



Helping  
Hands

Bundesministerium für Familien und Jugend  
Untere Donaustraße 13-15  
1020 Wien

Per E-Mail [heinz.wittmann@bmfj.gv.at](mailto:heinz.wittmann@bmfj.gv.at)  
[begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Betrifft: BMFJ-510101/0002-BMFJ - I/1/2018

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967  
und das Einkommensteuergesetz 1988 geändert werden.

Wien, am 16.2.2018

Sehr geehrte Damen und Herren,

Seitens der Österreichischen Hochschüler\_innenschaft (ÖH) und des Vereins Helping Hands darf die angeschlossene Stellungnahme per E-Mail übermittelt werden.

Die Stellungnahme ist ebenfalls per E-Mail an die Parlamentsdirektion ergangen.

Mit freundlichen Grüßen,

Hannah Lutz  
ÖH Bundesvertretung

Peter Marhold  
Helping Hands

## ZUM ALLGEMEINEN TEIL DES MINISTERIALENTWURFES

In einem schlichten und durchsichtigen Versuch, einen nicht näher nachvollziehbaren Einsparungseffekt bei Transferleistungen zugunsten von Familienerhalter\_innen zu erzielen, soll einer eindeutigen Verordnung der Europäischen Union ein Regelungsgehalt unterstellt werden, der sämtlichen Prinzipien des gemeinsamen Rechtsrahmens diametral entgegensteht und die jahrzehntelange Rechtsprechung des EuGH negiert. Dem – als mehr oder weniger bemüht anzusehenden – Erklärungsversuchs sei die Feststellung des Präsidenten des EuGH gegenüber der Wiener Zeitung entgegengestellt, wie sie vom ORF am 11.1.2018 zusammengefasst wurde:

*Familienbeihilfe: EuGH-Präsident pocht auf gleiche Rechte*

*Der Plan der Regierung, die Familienbeihilfe an den Lebenshaltungskosten im Aufenthaltsland der Kinder auszurichten, dürfte europarechtlich schwierig zu argumentieren sein. Wie der Präsident des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), Koen Lenaerts, in der „Wiener Zeitung“ sagte, gelte der Gleichheitsgrundsatz für Arbeitnehmer aus anderen EU-Ländern uneingeschränkt.*

*Konkret verweist er auf eine Rechtsauslegung des EuGH aus dem Jahr 1986, wonach sich das Sozialversicherungssystem eines Staats nicht durch den Umstand bereichern darf, dass die Kinder des Arbeitnehmers in einem anderen Mitgliedsstaat mit niedrigeren Kosten leben. Ausjudiziert wurde damals die Causa eines Italieners, der in Frankreich arbeitete, dessen Familie aber im Heimatstaat lebte, wo sowohl Lebenshaltungskosten als auch Familienhilfe niedriger waren.*

*Die Richter stellten damals klar, dass dieser Mann nicht weniger Familiengeld bekommen darf. Denn sonst hätte er zusätzlich zur Trennung von der Familie auch noch einen finanziellen Verlust erlitten. Daher habe nach Entscheidung der Richter die Leistung nicht nach dem Aufenthaltsort der Kinder berechnet werden dürfen.*

*(siehe <http://www.orf.at/#/stories/2422144/>)*

Die Tragweite dieses Eingriffs, der ein sorgfältig in der zweiten Republik entwickeltes System an Ausgleichszahlungen grundsätzlich in Frage stellt und unabhängig von der Mittelaufbringung jede Leistung zur „politisch disponiblen Sozialhilfe“ zu erklären versucht, kann gar nicht abgeschätzt werden. Neben der bedenklichen Ungleichgewichtung, wer in welcher Konstellation bei identer Abgabenleistung unterschiedlich „belohnt oder bestraft“ wird, ist der grundsätzliche Angriff auf derzeit erwart- und ausrechenbare Leistungen und damit die Reduktion der Bürger\_innen in einem Rechtsstaat auf die Rolle von Bittsteller\_innen in einem Obrigkeitsstaat abzulehnen.

Vor den zu erwartenden Staatshaftungsansprüchen nach einer unionsrechtlich begründeten Beseitigung dieser Vorhabens sei explizit gewarnt – es ist nicht einmal das vordergründige Ziel „irgendwelcher Einsparungen“ dauerhaft erreichbar, von den mittelbaren Folgekosten der selbstgewählten Marginalisierung auf europäischer Ebene gar nicht zu reden.

Soll wie medial in der Diskussion mitunter genannt die Unterstützung für Heilhilfekräfte aus Mittelosteuropa reduziert werden, ist das „Einsparungspotenzial“ überhaupt fraglich: Wenn mittelfristig von höheren Einkommensforderungen auszugehen ist, wird diese Maßnahme durch die in Österreich lebenden Familienangehörigen der betreuten Personen bezahlt werden; die finanzielle Wirkung entspricht dann bloß einer gut verschleierten Steuererhöhung.

## ZUM BESONDEREN TEIL DES MINISTERIALENTWURFES

### Art. 1 Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967

#### Zu Z. 1

Die gesetzlichen Regelungen der Familienleistungen als Ausgleich zwischen Eltern und kinderlosen Arbeitnehmer\_innen findet seinen Anfang im Bundesgesetz vom 16. Dezember 1949 über Kinderbeihilfen, BGBl 31/1950. Es fällt auf, dass in diesem ersten Ansatz ausschließlich ein Transfer unter Arbeitnehmer\_innen umgesetzt wurde, selbständige zum damaligen Zeitpunkt noch nicht erfasst waren. Die Basis der Finanzierung wurde mit diesem Bundesgesetz aus dem allgemeinen Staatshaushalt zu den Arbeitgeber\_innen verlagert und wurde in der politischen Diskussion bewusst eines „Subventionscharakters“ (wohl auch Alimentations- im weiteren Sinne Sozialhilfecharakters) entkleidet (siehe dazu Stenographischen Protokolle der 9. Sitzung des Nationalrates VI. GP vom 16.12.1949).

Die Konstruktion über einen Ausgleichsfonds, der von Lohnsummenabgaben von allen Arbeitnehmer\_innen getragen wurde, zeigt eindeutig, dass der einzige Zweck der Ausgleich zwischen Arbeitnehmer\_innen mit oder ohne Kinder war. Bestätigt wird dies durch die explizite Kompetenzgrundlage des Art. 10 B-VG. In bestechender Klarheit hat der historische Gesetzgebung in den EB (45 dB, VI. GP) zum damaligen § 3 festgehalten:

*„(...), die Kinderbeihilfe als Lohnbestandteil zu betrachten.“*

In der Neufassung des nunmehr von Kinderbeihilfen– zum Bundesgesetz vom 15. Dezember 1954 betreffend die Herbeiführung eines Familienlastenausgleichs ... (Familienlastenausgleichsgesetz) BGBl. 18/1955 vom 18.01.1955 präzise genannten Regelwerks wurden auch selbständig erwerbstätige Eltern erfasst und die Finanzierung durch einen Zuschlag zu Einkommens- bzw. Körperschaftssteuer verwirklicht.

Dieses Bundesgesetz ist aus zwei selbständigen Initiativanträgen der beiden damaligen Regierungsparteien entstanden. Der Versicherungscharakter sei exemplarisch aus der Begründung zu 79/A VII. GP wiedergegeben, wo nachzulesen ist:

*„Insoferne bedeuten diese Leistungen eine Erweiterung des Leistungsumfanges für Angehörige in der Sozialversicherung.“*

Der Transferleistungscharakter ergibt sich etwa aus der Feststellung

*„Soweit es der Unterhalt der Kinder betrifft, ist keine Einkommensgrenze vorgesehen.“*

Oder an anderer Stelle:

*„(...), so durfte gerade beim Kinderbeihilfengesetz kein Unterschied gemacht werden, ob das Kind in einem reichen oder in einem armen Haus zur Welt kam*

beziehungsweise:

*„Es ist und es soll keine Fürsorgemaßnahme sein,- was wir mit diesem Gesetz beschließen. Die Familienhilfe ist eben nicht die Unterstützung notleidender kinderreicher Familien, nicht eine Geburtenprämie zur Steigerung der Kinderzahl, auch nicht ein Almosen und eine Fürsorge für bedrängte Väter und Mütter, sondern die Anerkennung eines Rechts- und Lebensanspruches, fußend auf der ausgleichenden sozialen Gerechtigkeit.“*

Und wurde auch anderen Unterscheidungen eine Absage erteilt:

*„In Vorarlberg muß diese Beihilfe genau so hoch sein wie im Burgenland oder in Niederösterreich und in den anderen Bundesländern.“*

Der Gesetzgeber hat explizit eine Ergänzung zu steuerrechtlichen Maßnahmen angedacht und faktisch eine Umlagenfinanzierung gewählt (419 d.B. VII. GP, Bericht und Antrag):

*„Die Gewährung der Beihilfen ergänzt die auf dem Gebiete des Einkommenssteuerrechtes vorgesehene Kinderermäßigung.*

[...]

*Zur Finanzierung des Familienlastenausgleiches waren grundsätzlich zwei Wege möglich gewesen: man hätte entweder eine neue Steuer einheben können, aus deren Eingang die Familienerhalter die Beihilfen beziehen würden, oder man gewährt eine an sich mögliche Erhöhung des Realeinkommens durch Steuerwegfall nicht und verwendet diese Beträge vielmehr zur Speisung des Ausgleichsfonds, wobei letzterer Weg zweifellos auch der wirtschaftlich angemessenere ist.*

Schon in der Stammfassung des aktuellen Bundesgesetzes vom 24. Oktober 1967 betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen (Familienlastenausgleichsgesetz 1967) wird die Frage des Anspruchs von Wanderarbeiter\_innen auf die Transferleistung geregelt und aufgrund der Charakteristik als Gehaltsbestandteil für Arbeitnehmer\_innen mit Kindern bejaht:

*§ 3. Personen, die im Bundesgebiet weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, haben nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie bei einem Dienstgeber im Bundesgebiet in der Binnenschifffahrt, als Lehrlinge oder auf Grund einer nach den bestehenden allgemeinen Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer erteilten Arbeitserlaubnis beschäftigt sind oder zufolge einer solchen Beschäftigung im Bundesgebiet Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert.*

Die Eigenschaften und der Charakter von Familienbeihilfe wird in der Parlamentsdebatte mehrfach betont, auszugswise wird in den stenographischen Protokollen (66. Sitzung NR XI. GP) festgehalten:

*Es war nämlich vorgesehen, die Mittel, die von den unselbständig Erwerbstätigen durch Lohnverzicht aufgebracht werden, ganz einfach in einen gemeinsamen Topf fließen zu lassen,*

*Die Arbeitnehmer finanzieren mit einem sechsprozentigen Lohnverzicht und einem dreiprozentigen Zuschlag zur Lohnsteuer einen großen Teil der Leistungen nach dem Kinder- und Familienbeihilfengesetz.*

In jener Debatte wurde der Bogen zu den Anfängen der gegenständlichen Beihilfenstruktur geschlossen, als aus dem – wohl politisch außer Streit stehenden und von der frühen großen Koalition so dem Parlament zugeleiteten – Motivenbericht bezüglich des Kinderbeihilfengesetzes 1949 nochmals zitiert wurde:

*"Nach dem Ernährungsbeihilfengesetz hatte der Bund für den Aufwand an Ernährungsbeihilfe allein aufzukommen. Nunmehr soll die Kinderbeihilfe von einem Ausgleichsfonds ohne Rechtspersönlichkeit getragen werden, dessen Mittel durch Beiträge der Dienstgeber aufgebracht werden. Die Errichtung des Ausgleichsfonds ist erforderlich, weil der Wirtschaft, die die Dienstnehmer nach Leistung entlohnt, eine unmittelbare Zahlung von Familienzulagen nicht zugemutet werden kann. Eine solche Zumutung würde zur Benachteiligung kinderreicher Dienstnehmer auf dem Arbeitsmarkt führen," Und dann heißt es weiter: "Die Kinderbeihilfe ist als Lohnbestandteil zu betrachten; schon deshalb ist die Auszahlung durch den Dienstgeber aus der Natur der Sache gegeben.*

Mit gewissem Aktualitätsbezug versehen sein mag folgendes Zitat aus einer Schrift des Familienbundes, der 1951 als „überparteiliche Plattform“ gegründet worden war, allerdings – auch heute – eine gewisse politische Nähe zur verantwortlichen Bundesministerin nicht leugnen kann und die Ratio des vorgelegten Entwurfs auch aus einer fraktionellen Sicht massiv erschüttert (jenseits eines oberflächlichen finanzpolitischen Ansatzes „Einsparen, egal wo und wie“):

*"Zur herrschenden Begriffsverwirrung "wurde von der Konferenz festgestellt, daß die Beiträge für die Familienfonds keine Sozialabgabe, sondern ein Konsumverzicht aller Dienstnehmer, also ein Lohnanteil, sind." (aus einer Schrift des Familienbundes aus dem Jahre 1965)*

Zusammenfassend mag die Detailanalyse eine Aufgabe der Opposition sein – so auch 1967 – allerdings wird sie damit nicht unrichtig und zeugt allenfalls von einer argumentativen Klarheit, die verloren gegangen scheint:

*Es heißt dann weiter: "Dies ist eine Frage, die die Dienstnehmer unter sich zu lösen hatten, und sie haben sie gelöst, indem sie allesamt sich zu einem Lohnverzicht bereitfanden, der den Familienerhaltern unter ihnen zugute kommen sollte." "Mit der Einführung der Kinderbeihilfe und dem Wegfall der staatlichen Lohnstützungsaktion hatten daher die Dienstgeber ihren Dienstnehmern mit Kindern nur von dem zu geben, was sie allen Dienstnehmern als Lohn schuldeten und worauf alle Dienstnehmer vorher zugunsten der Familienerhalter verzichtet hatten!"*

*"Während also der Lastenausgleich nach dem Ernährungsbeihilfengesetz noch durch den Bund, also aus Mitteln der Allgemeinheit, erfolgte, entstand durch das Kinderbeihilfengesetz ein Lastenausgleich aus dem Lohnverzicht der Arbeitnehmer."*

Dem Resümee der damaligen Contrarednerin zur Regierungsvorlage wird auch aus dem Blickwinkel der aktuellen Rechtfertigung, die durch ein Rechtsgutachten gestützt werden soll, zuzustimmen sein:

*Aus dieser Entwicklung, glaube ich, ist ersichtlich, daß die Kinderbeihilfe als Lohnbestandteil anzuerkennen sei*

Wenn sohin ein bestimmter Anteil an Beiträgen durch den Dienstgeber von allen Arbeitnehmer\_innen eingehoben und der Dotierung des FLAF zugeführt wird bzw. Anteile von einkommensbezogenen Steuern dorthin fließen und ein gleicher Betrag an Familienbeihilfe an jene Arbeitnehmer\_innen ausbezahlt wird, die Kinder haben, bleibt für eine Indexierung kein Raum: Der Gesetzgeber würde eine vergleichbare Situation systemwidrig ungleich behandeln, wenn er diesen Lohnanteil (mag man ihn Beihilfe nennen, die versicherungsähnlich konstruiert ist) an andere Kriterien als Erwerbstätigeneigenschaft des Elternteils, Zahl der Kinder und allenfalls eine Altersgrenze bindet.

Abschließend sei auch der Verfasser der vom BMF beauftragten Rechtfertigung der Indexierungsideen auf die Forschungstätigkeit des von ihm geleiteten Instituts für Familienforschung erinnert, welches 2005 in der Publikation „Kinderbeihilfenpakete im internationalen Vergleich“ eine direkte Transferleistung gesehen hat, die bloß kopfzahl- und altersabhängig ist und nicht etwa der politischen Beliebigkeit einer Sozialhilfeleistung entspricht ([http://www.oif.ac.at/fileadmin/OEIF/Working\\_Paper/wp\\_52\\_Kinderbeihilfenpakete.pdf](http://www.oif.ac.at/fileadmin/OEIF/Working_Paper/wp_52_Kinderbeihilfenpakete.pdf))

Dass eine „Auslegung“ einer unmittelbar anzuwendenden EU-Verordnung gesucht wird, mag der innerstaatliche Sichtweise unter völliger Ausblendung der Individualbesteuerung geschuldet sein, was neben der allzu kurzen Sichtweise auch die folgenden unionsrechtlichen Erwägungen unbeachtet lässt:

Jenseits der Betrachtung im innerstaatlichen Rechts- und Verfassungsrahmen ist die Einordnung des Systems Familienbeihilfe als „Familienleistung“ im unionsrechtlichen Rahmen, namentlich der VO (EU) 883/2004, zu beachten. Eine politische Diskussion im Vorfeld der Abstimmung im Vereinigten Königreich hat zu einer politischen Absichtserklärung geführt, die ein Abweichen vom aktuellen Rechtsrahmen in Aussicht genommen hat; dazu ist jedoch festzuhalten, dass dieses Konzept

- a) unionsrechtskonform zu gestalten gewesen wäre, und
- b) ein Umsetzungsvorschlag nie detailliert ausgeführt wurde und damit
- c) die Beurteilung der Vereinbarkeit mit dem Primärrecht der Union durch den EuGH weder stattgefunden hat noch eine Möglichkeit dazu bestanden hat.

Die Europäische Kommission hat den Überlegungen im Lichte des Abstimmungsergebnisses und der offensichtlichen Problematik rechtlicher Natur Rechnung getragen und wurde eine Parlamentarische Anfrage im Europaparlament vergleichsweise rezent folgendermaßen beantwortet (Antwort von Marianne Thyssen im Namen der Kommission vom 26.7.2017, Zl. E-001852/2017, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2017-001852&language=DE>

zur Anfrage <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=E-2017-001852&language=DE>)

*Die Verordnungen zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in der Europäischen Union (Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1) enthalten gemeinsame Bestimmungen über die Zahlung von Familienleistungen an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in einem anderen Mitgliedstaat erwerbstätig sind. Gemäß diesen Bestimmungen haben mobile Arbeitnehmer Anspruch auf das gleiche Kindergeld wie lokale Arbeitnehmer, und zwar unabhängig davon, wo die betroffenen Kinder wohnen.*

*Nationale Maßnahmen zur Indexierung der Familienleistungen, die für in einem anderen Mitgliedstaat wohnhafte Kinder zu zahlen sind, sind nach Dafürhalten der Kommission nicht mit den geltenden Bestimmungen vereinbar, wie sie der Gerichtshof der Europäischen Union ausgelegt hat.*

*Die Kommission plant keine Änderung der geltenden Bestimmungen über den grenzüberschreitenden Kindergeldtransfer. Sie ist überzeugt, dass das derzeitige System einem fairen und klaren Grundsatz folgt, der dem Wesen des Binnenmarktes entspricht und sich bewährt hat: Für die gleichen im Rahmen einer Erwerbstätigkeit eingezahlten Beiträge sollten auch die gleichen Leistungsansprüche erworben werden und gelten. Dieser Ansatz deckt sich mit dem Ansatz, den die Kommission auch bei anderen Dossiers verfolgt — zum Beispiel bei ihrem Vorschlag zur Änderung der Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern (Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 284 vom 30.10.2009, S. 1) — und der auf dem Grundsatz beruht, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Anspruch auf das gleiche Entgelt haben, wenn sie am gleichen Ort die gleiche Arbeit verrichten.*

Es ist also von einer Änderung des maßgeblichen Sekundärrechts nicht auszugehen und sind auch keine Initiativen der Bundesregierung, die erforderliche Änderung des unionsrechtlichen Rahmens für die beabsichtigte Änderung herbeiführen zu wollen, in irgendeiner Form aktenkundig. Es stellt sich damit die Frage, ob sehenden Auges ein Vertragsverletzungsverfahren provoziert werden soll, ob die Bundesregierung etwa ein Austrittsverfahren aus der

Europäischen Union anstrebt und dafür die Stimmung aufbereiten will oder ob der gegenständliche Entwurf bloß eine politische Willensäußerung ist, die nach Erkennen offenkundiger System- und Rechtswidrigkeit auch wieder beiseitegelegt werden wird – mit oder ohne medial aufbereiteter „Dolchstoßlegende“.

Der EuGH hat sich zum langjährig in Geltung stehenden Sekundärrecht mehrfach geäußert und hat bereits am 15.01.1986 mit seinem Urteil in der Rechtsache Pinna (Rs. 41/84, ECLI:EU:C:1986:1) hinsichtlich der Familienleistungen iSd Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 entschieden, dass der Wohnsitz der Angehörigen bei Leistungsansprüchen von Wanderarbeitnehmern nicht berücksichtigt werden müsse. Es wurde also den Arbeitnehmern ein Wahlrecht für den Mitgliedstaat mit den günstigeren Leistungen ermöglicht. Zudem erteilte der Gerichtshof den mittelbaren Diskriminierungen eine Absage.

Im späteren Urteil vom 05.10.1995 zur Rechtsache Imbernon Martinez (Rs. C-121/93, ECLI:EU:C:1995:306) hat der EuGH zum Art. 73 Verordnung (EWG) Nr. 1408/71, welcher den nachstehenden Wortlaut hatte

*„Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, 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.“*

wie folgt entschieden:

*„21 Mit dieser Bestimmung soll vor allem verhindert werden, dass ein Mitgliedstaat die Gewährung oder die Höhe von Familienleistungen davon abhängig machen kann, dass die Familienangehörigen des Erwerbstätigen in dem die Leistungen erbringenden Mitgliedstaat wohnen; auf diese Weise soll vermieden werden, dass der EG-Erwerbstätige davon abgehalten wird, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 22. Februar 1990 in der Rechtssache C-228/88, Bronzino, Slg. 1990, I-531, Randnr. 12).*

*22 Wenn also die Gewährung und die Höhe einer Leistung für ein unterhaltsberechtigtes Kind wie im Ausgangsfall davon abhängen, dass das Kind einen Wohnsitz im Inland hat, so ist diese Voraussetzung hinsichtlich der Gewährung und Berechnung der fraglichen Leistung als erfüllt anzusehen, wenn das Kind in einem anderen Mitgliedstaat wohnt.“*

In weiterer Folge entschied der EuGH in der Rechtssache Hoever und Zachow (ECLI:EU:C:1996:379) sich auf seinem Urteil in der Rechtssache Imbernon Martinez stützend wie folgt:

*„Sodann ist festzustellen, dass mit Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 vor allem verhindert werden soll, dass ein Mitgliedstaat die Gewährung oder die Höhe von Familienleistungen davon abhängig machen kann, daß die Familienangehörigen des Erwerbstätigen in dem die Leistungen erbringenden Mitgliedstaat wohnen; auf diese Weise soll verhindert werden, dass der EG-Erwerbstätige davon abgehalten wird, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen (vgl. Urteil vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-321/93, Imbernon Martínez, Slg. 1995, I-2821, Randnr. 21).*

*35 Wäre aber, wie im Ausgangsrechtsstreit, die Gewährung des Erziehungsgelds — das eine Familienleistung ist — an die Voraussetzung gebunden, dass der nicht in Deutschland wohnende Ehegatte eines Arbeitnehmers im Geltungsbereich des BErzGG beschäftigt ist, so könnte der Arbeitnehmer davon abgehalten werden, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen.*

*36 Folglich liefe es dem Sinn und Zweck des Artikels 73 der Verordnung Nr. 1408/71 zuwider, wenn dem Ehegatten eines Arbeitnehmers eine Leistung verweigert würde, die er hätte beanspruchen können, wenn er in dem die Leistung erbringenden Staat geblieben wäre."*

Auch im Urteil vom 11.06.1998 in der Rechtssache Kuusijärvi (C-275/96) hat der Gerichtshof unzweideutig festgestellt:

*„68 Wie der Gerichtshof in dem Urteil vom 17. Mai 1984 in der Rechtssache 101/83 (Brusse, Sig. 1984, 2223, Randnr. 30) festgestellt hat, begründet dieser Artikel zugunsten des Arbeitnehmers, der den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats als desjenigen unterliegt, in dessen Gebiet seine Familienangehörigen wohnen, einen echten Anspruch auf Gewährung von Familienleistungen nach den anwendbaren Rechtsvorschriften, der nicht durch die Anwendung einer in diesen Rechtsvorschriften enthaltenen Klausel entzogen werden darf, nach der Familienleistungen nur an Personen gezahlt werden, die im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats wohnen.*

*69 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. Februar 1981 in der Rechtssache 104/80, Beeck, Slg. 1981, 503, Randnrn. 7 und 8, vom 16. Juli 1992 in der Rechtssache C-78/91, Hughes, Sig. 1992, I-4839, Randnr. 28, und Urteil Hoever und Zachów, Randnr. 38) ist diese Vorschrift auch auf einen Arbeitnehmer anwendbar, der mit seiner Familie in einem anderen Mitgliedstaat lebt als demjenigen, dessen Rechtsvorschriften er unterliegt."*

Die Auslegung ist dabei weit anzulegen: So hat der EuGH selbst bei einem Verzug des Kindes mit der (obsorgeberechtigten) Mutter aus Österreich in einen anderen Unionsstaat den Fortbestand der Anspruchsberechtigung der Familienbeihilfe des weiterhin in Österreich erwerbstätigen Vaters gesehen (Rs. C-363/08 Slanina, ECLI:EU:C:2009:732), zumal ein Unterhaltsanspruch gegen den Vater jedenfalls besteht – unabhängig davon, ob der Unterhaltsverpflichtete diesem auch nachkommt. Nämliches Urteil hat folgerichtig zur Aufhebung des ablehnenden Bescheides geführt (VwGH vom 2.2.2010, 2009/15/0204). Der hinreichende auslösende Faktor ist das rechtliche Bestehen einer Unterhaltsverpflichtung (s. etwa auch den Anspruch auf Unterhaltsvorschuss, EuGH Rs. C-255/99 Anna Humer, ECLI:EU:C:2002:73) und ist auch die Nichteinbringung entsprechender Anträge für den Anspruch auf Familienleistung unschädlich (EuGH C-117/89 Kracht, ECLI:EU:C:1990:279, später EuGH C-16/09 Schwemmer, ECLI:EU:C:2010:605)

Dies folgt aus der im obzitierten Urteil Pinna entwickelten Einordnung der VO (EG) 1408/71 als „Koordinierungsvorschrift“, die bestimmte nationale Unterschiede im Sozialsystem zulässt, aber im Sinn eines Verschlechterungsverbots, das unmittelbar aus den Verträgen (historisch Art. 51 EWGV) erfließt, wie dies etwa im Urteil 313/86 Lenoir (ECLI:EU:C:1988:452) in dessen Rz. 14 herausgearbeitet wird:

*Zwar hat der Gerichtshof in dem genannten Urteil präzisiert, daß das Sozialrecht der Gemeinschaft keine Unterschiede einführen darf, die zu denen hinzutreten, die sich bereits aus der mangelnden Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften ergeben, und daß der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur offenkundige Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, sondern auch alle verschleierte Formen der Diskriminierung, die mit Hilfe der Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu demselben Ergebnis führen.*

In dieser Darstellung ist auch schon ein Verbot mittelbarer Diskriminierung berücksichtigt, welches der Rechtsprechung des EuGH seit Jahrzehnten zu eigen ist.

Diese zur Verordnung Nr. 1408/71 ergangene Rechtsprechung ist auch auf die gegenwärtige Rechtslage übertragbar, da nach Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 des Europäischen



Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166, S. 1, und Berichtigung ABl. L 200, S. 1) eine Person auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats hat, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.

Es schlägt daran nichts, wenn der nach innerstaatlichem Recht „bezugsberechtigte“ Elternteil zunächst nicht Antragsteller im Verfahren auf Bezug einer Familienleistung ist. Der EuGH hat dies in der Rs. C-378/14 Trapkowski (ECLI:EU:C:2015:720) auch zur aktuellen Rechtslage wiederholt und die Eckpunkte zusammengefasst (Rz. 26-28):

*Zudem geht hinsichtlich des Begriffs „Familienangehöriger“ aus Art. 1 Buchst. i Nr. 1 Ziff. i der Verordnung Nr. 883/2004 hervor, dass darunter „jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird“, zu verstehen ist.*

*Im vorliegenden Fall geht aus der Vorlageentscheidung hervor, dass in den deutschen Rechtsvorschriften die Personen, die Anspruch auf Kindergeld haben, bestimmt werden, ohne dass dabei der Begriff „Familienangehöriger“ ausdrücklich definiert wird.*

*Im Übrigen ist unstreitig, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Leistung, die die Kosten für den Unterhalt von Kindern verringern soll, unter den Begriff „Familienleistung“ im Sinne der Verordnung Nr. 883/2004 fällt (vgl. Urteile Offermanns, C-85/99, EU:C:2001:166, Rn. 41, und Lachheb, C-177/12, EU:C:2013:689, Rn. 35).*

Und kommt unbeschadet der Frage, welcher Elternteil schlussendlich nach innerstaatlichem Recht Bezieher sein wird, zum gleichen Ergebnis wie zum früheren Stand der Sekundärrechtslage aus der VO 1608/71 (Rz. 49)

*Folglich ist es, sofern alle Voraussetzungen für die Gewährung von Familienleistungen für ein Kind erfüllt sind und diese Leistungen tatsächlich gewährt werden, ohne Bedeutung, welcher Elternteil nach nationalem Recht als diejenige Person gilt, die den Anspruch auf diese Leistungen hat (vgl. in diesem Sinne Urteil Hoever und Zachow, C-245/94 und C-312/94, EU:C:1996:379, Rn. 37).*

Es soll in diesem Zusammenhang auf die in sich unlogische und mit dem Unionsrecht unvereinbare – rein von Einzelinteressen getragene – Zwiespältigkeit der politischen Positionen der Bunderegierung hingewiesen werden, die sich zum vorliegenden Entwurf aus bloßer Einsparungsabsicht über alle Grundsätze des Unionsrechts hinwegsetzt, hingegen zu anderen Vorhaben wie z.B. der (weiteren) Einschränkung der Arbeitnehmer\_innenfreizügigkeit hinsichtlich der Entsendung jedes Vorhaben der Staaten der alten EU-15 unterstützt, arbeits(markt)rechtliche und gehaltsbezogene Unterschiede zu beseitigen. Siehe dazu etwa den Vorschlag zur Änderung der Entsenderichtlinie 96/71/EG, in welchem die westeuropäischen Staaten jeden Unterschied hinsichtlich sämtlicher Lohnbestandteile nach einer gewissen Entsendedauer beseitigen wollen (Com (2016) 128 final): Hier wird eine Entscheidung zu treffen sein, ob mit einer Arbeitsstelle in Österreich sämtliche Arbeitnehmer\_innenrechte – damit auch sämtliche Lohnbestandteile inklusive der Familienleistungen – nach den österreichischen Standards zu bemessen sind, oder ob das Soziale System nach Opportunität (und Herkunft?) beliebig durchlöchert werden soll; im zweiten Fall steht von der Kranken- über die Arbeitslosen- bis zur Pensionsversicherung das ganze System zur Disposition und ist die Einhebung gleicher Beiträge politisch längerfristig nicht zu halten. Damit werden die Koordinierungsvorschriften sehr wohl durch eine Harmonisierung ersetzt, allerdings einer Harmonisierung auf dem geringst möglichen Niveau, wenn nicht dem Entfall.

Zur Frage der Vereinbarkeit einer Indexierung von Familienleistungen mit dem Unionsrecht sei auf die Ausarbeitungen des Fachbereichs Europa des Deutschen Bundestags hingewiesen, die den rechtlichen Rahmen einer Kürzung von „Kindergeld“ unter besonderer Beachtung des Unionsrechts zunächst 2014 (AZ PE6-3000-08/14 vom 25.3.2014, <https://www.bundestag.de/blob/407842/501d1ea3821f6614a3fd965d44541ea3/pe-6-008-14-pdf-data.pdf>) und erneut 2016 (AZ PE6-3000-71/16 vom 29.4.2016, <https://www.bundestag.de/blob/429050/023df0b56f93563e9ada791956a11538/pe-6-071-16-pdf-data.pdf>) für die politische Debatte in der Bundesrepublik aufbereitet haben.

Ohne eine umfangreiche Wiedergabe dieser in sich schlüssigen und in umfassendem Verständnis des *effet utile* verfassten Betrachtungen vorzunehmen soll ein Stufenbau der implizierten Rechtsverletzungen skizziert werden:

Anhand der vorrangig heranzuziehenden Maßgaben der VO 883/2004 würde eine Indexierung der Familienbeihilfe nicht mit den Vorschriften der Art. 67 und 68 *leg. cit.* vereinbar sein: Die Aufhebung bzw. Untersagung jedweder Wohnortklauseln aus Art. 67 *leg. cit.* wird die vorgeschlagene Novelle direkt in einen unmittelbaren und unauflösbaren Konflikt mit vorrangig anwendbaren Unionsrecht treiben; die Prioritätsregeln lassen eine Deckelung bloß nachrangiger Ansprüche zu, die aber systematisch gar nicht zum Tragen kommen. Auf der nächsten Ebene steht die Aufhebung von Wohnortklauseln iSd Art. 7 *leg. cit.* der vorgeschlagenen Regelung entgegen, wobei auf das grundsätzliche „Verschlechterungs- bzw. Änderungsverbot“ nicht genug hingewiesen werden kann: Eine unionsrechtlich korrekte Regelung besteht derzeit und würde die Änderung das Gegenteil bewirken – wenn das Gleichbehandlungsgebot des Art. 4 *leg. cit.* überhaupt noch thematisiert werden muss, führt dies auf direktem Weg auf die Stufe des Primärrechts; ob das Modell der Bundesregierung „schon“ an Art. 45 AEUV zerbricht oder ein Rückgriff auf Art. 18 AEUV erforderlich sein könnte, ist nicht mehr von großer Bedeutung.

Relevant könnte diese letzte Ebene allenfalls durch ein Gedankenexperiment sein, das aus dem politischen Angebot an das Vereinigte Königreich erfließt. Wenn daraus eine rechtlich durchargumentierbare Änderung des Sekundärrechts zumindest theoretisch für möglich gehalten wurde, ist unbeschadet der fehlenden Kernvoraussetzung – einer Mehrheit für die Änderung – der Prüfrahmen selbstverständlich das Primärrecht mit den wesentlichen Eckpunkten des Diskriminierungsverbots aus der Unionsbürger\_innenschaft und der in der Grundrechtecharta der EU zusammengefassten und exemplarischer Deutlichkeit herausgearbeiteten verfassungsrechtlichen Tradition der Mitgliedstaaten: An diesem Punkt trifft sich die innerstaatliche Unzulässigkeit mit der unionsrechtlichen; es verbleibt als nur noch die akademische Frage, ob „schon“ der Verfassungsgerichtshof die Unzulässigkeit feststellt oder ein Vertragsverletzungsverfahren zu einem Urteil des EuGH führt.

Der Vollständigkeit halber soll vor einem angenommenen „Primat der Politik“ auf einfachgesetzlicher Regelungsebene gewarnt werden: Zur (alten) VO 1408/71 hat der EuGH auch schon Unionsrechtswidrigkeit einzelner Teile der Verordnung festgestellt (C-396/05, C-419/05 und C-450/05 Habelt, Möser, Wachter, ECLI:EU:C:2007:810) und ist dies regelmäßig bei verunglücktem Sekundärrecht der Fall – was immer auf politischen Wunschzetteln eines Rates gestanden ist.

Es ist in diesem Kontext schon unmaßgeblich, ob die Feststellung der Unzulässigkeit auf europäischer Ebene im Lichte der ständigen Rechtsprechung des VwGH durch ein Vorabentscheidungsverfahren ausgelöst würde – auch der VwGH hat Versuchen nachgeordneter Behörden, „einen verfahrensbezogenen EU-Austritt auf begrenztem Gebiet und im Einzelfall“ einen Riegel vorgeschoben und derartige Anläufe des UFS gestoppt: Weder ist die Art einer Erwerbstätigkeit samt möglicher Verletzung des AuslBG maßgeblich, solange bloß eine Erfassung durch (gleichwelche) Sozialversicherung besteht (VwGH vom 27.9.2012, 2011/16/0224) noch ist die tatsächliche Ausübung einer sozialversicherungsrechtlich erfassten Tätigkeit (und

sei es die bloße Gewerbeanmeldung) in einem bestimmten Umfang Voraussetzung für den Bezug von Familienleistungen (VwGH vom 22.2.2012, 2011/16/0236)

Vor Versuch, die Zeitspanne bis zu einer gerichtlichen Beseitigung „auszutesten“ wird dringend abgeraten: ein Begräbnis „zweiter oder dritter Klasse“ ist gleichermaßen als nur noch peinlich einzustufen, was nicht für die Begrenzung des politischen Spielraums auf Unionsebene als Folgewirkung gilt. Die Beschädigung des Standings der Republik, die eigene innerstaatliche Interessen wie andere Mitgliedstaaten auch auf europäischer Ebene durchsetzen will und dies als „belächelter“ Mitspieler nicht erfolgreich erreichen kann, wird sich in kurzer Zeit als deutlich teurer herausstellen als es die angestrebten Ersparnisse jemals sein können.

### Art. 2 Änderung des Einkommensteuergesetzes 1988

Grundsätzlich ist auf obige Ausführungen zur Familienbeihilfe zu verweisen; ergänzend darf ausgeführt werden: Wenn es sich hier um eine steuerrechtliche Freistellung von Kindesunterhalt handelt – zumindest in Teilen, eine Deckelung wird dem Gesetzgeber als Dispositionsspielraum im Sinn eines sozialen Ausgleichs in den Grenzen der ständigen Rechtsprechung hinsichtlich einer gebotenen „Mindestentlastung“ offen stehen – so ist ein nach dem in Österreich erzielten Einkommen zu bemessender Unterhalt noch weniger einer geographischen Differenzierung zugänglich.

Dies folgt unmittelbar aus gleichheitsrechtlichen Überlegungen, um den Bogen des B-VG nicht zu überspannen, in der Folge genauso dem unionsrechtlichen Verbot auch mittelbarer Diskriminierungen iSd Art. 18 AEUV. Besonders deutlich wird dies aus den Ausführungen zur deutschen Rechtslage, die keine gesonderte Transferleistung zwischen Eltern und nicht-Eltern kennt, sondern sich auf bloß auf die Elemente Einkommenssteuerrecht und Sozialhilfe beschränkt, in Kap. 2 und 3 der Ausarbeitung PE6-3000-08/14 des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags vom 25.3.2014 a.a.O.

Eine Suche nach „Regelungslücken“ wird im Sinn der gebotenen Anwendung des spezifischen Sekundärrechts anhand der VO 883/2004 bei der Untersagung auch mittelbarer Diskriminierung in deren Art. 4 beginnen, über den Auftrag zur Beseitigung von Wohnortklauseln aus Art 7 leg. cit. zum oben ausgeführten Verschlechterungs- bzw. Änderungsverbot aus der Koordinierungsvorschrift führen und schlussendlich am Verbot von Wohnortklauseln des Art. 67 leg. cit. scheitern.

Es soll der Vollständigkeit halber ein Umgehungsversuch der durch Beschäftigung entstandenen Ansprüche durch eine – verdrängende – Wohnortklausel an den Prioritätsregeln des Art 68 leg.cit. gemessen werden: Wohnortbezogene Leistungen wären nachrangig und können die vorrangige beschäftigungsindizierte Leistung nicht berühren. Mangels diesbezüglicher Änderung zur vormaligen Regelung des Art. 73 der VO 1408/71 kann auch die Rechtsprechung des EuGH nicht im entferntesten als überholt angesehen werden.