



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat durch den Vorsitzenden Dr. Christian Lenneis und die weiteren Mitglieder Dr. Wolfgang Pavlik, Felicitas Seebach und Mag. Belinda Maria Eder über die Berufung der Bw., X., gegen den Bescheid des Finanzamtes Bruck Eisenstadt Oberwart betreffend Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Jänner 2007 bis 31. Jänner 2008 nach der am 11. März 2009 in 1030 Wien, Vordere Zollamtsstraße 7, durchgeführten Berufungsverhandlung entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Für Mi. S., geb 1998, wird eine Differenzzahlung an Familienbeihilfe inkl Kinderabsetzbetrag iHv € 1.905,80,-- gewährt.

Entscheidungsgründe

Im vorliegenden Fall beantragte die Berufungswerberin (Bw) für ihren Sohn Mi. S. , geb 1998, die Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Jänner 2007 bis 31. Jänner 2008.

Das Finanzamt erließ am 24. Juli 2008 einen Bescheid, mit dem es den Antrag der Bw vom 24. 7. 2008 auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1. Jänner 2007 bis 31. Jänner 2008 mit der Begründung abwies, dass Anspruch auf Familienbeihilfe jene Person habe, zu deren Haushalt das Kind gehöre. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehöre, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trage, habe dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt sei

(§ 2 Abs 2 FLAG 1967). Der Sohn der Bw sei in der Zeit vom 1. Jänner 2007 bis 31. Jänner 2008 bei seinen Großeltern haushaltszugehörig gewesen.

Die Bw erhob gegen den Bescheid mit Schriftsatz vom 19. August 2008 fristgerecht Berufung und begründete diese wie folgt:

„Es ist richtig, dass mein Sohn während meiner Beschäftigung in Österreich bei meinen Eltern in unserem gemeinsamen Wohnhaus in Polen gewohnt hat. Für dessen Unterhalt war ich jedoch alleine verantwortlich und habe ich auch monatlich Geld für dessen Unterhalt an meine Eltern überweisen müssen. Des weiteren führe ich an, dass meine Eltern für meinen Sohn in Polen kein Kindergeld erhalten haben und dies auch durch behördliche Bestätigungen nachgewiesen wurde.“

Mit der am 29. September 2008 erlassenen Berufungsvorentscheidung wies das Finanzamt die Berufung mit folgender Begründung ab:

„...Eine überwiegende Kostentragung wird dann angenommen, wenn mindestens Unterhaltskosten in Höhe der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages nachgewiesen werden. Sie hätten für Ihren Sohn Mi. in der Zeit vom 1.1.2007 bis 31.1.2008 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag in Höhe von € 2.129,40 erhalten. Laut vorgelegten Unterlagen haben Sie jedoch nur € 1.650,-- für Ihren Sohn überwiesen. Außerdem wurde Ihr Sohn auch von seinem Großvater zur Gesundheitsversicherung angemeldet, was ein Indiz für die Haushaltszugehörigkeit des Kindes zu den Großeltern darstellt.“

Die Bw. stellte fristgerecht einen Vorlageantrag an die Abgabenbehörde zweiter Instanz und machte dazu folgende Ausführungen:

„...Im Dezember 2005 heiratete ich meinen Gatten R. und bezog die gemeinsame Wohnung in K-Gasse, welche Zimmer, Küche, Bad und WC im Ausmaß von 45 m² umfasste.

Am 27. Dezember 2005 erlitt mein Gatte einen Schlaganfall und verbrachte die folgenden Monate im Spital bzw. auf Rehab. Zusätzliche Behandlungen wurden durch depressive Verstimmungen notwendig. Am 15. Februar 2006 nahm ich meine Arbeit bei der Fa. Hofer auf, wo ich heute noch beschäftigt bin.

Unter diesen Verhältnissen wäre es unverantwortlich gewesen, meinen Sohn aus seiner vertrauten Umgebung herauszureißen und nach Österreich zu bringen. Seit Februar 2008 lebt mein Sohn wieder mit uns im gemeinsamen Haushalt, weil uns jetzt eine adäquate Wohnung (90 m²) in Eisenstadt zur Verfügung steht und sich mein Gatte von den Folgen des Schlaganfalles entsprechend erholt hat.

Bei der Berechnung meiner Unterhaltskosten berücksichtigt das Finanzamt nur die Überweisungen von meinem Konto bei der Ersten Bank im Ausmaß von Euro 1.650,--, Sachleistungen und Bargeld, welche ich anlässlich meiner Besuche übergeben habe, lässt das FA völlig außer Betracht. Es würde doch den Erfahrungen des täglichen Lebens widersprechen, dass eine Mutter beim Besuch ihres Kindes kein Spielzeug, Gewand und auch Bargeld mitbringt, zumal die Großeltern mit der Rente von Euro 300,--/monatlich ihren Unterhalt zu bestreiten haben und für meinen Sohn kein Familiengeld vom polnischen Staat erhalten.

Insgesamt 6 mal besuchte ich 2007 meinen Sohn, beispielhaft möchte ich 2 Besuche anführen:

Beispiel 1:

Besuch vom 1.5. – 19.5.2007 anlässlich der Erstkommunion meines Sohnes: Vor meiner Abreise nach Polen behob ich von meinem Konto am 29. und 30. April insgesamt Euro 900,--, um Kleidung und benötigte Utensilien für die Feier in Polen zu kaufen. Weiters tätigte ich nachweislich Einkäufe mit meiner Bankomatkarte in Polen im Gesamtausmaß von Euro 417--, als Geschenk brachte ich ein Fahrrad ... um Euro 189,-- mit.

Beispiel 2:

Besuch im August 2007 anlässlich des Geburtstages meines Sohnes...

Geburtstagsgeschenk... Euro 142,--, Kleidung... Euro 99,--, Schulumensilien, Schultasche...Euro 96,--.

Aus dieser Aufstellung ist bereits ersichtlich, dass meine Unterhaltskosten bei weitem die Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für den strittigen Zeitraum überschreiten.

Als Indiz für die Haushaltszugehörigkeit meines Sohnes zu den Großeltern wertet das Finanzamt die Gesundheitsversicherung meines Kindes in Polen. Dabei übersieht das Finanzamt, dass eine Mitversicherung in Österreich gem. § 123 (1) ASVG gar nicht möglich war, weil mein Sohn keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich nachweisen konnte, die Gesundheitsversicherung konnte daher nur zwingend in Polen erfolgen... "

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt steht fest.

Die Berufungswerberin (Bw) ist polnische Staatsbürgerin, verheiratet und wohnte im Streitzeitraum in Österreich. Sie ist nichtselbständig erwerbstätig und unterliegt der gesetzlichen Sozialversicherung. Ihr Sohn Mi., geb 1998, wohnte vom 1.1.2007 bis 31.1.2008 bei den Großeltern in Polen und war während dieser Zeit dort haushaltszugehörig und

sozialversichert. Die Großeltern erhalten eine Rente von ca € 300,-- und unterliegen daher in Polen im Streitzeitraum der gesetzlichen Sozialversicherung. Sie erhielten keine (polnische) Familienbeihilfe (Familiengeld) für Mi., da sie keinen Antrag gestellt haben. Seit 6. Februar 2008 lebt Mi. im gemeinsamen Haushalt mit der Bw.

Die Bw. leistete im Streitzeitraum den überwiegenden Unterhalt für Mi. .

Der festgestellte Sachverhalt beruht auf folgender Beweiswürdigung.

Die persönlichen Verhältnisse der Bw sind unbestritten und beruhen auf durchgeführten Abfragen aus dem Zentralen Melderegister und dem Vorbringen der Bw. Dass ihr Sohn Mi. bei den Großeltern haushaltszugehörig war, wird von der Bw selbst vorgebracht, wenn sie ausführt, *„dass mein Sohn während meiner Beschäftigung in Österreich bei meinen Eltern in unserem gemeinsamen Wohnhaus in Polen gewohnt hat“*. Diese Tatsache wird auch durch die Ausführungen der Bw erhärtet, wonach die Gesundheitsversicherung ihres Sohnes zwingend nur in Polen erfolgen konnte, weil ihr Sohn keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich nachweisen konnte. Dass der Großvater seinen Enkel zur Gesundheitsversicherung in Polen meldete, wurde von der Sozialversicherungsanstalt in Polen bestätigt.

In glaubhafter Weise bringt die Bw auch vor, dass Mi. seit Februar 2008 wieder im gemeinsamen Haushalt mit der Bw wohnt. Dies wird auch durch eine Abfrage aus dem Zentralen Melderegister bestätigt, wonach Mi. seit 6. Februar 2008 im gemeinsamen Haushalt mit der Bw wohnt.

Dass die Großeltern von Mi. eine Rente von € 300,-- erhalten, wird von der Bw glaubhaft vorgebracht und entspricht den polnischen Einkommensverhältnissen. Daher unterliegen sie zwangsläufig der gesetzlichen Sozialversicherung in Polen.

Dass die Großeltern keine Familienbeihilfe (Familiengeld) für Mi. erhalten, wird vom zuständigen Zentrum für Sozialhilfe in Polen bestätigt. Bestätigt wird auch, dass die Großeltern über keine Berechtigung zum Familiengeld für das Kind verfügen, da sie kein Dokument vorgelegt haben, wonach sie die rechtlichen bzw tatsächlichen Kindbetreuer sind. Unbestritten ist aber, dass sie das Kind im Streitzeitraum betreuen. Wenn sie kein entsprechendes Dokument vorgelegt haben, bedeutet dies, dass sie keinen Antrag gestellt haben. Laut erwähnter Bescheinigung wird das Kindergeld nur auf Antrag eines Berechtigten gewährt.

Dass die Bw den überwiegenden Unterhalt für ihr Kind leistet, ergibt sich einerseits aus den Einkommensverhältnissen der Großeltern und andererseits aus den von der Bw vorgelegten monatlichen Überweisungsbelegen, wonach sie durch regelmäßige Zahlungen insgesamt € 1.650,-- an Unterhalt geleistet hat. Diese Summe setzt sich aus monatlichen Beträgen iHv € 100,-- bis € 300,-- zusammen. Dazu kommt noch, dass die Bw bei ihren Besuchen in

Polen weitere Geschenke und Einkäufe für ihren Sohn iHv ca € 1.900,-- tätigte, was durch ihr glaubhaftes Vorbringen und den vorgelegten entsprechenden Kontoauszügen erwiesen ist. Sie hat daher monatlich im Durchschnitt ca € 270,-- an Unterhalt geleistet. Die Großeltern wären finanziell gar nicht in der Lage, einen derart hohen Unterhaltsbetrag zu leisten und entspricht der Betrag auch in etwa dem österreichischen Regelbedarf an Unterhalt in Höhe von € 280,-- für ein Kind dieses Alters, sodass der UFS in freier Beweiswürdigung von der weitaus überwiegenden Unterhaltsleistung der Bw für ihren Sohn ausgeht.

In rechtlicher Hinsicht ist auszuführen wie folgt.

Nach § 2 Abs 1 lit a FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe. Nach Abs 2 leg cit hat jene Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs 1 genanntes Kind, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten überwiegend für das Kind trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist. § 4 Abs 1 FLAG 1967 normiert, dass Personen, die Anspruch auf eine gleichartige Beihilfe haben, keinen Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe haben.

In § 4 Abs 2 FLAG 1967 ist vorgesehen, dass österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 und § 5 Abs 5 vom Anspruch auf Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, eine Ausgleichszahlung erhalten, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.

§ 4 Abs 6 FLAG normiert, dass die Ausgleichszahlung, mit Ausnahme der Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe, als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt.

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten. In diesem Zusammenhang bestimmt jedoch § 53 Abs 1 FLAG 1967, dass Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt sind. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten. Nach *Wittmann/Papacek, Der Familienlastenausgleich, Kommentar § 53*, wird dadurch die Gebietsgleichstellung mit Österreich bezüglich des ständigen Aufenthaltes der Kinder im EWR bzw in der EU im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen hervorgehoben.

Im Berufungsfall sind nicht nur die innerstaatlichen Bestimmungen des FLAG 1967 zu beachten. Vielmehr ist die Bw als in Österreich nichtselbständig Erwerbstätige von der

Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 idgF (id Folge „VO“) umfasst. Die VO hat allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat (*„Durchgriffswirkung“*). Die VO geht dem nationalen Recht in ihrer Anwendung vor (*„Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts“*).

Gemäß Artikel 1 der VO EWG 1408/71 ist *„Arbeitnehmer“* oder *„Selbständiger“* ua jede Person, die gegen ein Risiko oder gegen mehrere Risiken, die von den Zweigen eines Systems der sozialen Sicherheit für Arbeitnehmer oder Selbständige oder einem Sondersystem für Beamte erfasst werden, pflichtversichert oder freiwillig weiterversichert ist.

Im Artikel 2 der VO ist der persönliche Geltungsbereich geregelt. Demnach gilt diese VO nach Abs 1 für Arbeitnehmer, für welche die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, soweit sie Staatsangehörige eines Mitgliedstaates sind oder als Staatenlose, Flüchtlinge im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnen, sowie für deren Familienangehörige und Hinterbliebene.

Gemäß Artikel 3 der VO EWG 1408/71 haben Personen, die im Gebiet eines Mitgliedsstaats 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.

Gemäß Artikel 4 der VO EWG 1408/71 gilt diese Verordnung für alle Rechtsvorschriften über Zweige der sozialen Sicherheit, ua die, die Familienleistungen betreffen.

Nach Artikel 1 Buchstabe f) i) gilt als *„Familienangehöriger“* jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, oder in den Fällen des Artikels 22 Abs. 1 Buchstabe a) und des Artikels 31 in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dessen Gebiet sie wohnt, als Familienangehöriger bestimmt, anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet ist; wird nach diesen Rechtsvorschriften eine Person jedoch nur dann als Familienangehöriger oder Haushaltsangehöriger angesehen, wenn sie mit dem Arbeitnehmer oder dem Selbständigen oder dem Studierenden in häuslicher Gemeinschaft lebt, so gilt diese Voraussetzung als erfüllt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von diesem bestritten wird.

Die Bw ist als in Österreich nichtselbständig Erwerbstätige Arbeitnehmerin iSd Art 1 der VO. Die in Rede stehende Familienbeihilfe ist als Familienleistung iSd Art. 1 Buchstabe u sublit i der VO, welche einen Ausgleich von Familienlasten bezweckt und in einem staatlichen Beitrag zum Familienbudget besteht, der die Kosten des Unterhalts von Kindern verringern soll (*siehe auch Urteil des EuGH vom 5.02.2002, Rs C-255/99 Anna Humer*), zu qualifizieren.

Die VO ist daher sowohl persönlich als auch sachlich im vorliegenden Fall anwendbar.

Artikel 13 der VO EWG 1408/71 bestimmt:

"(1) ... Personen, für die diese Verordnung gilt, [unterliegen] den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften diese sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2)...a) Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaats abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnt ...;

Nach Artikel 73 der VO hat ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, 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.

Familienleistungen werden in diesem Fall gemäß Art 75 der VO vom zuständigen Träger des Staates gewährt, dessen Rechtsvorschriften für den Arbeitnehmer oder Selbständigen gelten.

Die Tatsache, dass Mi. nicht im gemeinsamen Haushalt mit der Bw lebt, ist unbestritten.

Aus dem Zusammenhalt der o.a. Bestimmungen ergibt sich, nachdem eine gemeinsame Haushaltsführung im gegenständlichen Fall nicht besteht, dass der Bw unter der

Voraussetzung, dass sie im streitgegenständlichen Zeitraum den Unterhalt für ihr Kind überwiegend getragen hat, die österreichische Familienbeihilfe grundsätzlich auch dann zusteht, wenn sich das Kind ständig im Gemeinschaftsgebiet aufhält. In diesem Fall gilt Mi.

nach der VO als Haushaltsangehöriger und ist der Anspruch darüber hinaus aus § 2 Abs 2 FLAG abzuleiten, da keine andere Person Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe hat.

Die Bestimmung des § 4 Abs 2 FLAG 1967 (siehe oben), wonach nur österreichische Staatsbürger Anspruch auf eine Ausgleichszahlung haben, findet im Bereich der VO auf Bürger von Mitgliedstaaten der EU keine Anwendung.

Ob eine überwiegende Kostentragung in dem für den vorliegenden Fall maßgeblichen Sinn vorliegt, hängt nach herrschender Auffassung (*vgl zB VwGH 21.3.1996, 93/15/0208*) davon ab, wie hoch die gesamten tatsächlichen Unterhaltskosten für ein Kind in einem bestimmten Zeitraum waren und in welchem Ausmaß im selben Zeitraum von der unterhaltspflichtigen Person Unterhaltsbeiträge tatsächlich geleistet wurden. Die Höhe der gesamten Unterhaltskosten ist dabei als Tatfrage nach den Verhältnissen des Landes zu klären, in welchem sich die Kinder tatsächlich aufhalten.

Nach dem festgestellten Sachverhalt und der durchgeführten Beweiswürdigung hat die Bw die Unterhaltskosten für Mi. überwiegend getragen.

Sie hat daher grundsätzlich Anspruch auf österreichische Familienbeihilfe nach Art 1, 73 der VO iVm § 2 Abs 2 FLAG.

Allerdings ist zu prüfen, ob für Mi. auch Anspruch auf polnische Familienbeihilfe besteht.

Vorweg ist festzuhalten, dass die Großeltern als Rentenbezieher unter den

Arbeitnehmerbegriff der VO fallen, denn nach der Entscheidung des *EuGH v 24.2.2005, ZI C-543/03*, ist Arbeitnehmer oder Selbständiger iSd VO EWG 1408/71, wer auch nur gegen ein einziges Risiko im Rahmen eines allgemeinen oder besonderen Systems der sozialen Sicherheit pflichtversichert oder freiwillig versichert ist, und zwar unabhängig vom Bestehen eines Arbeitsverhältnisses.

Der Arbeitnehmerbegriff der VO EWG 1408/71 hat nämlich einen gemeinschaftsspezifischen Inhalt und wird vom EuGH sozialversicherungsrechtlich und nicht arbeitsrechtlich definiert. Demnach ist jede Person als Arbeitnehmer bzw Selbständiger anzusehen, die, ob sie eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt. Entscheidend ist lediglich, ob jemand in einem für Arbeitnehmer oder Selbständige geschaffenen System der sozialen Sicherheit pflicht- oder freiwillig versichert ist. Es ist erwiesen, dass dies für die Großeltern von Mi. zutrifft, da sie aG ihres Rentenbezuges der gesetzlichen Pflichtversicherung unterliegen.

Zur Klärung der Frage, ob und in welcher Höhe die Großeltern von Mi. einen Anspruch auf der österreichischen Familienbeihilfe äquivalente polnische Familienleistungen haben, hat der UFS Ermittlungen angestellt (siehe die Zusammenstellungen der Polnischen Sozialversicherungsanstalt ZUS und MISSOC, Gegenseitiges Informationssystem zur Sozialen Sicherheit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, herausgegeben von der Europäischen Kommission, beides im Internet, und das Schreiben des zuständigen Sozialhilfezentrums in Polen). Demnach ist der Familienbeihilfe iSd FLAG nur das polnische Familiengeld vergleichbar, weil es allgemein und regelmäßig gezahlt wird. Ein Anspruch auf Familiengeld bestand während des Streitzeitraums ua dann, wenn das Einkommen pro Familienmitglied nicht höher war als 504 PLN (132 Euro). Diese Voraussetzung ist bei der gegebenen dreiköpfigen Familie und einem Familieneinkommen von € 300,-- gegeben. Anspruch auf Familiengeld haben grs Personen, die in Polen einen Wohnsitz haben, für minderjährige Kinder, die bei ihnen haushaltszugehörig sind. Anspruchsberechtigt können neben leiblichen Eltern zB auch Großeltern sein. Dementsprechend führt auch das Schreiben der zuständigen Sozialhilfe aus, wonach tatsächliche und rechtliche Kindbetreuer wie die Großeltern Familiengeld bekommen können, wenn sie diesen Status nachweisen. Die Höhe des Familiengeldes beträgt 64,-- PLN (entspricht im Streitzeitraum € 17,--) für ein Kind, das über 5 Jahre alt ist, bis es das 18. Lebensjahr vollendet. Die Großeltern hätten daher als tatsächliche Kindbetreuer mit Wohnsitz in Polen und bei ihren Einkommensverhältnissen einen Anspruch auf polnisches Familiengeld für Mi. in Höhe von 64,-- PLN (€ 17,--) monatlich.

Dieser Anspruch besteht unabhängig von einer Erwerbstätigkeit, denn es handelt sich um Leistungen für alle Einwohner, deren Kinder (bzw Enkelkinder etc) in Polen wohnhaft sind.

Dass die Großeltern keinen Antrag gestellt haben, geht aus dem Schreiben des Zentrums für Sozialhilfe vom 4.9.2008 hervor. (Sie hätten kein Dokument vorgelegt, das diese Situation – nämlich dass sie die „Kindbetreuer“ sind – beweisen würde).

Die fehlende Antragstellung ist jedoch unerheblich, da es gemäß der zit VO nur auf den bestehenden Anspruch ankommt. (*Siehe VwGH 9.6.1978, ZI 1019/77; 23.5.2007, ZI 2006/13/0074*).

Es besteht also das Risiko einer Kumulierung des Anspruchs aus Art 73 der VO EWG 1408/71 (österreichische Familienbeihilfe) und des Anspruchs auf Familienleistungen nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften des Wohnstaats, der nicht von einer Voraussetzung in Bezug auf die Erwerbstätigkeit abhängt (polnisches Familiengeld).

In diesem Fall ist nach dem Erk des *EuGH*, *ZI C-543/03, Christine Dodl, Petra Oberhollenzer*, Art 10 der VO EWG 574/72 (Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO EWG 1408/71 idgF mit Vorschriften für das Zusammentreffen von Ansprüchen auf Familienleistungen oder -beihilfen für Arbeitnehmer und Selbständige) anwendbar.

Demnach gilt:

Räumen die Rechtsvorschriften des Beschäftigungsmitgliedstaats und die des Wohnmitgliedstaats eines Arbeitnehmers diesem für denselben Familienangehörigen und für denselben Zeitraum Ansprüche auf Familienleistungen ein, so ist der für die Gewährung dieser Leistungen zuständige Mitgliedstaat nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe a der Verordnung EWG 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der VO EWG 1408/71 in der durch die Verordnung EG 410/2002 der Kommission vom 27. Februar 2002 geänderten und aktualisierten Fassung grundsätzlich der Beschäftigungsmitgliedstaat.

Übt jedoch eine Person, die das Kind betreut, eine Erwerbstätigkeit iSd VO EWG 1408/71 im Wohnmitgliedstaat aus, so sind die Familienleistungen nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe b Ziffer i der VO EWG 574/72 in der durch die VO EG 410/2002 geänderten Fassung von diesem Mitgliedstaat zu gewähren, unabhängig davon, wer der in den Rechtsvorschriften dieses Staates bezeichnete unmittelbare Empfänger dieser Leistungen ist.

In diesem Fall ruht die Gewährung der Familienleistungen durch den Beschäftigungsmitgliedstaat bis zur Höhe der in den Rechtsvorschriften des Wohnmitgliedstaats vorgesehenen Familienleistungen. (So auch Art 76 der VO EWG 1408/71). Wie oben festgestellt, sind die Großeltern Erwerbstätige iSd VO EWG 1408/71.

Im vorliegenden Fall ist daher gem Art 10 Abs 1 Buchstabe b Z i der VO EWG 574/72 der Wohnsitzstaat Polen für die Gewährung von Familienleistungen wie der Kinderbeihilfe (Kindergeld) vorrangig zuständig.

Im Beschäftigungsmitgliedstaat Österreich besteht gem Art 76 der VO EWG 1408/71 iVm Art 10 der VO EWG 574/72 Anspruch auf die Differenzzahlung.

Diese berechnet sich wie folgt:

Familienbeihilfe 112,70,-- pro Monat

Kinderabsetzbetrag 50,90,-- pro Monat

Summe 163,60,-- pro Monat x 13

Gesamtsumme 2.126,80,--

Davon abzuziehen polnisches Familiengeld iHv $17 \times 13 = 221,00,--$.

Die Differenzzahlung beträgt daher 1.905,80,--.

Bemerkt wird, dass im vorliegenden Fall ein allgemeiner Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe eingebracht wurde. Wenn nur ein Anspruch auf die Ausgleichszahlung gegeben ist, ist dem allgemeinen Antrag im Umfang des zustehenden Anspruches auf die Ausgleichszahlung, somit teilweise, stattzugeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 12. März 2009