



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., vom 7. Juni 2006 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 4/5/10 vom 10. Mai 2006 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe ab Juli 2005, entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Strittig ist die Anspruchsberechtigung des Berufungswerbers (Bw.) auf Familienbeihilfe.

Der Bw. ist polnischer Staatsbürger, der in Österreich beruflich tätig ist.

Seine Ehefrau (Hausfrau) und seine beiden Kinder leben in Polen.

Datum:	
4.8.2005	Für den Bw. wurde gem. § 340 Abs. 1 GewO 1994 das Gewerbe a) „Abdichter gegen Feuchtigkeit und Druckwasser b) „Verschließen von Bauwerksfugen mittels plastischer und dauerelastischer Kunststoffmassen und Kunststoffprofilen“ c) „Verspachteln von bereits montierten Gipskartonplatten unter Ausschluss jeder einem reglementierten Gewerbe vorbehalteten Tätigkeit“ d) „Schwarzdecker“

	e) „Montage von mobilen Trennwänden durch Verschrauben fertig bezogener Profilteile oder Systemwände mit Anschlusskabeln, die in einfacher Technik ohne statische Funktion Räume variabel unterteilen“ im Gewerberegister vom Magistrat der Stadt Wien eingetragen.
--	---

Lt. Bestätigung der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (Landesstelle

Wien) war der Bw. ab 1. August 2005 als selbständiger Erwerbstätiger und im Zeitraum

1. August 2005 bis 31. Dezember 2005 als Arbeiter versichert gemeldet.

Der Bw. brachte am 17. März 2006 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden in Polen lebenden Kinder wie folgt ein:

Kind	Geburtsdatum	Antrag auf FB ab
G	10.2.1994	Juli 2005
H	28.6.1995	Juli 2005

Der Niederschrift vom 19. Oktober 2006 ist wie folgt zu entnehmen:

- Der Bw. sei seit 13. Juli 2005 in Z, polizeilich gemeldet und bezahle keine Miete an den Hauptmieter Herrn A.
- Davor sei er in Polen als Hilfsarbeiter (ohne Gewerbeschein) tätig gewesen.
- In Österreich habe er sich fünf Gewerbescheine gelöst.
- Die Aufträge im Jahre 2005 seien mündlich erteilt worden und pauschal bar bezahlt worden, da der Bw. über kein Bankkonto verfügte.
- Ab 2006 seien die Aufträge auf Basis von Werkverträgen bzw. schriftlichen Aufträgen durchgeführt worden, wobei das Baumaterial vom Auftraggeber beigestellt wurde. Bezahlte sei der Bw. wieder bar auf der Baustelle worden.
- Die Auftraggeber des Bw. ab dem Jahre 2005 seien die folgenden gewesen:

Jahr	Auftraggeber:
2005	Fa. R Fa. S
2006	Fa. R Fa. T

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe mit Bescheid vom 10. Mai 2006 ab und begründet dies wie folgt:

- Gem. 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 bestehe grundsätzlich Anspruch auf Familienleistung im „Beschäftigungsland“ auch für Kinder, die sich ständig in einem anderen EU-Land aufhalten.

- Die vom Bw. in Österreich auf Basis der gelösten Gewerbescheine ausgeübte Tätigkeit sei aufgrund von umfangreichen Ermittlungen der Finanzverwaltung als Dienstverhältnis zu beurteilen.
- Als neuer EU-Bürger (Polen ist seit 2004 EU-Mitgliedstaat) hätte der Bw. innerhalb der 7-jährigen Übergangsfrist keinen freien Zugang zum österreichischen Arbeitsmarkt. Die o.a. Verordnung sei daher im gegenständlichen Fall nicht anwendbar.

Der Bw. erhob gegen den o.a. Bescheid Berufung und führt im Wesentlichen folgendermaßen aus:

- Der Bw. übe seit zwei Jahren eine selbständige Tätigkeit aus.
Er habe zahlreiche Aufträge von privaten Kunden oder Unternehmen ausgeführt.
- Der Bw. stelle Rechnungen aus und zahle regelmäßig SVA-Beiträge.
- Der Bw. beantrage die Familienbeihilfe rückwirkend ab 2004 für seine beiden in Polen lebenden Kinder.

Das Finanzamt wies die Berufung mittels Berufungsvorentscheidung vom 17. Juli 2006 als unbegründet ab und begründete dies u.a. wie folgt:

- Das Anmelden eines Gewerbescheines sei noch nicht gleichbedeutend mit der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit.
- Im gegenständlichen Fall sei davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstelle.
- Aus dem vorgelegten Auftragsschreiben gehe hervor, dass die Arbeitseinteilung und der Arbeitseinsatz auf der Baustelle über Anordnung des Auftraggebers erfolge. Weiters könne sich der Bw. nicht vertreten lassen und auch keine Arbeitnehmer beschäftigen, ohne vorher die schriftliche Genehmigung des Auftraggebers einholen zu müssen.

Darüber hinaus werde das Arbeitsmaterial von der Baufirma zur Verfügung gestellt und das vom Bw. verwendete selbst erworbene Werkzeug sei geringfügig.

Da auch keinerlei Pönale bei Nichteinhaltung der Tätigkeit vereinbart worden sei, ergebe sich aus dem Gesamtbild des Ganzen, dass der Bw. dem Auftraggeber nicht ein Werk, sondern – wie ein Dienstnehmer – seine Arbeitskraft schulde bzw. dass der Bw. dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterliege, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall sei.

- Die Tätigkeit des Bw. sei somit als unselbständige Tätigkeit zu werten, eine Bewilligung nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz habe der Bw. jedoch nicht nachweisen können.

Der Bw. stellte daraufhin gegen den o.a. Bescheid einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und führt ergänzend aus:

- Alle Vertragspunkte, die die Selbständigkeit unterstreichen würden, seien vom Finanzamt nicht in Betracht gezogen worden.
Auf diese Art könne man aus der Bibel ein Pornobuch machen.
- Wie könnte ein Auftragnehmer wissen, was wo zu tun sei, wenn es ihm nicht der Auftraggeber zeigen würde ?
Dies sei keine „Wasserhahnverlegung“.
- Wie könnte der Bw. einen Vertreter auf die Baustelle schicken, ohne den Auftraggeber zu verständigen ?
- Keine Firma in Österreich oder EU dürfe einen Auftrag an einen Dritten weitergeben ohne dies mit dem Auftraggeber zu vereinbaren.
- Das vom Bw. benötigte Kleinwerkzeug habe er selbst gekauft.
- Betreffend Haftung werde in Punkt 12 des Auftragsschreibens ausgeführt, dass Ansprüche, die aus Mängeln an der Arbeit des Auftragnehmers herführen würden, zu Lasten des Bw. gehen würden, auch wenn hierfür die Vorleistung anderer Unternehmen ursächlich gewesen wäre.
- Lt. Punkt 14 garantiere der Auftragnehmer eine mängelfreie Herstellung.
- Auf jeder Großbaustelle werde für alle dort arbeitenden Firmen „Massenmaterial“ zur Verfügung gestellt.
Es sei unvorstellbar, dass Kleinunternehmer mit Material unterschiedlicher Qualität auf der Baustelle arbeiten.
- Der Bw. sei somit selbständig erwerbstätig, da sämtliche behördlichen Vorschriften vom Bw. eingehalten worden seien, behördlich ausgestellte Gewerbescheine vorlägen, Sozialversicherungsbeiträge vom Bw. bezahlt worden seien, Einkommensteuererklärungen für die Jahre 2004 und 2005 abgegeben und Werkverträge vorgelegt worden seien, der Bw. Rechnungen ausgestellt habe, der Bw. keinen Weisungen unterläge, der Bw. sich jederzeit vertreten lassen könne, der Bw. keinem Konkurrenzverbot unterläge, der Bw. über alle Werkzeuge verfüge, Kleinmaterial vom Bw. gekauft werde und Mängel zu Lasten des Bw. gehen würden.

In der Stellungnahme vom 3. April 2007 des Bw. zum Vorhalt der Abgabenbehörde zweiter Instanz wird folgendermaßen ausgeführt:

- Der Bw. hätte nicht gewusst, dass die Firma R, ihn im Zeitraum vom 1. August bis 31. Dezember 2005 als Arbeiter angemeldet habe.
- Der Bw. verfüge auch über keine Beschäftigungsbewilligung.

- Die Familienbeihilfe werde nicht ab Jänner 2004, sondern für den Zeitraum ab Juli 2005 beansprucht.
- Da der Bw. erst ab 2005 über die o.a. Gewerbescheine verfüge, könne er nur Einnahmen/Ausgaben-Rechnungen für die Jahre 2005 und 2006 vorlegen.
- Herr A und der Bw. seien in Polen Nachbarn, die sich gegenseitig helfen (Hausbau, Landwirtschaft etc.).
Aus diesem Grunde dürfe der Bw. die Wiener Wohnung von Herrn A gratis benützen.
- Auch die Überprüfungen durch die KIAB hätten die Selbständigkeit als Unternehmer nicht in Frage gestellt.

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt und ist den vorgelegten Unterlagen zu entnehmen:

Der in Österreich arbeitende Bw., der polnischer Staatsbürger ist, hat zwei minderjährige Kinder, die bei ihrer Mutter (Hausfrau) in Polen leben.

Der tatsächlich ausgeübte Tätigkeitsbereich des Bw. umfasst Isolier- und Montagearbeiten auf verschiedenen Baustellen.

Diese nicht selbständigen Tätigkeiten übte der Bw. für folgende Firmen aus:

R,

S und

T.

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

Gem. 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 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 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 (ab 2004) 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 (d.h. 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 (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.

(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. (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." Gem. § 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 Rechtssprechung (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).

Im vorliegenden Fall ist aus nachstehenden Erwägungen davon auszugehen, dass sich die Tätigkeit des Bw. nach ihrem wahren wirtschaftlichen Gehalt nicht als selbständige, sondern vielmehr als eine typische unselbständige Beschäftigung als Hilfsarbeiter auf einer Baustelle darstellt:

- Die vorgelegten (schablonenhaften) Werkverträge widersprechen den Behauptungen des Bw., da vertraglich festgelegt wurde, dass u.a. die Bezahlung auf ein Bankkonto zu erfolgen habe. Tatsächlich ist die Bezahlung in bar erfolgt.

Weiters ist es fremdunüblich Werkverträge ohne Nennung eines konkreten Honorars abzuschließen, da nur so „Kostenexplosionen“ für den Auftraggeber vermeidbar sind. Daraus ist zu vermuten, dass nicht der Bw., sondern der Auftraggeber bestimmte wie hoch die Entlohnung für den Bw. ausfiel.

Auch der Einwand der Verwendung des vom Auftraggeber bereitgestellten Materials geht ins Leere, da kein fremder Dritter ohne Kontrolle Material für alle am Bau beteiligten Firmen in nicht nachprüfbarer Weise (= freie Entnahme nach Belieben der Leistenden) zur Verfügung stellt. Entnahmelisten oder ähnliche Nachweise wurden jedenfalls nicht vorgelegt oder behauptet.

- Private Auftraggeber wurden vom Bw. nicht behauptet oder glaubhaft gemacht.
- Die vom Bw. zu erbringenden vertraglichen Leistungen (Lohnarbeit in Form von div. Bauhilfsarbeiten) werden vom Auftraggeber vor Ort festgelegt, da aus dem

vorgelegten Auftrag, keine detaillierten Arbeitsaufträge ersichtlich sind.

Selbst in den abschließenden Rechnungen wird zum Teil nur von „diversen Bauhilfsarbeiten“ gesprochen.

- Auch das Entgelt wird zum Teil nach Pauschalen abgerechnet.
- Arbeitsort (Baustelle) wird vom Arbeitgeber vorgegeben.
- Arbeitseinteilung und Arbeitseinsatz auf der Baustelle erfolgen über Anordnung des Auftraggebers.
- Der Bw. führt keine Stundenaufzeichnungen, Arbeitsprotokolle oder Bautagebücher.
- Der Bw. seinerseits beschäftigt keine Arbeitnehmer, bzw. bedient sich bei der Ausführung der Arbeiten keiner Hilfskräfte.
- Das zu verarbeitende Material wird vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt.
- Das vom Bw. verwendete, selbst erworbene Werkzeug ist geringfügig.

Aus dem Gesamtbild des vorliegenden, insbesondere an Hand des Fragenkataloges ermittelten Sachverhaltes geht nach Ansicht des unabhängigen Finanzsenates eindeutig hervor, dass der Bw. nicht ein Werk, sondern - wie ein Dienstnehmer - seine Arbeitskraft schuldet bzw. dass der Bw. dem Willen des Auftraggebers in gleicher Weise unterworfen ist, wie dies bei einem Dienstnehmer der Fall ist.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Bw. seinem Arbeitgeber nur seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt hat. 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. mehrere Gewerbescheine besitzt, dass er sich zur Sozialversicherung der selbständigen Erwerbstätigen angemeldet (Zeiten siehe obige Tabelle) hat und dass er beim zuständigen Finanzamt um Vergabe einer Steuernummer angesucht 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 gängiger Rechtssprechung 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 Beschäftigung des Bw. (div. Isolierarbeiten) nicht als selbständige, sondern als nichtselbständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

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 Bw. die erforderliche Berechtigung zur Arbeitsaufnahme (z.B. Beschäftigungs- bewilligung) 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 für seine in Polen lebenden Kinder.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 18. Mai 2007