



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 20. Dezember 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes für den 21. und 22. Bezirk vom 24. November 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung ab 1. August 2004 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) ist polnischer Staatsbürger, der in Österreich beruflich tätig ist. Seine Ehefrau und die beiden gemeinsamen Kinder leben in Polen.

Der Bw. brachte bei seinem zuständigen Finanzamt am 3. November 2005 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden in Polen lebenden Kinder (A, geb. am 22. Jänner 1994 und S, geb. am 1. März 1996) ein und beantragte für diese ab 1. August 2004 die Familienbeihilfe.

Dem Antrag legte der Bw. jeweils beglaubigte Übersetzungen des Meldezettels, des Schulbesuchs und der Geburtsurkunden seiner Kinder und seiner Ehegattin sowie des Trauscheins und eines Bescheides über den Bezug von Kindergeld bzw. Kindergeldzuschuss in Polen bei.

Laut Versicherungsdatenauszug der Österreichischen Sozialversicherung war der Bw. im Zeitraum vom 1. August 2004 bis 31. Dezember 2004 und ab 1. April 2005 als gewerblich selbständiger Erwerbstätiger erfasst sowie im Zeitraum vom 25. August 2004 bis

31. Dezember 2004 und ab 1. April 2005 in der gesetzlichen Krankenversicherung pflicht-versichert.

Mit Schreiben vom 10. Juli 2006 forderte das Finanzamt den Bw. auf, eine Beschreibung seiner Arbeit sowie bekannt zu geben, ob der Bw. auf Basis von Werkverträgen tätig sei und die Leistungen seiner selbständigen Tätigkeit länger als 6 Monate betragen würde. Gleichzeitig wurde der Bw. aufgefordert einen Niederlassungsnachweis für seinen Aufenthalt in Österreich vorzulegen sowie als Nachweis seiner selbständigen Tätigkeit Einnahmen-/Ausgabenrechnungen bzw. Bilanzen, Stundenaufzeichnungen der einzelnen Auftraggeber und entsprechende Nachweise über die Höhe der erhaltenen Geldbeträge in Form von Bestätigungen udgl. zu übermitteln. Ebenso wurde der Bw. um eine Aufstellung seiner Lebenshaltungskosten zu gebeten und ersucht, Auskunft darüber zu geben, wer für den Unterhalt der Kinder aufkomme, diese betreue und erziehe, ob mit der Ehefrau ein gemeinsamer Haushalt bestünde und wo sich dieser befinde. Hinsichtlich der Aufenthaltsdauer wurde der Bw. gebeten anzugeben, wie lange eine solcher in Österreich geplant sei, ob beabsichtigt werde wieder in sein Geburtsland zurückzukehren und wo sich der Mittelpunkt der Lebensinteressen befände. Abschließend wurde der Bw. noch ersucht bekannt zu geben, ob er und seine Angehörigen in Österreich ausreichend krankenversichert seien.

In Beantwortung dieses Schreibens führte der Bw. Folgendes aus:

1. Er sei seit 2004 in Wien gemeldet und es werde in seinem Fall keine Anmeldebescheinigung benötigt. Er sei polnischer Staatsbürger und benötige keine Niederlassungsbewilligung. Sowohl seine Gattin als auch seine Kinder würden in Polen leben und hätten nie um ein Visum angesucht.
2. Der Bw. sei selbständiger Unternehmer und übe seine Tätigkeit auf Grund eines Gewerbescheines aus. Eine Kopie dessen liege gegenständlichem Schreiben bei.
3. Bei der Ausübung seiner Tätigkeit führe der Bw. Aufträge aus, die er von seinem Besteller bekäme und würden diese Leistungen schon seit zwei Jahren ausgeübt.
4. Als Nachweis für seine selbständige Tätigkeit lege der Bw. die Einnahmen/Ausgabenrechnung 2005 sowie alle Honorarnoten bei.
5. Der Bw. lebe in Wien mit seinen Arbeitskollegen in einer Wohngemeinschaft und werde die Miete aufgeteilt. Der Bw. bezahle € 120,00 monatlich für sein Zimmer. Die restlichen Lebenshaltungskosten betrügen ca. € 200,00.
6. Der Bw. sei seit Beginn seiner gewerblichen Berechtigung bei der SVA versichert. Die Gattin und seine Kinder seien in Polen bei einem öffentlichen Versicherungsträger versichert.
7. Für Unterhalt und Pflege bzw. Erziehung der Kinder kämen sowohl der Bw. als auch seine Ehegattin gemeinsam auf. Die Kinder würden bei der Mutter in Polen leben und besuche sie der Bw. regelmäßig jede zweite Woche. Im Winter, wo keine Aufträge seien, halte sich der

Bw. über längere Zeit bei seiner Familie im Heimatland auf.

8. Der Aufenthalt des Bw. in Österreich sei jedenfalls auf Dauer geplant, d. h. solange er Aufträge bekommen würde. Der Mittelpunkt der Lebensinteressen befände sich sowohl in Österreich, wo er seine Arbeit ausübe als auch in Polen. Der Lebensmittelpunkt der Kinder befände sich ebenfalls in Polen, wo sie die Schule besuchen. Wenn der Bw. Arbeit habe, werde er erst nach der Pensionierung nach Polen zurückkehren.

9. Die Kinder und die Gattin lebten in Polen und werde eigentlich dort der richtige Haushalt geführt.

Dem Schreiben legte der Bw. eine Kopie des Auszuges aus dem Gewerberegister, jeweils drei Kopien seitens des Bw. an die G GmbH ausgestellter Honorarnoten aus dem Jahr 2006 über mit dieser pauschal abgerechnete "Spachtlertätigkeiten" in Höhe von € 5.000,00, zwei Zahlscheine über bezahlte SV-Beiträge, eine am 1. März 2006 ausgestellte "blanko"-Bestätigung der G GmbH über eine Beschäftigung als Subunternehmer auf diversen Baustellen im Raum Wien und Umgebung sowie eine Kopie der Einkommensteuererklärung für 2005 und eine Beilage zur Einkommensteuererklärung für Einzelunternehmer (betriebliche Einkünfte) bei.

Mit Bescheid vom 24. November 2006 wurde der Antrag des Bw. auf Gewährung der Familienbeihilfe bzw. einer Differenzzahlung als unbegründet abgewiesen und damit begründet, dass mit dem Beitritt Polens zur Europäischen Union Österreich von der Möglichkeit, die Arbeitnehmerfreizügigkeit für neue EU-Staatsbürger einzuschränken Gebrauch gemacht hatte, weshalb polnische Staatsbürger weiterhin den Ausländerbeschäftigungsgesetz unterliegen. Da die vom Bw. behauptete selbständige Tätigkeit nach einer Überprüfung vielmehr das Gesamtbild einer unselbständigen Tätigkeit als Dienstnehmer vermittele, sei diese als bewilligungspflichtige Beschäftigung nach dem AuslBG anzusehen und bestehe mangels Rechtmäßigkeit dieser nichtselbständigen Beschäftigung kein Anspruch auf Familienbeihilfe bzw. eine Differenzzahlung.

Weiteren Erhebungen (Nachschau vom 23. April 2007) des Finanzamts zu Folge wurde der Bw. an seiner Wohnadresse nie angetroffen und erfolgte nach Hinterlassen einer Visitenkarte an der Wohnungstür keinerlei Reaktion des Bw.. Nach mehreren Telefonaten mit dem Vermieter sei der Bw. seit einigen Monaten die Miete schuldig und befinde sich in Polen. Der Vermieter gab weiters an, dass sich der Bw. über Wochenenden, Feiertagen und wenn er nicht da sei, in Polen aufhalte. Wegen der ausstehende Miete würden gerichtliche Schritte unternommen werden.

Mit Schreiben vom 20. Dezember 2006 brachte der Bw. das Rechtsmittel der Berufung ein und führte darin aus, dass er für seine ausgeführten Aufträge Honorarnoten ausstelle und er ein

ehrllicher Unternehmer sei, der im Bundesgebiet seiner Tätigkeit laufend nachgehe. Der vom Finanzamt geäußerte Vorwurf, dass es sich bei gegenständlicher Tätigkeit um eine unselbständige Berufsausübung handle, sei unzutreffend und widerspreche dem wahren Sachverhalt. Mit dem Beitritt Polens zur EU bestehe auch im vorliegenden Fall ein Anspruch auf Familienleistungen für die beiden Kinder des Bw., die sich ständig in Polen aufhalten würden.

Über die Berufung wurde erwogen:

Der in Österreich arbeitende Bw., ist polnischer Staatsbürger und hat zwei minderjährige Kinder, die in Polen bei ihrer Mutter leben und dort die Schule besuchen. Der Bw. lebt in aufrechter Ehe mit seiner Ehegattin und verfügt in Polen über einen gemeinsamen Haushalt. In Österreich übt der Bw. eine nichtselbständige Tätigkeit als "Spachtler" auf verschiedenen Baustellen der Fa. G GmbH aus und teilt sich eine Wohnung mit anderen Arbeitskollegen.

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

Gemäß Artikel 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 Mitgliedstaats unterliegt, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats 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 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".

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.

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

Da der Bw. 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 Arbeitslaubnis 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 Arbeit-

nehmer 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 Nichtselbstständigkeit.

Wenn der Bw. vorbringt, im gegenständlichen Fall handle es sich bei der von ihm ausgeübten Tätigkeit um eine gewerbliche Berufsausübung, so kann dem nicht gefolgt werden.

Gegenständliches Vorbringen erscheint unter den gegebenen Umständen wenig glaubwürdig und konnte im Übrigen seitens des Bw. keineswegs nachgewiesen werden.

Obwohl der Bw. seitens des Finanzamtes aufgefordert wurde, die behauptete Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit durch Vorlage geeigneter Unterlagen wie Einnahmen/Ausgabenrechnungen bzw. Bilanzen, Stundenaufzeichnungen der einzelnen Auftraggeber sowie Honorarnoten und sonstigen Unterlagen nachzuweisen, übermittelte der Bw. neben einer Kopie des Auszugs aus dem Gewerberegister, zweier bezahlter Erlagscheine hinsichtlich der an die Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft überwiesenen Sozialversicherungsbeiträge das Jahr 2006 betreffend sowie einer blanko-Bestätigung der G hinsichtlich der Beschäftigung als Subunternehmer lediglich drei vom Bw. im Jahr 2006 ausgestellte Honorarnoten sowie die Einkommensteuererklärung für das Jahr 2005 samt Beilage E 1 für Einzelunternehmer (betriebliche Einkünfte) und verabsäumte es, andere Bezug habende Unterlagen wie etwa Bauaufträge, Stundenlisten, Arbeitsprotokolle udgl., die einen eindeutigen Beweis im Sinne des Vorbringens des Bw. erbracht hätten, vorzulegen. Vielmehr scheint auf den der Behörde übermittelten Rechnungen immer wieder die gleiche Baufirma, nämlich die G GmbH als Auftraggeber des Bw. auf und wurden die vom Bw. jeweils erbrachten Leistungen "Rigips verspachteln und Silikonieren" pauschal abgerechnet. Andere Auftraggeber wurden seitens des Bw. nicht behauptet oder glaubhaft gemacht. Die Annahme, dass der Bw. lediglich für einen "Auftraggeber" tätig wurde, erscheint gerechtfertigt und steht auch im Einklang mit den Ausführungen des Bw. in seinem Schreiben vom 8. August 2006 (Vorhaltbeantwortung), worin er unter Punkt 3 Folgendes angab: "Bei Ausübung meiner Tätigkeit führe ich die Aufträge aus, die ich von meinem Besteller bekomme. Diese Leistungen werden schon seit fast 2 Jahren ausgeübt." Gleichzeitig lassen jedoch diese Ausführungen und die schablonenhaft ausgestellten Rechnungen die Vermutung nahe liegen, dass der "Auftraggeber", nämlich die G GmbH, dem Bw. – gleich einem Dienstnehmer- sowohl die jeweiligen Baustellen als auch wo er auf diesen Baustellen zu arbeiten hatte bzw. welche Arbeiten auszuführen waren, vorgab. Dies vor allem auch deshalb, da die seitens des Bw. dem Finanzamt übermittelte Beilage zur Einkommensteuererklärung für das Jahr 2005 keine einzige der Vielzahl an Betriebsausgabenpositionen, wie sie im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit anfallen (bspw. Kosten eines betriebsbereiten Standortes, Fahrt/Transportkosten,

Werbe/Akquisitionskosten, Personal/Materialkosten) enthält und folglich das Berufungsvorbringen, der Bw. sei gewerblich in Österreich tätig, völlig unglaublich erscheinen lassen. Vielmehr ergibt sich aus dem Gesamtbild des vorliegenden Sachverhaltes, dass der Bw. in Wahrheit über keinen Gewerbebetrieb mit entsprechenden Betriebsmitteln verfügte und seinerseits auch keinerlei zu verarbeitendes Material beistellte, sondern lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung stellte und folglich dadurch in gleicher Weise dem Willen seines "Auftraggebers" unterworfen war, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall gewesen wäre. Die dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Arbeitskraft betraf Verspachtelungsarbeiten also Arbeiten wie sie in gleicher Weise üblicherweise im Rahmen eines Arbeitsvertrages verrichtet werden. Inwieweit sich die Art gegenständlicher Tätigkeit des Bw. von jener eines Arbeiters eines mit solchen Arbeiten befassten Unternehmens unterscheiden sollte, ist an Hand des vorliegenden Sachverhaltes nicht zu erkennen. In diesem Sinne vermag auch die seitens des Bw. von der G GmbH ausgestellte Bestätigung nichts ändern. Die Bestätigung (ausgestellt am 1. März 2006) hat folgenden Wortlaut: "Die Fa. G GmbH bestätigt, dass Herr...., SteuerNr..... auf diversen Baustellen im Raum Wien und Umgebung als Sub-Unternehmer bis auf weiteres beschäftigt ist." Wie sich somit aus gegenständlichem Schreiben ergibt, handelt es sich um eine Gefälligkeitsbestätigung, zumal es dieser an jeglicher Namensnennung mangelt, wer für die GmbH als Subunternehmer tätig wird. Es entspricht nämlich keineswegs den allgemeinen Lebenserfahrungen und auch nicht den Gepflogenheiten im Wirtschaftsleben, Bestätigungen ohne Namensnennung desjenigen auszustellen, für wen diese Gültigkeit haben sollen.

Der Umstand, dass der Bw. für die Tätigkeit "Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeit" einen Gewerbeschein besitzt, er sich zur Sozialversicherung der gewerblichen Wirtschaft angemeldet hat und beim zuständigen Finanzamt für das Jahr 2005 eine Einkommensteuererklärung bzw. deren Beilage (E 1) eingereicht hat, in welcher betriebliche Einkünfte erklärt wurden, vermag an der rechtlichen Beurteilung gegenständlicher Berufsausübung als nichtselbständige Tätigkeit nichts zu ändern. Eine solche nach den Lebenserfahrungen üblicherweise auf ein Dienstverhältnis hindeutende Beschäftigung wird nämlich nicht dadurch bereits zu einer gewerblichen Tätigkeit, dass die entsprechenden Formalvoraussetzungen vorliegen, sind doch nach gängiger Rechtsprechung für die 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. VwGH vom 25.10.1994, 90/14/0184 und vom 20.12.2000, 99/13/0223).

Zusammenfassend ist somit davon auszugehen, dass die Beschäftigung des Bw. – nämlich daserspachten von Rigipsplatten – nicht als gewerbliche, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist. Ein 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 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 bzw. Gewährung einer Differenzzahlung für seine in Polen lebenden Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 27. Juni 2007