

## BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Rudolf Wanke im Beschwerdeverfahren betreffend die Beschwerde der \*\*\*1\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, \*\*\*3\*\*\*, Tschechische Republik, vom 31. Juli 2019 gegen den Bescheid des Finanzamts Hollabrunn Korneuburg Tulln, 2020 Hollabrunn, Babogassse 9, vom 17. Juli 2019, womit der "Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe in Höhe der in § 8 Abs. 3 und 4 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 festgelegten Beträge und auf Gewährung des Kinderabsetzbetrages in Höhe des in § 33 Abs. 3 erster Satz des Einkommensteuergesetzes 1988 festgelegten Betrages" abgewiesen wird, Sozialversicherungsnummer \*\*\*4\*\*\*, den Beschluss gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union wird gemäß Artikel 267 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt:

"Sind Artikel 18 und Artikel 45 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Artikel 7 Absätze 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, Artikel 4, Artikel 5 Buchstabe b, Artikel 7 und Artikel 67 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit sowie Artikel 60 Absatz 1 Satz 2 der 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 dahin auszulegen, dass sie der Anwendung einer nationalen Regelung entgegenstehen, die vorsieht, dass Familienleistungen für ein Kind, das sich nicht tatsächlich ständig in dem diese Familienleistungen zahlenden Mitgliedstaat, sondern tatsächlich in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union, einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhält, auf Basis der vom Statistischen Amt der Europäischen Union veröffentlichten vergleichenden Preisniveaus für den jeweiligen Staat im Verhältnis zu dem die Familienleistungen zahlenden Mitgliedstaat anzupassen sind?"

Die Entscheidung über die Beschwerde ist bis zum Ergehen der Entscheidung des Gerichtshofs gemäß § 290 Abs. 2 BAO ausgesetzt.

## Entscheidungsgründe

### Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin Frau \*\*\*1\*\*\* \*\*\*2\*\*\* wohnt mit ihrem Ehegatten und dem Vater ihrer Kinder, Herrn \*\*\*5\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, sowie ihren minderjährigen Kindern \*\*\*6\*\*\* \*\*\*2\*\*\* und \*\*\*5\*\*\* \*\*\*2\*\*\* in der Tschechischen Republik im gemeinsamen Haushalt. Die Mutter Frau \*\*\*2\*\*\* ist als Grenzpendlerin in Österreich beschäftigt, der Vater Herr \*\*\*2\*\*\* ist in der Tschechischen Republik beschäftigt.

Das Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln leistet an Frau \*\*\*2\*\*\* seit dem Jahr 2016 eine Unterschiedszahlung (Differenzzahlung bzw. Ausgleichszahlung) nach Art. 68 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (im Folgenden: Verordnung Nr. 883/2004) in Höhe des Unterschiedsbetrags zwischen dem Anspruch auf Familienleistungen in der Tschechischen Republik und jenem in Österreich.

Dieser Unterschiedsbetrag wurde vom Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln bis Dezember 2018 in Höhe von insgesamt 374,80 Euro (238,00 Euro Familienbeihilfenanteil, 116,80 Euro Kinderabsetzbetragsanteil für die beiden Kinder) an Frau \*\*\*2\*\*\* (rückwirkend geblockt, danach monatlich) ausbezahlt.

Auf Grund der mit 1. Jänner 2019 in Kraft getretenen Bestimmungen von § 8a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) und § 33 Abs. 3 Z 2 Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 1988) wurde die Zahlung an jenen Wert angepasst, der sich aus dem vom Statistischen Amt der Europäischen Union zum Stichtag 1. Juni 2018 veröffentlichten vergleichenden Preisniveau in Bezug auf das Verhältnis der Kaufkraft in der Tschechischen Republik im Verhältnis zu Österreich ergibt.

Das Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln zahlt seit Jänner 2019 einen Unterschiedsbetrag in Höhe von insgesamt 232,00 Euro (159,70 Euro Familienbeihilfenanteil, 72,30 Euro Kinderabsetzbetragsanteil für die beiden Kinder) an Frau \*\*\*2\*\*\* monatlich aus.

### Standpunkte der Parteien

Frau \*\*\*2\*\*\* beantragte beim Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln am 10. April 2019 die "volle nichtindexierte Ausgleichszahlung der Familienbeihilfe", da sie mit der Kürzung nicht einverstanden sei.

Das Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln wies mit Bescheid vom 17. Juli 2019 diesen Antrag unter Hinweis auf die nationale Rechtslage ab und legte nach einem gesetzlich vorgesehenen Beschwerdevorverfahren, in welchem das Finanzamt auf die von Frau \*\*\*2\*\*\*

in weiterer Folge vorgetragenen unionsrechtlichen Bedenken, die sich im Wesentlichen auf *Leidenmühler*, Indexierung der Familienbeihilfe ist mit geltendem EU-Recht nicht vereinbar, ÖGfEPolicy Brief, 5'2018 ([https://oegfe.at/wordpress/wp-content/uploads/2018/03/OEGfE\\_Policy\\_Brief-2018.05.pdf](https://oegfe.at/wordpress/wp-content/uploads/2018/03/OEGfE_Policy_Brief-2018.05.pdf)) stützen, nicht einging, die Beschwerde schließlich am 26. März 2020 dem Bundesfinanzgericht zur Entscheidung vor.

Beide Parteien haben eine Befassung des Gerichtshofs der Europäischen Union angeregt.

Bemerkt wird, dass eine Vielzahl vergleichbarer Verfahren beim Bundesfinanzgericht anhängig ist.

## **Rechtsgrundlagen**

### **Unionsrecht**

Art. 18 und Art. 45 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (**AEUV**) lauten:

*"Artikel 18*

*(ex-Artikel 12 EGV)*

*Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.*

*Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen."*

*"Artikel 45*

*(ex-Artikel 39 EGV)*

*(1) Innerhalb der Union ist die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gewährleistet.*

*(2) Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.*

*(3) Sie gibt – vorbehaltlich der aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigten Beschränkungen – den Arbeitnehmern das Recht,*

*a) sich um tatsächlich angebotene Stellen zu bewerben;*

*b) sich zu diesem Zweck im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen;*

c) sich in einem Mitgliedstaat aufzuhalten, um dort nach den für die Arbeitnehmer dieses Staates geltenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften eine Beschäftigung auszuüben;

d) nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats unter Bedingungen zu verbleiben, welche die Kommission durch Verordnungen festlegt.

(4) Dieser Artikel findet keine Anwendung auf die Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung."

Art. 7 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011 über die **Freizügigkeit der Arbeitnehmer** innerhalb der Union (Verordnung Nr. 492/2011) lautet:

"Artikel 7

(1) Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, nicht anders behandelt werden als die inländischen Arbeitnehmer.

(2) Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer."

Die maßgebenden Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (**Sozialssystemkoordinierungsverordnung**, Grundverordnung, Verordnung Nr. 883/2004) lauten:

"Artikel 1 Definitionen

Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

...

z) „Familienleistungen“ alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I.“

"Artikel 3 Sachlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen:

...

j) *Familienleistungen.*

..."

*"Artikel 4 Gleichbehandlung*

*Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates."*

*"Artikel 5 Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen*

*Sofern in dieser Verordnung nicht anderes bestimmt ist, gilt unter Berücksichtigung der besonderen Durchführungsbestimmungen Folgendes:*

*a) Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Bezug von Leistungen der sozialen Sicherheit oder sonstiger Einkünfte bestimmte Rechtswirkungen, so sind die entsprechenden Rechtsvorschriften auch bei Bezug von nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gewährten gleichartigen Leistungen oder bei Bezug von in einem anderen Mitgliedstaat erzielten Einkünften anwendbar.*

*b) Hat nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Eintritt bestimmter Sachverhalte oder Ereignisse Rechtswirkungen, so berücksichtigt dieser Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat eingetretenen entsprechenden Sachverhalte oder Ereignisse, als ob sie im eigenen Hoheitsgebiet eingetreten wären."*

*"Artikel 7 Aufhebung der Wohnortklauseln*

*Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, dürfen Geldleistungen, die nach den Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten oder nach dieser Verordnung zu zahlen sind, nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat."*

*"Artikel 67 Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen*

*Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats."*

"Artikel 68 Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten 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 selbstständige 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 selbstständige 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;

ii) bei Ansprüchen, die durch den Bezug einer Rente ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder, unter der Voraussetzung, dass nach diesen Rechtsvorschriften eine Rente geschuldet wird, und subsidiär gegebenenfalls die längste Dauer der nach den widerstreitenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;

iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden 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 Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

..."

Art. 60 Abs. 1 der 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

(Durchführungsverordnung zur Sozialsystemkoordinierungsverordnung, Durchführungsverordnung, Verordnung Nr. 987/2009) lautet:

*"Artikel 60 Verfahren bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung*

*(1) Die Familienleistungen werden bei dem zuständigen Träger beantragt. Bei der Anwendung von Artikel 67 und 68 der Grundverordnung ist, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen. Nimmt eine Person, die berechtigt ist, Anspruch auf die Leistungen zu erheben, dieses Recht nicht wahr, berücksichtigt der zuständige Träger des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften anzuwenden sind, einen Antrag auf Familienleistungen, der von dem anderen Elternteil, einer als Elternteil behandelten Person oder von der Person oder Institution, die als Vormund des Kindes oder der Kinder handelt, gestellt wird."*

## **Nationales Recht**

Die maßgebenden Bestimmungen des **Familienlastenausgleichsgesetzes 1967** (FLAG 1967) lauten in der derzeit geltenden Fassung:

*"§ 1. Zur Herbeiführung eines Lastenausgleiches im Interesse der Familie werden die nach diesem Bundesgesetz vorgesehenen Leistungen gewährt."*

*"Familienbeihilfe*

*§ 2. (1) Anspruch auf Familienbeihilfe haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben,*

*a) für minderjährige Kinder,*

*...*

*(8) Personen haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat."*

*"§ 4. (1) Personen, die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe haben, haben keinen Anspruch auf Familienbeihilfe.*

*(2) Österreichische Staatsbürger, die gemäß Abs. 1 oder gemäß § 5 Abs. 5\*) vom Anspruch auf die Familienbeihilfe ausgeschlossen sind, erhalten eine Ausgleichszahlung, wenn die Höhe der gleichartigen ausländischen Beihilfe, auf die sie oder eine andere Person (§ 5 Abs. 5)\**

*Anspruch haben, geringer ist als die Familienbeihilfe, die ihnen nach diesem Bundesgesetz ansonsten zu gewähren wäre.*

*(3) Die Ausgleichszahlung wird in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen der gleichartigen ausländischen Beihilfe und der Familienbeihilfe, die nach diesem Bundesgesetz zu gewähren wäre, geleistet.*

*(4) Die Ausgleichszahlung ist jährlich nach Ablauf des Kalenderjahres, wenn aber der Anspruch auf die gleichartige ausländische Beihilfe früher erlischt, nach Erlöschen dieses Anspruches über Antrag zu gewähren.*

*(5) Die in ausländischer Währung gezahlten gleichartigen ausländischen Beihilfen sind nach den vom Bundesministerium für Finanzen auf Grund des § 4 Abs. 8 des Umsatzsteuergesetzes 1972, BGBl. Nr. 223/1972, in der „Wiener Zeitung“ kundgemachten jeweiligen Durchschnittskursen in inländische Währung umzurechnen.*

*(6) Die Ausgleichszahlung gilt als Familienbeihilfe im Sinne dieses Bundesgesetzes; die Bestimmungen über die Höhe der Familienbeihilfe finden jedoch auf die Ausgleichszahlung keine Anwendung.*

*(7) Der Anspruch auf die Ausgleichszahlung geht auf die Kinder, für die sie zu gewähren ist, über, wenn der Anspruchsberechtigte vor rechtzeitiger Geltendmachung des Anspruches gestorben ist. Sind mehrere anspruchsberechtigte Kinder vorhanden, ist die Ausgleichszahlung durch die Anzahl der anspruchsberechtigten Kinder zu teilen."*

*\*) Ein § 5 Abs. 5 FLAG 1967 gehört dem geltendem Recht nicht an. Gemeint ist § 5 Abs. 4 FLAG 1967.*

*"§ 5. ...*

*(3) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.*

*(4) Kein Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, für die Anspruch auf eine gleichartige ausländische Beihilfe besteht. Die Gewährung einer Ausgleichszahlung (§ 4 Abs. 2) wird dadurch nicht ausgeschlossen."*

*"§ 8. (1) Der einer Person zustehende Betrag an Familienbeihilfe bestimmt sich nach der Anzahl und dem Alter der Kinder, für die ihr Familienbeihilfe gewährt wird.*

*(2) Die Familienbeihilfe beträgt monatlich*

*...*

3. ab 1. Jänner 2018

- a) 114 € für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats der Geburt,
- b) 121,9 € für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem es das 3. Lebensjahr vollendet,
- c) 141,5 € für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem es das 10. Lebensjahr vollendet,
- d) 165,1 € für jedes Kind ab Beginn des Kalendermonats, in dem es das 19. Lebensjahr vollendet.

(3) Die Familienbeihilfe erhöht sich monatlich für jedes Kind

...

3. ab 1. Jänner 2018, wenn sie

- a) für zwei Kinder gewährt wird, um 7,1 €,
- b) für drei Kinder gewährt wird, um 17,4 €,
- c) für vier Kinder gewährt wird, um 26,5 €,
- d) für fünf Kinder gewährt wird, um 32 €,
- e) für sechs Kinder gewährt wird, um 35,7 €,
- f) für sieben und mehr Kinder gewährt wird, um 52 €.

(4) Die Familienbeihilfe erhöht sich monatlich für jedes Kind, das erheblich behindert ist,

...

3. ab 1. Jänner 2018 um 155,9 €.

...

(8) Für jedes Kind, das in einem Kalenderjahr das 6. Lebensjahr bereits vollendet hat oder vollendet und das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, erhöht sich die Familienbeihilfe für den September dieses Kalenderjahres um 100 €."

"§ 8a. (1) Die Beträge an Familienbeihilfe (§ 8) für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhalten, sind auf Basis der vom

*Statistischen Amt der Europäischen Union veröffentlichten vergleichenden Preisniveaus für jeden einzelnen Mitgliedstaat der EU, jede Vertragspartei des Europäischen Wirtschaftsraumes und die Schweiz im Verhältnis zu Österreich zu bestimmen.*

*(2) Die Beträge an Familienbeihilfe nach Abs. 1 gelten erstmals ab 1. Jänner 2019 auf Basis der zum Stichtag 1. Juni 2018 zuletzt veröffentlichten Werte nach Abs. 1. Die Beträge sind in der Folge jedes zweite Jahr auf Basis der zum Stichtag 1. Juni des Vorjahres zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen.*

*(3) Die Bundesministerin für Frauen, Familien und Jugend oder der Bundesminister für Frauen, Familien und Jugend hat gemeinsam mit der Bundesministerin für Finanzen oder dem Bundesminister für Finanzen die Berechnungsgrundlagen und die Beträge nach Abs. 1 und 2 sowie die Beträge nach § 33 Abs. 3 Z 2 EStG 1988 mit Verordnung kundzumachen."*

*"§ 11. (1) Die Familienbeihilfe wird, abgesehen von den Fällen des § 4, monatlich durch das Wohnsitzfinanzamt automationsunterstützt ausgezahlt.*

*..."*

*"§ 53. (1) Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hierbei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.*

*...*

*(4) Abs. 1 zweiter Satz findet in Bezug auf § 8a Abs. 1 bis 3 keine Anwendung.*

*..."*

**§ 33 Abs. 3 Einkommensteuergesetz 1988 (EStG 1988)** lautet in der derzeit geltenden Fassung:

*"(3) Steuerpflichtigen, denen auf Grund des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 Familienbeihilfe gewährt wird, steht im Wege der gemeinsamen Auszahlung mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag von monatlich 58,40 Euro für jedes Kind zu. Abweichend davon gilt:*

*1. Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht kein Kinderabsetzbetrag zu.*

*2. Für Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhalten, ist die Höhe des Kinderabsetzbetrages auf Basis der vom Statistischen Amt der Europäischen Union veröffentlichten vergleichenden Preisniveaus für jeden einzelnen Mitgliedstaat der EU, jede Vertragspartei des Europäischen Wirtschaftsraumes und die Schweiz im Verhältnis zu Österreich zu bestimmen:*

- a) Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist erstmals ab 1. Jänner 2019 auf Basis der zum Stichtag 1. Juni 2018 zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen. Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist in der Folge jedes zweite Jahr auf Basis der zum Stichtag 1. Juni des Vorjahres zuletzt veröffentlichten Werte anzupassen.*
- b) Die Höhe der Kinderabsetzbeträge ist gemäß § 8a Abs. 3 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 kundzumachen.*

*Wurden Kinderabsetzbeträge zu Unrecht bezogen, ist § 26 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 anzuwenden."*

§ 33 Abs. 3a EStG 1988 i. d. g. F. sieht für ein Kind, für das Familienbeihilfe nach dem FLAG 1967 gewährt wird, einen im Einkommensteuerverfahren zu berücksichtigenden Familienbonus Plus vor, § 33 Abs. 4 leg. cit. einen im Einkommensteuerverfahren zu berücksichtigenden Alleinverdienerabsetzbetrag, Alleinerzieherabsetzbetrag und Unterhaltsabsetzbetrag. Allen diesen Absetzbeträgen ist gemeinsam, dass sich deren Höhe nach § 33 Abs. 3a Z 2 EStG 1988 bestimmt. Diese Absetzbeträge sind jedoch nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

Die Verordnung der Bundesministerin für Frauen, Familien und Jugend und des Bundesministers für Finanzen über die Anpassung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages in Bezug auf Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder einer Vertragspartei des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten (**Familienbeihilfe-Kinderabsetzbetrag-EU-Anpassungsverordnung**), BGBl. II Nr. 318/2018, lautet auszugsweise:

*"Aufgrund des § 8a des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967, BGBl. Nr. 376, in der Fassung BGBl. I Nr. 83/2018, und des § 33 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes 1988, BGBl. Nr. 400, in der Fassung BGBl. I Nr. 83/2018, wird verordnet:*

*§ 1. Diese Verordnung bestimmt die Beträge an Familienbeihilfe gemäß § 8 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 sowie des Kindesabsetzbetrages gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 in Bezug auf Kinder, die sich ständig in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz aufhalten.*

*§ 2. (1) Zur Bestimmung der Beträge nach § 1 wird ein Anpassungsfaktor festgelegt, der auf den vom Statistischen Amt der Europäischen Union am 1. Juni 2018 veröffentlichten Indikatoren im Rahmen der „Vergleichenden Preisniveaus des Endverbrauchs der privaten Haushalte einschließlich indirekter Steuern (EU-28=100)“ basiert.*

*(2) Das Statistische Amt der Europäischen Union hat den Indikator für Österreich mit 106 festgelegt. Um den Anpassungsfaktor zu ermitteln, wird das Verhältnis der Indikatoren der einzelnen Staaten zum Indikator Österreichs in Verhältnis gesetzt. Die Berechnung des Anpassungsfaktors erfolgt auf drei Nachkommastellen, ohne Anwendung einer Rundung. Der Anpassungsfaktor wird demnach wie folgt festgelegt:*

<i>Staat, in dem sich die Kinder ständig aufzuhalten</i>	<i>Indikator des Statistischen Amtes der Europäischen Union</i>	<i>Anpassungsfaktor</i>
<i>Belgien</i>	<i>109,0</i>	<i>1,028</i>
<i>Bulgarien</i>	<i>47,7</i>	<i>0,450</i>
<i>Dänemark</i>	<i>140,6</i>	<i>1,326</i>
<i>Deutschland</i>	<i>103,3</i>	<i>0,974</i>
<i>Estland</i>	<i>75,3</i>	<i>0,710</i>
<i>Finnland</i>	<i>121,1</i>	<i>1,142</i>
<i>Frankreich</i>	<i>107,9</i>	<i>1,017</i>
<i>Griechenland</i>	<i>84,1</i>	<i>0,793</i>
<i>Irland</i>	<i>123,7</i>	<i>1,166</i>
<i>Island</i>	<i>150,3</i>	<i>1,417</i>
<i>Italien</i>	<i>100,5</i>	<i>0,948</i>
<i>Kroatien</i>	<i>66,0</i>	<i>0,622</i>
<i>Lettland</i>	<i>71,2</i>	<i>0,671</i>
<i>Litauen</i>	<i>62,9</i>	<i>0,593</i>
<i>Luxemburg</i>	<i>125,1</i>	<i>1,180</i>

<i>Malta</i>	82,0	0,773
<i>Niederlande</i>	111,0	1,047
<i>Norwegen</i>	140,5	1,325
<i>Polen</i>	53,6	0,505
<i>Portugal</i>	84,0	0,792
<i>Rumänien</i>	52,3	0,493
<i>Schweden</i>	125,8	1,186
<i>Schweiz</i>	161,2	1,520
<i>Slowakei</i>	68,0	0,641
<i>Slowenien</i>	83,8	0,790
<i>Spanien</i>	91,5	0,863
<i>Tschechien</i>	65,7	0,619
<i>Ungarn</i>	59,6	0,562
<i>Vereinigtes Königreich</i>	121,6	1,147
<i>Zypern</i>	87,8	0,828

*(3) Da für das Fürstentum Liechtenstein kein Indikator des Statistischen Amtes der Europäischen Union vorliegt, sind in Bezug auf Kinder, die sich ständig im Fürstentum Liechtenstein aufhalten, die gesetzlich festgelegten Beträge an Familienbeihilfe gemäß § 8 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 sowie des Kinderabsetzbetrages gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 anzuwenden.*

*§ 3. (1) Die im Folgenden angepassten Beträge werden jeweils auf die zweite Nachkommastelle kaufmännisch gerundet.*

...

*(29) In Bezug auf Kinder, die sich ständig in Tschechien aufhalten, werden die Beträge an Familienbeihilfe aufgrund des Anpassungsfaktors nach § 2 Abs. 2 wie folgt bestimmt:*

## Beträge gemäß §§ des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967: Angepasste Beträge in Euro

8 Abs. 2 Z 3 lit. a	114,0	70,57
8 Abs. 2 Z 3 lit. b	121,9	75,46
8 Abs. 2 Z 3 lit. c	141,5	87,59
8 Abs. 2 Z 3 lit. d	165,1	102,20
8 Abs. 3 Z 3 lit. a	7,1	4,39
8 Abs. 3 Z 3 lit. b	17,4	10,77
8 Abs. 3 Z 3 lit. c	26,5	16,40
8 Abs. 3 Z 3 lit. d	32,0	19,81
8 Abs. 3 Z 3 lit. e	35,7	22,10
8 Abs. 3 Z 3 lit. f	52,0	32,19
8 Abs. 4 Z 3	155,9	96,50
8 Abs. 8	100,0	61,90

...

§ 4. (1) Der Kinderabsetzbetrag gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988 wird aufgrund des Anpassungsfaktors nach § 2 Abs. 2 sowie nach § 2 Abs. 3 wie folgt bestimmt:

Staat, in dem sich die Kinder ständig aufhalten	Kinderabsetzbetrag gemäß § 33 Abs. 3 EStG 1988	Angepasster Betrag in Euro
Belgien	58,40	60,04
Bulgarien	58,40	26,28
Dänemark	58,40	77,44
Deutschland	58,40	56,88
Estland	58,40	41,46

<i>Finnland</i>	58,40	66,69
<i>Frankreich</i>	58,40	59,39
<i>Griechenland</i>	58,40	46,31
<i>Irland</i>	58,40	68,09
<i>Island</i>	58,40	82,75
<i>Italien</i>	58,40	55,36
<i>Kroatien</i>	58,40	36,32
<i>Lettland</i>	58,40	39,19
<i>Liechtenstein</i>	58,40	58,40
<i>Litauen</i>	58,40	34,63
<i>Luxemburg</i>	58,40	68,91
<i>Malta</i>	58,40	45,14
<i>Niederlande</i>	58,40	61,14
<i>Norwegen</i>	58,40	77,38
<i>Polen</i>	58,40	29,49
<i>Portugal</i>	58,40	46,25
<i>Rumänien</i>	58,40	28,79
<i>Schweden</i>	58,40	69,26
<i>Schweiz</i>	58,40	88,77
<i>Slowakei</i>	58,40	37,43
<i>Slowenien</i>	58,40	46,14
<i>Spanien</i>	58,40	50,40

<i>Tschechien</i>	<i>58,40</i>	<i>36,15</i>
<i>Ungarn</i>	<i>58,40</i>	<i>32,82</i>
<i>Vereinigtes Königreich</i>	<i>58,40</i>	<i>66,98</i>
<i>Zypern</i>	<i>58,40</i>	<i>48,36</i>

*§ 5. (1) Diese Verordnung tritt mit 1. Jänner 2019 in Kraft.*

... "

### **Richtige Anwendung des Unionsrechts nicht offenkundig**

Der Beschlussfassung der vom Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln angewendeten und vorstehend dargestellten Bestimmungen des nationalen Rechts ging eine kontroversiell geführte Diskussion voraus, ob die Indexierung von unter die Koordinierungsregelungen des Unionsrechts fallenden Familienleistungen mit dem Unionsrecht vereinbar sei.

Im November 2016 kam die Kommission der Europäischen Union einem Ersuchen mehrerer österreichischer Bundesministerien, das Thema der Indexierung von (zu exportierenden) Familienleistungen so bald wie möglich aufzugreifen und einen Vorschlag zur Änderung der Sozialsystemkoordinierungsvorschriften vorzulegen, nicht nach (siehe etwa den Bericht des österreichischen Rechnungshofs: Familienbeihilfe – Ziele und Zielerreichung, Kosten und Kontrollsyste, Juli 2018, GZ 004.507/009–PR3/1, <https://www.rechnungshof.gv.at/rh/home/home/Familienbeihilfe.pdf>, Tz. 18).

Unter Bezugnahme auf ein "Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Familienbeihilfe für Kinder, die im EU-Ausland leben, für das BM für Finanzen" von Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal vom 20. Februar 2017 ([https://www.oif.ac.at/fileadmin/user\\_upload/p\\_oif/andere\\_Publikationen/Rechtsgutachten\\_Neugestaltung\\_Familienbeihilfe\\_Kinder\\_EU-Ausland.pdf](https://www.oif.ac.at/fileadmin/user_upload/p_oif/andere_Publikationen/Rechtsgutachten_Neugestaltung_Familienbeihilfe_Kinder_EU-Ausland.pdf)) legte das damalige Bundesministerium für Familien und Jugend – in Abstimmung mit dem Bundesministerium für Finanzen – einen Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Familienlastenausgleichsgesetz 1967 und das Einkommensteuergesetz 1988 geändert werden, am 5. Jänner 2018 zur Begutachtung vor (ME 1 BlgNR 26. GP, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME\\_00001/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00001/index.shtml)). Im Begutachtungsverfahren langten insgesamt 57 Stellungnahmen ein ([https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME\\_00001/index.shtml#tab-Stellungnahmen](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00001/index.shtml#tab-Stellungnahmen)). Am 2. Mai 2018 brachte die damalige Bundesregierung eine hinsichtlich der vorgeschlagenen Indexierung mit dem Ministerialentwurf im Wesentlichen gleichlautende Regierungsvorlage (RV 111 BlgNR 26. GP) im Nationalrat ein

([https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I\\_00111/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00111/index.shtml)). Diese Regierungsvorlage wurde am 9. Oktober 2018 im Familienausschuss beraten und am 24. Oktober 2018 im damaligen Nationalrat nach umfassender Debatte ([https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/NRSITZ/NRSITZ\\_00043/fname\\_753794.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/NRSITZ/NRSITZ_00043/fname_753794.pdf) - Seiten 104 ff.) mehrheitlich beschlossen. Die Verlautbarung der Novellierung erfolgte mit am 4. Dezember 2018 ausgegebenen Bundesgesetzblatt I Nr. 83/2018 (<https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2018/83>).

Die Indexierung trat mit 5. Dezember 2018 für ab 1. Jänner 2019 auszuzahlende Familienleistungen in Kraft (§ 55 Abs. 38 FLAG 1967, § 11 Abs. 1 Bundesgesetz über das Bundesgesetzblatt 2004, BGBIG).

Die Kommission der Europäischen Union hat am 24. Jänner 2019 zur Zahl 20182372 wegen der Indexierung der Familienbeihilfe ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich eingeleitet ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-463\\_EN.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-463_EN.htm)). Dieses befindet sich derzeit in Stufe 2. In ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2019 vertritt die Kommission die Auffassung, der österreichische Indexierungsmechanismus sei diskriminierend, da er zu einer Verringerung der Familienbeihilfen und einschlägiger Steuerermäßigungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Österreich führt, nur weil deren Kinder in einem anderen Mitgliedstaat wohnen. Der Umstand, dass die Lebenshaltungskosten in einem Mitgliedstaat niedriger sind als in Österreich, sei für Leistungen, die als Pauschalbetrag ohne Bezug zu den tatsächlichen Unterhaltskosten für ein Kind ausbezahlt werden, nicht relevant ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-4253\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-4253_de.htm)). Eine Befassung des Gerichtshofs ist, soweit ersichtlich, durch die Kommission bislang nicht erfolgt.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde die Unionsrechtskonformität der Indexierung exportierter Familienleistungen überwiegend verneint (*Gebhart* in *Lenneis/Wanke*, FLAG 2. A. 2020 § 53 Rz 99; *Marhold/Ludvik*, Dürfen die Behörden die Indexierung der Familienleistungen anwenden?, ASoK 2018, 202; *Kühbacher*, Die geplante Indexierung der Familienbeihilfe aus unionsrechtlicher Sicht, ASoK 2018, 8; *Laudacher*, Unionsrechtswidrige Indexierung der Familienleistungen, SWK 2018, 480; *Leidenmühler*, Indexierung der Familienbeihilfe ist mit geltendem EU-Recht nicht vereinbar, ÖGfEPolicy Brief, 5'2018), aber auch bejaht (*Mazal*, Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Familienbeihilfe für Kinder, die im EU-Ausland leben, a. a. O.; *Sutter/Lenneis*, Berücksichtigung der tatsächlichen Lebenshaltungskosten bei der Bemessung der Familienbeihilfe, ÖStZ 2011/318, 203).

Hieraus ergibt sich, dass die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel i. S. v. EuGH 6. Oktober 1982, C-283/81, CILFIT, ECLI:EU:C:1982:335, keinerlei Raum bleibt.

## Anspruch auf Unterschiedsbetrag zwischen den tschechischen und den österreichischen Familienleistungen

Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten aus denselben Gründen zu gewähren, kommt gemäß Art.68 Abs. 1 Buchst. b der Verordnung Nr. 883/2004 für durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelöste Ansprüche den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats des Wohnorts der Kinder Priorität zu. Abs. 2 dieses Artikels sieht vor, dass die Familienleistungen bei Zusammentreffen von Ansprüchen nach den Rechtsvorschriften gewährt werden, die nach Abs. 1 Vorrang haben, wobei Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen Rechtsvorschriften bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt werden; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren (vgl. EuGH 18. September 2019, C-32/18, *Moser*, ECLI:EU:C:2019:752, Rn. 41).

Der Gerichtshof hat entschieden, dass solche Antikumulierungsvorschriften dem Empfänger der von mehreren Mitgliedstaaten gezahlten Leistungen einen Gesamtbetrag an Leistungen garantieren sollen, der gleich dem Betrag der günstigsten Leistung ist, die ihm nach dem Recht nur eines dieser Staaten zusteht (vgl. EuGH 30. April 2014, C-250/13, *Wagener*, C- 250/13, EU:C:2014:278, Rn. 46).

Wohnstaat der Familie und Beschäftigungsstaat von Herrn \*\*\*2\*\*\* ist im gegenständlichen Fall die Tschechische Republik, Beschäftigungsstaat in Bezug auf Frau \*\*\*2\*\*\* Österreich. Österreich zahlt daher unstrittig an Frau \*\*\*2\*\*\* Familienleistungen in jenem Umfang, in welchem diese die tschechischen Familienleistungen übersteigen.

Strittig ist, ob als Bemessungsgrundlage für die Gewährung dieses Unterschiedsbetrags österreichische Familienleistungen (Familienbeihilfe und der mit dieser gemeinsam auszuzahlende Kinderabsetzbetrag) in jener Höhe zu ermitteln sind, wie diese seit 2019 für tatsächlich in Österreich wohnende Kinder ausbezahlt werden, oder ob diese Höhe an das Preisniveau in der Tschechischen Republik (hier: zu Ungunsten von Frau \*\*\*2\*\*\*) anzupassen ist.

## Zur Vorlagefrage

Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag sind als eine Leistung der sozialen Sicherheit anzusehen, da sie den Begünstigten ohne jede im Ermessen liegende individuelle Prüfung der persönlichen Bedürfnisse aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestands gewährt werden und sie sich auf eines der in Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Nr. 883/2004 ausdrücklich aufgezählten Risiken (Buchst. j, Familienleistungen) beziehen (vgl. EuGH 18. Dezember 2019, C-447/18, *UB*, ECLI:EU:C:2019:1098).

Die Mitgliedstaaten sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit zuständig, müssen aber hierbei das Unionsrecht und insbesondere die Bestimmungen des AEUV über die jedem Unionsbürger zuerkannte Freiheit beachten, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (vgl. EuGH 23. Jänner 2020, C-29/19, ZP, ECLI:EU:C:2020:36, Rn. 39, 41 m. w. N.).

Die vom Finanzamt angewandte nationale Regelung steht insbesondere im Spannungsfeld primärrechtlich zu Art. 18 und Art. 45 Abs. 1 AEUV sowie sekundärrechtlich zu Art. 7 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 492/2011, zu Art. 4, Art. 5, Art. 7 und zu Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004, außerdem zu Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009.

Dass § 5 Abs. 3 FLAG 1967 betreffend ständigen Auslandsaufenthalt des Kindes zufolge Unionsrechts (und § 53 Abs. 1 FLAG 1967) hier nicht anzuwenden ist, ist unstrittig. Kraft Unionsrecht nicht anzuwenden ist auch das Wohnsitzerfordernis gemäß dem Einleitungssatz von § 2 Abs. 1 FLAG 1967 und das Lebensmittelpunkterfordernis gemäß § 2 Abs. 8 FLAG 1967. Ebenso unstrittig ist, dass in Bezug auf § 4 Abs. 2 und 3 FLAG 1967 (Ausgleichszahlung für österreichische Staatsbürger) Frau \*\*\*2\*\*\* als Unionsbürgerin gemäß Art. 18 AEUV österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt ist und § 4 Abs. 4 FLAG 1967 (jährliche Auszahlung) kraft des unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots nicht anzuwenden ist, sondern eine monatliche Auszahlung gemäß § 11 Abs. 1 FLAG 1967 zu erfolgen hat.

Im Folgenden werden die in der österreichischen Diskussion am häufigsten für und gegen eine Unionsrechtskonformität herangezogenen Argumente kurz dargestellt.

**Zu Artikel 18 und zu Artikel 45 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, zu Art. 7 Abs. 1 und 2 der Verordnung Nr. 492/2011 und zu Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004**

Art. 18 AEUV verbietet jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.

Art. 45 AEUV gewährleistet die Freizügigkeit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Union.

Gemäß Art. 45 Abs. 2 AEUV umfasst die Freizügigkeit der Arbeitnehmer die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen. Diese Bestimmung wird in Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 492/2011 konkretisiert, der klarstellt, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen genießt wie die inländischen Arbeitnehmer (vgl. EuGH 2. April 2020, C-802/18, FV, GW, ECLI:EU:C:2020:269, Rn. 24 m. w. N.).

Art. 4 der Verordnung Nr. 883/2004 enthält ein Gleichstellungsgebot für alle Personen, für die diese Verordnung gilt.

Nach Art. 73 Abs. 2 der damals anzuwendenden Verordnung Nr. 1408/71 konnte sich Frankreich weigern, einem Arbeitnehmer in Frankreich die französische Familienbeihilfe für seine Kinder auszuzahlen, weil sich diese in Italien aufhielten. Die Bemessung der (von Frankreich zu bezahlenden) Familienleistungen richtete sich vielmehr nach den (im Ausgangsfall schlechteren) italienischen Familienbeihilfenregeln des Aufenthaltsorts der Kinder.

**EuGH 15. Jänner 1986, 41/84, *Pinna*, ECLI:EU:C:1986:1**

Der Gerichtshof hat im Urteil EuGH 15. Jänner 1986, 41/84, *Pinna*, ECLI:EU:C:1986:1, diese Anknüpfung an den Wohnort in Art. 73 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1408/71 Gerichtshof als verschleierte Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern angesehen, da sie ungerechtfertigte Differenzierungen und Ausnahmen aus der französischen Familienpolitik zu Lasten von Wanderarbeitnehmern schaffe. Die diesbezügliche Bestimmung der Verordnung Nr. 1408/71 wurde daher vom EuGH als in Widerspruch zur primärrechtlichen Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 48 bis 51 EWG-Vertrag, nunmehr Art. 45 bis 48 AEUV) stehend für unzulässig erklärt.

Hieraus folgt, dass bereits das Primärrecht, nämlich die Grundfreiheit des Binnenmarktes der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 bis 48 AEUV), den Mitgliedstaaten unter anderem sämtliche (offene und versteckte) Diskriminierungen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten verbietet. Dies betrifft nicht nur offenkundige Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle verschleierten Formen der Diskriminierung, die mit Hilfe der Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu demselben Ergebnis führen.

In der Parlamentsdebatte anlässlich der Beschlussfassung der Indexierung wurde dazu unter anderem ausgeführt:

*"Wir diskriminieren nicht nach Staatsangehörigkeit, sondern wir richten uns nach dem Wohnort, egal welche Nationalität. Wenn österreichische Kinder in der Slowakei leben, wird sie die Indexierung so wie slowakische Kinder, die in der Slowakei leben, betreffen. Alle Eltern bekommen prozentuell dieselbe Entlastung im Verhältnis zu den realen Kosten in den jeweiligen Ländern."*

Andererseits wurde in der Debatte auf den mit der Indexierung verbundenen Einsparungseffekt verwiesen, etwa:

*"Wir exportieren derzeit circa 250 Millionen Euro an Familienbeihilfe. Im Jahr 2002 haben wir für 1500 Kinder Familienbeihilfe exportiert, inzwischen exportieren wir für 130000 Kinder"*

*Familienbeihilfe. Und mit dieser Indexierung würden wir sehr wohl 100 Millionen Euro einsparen, die wir dann für andere Familienleistungen in Österreich verwenden könnten."*

Ein Abstellen auf die allgemeinen Lebenshaltungskosten im Wohnstaat der Kinder könnte dabei eine sogenannte versteckte oder faktische Diskriminierung darstellen, da die Regelung zwar formal nicht auf die Staatsangehörigkeit abstellt, im Ergebnis aber dennoch weitaus überwiegend Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten trifft.

Der Gerichtshof hatte in der Rs. *Pinna* freilich nicht über eine Differenzierung von Familienleistungen nach den Lebenshaltungskosten zu entscheiden.

In der Parlamentsdebatte wurde unter anderem darauf verwiesen, die Kommission selbst habe im Vorfeld zur Vermeidung eines Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Union ("Brexit") einen Vorschlag erarbeitet, der eine Indexierung von Familienleistungen vorgesehen habe. Die Kommission indexiere die Gehälter ihrer Beamten, die nicht in Brüssel oder Luxemburg leben ebenso wie die Familienleistungen für deren Kinder (vgl. Verordnung Nr. 1296/2009).

Erstes Argument spricht freilich gegen eine Vereinbarkeit der Indexierung mit dem geltenden Unionsrecht, da dieser Vorschlag eine Änderung der Verordnung Nr. 883/2004 vorsah, zweiteres übersieht, dass das Unionsrecht für den Export von Familienleistungen der Mitgliedstaaten andere Regelungen als für die Bezüge der Beamten der Union enthält.

Die Fallkonstellation der Rs. *Pinna* ist nicht unmittelbar mit dem Modell von nach der Kaufkraft differenzierten Familienleistungen vergleichbar. Nach diesem Modell wird unabhängig vom Aufenthaltsort der Kinder österreichische Familienbeihilfe nach österreichischen Grundsätzen (und nicht Familienbeihilfe eines anderen Mitgliedstaats nach dessen Recht) bezahlt. Es werden daher keine unterschiedlichen Systeme verfolgt oder in anderen Rechtsvorschriften vorgesehene niedrigere Tarife übernommen. Der Umfang der Familienleistungen bestimmt sich allein nach österreichischem Recht. Er ist lediglich wertgesichert, womit - anders als im Sachverhalt der Rs. *Pinna* - wirtschaftliche Unterschiede zum Inlandssachverhalt nach Ansicht des österreichischen Gesetzgebers vermieden werden sollen.

### **Zu Art. 5 Buchst. b und Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 und zu Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009**

Erwägungsgrund 16 der Verordnung Nr. 883/2004 betont, dass es innerhalb der Gemeinschaft grundsätzlich nicht gerechtfertigt sei, Ansprüche der sozialen Sicherheit vom Wohnort der betreffenden Person abhängig zu machen, jedoch in besonderen Fällen – vor allem bei besonderen Leistungen, die an das wirtschaftliche und soziale Umfeld der betreffenden Person gebunden sind – der Wohnort berücksichtigt werden könnte.

Art. 5 Buchst. b der Verordnung Nr. 883/2004 sieht vor, dass, sofern nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats der Eintritt bestimmter Sachverhalte oder Ereignisse Rechtswirkungen hat, dieser Mitgliedstaat die in einem anderen Mitgliedstaat eingetretenen entsprechenden Sachverhalte oder Ereignisse berücksichtigt, als ob sie im eigenen Hoheitsgebiet eingetreten wären (vgl. EuGH 12. März 2020, C-769/18, *SJ*, ECLI:EU:C:2020:203, Rn. 43).

Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 legt den Grundsatz fest, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen für Familienangehörige, die in einem anderen als dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnen, so erheben kann, als würden sie in dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen (vgl. EuGH 22. Oktober 2015, C-378/14, *Trapkowski*, EU:C:2015:720, Rn. 35; EuGH 18. September 2019, C-32/18, *Moser*, ECLI:EU:C:2019:752, Rn. 38).

Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 ist auch auf einen Arbeitnehmer anwendbar, der, wie Frau \*\*\*2\*\*\* im Ausgangsverfahren, in einem Mitgliedstaat arbeitet, aber mit seiner Familie in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen lebt, dessen Rechtsvorschriften er unterliegt (vgl. EuGH 7. November 2002, C-333/00, *Maaheimo*, EU:C:2002:641, Rn. 32).

Art. 5 Buchst. b und Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 wäre nach dem allgemeinen Sprachgebrauch das Verständnis beizulegen, dass die dort aufgestellten Fiktionen im gegenständlichen Verfahren bewirken, dass die Kinder von Frau \*\*\*2\*\*\* in Bezug auf die dort normierte Gleichstellung rechtlich als in Österreich wohnhaft anzusehen sind, auch wenn diese tatsächlich in der Tschechischen Republik wohnen, und daher der Unterschiedsbetrag nach Art. 68 Abs. 2 der Verordnung Nr. 883/2004 unter Außerachtlassung der eine Indexierung anordnenden nationalen Vorschriften zu zahlen wäre. Wird fingiert, dass die Familienangehörigen in Österreich ansässig sind, besteht auch Anspruch auf Familienbeihilfe in gleicher Höhe, wie sie für in Österreich wohnhafte Kinder ausbezahlt wird.

Für diese Auslegung spräche auch, dass der österreichische Gesetzgeber in § 53 Abs. 1 Satz 2 FLAG 1967 die Aussage von Art. 67 Satz 1 der Verordnung Nr. 883/2004 im Wesentlichen in das nationale Recht transferiert hat, aber in § 53 Abs. 4 FLAG 1967 ausdrücklich normiert, dass § 53 Abs. 1 Satz 2 FLAG 1967 in Bezug auf die Indexierungsregelung des § 8a Abs. 1 bis 3 FLAG 1967 keine Anwendung finde, also seiner Ansicht nach offenbar doch die Anwendung der Indexierung im Widerspruch zur Fiktion des Aufenthalts im Leistungsstaat steht.

Unterschiedliche Wohn-, Ausbildungs- und Unterhaltsbedürfnisse in Abhängigkeit vom Wohnstaat werden durch die Wohnsitzfiktion bewusst beseitigt. Unabhängig vom Wohnort des Kindes besteht ein Anspruch auf dieselbe Art von Leistung in derselben Höhe. Mit der Indexierung knüpft die Höhe der österreichischen Familienleistungen eindeutig an den tatsächlichen Wohnort des Kindes an.

Hierzu vertreten die Gesetzesmaterialien zu den hier heranzuziehenden nationalen Vorschriften (RV 111 BlgNR 26. GP) zusammengefasst die Ansicht:

*"... Zur Vermeidung von Verzerrungen bei undifferenziertem Export sollen die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag nach der Kaufkraft jenes Landes, in dem das Kind wohnt, indexiert werden. ..."*

*"... Der Kritik, der Gesetzentwurf widerspreche dem EU-Recht, wird in den ergänzten Erläuterungen entgegengetreten. ..."*

*"... Wird die Familienbeihilfe nicht entsprechend der Kaufkraft indexiert, erfolgt die Unterhaltsentlastung entgegen dem Wortlaut, Sinn und Zweck von Artikel 67 der VO 883/2004 in Form der Beteiligung an den Kosten des Regelbedarfs nicht in einer Weise, 'als ob' das Kind seinen Wohnort in Österreich hat. ..."*

*"... Erfolgt der Export der Leistung jedoch nach der Kaufkraft indexiert, wird eine gleichmäßige Beteiligung an den Kosten der Bedarfsdeckung erreicht – so ,als ob' das Kind in Österreich wohnen würde. ..."*

#### **EuGH 5. Oktober 1995, C-321/93, Martínez, ECLI:EU:C:1995:306**

Der Gerichtshof hat zur (mit Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 wortgleichen) Vorgängerbestimmung in Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 ausgeführt, dass diese Norm verhindern solle, „daß ein Mitgliedstaat die Gewährung oder die Höhe von Familienleistungen davon abhängig machen kann, daß die Familienangehörigen des Erwerbstägigen 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.“ (EuGH, 6. Oktober 1995, C-321/93, Martínez, ECLI:EU:C:1995:306, Rn. 21).

Frau \*\*\*2\*\*\* führt hierzu an, dass "mobile Arbeiter denselben Anspruch auf Familienleistungen wie lokale Arbeitnehmer, 'unabhängig vom Wohnort der betroffenen Kinder'" haben.

In der Parlamentsdebatte wurde darauf verwiesen, dass auch nach der Indexierung die österreichischen Familienleistungen zumeist weitaus höher als die vom Wohnstaat geleisteten sind:

*"... Ich darf Ungarn erwähnen; wir exportieren fast 50 Prozent unserer Familienbeihilfe nach Ungarn. Ungarn zahlt sage und schreibe 39 Euro Familienbeihilfe an die eigenen Familien. Wir zahlen 170 Euro, das heißt, wir exportieren fast das Fünffache. Was auch schon erwähnt wurde: Mit der Indexierung sind wir noch immer weit über dem Wert, der in Ungarn selbst bezahlt wird, denn wir werden in Zukunft nicht 39 Euro nach Ungarn exportieren, sondern wir werden circa 100 Euro nach Ungarn exportieren, also noch immer das 2,5-Fache von dem, was*

*Ungarn selbst bezahlt. Ich darf hier noch Lettland als zweites Beispiel nennen: Lettland zahlt 11 Euro Familienbeihilfe. Wir exportieren derzeit das 15-Fache der Familienbeihilfe, die in Lettland ausbezahlt wird, und in Zukunft wird es mit Eurostat-Indexierung noch immer das Zehnfache sein. ..."*

Bei einem höheren vergleichenden Preisniveau als in Österreich werden auch höhere Familienleistungen gewährt, das vergleichende Preisniveau liegt in einer Bandbreite von 0,450 in Bulgarien und 1,520 in der Schweiz. Beträgt also die Familienbeihilfe für Kinder, die das 19. Lebensjahr vollendet haben, in Österreich 165,10 Euro, machen die entsprechenden Werte zwischen 74,30 Euro (Bulgarien) und 250,95 Euro (Schweiz) aus. Mobilitätshemmnisse in Länder mit hohem Preisniveau fallen damit genauso weg wie finanzielle Anreize zum Verbleib eines Kindes in Ländern mit niedrigem Preisniveau.

**EuGH 22. Oktober 2015, C-378/14, Trapkowski, EU:C:2015:720**

**EuGH 18. September 2019, C-32/18, Moser, ECLI:EU:C:2019:752**

Nach Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 987/2009 ist bei der Anwendung von Art. 67 und 68 der Verordnung Nr. 883/2004, insbesondere was das Recht einer Person zur Erhebung eines Leistungsanspruchs anbelangt, die Situation der gesamten Familie in einer Weise zu berücksichtigen, als würden alle beteiligten Personen unter die Rechtsvorschriften des betreffenden Mitgliedstaats fallen und dort wohnen.

Dementsprechend hat der Gerichtshof (EuGH 22. Oktober 2015, C-378/14, Trapkowski, EU:C:2015:720, Rn. 35; EuGH 18. September 2019, C-32/18, Moser, ECLI:EU:C:2019:752, Rn. 38) bestätigt, „dass die in Art. 67 der Verordnung Nr 883/2004 vorgesehene Fiktion zur Folge hat, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen für Familienangehörige, die in einem anderen als dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnen, so erheben kann, als würden sie in dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen.“

Wird fingiert, dass die Familienangehörigen in Österreich ansässig sind, bestünde somit Anspruch auf Familienbeihilfe in gleicher Höhe, wie sie für in Österreich wohnhafte Kinder ausbezahlt wird. Mit anderen Worten: Der Unionsgesetzgeber hat sich bewusst für eine Gleichbehandlung im Sinne eines Anspruchs auf die gleichen Leistungen hinsichtlich Art und Höhe entschieden.

Allerdings ging es in der Rs. Trapkowski im Wesentlichen um die Frage, ob Art. 60 Abs. 1 Satz 3 der Verordnung Nr. 987/2009 verlangt, dass der Anspruch auf Familienleistungen, die für ein Kind gewährt werden, dem Elternteil des Kindes, der in dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnt, deshalb zuerkannt werden muss, weil der andere Elternteil, der in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, keinen Antrag auf Familienleistungen gestellt hat, was der Gerichtshof verneint hat.

In der *Rs. Moser* wurde vom Gerichtshof klargestellt, dass Art. 60 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung Nr. 987/2009 auf sämtliche gemäß Art. 68 der Verordnung Nr. 883/2004 geschuldeten Leistungen anzuwenden ist.

Allerdings hat der Gerichtshof in der *Rs. Moser* in Bezug auf das dort strittige Kinderbetreuungsgeld entschieden, dass der Unterschiedsbetrag nach Art. 68 der Verordnung Nr. 883/2004 nach dem im zur Leistung verpflichteten Beschäftigungsstaat tatsächlich erzielten Einkommen auszuzahlen ist und darauf hingewiesen, dass das Einkommen im Rahmen grenzüberschreitender Konstellationen regelmäßig im Beschäftigungsstaat des Arbeitnehmers höher sein wird.

### **Leistungen zum Ausgleich von Familienlasten**

Nach Art. 1 Buchst. z der Verordnung Nr. 883/2004 sind "Familienleistungen" alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten". § 1 FLAG 1967 spricht davon, dass "zur Herbeiführung eines Lastenausgleichs im Interesse der Familie" die nach diesem Gesetz vorgesehenen Leistungen gewährt werden.

Die Gesetzesmaterialien RV 111 BlgNR 26. GP heben in diesen Zusammenhang hervor:

*"... Im Rahmen des Familienlastenausgleichs als jenem Teil der Familienpolitik, der die wirtschaftliche Förderung der Familien nach familien- bzw. kindbezogenen Kriterien zum Inhalt hat, kommt der Familienbeihilfe eine ganz besondere Funktion zu. Grundsätzliche Intention der Familienbeihilfe ist es, für die Eltern einen teilweisen finanziellen Ausgleich für die Mehrbelastung zu schaffen, die ihnen u.a. durch die Ernährung, Bekleidung, häusliche Unterbringung und Erziehung von Kindern entsteht. Insofern orientiert sich die Höhe der Entlastung durch die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag – dem Funktionsgleichheit in Bezug auf die Familienbeihilfe zukommt – an den tatsächlich anfallenden Lebenshaltungskosten. Die Höhe der Lebenshaltungskosten wiederum hängt naturgemäß vom Wohnort der Kinder ab und kann daher entsprechend differieren.*

*Um der Intention des Gesetzgebers auch weiterhin Rechnung zu tragen und durch die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag eine teilweise Entlastung aus der von der Unterhaltspflicht erfließenden Belastung zu erreichen, ist es notwendig Änderungen vorzunehmen, um Verzerrungen durch undifferenzierten Export im Wege einer Anpassung der Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages an das Preisniveau des Wohnstaates zu kompensieren. ..."*

*"Die österreichische Familienbeihilfe ist nach der Intention des Gesetzgebers und der Judikatur des VfGH funktional eine teilweise Entlastung von der aus der Unterhaltspflicht erfließenden Belastung. Innerhalb des dualen Systems der Familienentlastung kommt der Familienbeihilfe eine spezifische Funktion zu, nämlich einen Teil der Ausgaben für die Sicherstellung des dem*

*Regelbedarf zugrundeliegenden Warenkorbs zu refundieren. Sie soll die Person, in deren Haushalt das Kind lebt in die Lage versetzen, einen Teil jener Sachgüter und Dienstleistungen, die für die Erfüllung seine Unterhaltpflicht maßgeblich sind, nicht aus seinen eigenen Mitteln, sondern mit Unterstützung und aus Mitteln der Allgemeinheit zu erwerben. Durch die Anrechnung der Familienbeihilfe auf den in Geld zu zahlenden Unterhalt kommt es indirekt zu einer Entlastung des zur Zahlung von Geldunterhalt Verpflichteten. ..."*

*"Angesichts dieser unterhaltsbezogenen Funktion ist zu berücksichtigen, dass der Unterhalt bei im Ausland lebenden Kindern nach der zivilrechtlichen Judikatur nicht nur nach den durchschnittlichen Lebensverhältnissen des Unterhaltsverpflichteten, sondern auch im Verhältnis zur Kaufkraft im Wohnland des Kindes zu bemessen ist. Dem Kind im Ausland ist auf Basis konkreter Feststellungen durch das Gericht ein so genannter „Mischunterhalt“ zuzusprechen, der sich nach dem Bedarf des Unterhaltsberechtigten im Ausland und dem Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen in Österreich richtet. ..."*

*"Angesichts dieser Unterhaltsverpflichtung wird die Familienbeihilfe bei undifferenziertem Export in Länder mit anderer Kaufkraft als Österreich ihrer Funktion nicht gerecht: In Ländern mit niedriger Kaufkraft kommt es zu über die Entlastung hinausgehenden Förderungseffekten; in Ländern mit höherer Kaufkraft ist das Ausmaß der Entlastung zu gering. Soweit die Unterhaltsbelastung vom Preisniveau jenes Landes abhängt, in dem das Kind wohnt, ist es daher von der Sache her gesehen zwingend, auch die Entlastung auf Aufwand und Kaufkraft in jenem Land zu beziehen, in dem das Kind wohnt. ..."*

*"Erfolgt keine Indexierung der Familienbeihilfe nach der Kaufkraft beim Leistungsexport, treten in jeglicher Hinsicht primärrechtlich fragwürdige Effekte ein: Wird die Leistung in absolut unveränderter Höhe trotz unterschiedlicher Preisniveaus gewährt, kommt es entweder zu einer Überförderung oder Umverteilung, die von den Grundfreiheiten nicht gefordert ist (wenn das Wohnland des Kindes ein Land mit niedriger Kaufkraft ist), oder zur Unterförderung (wenn das Wohnland des Kindes ein Land mit höherer Kaufkraft ist), die der Ausübung der Freizügigkeit entgegensteht. ..."*

## **Finanzierung der Familienleistungen**

Die gegenständlichen österreichischen Familienleistungen werden einerseits aus dem Familienlastenausgleichsfonds, der im Wesentlichen insbesondere aus Beiträgen der Arbeitgeber, die sich an der Summe der von diesen gezahlten Arbeitslöhnen orientieren, dotiert wird, aber auch aus Anteilen am Aufkommen der Körperschafts- und der Einkommenssteuer finanziert (Familienbeihilfe), andererseits aus dem allgemeinen Aufkommen an Einkommensteuer (Kinderabsetzbetrag).

Von Frau \*\*\*2\*\*\* wird ins Treffen geführt, dass sie mit ihrem Einkommen die österreichischen Familienleistungen mitfinanziere und ihr diese daher ungekürzt zustünden.

Frau \*\*\*2\*\*\* verweist im Ergebnis darauf, dass durch die Arbeitnehmerfreizügigkeit die Gesamtheit der Bedingungen geschützt werden, die den Status des Arbeitnehmers ausmachen, also auch den Bereich der sozialen Vorsorge. "Wenn dies so ist, ist aber nicht einzusehen, warum einige Gemeinschaftsarbeitnehmer aufgrund des Wohnortes ihrer Familienangehörigen weniger günstig behandelt werden sollen, obwohl sie die gleichen Abgaben an die Träger der sozialen Sicherheit und/oder die gleichen Steuern an den Fiskus des gleichen Landes zahlen" (Schlussanträge des Generalanwalts *Mancini* vom 21. 5. 1985, 41/84, *Pinna*, ECLI:EU:C:1985:215, Punkt 6.C.). Unionsbürger und Unionsbürgerinnen, die in Österreich erwerbstätig sind, tragen in gleicher Weise wie österreichische Staatsangehörige auf dem österreichischen Niveau zum Wirtschafts- und Steueraufkommen bei. Ihre Beiträge zur österreichischen Wirtschaftsleistung und zur Finanzierung der österreichischen Familienleistungen werden weder nach Einzelstaatsangehörigkeit oder Wirtschaftsleistung eines anderen Mitgliedsstaates indexiert oder differenziert.

Diesem Argument wurde in der Parlamentsdebatte entgegengehalten:

*"... die österreichische Familienbeihilfe ist eine Sozialleistung und soll den Eltern Teile der Lebenshaltungskosten für ihre Kinder ersetzen. Diese Kosten variieren in jedem Mitgliedstaat der EU, daher soll auch die Familienbeihilfe und auch der Familienbonus Plus an die Lebenshaltungskosten in diesen Ländern angepasst werden. Es kommt immer darauf an, wo die Kinder leben. ..."*

### **Zu Art. 7 der Verordnung Nr. 883/2004**

Art. 7 der Verordnung Nr. 883/2004 normiert, dass vorbehaltlich anderer Regelungen in dieser Verordnung Geldleistungen, die auf Grund dieser Verordnung zu zahlen sind, "nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat".

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unterliege die österreichische Indexierung von auf Grund der Verordnung Nr. 883/2004 zu gewährenden Familienleistungen, selbst wenn diese von der Fiktion des Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 nicht berührt wäre, gemäß Art. 7 der Verordnung Nr. 883/2004 dem Verbot der Änderung (im hier anhängigen Verfahren: der Kürzung) zufolge des tatsächlichen Wohnorts der Familienangehörigen.

Die Gesetzesmaterialien (RV 111 BlgNR 26. GP) führen dazu aus:

*"In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der in Rede stehende Gesetzesvorschlag eine Anpassung an das Preisniveau vorsieht, die in keiner Weise begrenzt oder einschränkend angewendet wird. Es wird die österreichische Leistungshöhe als*

*Referenzwert herangezogen, auf deren Basis die Leistungshöhe für Kinder, die in einem anderen EU- oder EWR-Staat oder der Schweiz leben, zu errechnen ist. Das bedeutet, dass der angepasste Betrag an Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag bei einem Wohnort des Kindes mit einem niedrigeren Preisniveau einen niedrigeren Wert ergibt, aber auch, dass bei einem Wohnort des Kindes in einem Staat, der ein höheres Preisniveau aufweist, der Betrag entsprechend nach oben anzupassen ist. Dem Vorwurf, es handle sich bei der in Rede stehenden Anpassung um eine bloße Einsparungsmaßnahme, kann damit entgegengetreten werden. Unabhängig von den tatsächlichen finanziellen Auswirkungen, ist nämlich anzuführen, dass der Förderungseffekt im Sinne einer sachgerechten Lösung von den tatsächlichen Gegebenheiten hinsichtlich der Bestreitung der Lebenskosten abhängen soll.*

*Im Letzten geht es nicht um eine Diskussion der Frage, ob Familienleistungen indexiert werden können oder nicht, sondern um die Frage, ob sich die – im vorliegenden Entwurf nicht in Frage gestellte – Exportpflicht bezüglich der österreichischen Familienbeihilfe auf den Betrag oder den Wert bezieht. Hierzu wird der Standpunkt vertreten, dass zulässig ist, eine nicht aus Arbeitnehmerbeiträgen finanzierte Geldleistung unter Wahrung der aus der Freizügigkeit erfließenden Diskriminierungsverbote zu indexieren.“*

### **Keine Kürzung in Bezug auf die tatsächlichen Unterhaltskosten**

Nach Ansicht von Befürwortern der Unionsrechtskonformität der österreichischen Regelung werde die österreichische Geldleistung nicht "gekürzt", da bei der Gewichtung der Familienbeihilfe und der anderen Familienleistungen nach der Kaufkraft an die unterschiedlichen Lebenshaltungskosten im jeweiligen Wohnland angeknüpft und damit stets der gleiche Warenkorb zur Verfügung gestellt werde. Die Leistung ändere sich lediglich "numerisch-betragsmäßig und nicht wertmäßig". Da die Anknüpfung an die Lebenshaltungskosten lediglich Gleichbehandlungsmotive verfolge und selbst in anderen Bereichen der Rechtsordnung herangezogen werde, scheine dieser keine grundsätzliche Unsachlichkeit innewohnen.

Ziel der Kaufkraftparitätsrechnung sei gerade die materielle-wertmäßige Unverändertheit und Konstanz der Familienleistungen. Die Geldleistung solle somit in ihrem Wert geradezu unverändert zum Inlandssachverhalt und von Inflations- und Kaufkraftunterschieden zwischen den Mitgliedstaaten unbeeinflusst sein. Die Formulierung in Art. 67 der Verordnung Nr. 883/2004 "als ob" wäre demzufolge dahingehend zu verstehen, dass die Höhe von Familienleistungen für in einem anderen Mitgliedstaat wohnende Familienangehörige nicht formal (betragsmäßig), sondern materiell (wertmäßig) jener von Familienleistungen für im Inland wohnende Familienangehörige entsprechen muss. Eine wertbezogene Betrachtung komme daher zu dem Ergebnis, dass nach dem österreichischen Modell ein Wohnortwechsel innerhalb der Union, des Europäischen Wirtschaftsraums oder der Schweiz die österreichischen Familienleistungen nicht beeinflussen, verändern oder schmälern kann,

sondern deren Wert in jedem Wohnstaat gleich sei. Eine einseitige Belastungswirkung sei bei einem Modell, das eine Familienbeihilfe in der Union, dem Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz wertgesichert in dem gleichen (wertmäßigen) Umfang wie im Falle des inländischen Aufenthalts sichert, nicht erkennbar. Wanderarbeiternehmer verlören hier keine Rechte der sozialen Sicherheit eines Mitgliedstaats, wodurch sie davon abgehalten werden könnten, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen.

Solange in Europa noch große Kaufkraftunterschiede bestehen, könnte dieses Modell einerseits ein Beitrag zu mehr Gerechtigkeit sein und andererseits die Mobilität und damit die Arbeitnehmerfreizügigkeit sogar unterstützen.

In der Parlamentsdebatte wurde etwa ausgeführt:

*"Wir müssen auch die Intention der Familienbeihilfe berücksichtigen, denn es geht um die Sicherstellung eines Teils des Regelbedarfs eines Kindes, und der Regelbedarf ist in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union selbstverständlich unterschiedlich."*

In der Parlamentsdebatte wurde aber auch darauf verwiesen, dass beispielsweise innerhalb Österreichs bei unterschiedlichen Lebenshaltungskosten in den einzelnen Regionen keine Indexierung erfolge und die österreichische Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeitrag Pauschalleistungen seien, die wohnortbezogene Umstände unberücksichtigt lassen.

*"Es gibt einen Unterschied zwischen der Ostslowakei und dem Westen, denn im Großraum Bratislava sind die Lebenshaltungskosten deutlich höher als beispielsweise im Großraum Wien; in Wien ist es deutlich teurer als in Oberkärnten, und in Südwestfrankreich ist es deutlich teurer als im Elsass. All diese unterschiedlichen Regionen, diese unterschiedlichen Lebenshaltungskosten finden sich nicht wieder."*

*"Es wurde schon angesprochen, großteils betrifft das osteuropäische Staaten. Ich habe mir das anhand der europäischen Standards angesehen. Gerade bei Pflegemitteln oder Versorgungsmitteln, die für Kleinkinder benötigt werden, sind das oftmals die gleichen Produkte wie bei uns in Österreich, die dort auch gleich viel kosten. Warenkorb ist also nicht gleich Warenkorb."*

Unterschiedliche Preisniveaus gäben nicht primär Auskunft über die Lebenshaltungskosten, sondern vor allem über den Lebensstandard in einzelnen Staaten.

Eingewendet wird auch, dass die Beihilfeempfänger bei der Deckung des Kindesunterhalts sich nicht nur des Warenkorbs des Wohnstaats des Kindes bedienen, sondern auch im Beschäftigungsstaat einkaufen.

## **Befassung des Gerichtshofs**

Aus all dem folgt, dass gemäß Art. 267 AEUV der EuGH mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung zu befassen ist.

Dies wurde auch von beiden Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens angeregt.

## **Aussetzung der Entscheidung**

Gemäß § 290 Abs. 2 BAO dürfen nach der Vorlage eines Ersuchens um Vorabentscheidung an den EuGH bis zum Einlangen der Vorabentscheidung nur solche Amtshandlungen vorgenommen werden, die durch die Vorabentscheidung nicht beeinflusst werden können oder die die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten.

Die Entscheidung über die Beschwerde ist daher bereits kraft Gesetzes ausgesetzt und ist eine gesonderte Verfügung gemäß § 271 Abs. 1 BAO nicht erforderlich.

## **Unzulässigkeit von Rechtsmitteln**

Gegen diesen verfahrensleitenden Beschluss ist gemäß § 88a Abs. 3 VfGG eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und gemäß § 25a Abs. 3 VwGG eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

## **Verfahren vor dem EuGH**

In Vorabentscheidungsverfahren trägt der EuGH hinsichtlich der Vertretung der Parteien des Ausgangsrechtsstreits den vor dem vorlegenden Gericht geltenden Verfahrensvorschriften Rechnung. Jede Person, die vor dem Bundesfinanzgericht befugt ist, eine Partei zu vertreten, kann sie daher auch vor dem Gerichtshof vertreten. Da die Bundesabgabenordnung im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht keine Vertretung vorschreibt, können die Parteien des Ausgangsrechtsstreits selbst schriftliche und mündliche Ausführungen machen.

In dem Bestreben, einen bestmöglichen Schutz personenbezogener Daten, insbesondere im Rahmen der Veröffentlichungen, die der Gerichtshof hinsichtlich der bei ihm anhängig gemachten Rechtssachen vornimmt, zu erreichen, behandelt er die Vorlagesachen in der Regel in anonymisierter Form. Dies bedeutet in der Praxis, dass der Gerichtshof, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, Namen und Vornamen der im Vorabentscheidungsersuchen genannten natürlichen Personen sowie gegebenenfalls weitere Angaben, die eine Wiedererkennung ermöglichen könnten, weglässt, falls das vorlegende Gericht dies nicht schon vor dem Versenden seines Ersuchens getan hat. Sämtliche bezeichneten Beteiligten sind aufgefordert, in ihren schriftlichen oder mündlichen Erklärungen die so gewährte Anonymität zu wahren.

Wünscht eine Partei eines Verfahrens vor dem Gerichtshof, dass ihre Identität oder bestimmte sie betreffende Angaben im Rahmen einer beim Gerichtshof anhängigen Rechtssache vertraulich behandelt werden — oder umgekehrt, dass ihre Identität oder diese Angaben im Rahmen dieser Rechtssache nicht vertraulich behandelt werden —, kann sie sich an den Gerichtshof wenden, damit dieser entscheidet, ob eine vollständige oder teilweise Anonymisierung der fraglichen Rechtssache vorzunehmen bzw. die bereits gewährte Anonymität beizubehalten ist. Ein solches Ersuchen muss allerdings, um wirksam zu sein, so rasch wie möglich gestellt werden.

Zu Details des Verfahrens vor dem EuGH siehe die im Amtsblatt der Europäischen Union vom 14. 2. 2020, L 42 I/1, verlautbarten Praktischen Anweisungen für die Parteien in den Rechtssachen vor dem Gerichtshof (abrufbar unter [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020Q0214\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020Q0214(01))).

### **Hinweis zur Vorlage**

Dem EuGH werden vom BFG in Entsprechung von Punkt 21 der Empfehlungen des EuGH an die nationalen Gerichte bezüglich der Vorlage von Vorabentscheidungsersuchen, Amtsblatt der Europäischen Union vom 8. 11. 2019, C 380/1, sowohl die namentliche Fassung des Vorabentscheidungsersuchens, in der die Namen und vollständigen Kontaktdaten der Parteien des Ausgangsrechtsstreits angegeben sind, als auch eine anonymisierte Fassung dieses Ersuchens vorgelegt.

Das Bundesfinanzgericht verfügt derzeit über keinen Zugang zur Informatikanwendung e-Curia. Auf Grund der gegenwärtigen Beeinträchtigungen des Gerichtsbetriebs zufolge der COVID-19-Maßnahmen und damit fehlender Ressourcen in der Gerichtsverwaltung wird von der Eröffnung eines Kontos und der Einreichung im Wege von e-Curia in diesem Verfahren Abstand genommen. Allerdings wird die anonymisierte Fassung dieses Beschlusses unter einem an die Kanzlei des Gerichtshofs unter [ecj.registry@curia.europa.eu](mailto:ecj.registry@curia.europa.eu) übermittelt.

### **Zustellung**

Dieser Beschluss ergeht an:

1. Gerichtshof der Europäischen Union, 2925 Luxemburg, Rue du Fort  
Niedergrünwald, Luxemburg, im Original samt einer unbeglaubigten anonymisierten Ausfertigung dieses Beschlusses und einem Ausdruck des elektronischen Akts  
RV/7101361/2020 (mit internationalem Rückschein)
2. \*\*\*1\*\*\* \*\*\*2\*\*\*, \*\*\*3\*\*\*, Tschechische Republik, als Beschwerdeführerin im  
Original (mit internationalem Rückschein)

3. Finanzamt Hollabrunn Korneuburg Tulln, 2020 Hollabrunn, Babogassse 9, als belangte Behörde zur Sozialversicherungsnummer \*\*\*4\*\*\* im Original (elektronische Zustellung).

Wien, am 16. April 2020