



## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des NN, geb. GebDat, Adresse, vom 24. März 2011 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 1/23 vom 7. März 2011 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für das Jahr 2010 entschieden:

Der Berufung wird Folge gegeben.

Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

### **Entscheidungsgründe**

NN, in der Folge mit Bw. bezeichnet, stellte einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (Differenzzahlung) für seine beiden Kinder XN und YN für das Kalenderjahr 2010.

Das Finanzamt wies den Antrag zunächst mit der Begründung ab, der Bw. habe „weder die Pflegeverträge noch Honorarnoten mit Zahlungsnachweisen für das Jahr 2010 vorgelegt“.

Gegen den Bescheid hat der Bw. berufen mit der Begründung, die von ihm abverlangten Unterlagen seien am 16.2.2011 mit der Post geschickt worden.

Das Finanzamt erließ eine „stattgebende“ (gemeint: teilweise stattgebende) Berufungsvorentscheidung und führte begründend aus, dem Bw. stünden Ausgleichszahlungen für zwei Kinder für die Zeiträume März bis Juni 2010 und September bis Dezember 2010 zu.

Der Bw. stellte einen Vorlageantrag und führte begründend aus, er habe den Antrag auf Familienbeihilfe bzw. Differenzzahlung auch für die Monate Jänner, Februar, Juli und August

gestellt. Weder die Berufungsvorentscheidung noch der bekämpfte Bescheid enthielten eine Begründung, warum für diese Monate keine Familienbeihilfe gewährt worden sei. Es sei festzuhalten, dass der Bw. die Honorarnoten und Werkverträge, welche die Tätigkeitsausübung in den Monaten Februar und August bewiesen, bereits übermittelt habe. Der Anspruch auf Ausgleichszahlungen für Monate Februar und August bestehe also zweifelsfrei. Für die Monate Jänner und Juli seien keine separaten Honorarnoten bzw. Werkverträge vorgelegt, dies aufgrund der Tatsache, dass der Bw. als selbständiger Personenbetreuer auch unternehmerisches Risiko für Marktschwankungen tragen müsse. Schwankende Auslastung sei das typische Tatbestandsmerkmal selbständig ausgeübter Erwerbstätigkeit. Werde in einzelnen Monaten aufgrund schlechter Marktlage keine Personenbetreuungstätigkeit ausgeübt, heiße das, dass aufgrund Ausübungsmodalitäten bei 24-Stunden-Betreuung (14-tägige durchgehende Betreuung und anschließende 14-tägige Pause) nur einer der 14-tägigen Zyklen ausgefallen sei. Solche „Ausfälle“ könnten aber nicht dazu führen, dass keine Ausgleichszahlung für diese Monate gewährt werde. Erstens hätte der Bw. auch als Selbständiger „Anspruch“ auf freie Zeiträume, welche zB Urlaubsreisen ermöglichen würden (es seien genau zwei 14-tägige Zyklen im Jahr 2010 ausgefallen). Zweitens hätten solche (kurzfristigen) marktbedingten Ausfälle keine Auswirkungen auf die Anwendbarkeit der Prioritäts- bzw. Zuständigkeitsregeln nach VO (EWG) 1408/71 bzw. VO (EG) 883/2004. Drittens zeige sich bei wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung des Jahres 2010, dass der Bw. als selbständiger Personenbetreuer – ungeachtet der Monate Jänner und Juni – mehr Arbeitsstunden im Jahr 2010 als jeder Arbeitnehmer abgerechnet habe. Im Jahr 2010 habe der Bw. 163 24-Stunden-Dienste geleistet, das entspreche 3912 Arbeitsstunden oder 97,8 vollen Arbeitswochen. Daraus folge, dass er doppelt so viele Arbeitsstunden geleistet habe. Aufgrund der Tatsache, dass er die Personenbetreuung selbständig ausübe und zwei Zyklen auslasse – obwohl sowieso die doppelte Arbeitsstundenzahl ausgewiesen werde, sei nicht auf die Verwirkung des Anspruches auf Ausgleichszahlungen für diese zwei Monate (Jänner, Juli) zu schließen. Eine Ungleichbehandlung gegenüber Dienstnehmern nur aufgrund der Tatsache, dass er seine Tätigkeit als Selbständiger ausübe, sei nicht gerechtfertigt. Daher wäre letztendlich auch eine Ausgleichszahlung für die Monate Jänner und Juli zu gewähren. Der Bw. stellte daher den Antrag, „die Berufungsvorentscheidung in die Richtung abzuändern, dass mir Ausgleichszahlungen auch für die Monate Jänner, Februar, Juli und August gewährt werden“.

Über Vorhalt führte das Finanzamt aus, der Bw. habe im Jänner 2010 über keinen aufrechten Pflegevertrag verfügt und habe am 15.2.2010 einen Pflegevertrag mit der Fam. FF abgeschlossen. Die Tätigkeit für die Fam. FF sei bis 11.5.2010 ausgeübt worden, wobei im Zusammenhang mit dieser Tätigkeit Honorarnoten für die Zeiträume 15.2. bis 9.3.2010, 24.3. bis 13.4.2010 sowie 21.4. bis 11.5.2010 vorgelegt worden seien. Am 18.5.2010 habe der Bw.

einen Vertrag betreffend Personenbetreuung mit der A\_GmbH abgeschlossen, für die er bis 2.6.2010 tätig gewesen sei. Am 12.8.2010 habe der Bw. einen Pflegevertrag mit Herrn Pat\_B abgeschlossen. Im Zusammenhang mit der Tätigkeit für Herrn Pat\_B seien Honorarnoten für die Zeiträume vom 12.8. bis 25.8.2010, 9.9. bis 22.9.2010, 7.10. bis 20.10.2010, 4.11. bis 17.11.2010 sowie vom 2.12. bis 15.12.2010 vorgelegt worden. Die Ausgleichszahlung sei für die Monate Jänner und Februar 2010 sowie Juli und August 2010 nicht gewährt worden. Entsprechend dem Formular E411 vom 3.11.2010 sei die Gattin des Bw. in der Land im gesamten Jahr 2010 einer Beschäftigung nachgegangen und sei die Land daher vorrangig für die Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder X und Y zuständig, da sich auch der Familienwohnsitz der Fam. N laut E 401 in der Land befinde. Die Monate Jänner und Februar 2010 fielen unter den Anwendungsbereich der VO Nr. 1408/71 sowie der DVO Nr. 574/1972. Nach Art. 10a DVO Nr. 574/1972 seien Familienleistungen in einem Monat, in dem zwei Staaten nacheinander zuständig seien, nach Tagen oder im zeitlichen Verhältnis aufzuteilen. Nach Art. 10a lit. d + Anhang 8 DVO Nr. 574/1972 übernähmen aber die Staaten, mit denen ein Bezugszeitraum festgelegt worden sei, die Kosten der Familienleistungen auf Grund der ersten Beschäftigung/selbständigen Tätigkeit für den gesamten Bezugszeitraum. Mit der Land sei ein Bezugszeitraum von einem Monat festgelegt worden. Übe ein (selbständig erwerbstätiger) Pfleger seine Pflege/Betreuungstätigkeit in einzelnen Monaten nicht aus (wie im konkreten Fall in den Monaten Jänner und Juli) und bestehe auch kein aufrechter Pflegevertrag, so sei nach Ansicht des Finanzamtes auch bei durchgehender (Kranken)Versicherung nur in jenen Monaten von einer Beschäftigung (die einen Familienbeihilfe- oder Differenzzahlungsanspruch gem. Art. 73 VO (EWG) 1408/71 vermitteln könne) auszugehen, in denen eine tatsächliche Beschäftigung vorliege (d.h. nicht in ausschließlichen Ruhemonaten). In den Monaten Jänner und Juli 2010 habe der Bw. keine Beschäftigung im Inland ausgeübt und habe darüber hinaus auch über keinen aufrechten Pflegevertrag verfügt. Nach derartigen Ruhemonaten sei jeweils auch immer wieder von einem „ersten Monat der Beschäftigung“ im Sinne von Art. 10a iVm Anhang 8 DVO (EWG) Nr. 574/1972 mit den entsprechenden Rechtsfolgen auszugehen. Einzig in dem Fall, in dem ein (selbständig erwerbstätiger) Pfleger in einem Kalenderjahr lediglich ein und dieselbe Person pflege, und diese Tätigkeit lediglich in einem vollen Kalendermonat nicht ausübe, d.h. den Zeitraum des gesetzlichen Urlaubsausmaßes nicht überschreite, könne nach Ansicht des Finanzamtes davon ausgegangen werden, dass keine Unterbrechung der Tätigkeit vorliege. Die Monate Juli und August 2010 fielen unter den Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 sowie der DVO (EG) 987/2009. In der ab Mai 2010 anzuwendenden VO (EG) 883/2004 existiere der Arbeitnehmerbegriff der VO 1408/71 nicht mehr. Die VO (EG) 883/2004 verwende stattdessen den Begriff Ausübung einer Beschäftigung (vgl. Art. 1 lit. a VO (EG) 883/2004). Voraussetzung für die Gewährung einer

Ausgleichszahlung sei daher die tatsächliche Ausübung einer rechtmäßigen, erlaubten Tätigkeit gegen Arbeitsentgelt. Dabei sei auf nationales Recht abzustellen. Gemäß Artikel 59 der DVO (EG) 987/2009 habe im Fall eines Zuständigkeitswechsels während eines Kalendermonats der zu Beginn dieses Kalendermonats zuständige Staat seine Familienleistungen bis zum Monatsende zu erbringen. Der bisher zuständige Staat zahle daher seine Leistungen bis zum Monatsende weiter. Es sei so vorzugehen, als ob die Zuständigkeit bis zum Ende des Monats andauere. Im Monat Juli 2010 sei der Bw. im Inland keiner Beschäftigung nachgegangen und habe weiters auch kein aufrechter Pflegevertrag bestanden. Hinsichtlich des ab 12.8.2010 abgeschlossenen neuen Pflegevertrages mit Herrn Pat\_B sei für den Monat August 2008 nach Ansicht des Finanzamtes die Aussetzungsregel des Art. 59 DVO (EG) 987/2009 anzuwenden.

Die Stellungnahme des Finanzamtes wurde dem Bw. übermittelt. Über Vorhalt führte der Bw. aus, er habe in den strittigen Zeiträumen in der Land keine Erwerbstätigkeit ausgeübt. Vor Jänner 2010 habe er als Personenbetreuer in Österreich gearbeitet und auch keine Erwerbstätigkeit in der Land ausgeübt. Um die sofortige Einsatzbereitschaft zu erhalten – es sei ständig nach einer neuen zu betreuenden Person gesucht worden wobei nicht auszuschließen gewesen sei, dass der Bw. sofort, zumindest als Vertretung einspringen müsse – seien weiterhin Sozialversicherungsbeiträge (Pflichtversicherung nach GSVG) in Österreich eingezahlt und die aktive Gewerbeberechtigung aufrechterhalten worden. Nachdem die betreute Person Ende 2009 verstorben sei, sei dem Bw. sofort „eine Person angeboten“ worden. Antrittstermin für diesen Turnus wäre wie üblich in zwei Wochen gewesen. Daher seien zuerst keine Maßnahmen getroffen worden, um eine neue Person bzw. Vermittlungsagentur zu suchen. Kurz vor dem Vertragsabschluss und Turnusantritt sei dem Bw. mitgeteilt worden, dass diese Person verstorben sei und der Bw. auf eine neue Vermittlung warten solle, wobei die Verhandlungen sehr konkret verlaufen seien und mit einem sofortigen Vertragsabschluss zu rechnen gewesen sei. Kurz vor Vertragsabschluss habe sich die Vertragspartei anders entschieden. Der Bw. habe sich umgehend nach Möglichkeiten einer Vertretung informiert, da er auf die Einkünfte aus selbständiger Personenbetreuungstätigkeit in Österreich angewiesen sei (er verfüge über keine andere Einkunftsquelle, weder in Österreich noch in der Land). Daher sei von ihm mit aller Kraft nach einer neuen zu betreuenden Person gesucht worden. Um eine neue zu betreuende Person zu finden, habe der Bw. neben Kontaktanzeigen in diversen Lebensmittelgeschäften in Bundesland1 und Wien vor seiner Abreise überwiegend Internetrecherche zu Privatanzeigen, sowie Vermittlungsagenturen und gemeinnützigen Vereinen in Österreich betrieben. Es seien auch mehrere Vermittlungsagenturen in Österreich und in der Land kontaktiert worden. Dabei sei zu klären gewesen, wie sich die Vermittlungsprovisionen gestalten, wie schnell sie erfolgreiche Vermittlung gewährleisten und

wie die vertraglichen Bedingungen (kostenpflichtige Vereinsmitgliedschaft, einmalige oder jährlich anfallende Vermittlungsgebühr o.Ä.) geregelt werden. Es hätten sich auch mehrere Angebote als wirtschaftliche untragbar erwiesen. Land\_ische Agenturen hätten eigene Ansprechpartner in Österreich, wobei Registrierungsunterlagen direkt an diese zur weiteren Verarbeitung weiter geleitet würden. So sei der Bw. z.B. bei www.xxx am 13.1.2010 auf die Warteliste gekommen, wobei diese dem Bw. später seine jetzige Stelle vermittelt habe. Der Bw. sei alleine schneller fündig geworden und habe Anfang Februar 2011 tatsächlich eine Person gefunden. Aufgrund der üblichen Praxis mit zweiwöchigen Turnussen habe er zwar zwei Wochen warten müssen, sei aber sicher gewesen, dass er eine Stelle habe. Der entsprechende Werkvertrag sei am 15.2. mit Fam. FF abgeschlossen worden. Anlässlich des Vertragsabschlusses sei mit der Betreuung an Ort und Stelle angefangen worden. Der Personenbetreuungsvertrag sei erst am 15.2. abgeschlossen worden, um sich eine zusätzliche Anreise aus der Land lediglich zum Abschluss des Vertrages und zur Fixierung eines Antrittstermins zu ersparen. Dass marktbedingte Ausfälle unerwünscht gewesen seien, zeige auch der Abschluss des Vertrages mit A\_GmbH und weitere Entwicklungen im Jahr 2010. Sogar diese – auf Pflegevermittlung spezialisierte – Firma sei nicht im Stande gewesen (aufgrund schwieriger Marktlage) dem Bw. ab dem 2.6.2010 eine neue Person zu vermitteln. Deswegen habe der Bw. weiter eigenständig, neben der A\_GmbH-kurz, nach einer neuen zu betreuenden Person gesucht und dabei auch die Informationen und Kontakte genützt, welche er bereits im Jänner gesammelt habe. Dadurch sei ihm seitens einer Land\_ischen Agentur, www.X\_X, wo er seit Jänner auf der Warteliste gestanden sei, welche sich auf den österreichischen Markt und österreichische Vereine spezialisiert habe, eine Stelle bei Pat\_B am 16.7.2010 angeboten worden mit dem Hinweis, dass es sich um eine sehr gute und erfolgversprechende Stelle handle. Als Termin für den nächsten Terminwechsel sei der 12.8.2010 genannt worden. Bis dahin seien organisatorische Sachen zu klären gewesen (Angewohnheiten des Patienten, Verfassung, Wohnsitzmeldung usw.). Diese drei Vermittlungen seien die einzigen (schriftlichen) Kontaktaufnahmen, welche der Bw. nach teilweise zwei Jahren im Rahmen eines Berufungsverfahrens nachweisen könne. Die Beweissicherung nach zwei Jahren gestalte sich schwierig, insbesondere weil der Bw. im Verfahren auf diese Vorgänge nie angesprochen worden sei und aufgrund der Zeitspanne schon manche E-Mail-Korrespondenz gelöscht worden sei. Nachweise telefonischer Gespräche wären so oder so unmöglich gewesen. Deswegen könnten nur Unterlagen geliefert werden, welche letztendlich zu einer erfolgreichen Vermittlung geführt hätten und daher in der Zukunft relevant sein könnten (z.B. gegenseitige Ansprüche). Da die letzte Vermittlung mit wirtschaftlich zu vertretenden Vermittlungsgebühren verbunden gewesen sei – wie bereits im Jänner 2010 festgestellt – habe der Bw. sich entschlossen, diese Stelle anzunehmen. Bei

Pat\_B arbeite er ohne jegliche Unterbrechung bis heute. Die Chancen auf eine erfolgreiche Vermittlung (bei schlechter Marktlage) würden sich halbieren, wenn man nicht bereit sei, bereits bestehende Turnusse weiter fortzusetzen, was dazu führen könne, dass man eben zwei Wochen auf den Anfang der Turnuseinheit warten müsse. Es sei utopisch zu glauben, dass jeder Ausfall (langer oder doch kurzer Krankenhausaufenthalt oder Tod) bei Patienten durch eine neue Stelle oder eine neue Vermittlungsagentur sofort ausgeglichen werden könne. Es sei auch auf die gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise bei der ausgeübten Personenbetreuungstätigkeit hinzuweisen.

Der Bw. legte einige E-Mails vor, aus denen hervorgeht, dass er sich sowohl im Jänner als auch im Juli 2010 bemüht hat, neue zu betreuende Personen zu finden. Weiters legte der Bw. Zahlungsnachweise für seine Versicherungsbeiträge bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft für das Jahr 2011 vor. Dem Finanzamt vorgelegten Kontoauszügen, aus denen die regelmäßige Einzahlung der Beiträge für das Jahr 2010 zu entnehmen ist, sowie einem vom Finanzamt abgefragten Versicherungsdatenauszug ist zu entnehmen, dass der Bw. im Jahr 2010 durchgehend als gewerblich selbständig Erwerbstätiger versichert war.

Das Finanzamt hat zur Vorhaltsbeantwortung und den vorgelegten Unterlagen nach Rücksprache mit dem BMWFJ mitgeteilt, dass der Berufung des Bw. für die Monate Jänner bis Februar 2010 aufgrund des bestehenden Sozialversicherungsverhältnisses stattzugeben wäre. Für die Monate Juli und August 2010 bleibe die bisher im Verfahren vertretene Rechtsansicht aufrecht (die VO 883/04 gehe von der Ausübung einer Beschäftigung aus; ebenso sei auch die Aussetzungsregel gemäß Artikel 59 der DVO (EG) 987/2009 auf den konkreten Fall anwendbar; diesbezüglich werde auf die vom ho. Finanzamt bereits abgegebene Stellungnahme verwiesen).

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens geht der Unabhängige Finanzsenat von folgendem Sachverhalt aus:

NN ist Land\_ischer Staatsbürger und hat seinen Hauptwohnsitz mit seiner Frau und zwei minderjährigen Kindern in der Land, wo seine Kinder die Schule besuchen. Er war im Jahr 2010 in Österreich gewerblich selbständig als Personenbetreuer erwerbstätig und unterlag als solcher der Pflichtversicherung nach dem GSVG. Er wurde während der meisten Monate aufgrund von Werkverträgen für pflegebedürftige Personen tätig. In jenen Monaten, in denen er keine Person zu betreuen hatte, meldete er das Gewerbe nicht ruhend, weil er in der Lage sein wollte, Aufträge, auf welche er zur Sicherung seines Lebensunterhaltes angewiesen war, sofort anzunehmen. Er bemühte sich aktiv, teilweise selbst, teilweise über Vermitt-

lungsagenturen, neue Aufträge zu erhalten. Der Bw. war in der Land nicht erwerbstätig. Die Frau des Bw. war in der Land erwerbstätig und hat in der Land Familienleistungen für die Kinder nach den dort geltenden Bestimmungen erhalten.

Dieser Sachverhalt ist unstrittig. Während das Finanzamt im Bescheid den Anspruch für die Monate Jänner und Februar 2010 noch bestritten hat, wurde dieser zuletzt im Hinblick auf das bestehende Versicherungsverhältnis in Übereinstimmung mit den Regelungen der Verordnung 1408/71 anerkannt.

Strittig ist demnach nur, ob der Bw. in den Monaten Juli und August 2010 Anspruch auf Familienbeihilfe (Differenzzahlung) hatte. Das Finanzamt vertritt diesbezüglich die Auffassung, gemäß Artikel 59 der DVO (EG) 987/2009 habe im Fall eines Zuständigkeitswechsels während eines Kalendermonats der zu Beginn dieses Kalendermonats zuständige Staat seine Familienleistungen bis zum Monatsende zu erbringen. Der bisher zuständige Staat zahle daher seine Leistungen bis zum Monatsende weiter. Es sei so vorzugehen, als ob die Zuständigkeit bis zum Ende des Monats andauere. Im Monat Juli 2010 sei der Bw. im Inland „keiner Beschäftigung nachgegangen“ und habe weiters auch kein aufrechter Pflegevertrag bestanden. Hinsichtlich des ab 12.8.2010 abgeschlossenen neuen Pflegevertrages mit Herrn Pat\_B sei für den Monat August 2008 nach Ansicht des Finanzamtes die Aussetzungsregel des Art. 59 DVO (EG) 987/2009 anzuwenden.

Gemäß Artikel 1 lit. a VO (EG) Nr. 883/2004, in der Folge VO, bezeichnet für Zwecke der Verordnung der Ausdruck „Beschäftigung“ jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaates, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.

Gemäß Artikel 1 lit. b VO bezeichnet für Zwecke der Verordnung der Ausdruck „selbständige Erwerbstätigkeit“ jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaates, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt.

Aus diesen Definitionen ist ersichtlich, dass sich der Ausdruck „Beschäftigung“ auf das Ausüben einer unselbständigen Erwerbstätigkeit bezieht. Da der Bw. selbständig erwerbstätig war, ist die Definition des Artikel 1 lit. b VO maßgebend.

Gemäß Artikel 11 Abs. 1 VO unterliegen Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates, welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

Gemäß Artikel 11 Abs. 3 lit a VO gilt vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 Folgendes:

eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaates.

Der Bw. war im Jahr 2010 ausschließlich in Österreich erwerbstätig. Er hat sein Gewerbe in Zeiten, in denen er keinen Auftrag hatte, nicht ruhend gemeldet und sich um neue Aufträge bemüht. Gemäß § 1 Abs. 4 GewO 1994 wird das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit an einen größeren Kreis von Personen ... der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten. Der Bw. übte daher im Jahr 2010 durchgehend eine selbständige Erwerbstätigkeit aus. Da der Bw. ein Gewerbe im Sinne der §§ 159, 160 der Gewerbeordnung ausübte, war er gemäß § 2 WKG 1998 Mitglied der Wirtschaftskammer und unterlag als solches der Pflichtversicherung gemäß § 2 Abs 1 Z 1 GSVG. Auf den Bw. traf sohin die Voraussetzung des Artikels 1 lit b VO zu. Gemäß Artikel 11 Abs. 1 unterlag der Bw. daher den Rechtsvorschriften Österreichs.

Gemäß Artikel 68 Abs. 1 VO gelten, wenn für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrere Mitgliedstaaten zu gewähren, folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge:

an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

b) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, so richtet sich die Rangfolge nach den folgenden, subsidiären Kriterien:

i) bei Ansprüchen, die durch eine Beschäftigung oder eine selbständige Erwerbstätigkeit ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass dort eine solche Tätigkeit ausgeübt wird, und subsidiär gegebenenfalls die nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zu gewährende höchste Leistung. Im letztgenannten Fall werden die Kosten für die Leistungen nach in der Durchführungsverordnung festgelegten Kriterien aufgeteilt. ...

Gemäß Artikel 68 Abs. 2 werden bei Zusammentreffen von Ansprüchen die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben, Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrages ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrages der Leistung zu gewähren. ...



Im Hinblick darauf, dass die Kinder des Bw. in der Land wohnen und die Mutter dort berufstätig ist, werden die Familienleistungen vorrangig von der Land ausbezahlt, während Österreich, wo der Bw. seine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt, den Differenzbetrag ausbezahlt.

Gemäß Artikel 59 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009, in der Folge DVO, bestehen folgende Regelungen für den Fall, in dem sich die anzuwendenden Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen ändern:

Abs. 1: Ändern sich zwischen den Mitgliedstaaten während eines Kalendermonats die Rechtsvorschriften und/oder die Zuständigkeit für die Gewährung von Familienleistungen, so setzt der Träger, der die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gezahlt hat, nach denen die Leistungen zu Beginn dieses Monats gewährt wurden, unabhängig von den in den Rechtsvorschriften dieser Mitgliedstaaten für die Gewährung von Familienleistungen vorgesehenen Zahlungsfristen die Zahlungen bis zum Ende des laufenden Monats fort.

Abs. 2: Er unterrichtet den Träger des anderen betroffenen Mitgliedstaats oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten von dem Zeitpunkt, zu dem er die Zahlung dieser Familienleistungen einstellt. Ab diesem Zeitpunkt übernehmen der andere betroffene Mitgliedstaat oder die anderen betroffenen Mitgliedstaaten die Zahlung der Leistungen.

Aufgrund der Ansicht, dass der Bw. in Zeiten mangelnder Aufträge nicht erwerbstätig war und erst mit dem Annehmen neuer Aufträge wieder erwerbstätig geworden ist, ist das Finanzamt von einer Änderung der Zuständigkeit ausgegangen. Für den Zeitraum Jänner und Februar 2010 wurde der Anspruch zwar aufgrund der Versicherung in Österreich anerkannt, für den Zeitraum nach Inkrafttreten der VO nimmt das Finanzamt jedoch an, dass das Vorliegen einer Pflichtversicherung und der Anspruch auf Familienleistungen auseinander fallen können. Dabei wird nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates übersehen, dass die VO die „Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit“ und damit sowohl Leistungen aufgrund einer Versicherung als auch Familienleistungen betrifft (siehe die Aufzählung in Art. 3 VO). Bezüglich all dieser Leistungen soll eine Person gemäß Art. 11 VO nur den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegen.

Nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates liegt es im Wesen der Selbständigkeit begründet, dass Marktschwankungen und eine daraus folgende mangelnde Auslastung auftreten können, die sich je nach Art des Betriebes unterschiedlich auswirken. Dies kann zB im Fall einer Personenbetreuung, die in der gegenständlichen Form ausgeübt wird, auch dazu führen, dass der Gewerbetreibende vorübergehend keinen geeigneten Auftrag erhält. Bemüht sich der Selbständige in dieser Zeit um neue Aufträge und hat er sein Gewerbe nicht ruhend gemeldet,

verliert er nach den geltenden innerstaatlichen Bestimmungen, nicht die Eigenschaft als selbständig Erwerbstätiger.

Aus den vorgelegten Unterlagen ist ersichtlich, dass der Bw. sich fortlaufend um Aufträge bemüht hat. Es ist glaubhaft, dass er Unterlagen, aus denen ein Bemühen um Aufträge, die letztlich nicht zustande gekommen sind, nicht aufbewahrt hat, weil er nicht wusste, dass er diese allenfalls als Beweismittel verwenden könnte. Im gegenständlichen Fall kam es im strittigen Zeitraum vom 3.6.2010 bis 11.8.2010 zwar zu keiner Tätigkeit aufgrund eines Auftrages, der Bw. hat jedoch nachgewiesen, dass er bereits im Juli 2010 Aussicht auf einen neuen Auftrag hatte. Die betreffende Person hat der Bw. zum Zeitpunkt der Vorhaltsbeantwortung im Dezember 2011 nach wie vor betreut. Daraus ist ersichtlich, dass der Bw. entsprechende Aufträge annimmt, die ihm angeboten werden.

Der Berufung konnte daher Folge gegeben werden.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 1. März 2012