die Gendarmerie Ebreichsdorf um Erhebungen ersucht wurde.

Aufgrund des erhobenen Sachverhalts ging das Finanzamt vom Vorliegen einer Scheinselbstständigkeit aus, da lediglich im Juni 2005 (zu Beginn der Tätigkeit) zwei größere Rechnungen an HA gelegt wurden. Danach wurden nur mehr größere Rechnungen an die Firma S gelegt oder diverse kleine Beträge an sonstige Personen, wobei dies ebenfalls ein sehr kleiner Personenkreis ist. Der Bw. hat lediglich ein B-Free Handy und tritt daher, da er auch keine Werbung betreibt, nicht nach außen in Erscheinung.

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

Gemäß Art. 73 der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige und deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern iVm der Durchführungsverordnung (EWG) Nr. 574/72 hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.

Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 ist in Art. 2 definiert. Gemäß Art. 2 Abs. 1 gilt die - als unmittelbares Recht anzuwendende - Verordnung Nr. 1408/71 insbesondere für "Arbeitnehmer und Selbständige, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten".

Gemäß Art. 3 der VO (EWG) Nr. 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen und für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten auf Grund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates, wie die Staatsangehörigen dieses Staates, soweit besondere Bestimmungen dieser Verordnung nicht anderes vorsehen.

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

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 slowakische Arbeitnehmer besteht daher grundsätzlich Bewilligungspflicht nach dem AuslBG.

Auf Grund der oben angeführten Verordnungen ergibt sich, dass Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung entgegen der Bestimmung des § 5 Abs. 3 FLAG grundsätzlich auch für sich ständig in einem der der Europäischen Gemeinschaft neu beigetretenen Mitgliedstaaten aufhaltende Kinder gewährt werden kann, wobei allerdings eine nichtselbständige Tätigkeit eine Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz erfordert

Eine solche Bewilligung ist vom Bw. unbestrittenermaßen nicht vorgelegt worden.

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 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 Hilfsarbeiter darstellt:

Aus dem Gesamtbild der vorliegenden Tätigkeit geht nach Ansicht des UFS hervor, dass der Berufungswerber nicht ein Werk, sondern - wie ein Dienstnehmer - seine Arbeitskraft

schuldete bzw. dass der Berufungswerber dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen war, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Berufungswerber seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat. Der Umstand, dass der Berufungswerber einen Gewerbeschein besitzt und dass er sich zur Sozialversicherung der selbständig Erwerbstätigen angemeldet hat, vermag daran nichts zu ändern. Denn eine solche nach der Lebenserfahrung üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird auch nicht dadurch zu einer selbständigen Tätigkeit, dass die Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach ständiger 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 der Slowakei lebende Tochter. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 30. November 2007