

## Dokumentinformation

### Dürfen die Behörden die Indexierung der Familienleistungen anwenden?

#### Unionsrechtlicher Anwendungsvorrang und Vorlagerecht bzw -pflicht

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	04.06.2018
Publiziert von	Linde
Autor	<b>Franz Marhold</b> <b>Christoph Paul Ludvik</b>
Fundstelle	<b>ASoK 2018, 202</b>
Heft	<b>6 / 2018</b>
Seite	<b>202</b>

## Abstract

Der Gesetzgeber beabsichtigt, Familienleistungen wie die Familienbeihilfe und den Kinderabsetzbetrag an das (niedrigere) Preisniveau der Lebenshaltungskosten des Wohnortstaates des Kinds anzupassen. Diese budgetschonende Maßnahme könnte dem Unionsrecht in einer solchen Weise widersprechen, dass die betreffenden Regelungen unangewendet bleiben müssen. Sind die Verstöße offenkundig unionsrechtswidrig, erscheint nicht einmal eine Vorlage an den EuGH geboten.

## Text

### 1. Kaufkraftanpassung von Familienleistungen

#### 1.1. Allgemeines

Die Bundesregierung hat dem Parlament ein Gesetz vorgelegt, durch welches Familienleistungen wie die Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag ab 1. 1. 2019 an das (niedrigere) Kaufkraftniveau des Wohnortstaates des Kindes angepasst werden. (FN <sup>1</sup>) Die rund 132.000 Kinder betreffende Maßnahme soll zu kolportierten Einsparungen in Höhe von 114 Mio Euro führen. (FN <sup>2</sup>)

Die österreichische Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbetrag fallen als Leistungen der sozialen Sicherheit nach Art 3 Abs 1 lit j iVm Art 1 lit z in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr 883/2004. (FN <sup>3</sup>) Danach sind "alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach dem Anhang I" Familienleistungen. Die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten wird innerhalb des EWR (inklusive der Schweiz) nach Art 67 der Verordnung

(EG) Nr 883/2004 koordiniert, wonach 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."* Diese Bestimmung enthält eine Wohnsitzfiktion mit der Vorgabe, dass eine Person einen Anspruch auf Familienleistungen für Familienangehörige mit anderem Wohnstaat erheben kann, *"als würden sie in dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen."* (FN <sup>4</sup>) Dieses Ergebnis bestärkt auch ein auszugsweiser Vergleich der verschiedenen Sprachfassungen. (FN <sup>5</sup>) Schon der Wortlaut dieser Kollisionsregel verbietet es nach nahezu (FN <sup>6</sup>) einhelliger Ansicht, (FN <sup>7</sup>) eine Differenzierung nach dem Wohnsitz der Familienangehörigen vorzunehmen. Wie steht der EuGH dazu?

Ende Seite 202

Anfang Seite 203»

## 1.2. Freizügigkeit und Diskriminierung

Zur Vorgängerregelung des Art 67 der Verordnung (EG) Nr 883/2004, (FN <sup>8</sup>) dem Art 73 Abs 2 der Verordnung (EWG) Nr 1408/71, (FN <sup>9</sup>) hielt der EuGH fest, dass dies eine gegen das Primärrecht verstoßende Ausnahmeklausel (FN <sup>10</sup>) zugunsten Frankreichs sei. Nach dieser hatte ein Arbeitnehmer unter französischem Statut für seine im Ausland ansässigen Familienangehörigen einen Anspruch auf Familienbeihilfen *"nach den Rechtsvorschriften des Staates, in dessen Gebiet diese Familienangehörigen wohnen"*, wobei der Arbeitnehmer aber die Beschäftigungsbedingungen erfüllen musste, an die der Leistungsanspruch nach französischem Recht gebunden war. Diese Regelung räumte Frankreich das Recht ein, die Familienleistungen des Wohnorts des Familienangehörigen zu leisten. Da die Ausnahmebestimmungen zusätzliche Unterscheidungen in das Koordinierungssystem einführte, die sich binnenmarkthinderlich auswirkten und im besonderen Wanderarbeitnehmer diskriminierten, befand der EuGH diesen Verordnungspassus als gegen das Primärrecht verstoßend und somit unanwendbar. (FN <sup>11</sup>)

Dieses Urteil wird häufig in Verbindung mit der geplanten Indexierung der Familienleistungen gebracht. Das Comission Staff Working Document Impact Assessment zur teilweisen Revision der Verordnung (EG) Nr 883/2004 aus 2016 (FN <sup>12</sup>) hebt zur Anpassung der Familienleistungen richtigerweise hervor, dass die Rechtssache *Pinna* nicht die *"Anpassung einer Leistung, sondern deren Ersatz"* (FN <sup>13</sup>) durch die Leistungen eines anderen Mitgliedstaates betrifft. Die geplante Indexierung und die Ausnahmebestimmung in Art 73 Abs 2 der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 unterscheiden sich darin, dass im Indexierungsfall stets die österreichische Leistungsart zur Anwendung gelangt und nur die Leistungshöhe in Abhängigkeit des Wohnortstaates der Familienangehörigen divergiert. Im Fall *Pinna* waren die Leistung selbst und damit auch die Höhe nach dem Recht des anderen Wohnortmitgliedstaates zu bestimmen. Auch dies sollte zu einer budgetären Entlastung führen.

Beide Fälle sind insofern gleich gelagert, als letztlich eine mittelbare Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern durch das Abstellen auf den Wohnort eintritt. (FN <sup>14</sup>) Das Ergebnis wird einmal über das Unionsrecht (*Pinna*) und das andere Mal über das nationale Recht (Indexierungsvorhaben in Österreich) erzielt. Aus der Fußnote 378 des zitierten Comission Staff Working Document Impact Assessment kann allerdings nicht *"indirekt"* mit *Mazal* geschlossen werden, dass die Ansicht der Europäischen Kommission *"einer*

«Ende Seite 203

Anfang Seite 204»

*Indexierung nicht grundsätzlich entgegensteht"*. (FN <sup>15</sup>) Schließlich bringt diese explizit zum Ausdruck, dass diese Regelung eine indirekte Diskriminierung aufgrund der Nationalität darstelle und die Freizügigkeit unzulässig beschnitten wäre, (FN <sup>16</sup>) wenn ein Wanderarbeitnehmer nur wegen des Wohnsitzes des Partners und Kindes weniger erhalte als eine im Arbeitsortstaat ansässige Familie. (FN <sup>17</sup>)

Die Anpassung nur bei Familienangehörigen mit ausländischem Wohnsitz führt zu einer Ungleichbehandlung, die im Lichte der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach **Art 45 AEUV** unzulässig ist. Der Rechtssache *Pinna* ist zu entnehmen, dass sich Arbeitnehmer mit Kindern im Ausland und Arbeitnehmer mit Kindern im Inland in einer vergleichbaren Lage befinden. Anderenfalls hätte keine vergleichende Diskriminierungsprüfung stattfinden können. (FN <sup>18</sup>) Das Anknüpfen an den Wohnort des Kindes stellt dann eine mittelbare Diskriminierung dar, die überwiegend Staatsangehörige und Wanderarbeitnehmer anderer Mitgliedstaaten betrifft. (FN <sup>19</sup>) Dieses Ergebnis stützt die historische Genese der Koordinierungsregeln zu den Familienleistungen. (FN <sup>20</sup>) Eine Diskriminierung durch die Wohnsitzanknüpfung könnte zwar "*aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses*" gerechtfertigt werden, indem man etwa die Gewährleistung des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten ins Treffen führte. (FN <sup>21</sup>) Diesem Argument ist in aller Regel aber kein Erfolg beschieden, da es sich um wirtschaftliche Ersparnisse handelte, die nicht zur Erhaltung des österreichischen Sozialversicherungssystems erforderlich sind. (FN <sup>22</sup>)

Familienleistungen sind derart zu bezahlen, "*als ob*" das Kind in Österreich lebte. Die Argumentation der Erläuterungen zur Regierungsvorlage, wonach diese europarechtliche Vorgabe eine adäquate Alimentationshilfe bezwecken wolle, (FN <sup>23</sup>) wäre gegebenenfalls dann nachvollziehbar, wenn auch in Österreich eine Kaufkraftjustierung existierte. Die österreichische Familienbeihilfe und der Kinderabsetzbeitrag sind allerdings Pauschalleistungen, die wohnortbezogene Umstände unberücksichtigt lassen. Unabhängig davon, wo die Leistungsbezieher innerhalb Österreichs wohnen, wird (derzeit) ein einheitlicher Betrag ausbezahlt, was wiederum eine bedarfsabhängige Entlastung der Familien gerade nicht nahelegt. (FN <sup>24</sup>)

### 1.3. Weitere Argumente

Auf unionsrechtlicher Ebene sprechen die Aufhebung von Wohnortklauseln in Art 7 der Verordnung (EG) Nr 883/2004, das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsan-

«Ende Seite 204

Anfang Seite 205»

gehörigkeit in Art 4 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 sowie in **Art 18 AEUV** und das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Zusammenhang mit sozialen Vergünstigungen in Art 7 Abs 2 der Verordnung (EU) Nr 492/2011 (FN <sup>25</sup>) gegen die Zulässigkeit des Vorhabens der österreichischen Regierung. Trotz der Verweisungsregel des Art 11 Verordnung (EG) Nr 883/2004, nach der nur ein Mitgliedstaat zuständig ist, entbindet Art 68 Abs 2 *leg cit* den nachrangigen Mitgliedstaat bei zusammentreffenden Leistungspflichten nicht davon, allenfalls eine Differenz zum höheren Leistungsniveau aufzuzahlen. (FN <sup>26</sup>) Das Koordinierungssystem sieht damit kein *race to the bottom* der Familienleistungen vor.

Auf eine parlamentarische Anfrage an die Europäische Kommission rund um die Indexierung des deutschen Kindergeldes antwortete die Sozialkommissarin *Marianne Thyssen* am 26. 7. 2017, dass "*nationale Maßnahmen zur Indexierung der Familienleistungen, die für in einem anderen Mitgliedstaat wohnhafte Kinder zu zahlen sind, ... nach Dafürhalten der Kommission nicht mit den geltenden Bestimmungen vereinbar [sind], wie sie der Gerichtshof der Europäischen Union ausgelegt hat.*" (FN <sup>27</sup>) Aus der in der Anfragebeantwortung gebrauchten Formulierung "*im Rahmen einer Erwerbstätigkeit eingezahlten Beiträge*" sollte - anders als im nationalen Kontext - nicht auf die stark synallagmatisch ausgeprägte Natur von (Sozialversicherungs-)Beitragsleistungen abgestellt werden, die gegenüber Abgaben oder Steuern besteht, (FN <sup>28</sup>) zumal in der zugrunde liegenden Anfrage an die Europäische Kommission sowohl von "*Sozialabgaben und Steuern*" die Rede ist. (FN <sup>29</sup>) Es liegt nahe, dass mit "*Beiträgen*" beides gemeint ist und die nationale Mittelaufbringung (der Familienleistung) im unionsrechtlichen Kontext nicht allzu stark ins Kalkül gezogen werden darf. Auf eine ähnliche Anfrage zur geplanten österreichischen Indexierung vom 13. 1. 2018 verweist die Europäische Kommission an die zuvor genannte Anfragebeantwortung vom 26. 7. 2017, wonach "*mobile Arbeitnehmer Anspruch auf das gleiche Kindergeld wie lokale Arbeitnehmer [haben], und zwar unabhängig davon, wo die betroffenen Kinder wohnen.*" Zudem erinnert

Sozialkommissarin *Marianne Thyssen* in Bezug auf die geplanten Änderungen in Österreich daran, dass *"gemäß dem Vertrag kein Arbeitnehmer (direkt oder indirekt) aufgrund seiner Staatsangehörigkeit diskriminiert werden darf."* (FN <sup>30</sup>)

Diese Ansicht spiegelt sich auch in den politischen Bestrebungen zur Änderung dieses Konzepts wider. Waren im Beschluss des Rates vom 18./19. 2 2016 (FN <sup>31</sup>) noch Bestrebungen in Richtung einer Anpassung der Familienleistungen in Abhängigkeit des Wohnorts geplant, (FN <sup>32</sup>) wurde dieses politische Zugeständnis an Großbritannien mit der Brexit-Ab-

«Ende Seite 205

Anfang Seite 206»

stimmung gegenstandslos. (FN <sup>33</sup>) Der komparative Kaufkraftwert der exportierten Familienleistung wurde zwar auch nach dieser Entscheidung weiterhin als unfair wahrgenommen, sodass abermals Änderungen der Verordnung (EG) Nr 883/2004 diskutiert wurden. Bestrebungen zur Änderung der Familienleistungskoordination waren allerdings auch dann nicht erfolgreich. (FN <sup>34</sup>)

Abgesehen von den unzulässigen Indexierungsbestrebungen besteht die Möglichkeit, Familienleistungen von einem Aufenthaltsrecht nach der Richtlinie 2004/38/EG (FN <sup>35</sup>) abhängig zu machen. (FN <sup>36</sup>) Das führte allerdings nur dazu, dass inaktive Unionsbürger - anders als Wanderarbeitnehmer - von den angesprochenen österreichischen Familienleistungen ausgeschlossen werden können.

## 2. Anwendungsvorrang

### 2.1. Allgemeines

Aus dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit nach **Art 4 Abs 3 EUV** sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, gegen Unionsrecht widersprechenden nationalen Rechtsbestand zu beseitigen und nicht anzuwenden. (FN <sup>37</sup>) Der Anwendungsvorrang ist kein Geltungsvorrang, der mitgliedstaatlichen Regelungen die Gültigkeit absprechen kann, sondern verlangt, dass mit Unionsrecht kollidierendes Recht der Mitgliedstaaten unanwendbar bleibt. (FN <sup>38</sup>) Folglich ist es den Mitgliedstaaten zwar möglich, neues gegen Unionsrecht widersprechendes Recht zu schaffen; dieses findet allerdings keine Anwendung. (FN <sup>39</sup>) Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts setzt sich auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht durch. (FN <sup>40</sup>) An diesen Grundsatz sind alle mitgliedstaatlichen Institutionen, einschließlich die Verwaltung, gebunden (FN <sup>41</sup>) - und dies unabhängig von einem Vorlageverfahren. (FN <sup>42</sup>)

Während die Kompetenz zur Kollisionsfeststellung von nationalem Recht und Unionsrecht auch und vor allem dem EuGH zusteht, obliegt die Kollisionsentscheidung allein den nationalen Akteuren (Gerichte und Verwaltungsbehörden). (FN <sup>43</sup>) Obwohl beides eng verbunden ist, beschreibt Ersteres die Zuständigkeit, eine Kollision zwischen Unionsrecht und nationalem Recht festzustellen, und Zweiteres die Kompetenz, aus dieser

«Ende Seite 206

Anfang Seite 207»

Feststellung Konsequenzen (etwa Nichtanwendung oder unionsrechtskonforme Auslegung) zu ziehen.

### 2.2. Unmittelbare Wirkung

Voraussetzung der unmittelbaren Wirkung einer unionsrechtlichen Vorgabe ist das Bestehen einer eindeutigen, klaren und uneingeschränkten Verpflichtung eines Mitgliedstaates, die ohne Vorbehalt ausgestaltet ist. (FN <sup>44</sup>) Bei der Verordnungsbestimmung des Art 67 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 handelt es sich um unmittelbar anzuwendendes Sekundärrecht (**Art 288 Abs 2 AEUV**). Sollte der von der Regierung ins Spiel gebrachte Gesetzesentwurf Wirklichkeit werden, ist zu prüfen, ob die diskriminierenden Vorschriften infolge des Anwendungsvorrangs

keine Anwendung finden (dürfen). (FN <sup>45</sup>) Nach oben referierter Ansicht besteht nahezu einhelliger Konsens innerhalb der Lehre, dass die Indexierung der Familienleistungen eine nicht gerechtfertigte mittelbare Diskriminierung darstellt. Die Rechtsfolge der Unanwendbarkeit der nationalen Bestimmung reicht so weit, als die Kollision besteht. Demnach können entweder die gesamte Regelung oder nur ein zu isolierender unionswidriger Bestandteil als unanwendbar erklärt werden.

### **2.3. Handlungsspielraum der Behörden**

Nach der *Larsy*-Rechtsprechung (FN <sup>46</sup>) sind alle (zuständigen) Verwaltungsbehörden, nicht nur die Verwaltungsspitze gehalten, den Anwendungsvorrang zu beachten. (FN <sup>47</sup>) Entgegenstehende verwaltungsinterne Weisungen sind nicht zu befolgen, wenn sie auf diese Weise die Effektivität des Unionsrechts behindern. (FN <sup>48</sup>)

Die die Familienleistungen zusprechenden Finanzämter sind daher verpflichtet, die österreichischen nationalstaatlichen Regelungen derart auszulegen, dass sie um die unionsrechtswidrige Indexierung reduziert angewendet werden. (FN <sup>49</sup>) In Bezug auf die geplanten Änderungen hieße das eine Nichtbeachtung des neu eingefügten § 8a FLAG sowie des § 33 Abs 3 EStG, die eine Indexierung nach dem Preisniveau des Wohnortstaates des Kindes vorsehen. In Bezug auf die Familienleistungen werden grenzüberschreitende Wohnkonstellationen wie Inlandssachverhalte zu behandeln sein, womit der diskriminierende und dem Art 67 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 widersprechende Indexierungsteil entfällt. (FN <sup>50</sup>) Eine konforme Auslegung erscheint ob des verbleibenden Restgehalts der Familienleistungsregelung nicht nur möglich, sondern geboten.

Für die Verwaltungsbehörden, die (indirekt) Unionsrechtsakte anzuwenden haben, ist problematisch, dass sie ihre rechtlichen Bedenken nicht an den EuGH vortragen können. Zu einer Vorlage sind diese im Rahmen des Art 267 AEUV nicht berechtigt. Daraus folgt letztlich, dass die Verwaltungsbehörden eine bindende Kollision meist erst dann annehmen, wenn eine einschlägige Entscheidung des EuGH oder der nationalen Letztinstanz vorliegt. Dann verlieren sie das Recht zur eigenständigen Kollisionsfeststellung. In der Kollisionsentscheidung ist, solange kein letztinstanzliches Gericht oder der EuGH entschieden haben, die einzelne Verwaltungsbehörde grundsätzlich frei. Bezüglich der Kollisionsfeststellung, nicht aber der Kollisionsentscheidung wird vertreten, dass diese

«Ende Seite 207

Anfang Seite 208»

bei der Verwaltungsspitze gebündelt und verwaltungsintern durch Weisung koordiniert werden kann, sodass die Behörde zur Herstellung eines rechtssicheren Zustands letztlich an die Auffassung der Verwaltungsspitze gebunden werden kann. (FN <sup>51</sup>) Dies konterkariert die Ziele der Rechtsrichtigkeit und der Effektivität des Unionsrechts.

Zu bedenken gilt es, dass ein hinreichend qualifizierter Verstoß einen Staatshaftungsanspruch zugunsten des Familienleistungsbeziehers eröffnet. (FN <sup>52</sup>) Ein solcher offenkundiger Verstoß gegen das Unionsrecht ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn eine identische Entscheidung oder gesicherte einschlägige Rechtsprechung des EuGH vorliegen. (FN <sup>53</sup>) Diese Frage ist für die Staatshaftung relevant und spielt auch in weiterer Folge für die Frage der Auslegungspflicht eine Rolle. Die Kompetenz zur Kollisionsentscheidung und -feststellung bleibt davon allerdings unberührt.

### **2.4. Gerichtsbarkeit**

#### **2.4.1. Vorbemerkung**

Auch die Gerichtsbarkeit ist an den Anwendungsvorrang des Unionsrechts gebunden. Verwaltungshandeln zeichnet sich gegenüber der Gerichtsbarkeit durch eine geringere Bestandskraft aus. Dies berücksichtigt das Unionsrecht, indem es an die Gerichtsbarkeit strengere Anforderungen stellt und gemäß Art 267 AEUV ein Vorlagerecht für den Zweig der Gerichtsbarkeit vorsieht, das in einer Vorlagepflicht für letztinstanzliche Gerichte mündet.

### 2.4.2. Präjudizienwirkung

Im Rahmen der *CILFIT*-Rechtsprechung (FN <sup>54</sup>) wurden Ausnahmen von der Vorlagepflicht an den EuGH entwickelt. Präjudizienwirkung besteht, wenn die entscheidungsrelevante Frage bereits Gegenstand eines Urteils war. Zudem besteht sie im Falle gesicherter Rechtsprechung, *"durch die die betreffende Rechtsfrage gelöst ist, gleich in welcher Art von Verfahren sich diese Rechtsprechung gebildet hat, und selbst dann, wenn die strittigen Fragen nicht vollkommen identisch sind."* (FN <sup>55</sup>) Diese Vorgabe wurde durch den EuGH selbst nicht näher konkretisiert, weshalb den mitgliedstaatlichen Gerichten nach wie vor ein entscheidender Interpretationsspielraum verbleibt. (FN <sup>56</sup>) Der EuGH gibt durch seine Rechtsprechung nur Leitplanken vor, innerhalb der sich die nationalen Gerichte auf einen *acte éclairé* berufen können.

In Bezug auf die Indexierung der Familienleistungen hat ein österreichisches Gericht zu entscheiden, inwiefern Urteile des EuGH Präjudizienwirkung entfalten. Der Sachverhalt in der Rechtssache *Pinna* und bei den geplanten Indexierungsfällen (Familienangehörige mit ausländischem Wohnort) ist vergleichbar. Die Vorschriften des Art 67 Abs 1 Satz 1 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 und des Art 73 Abs 1 der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 stimmen wörtlich stark überein. Die geplante Änderung der Familienleistungen und die Frage in der Rechtssache *Pinna* behandeln Fragen, die im Zusammenhang mit dem Wohnsitz der Familienangehörigen stehen, aber sie beschäftigten sich nicht mit inhaltsgleichen Bestimmungen. Während der Fall *Pinna* die Ausnahmebestimmung der Anwendung eines fremden Leistungsregimes betrifft, soll bei der Indexierung stets nur österreichisches Leistungsrecht einschlägig sein. Im Gegensatz zur Rechtssache *Pinna*

«Ende Seite 208

Anfang Seite 209»

wird ein einheitliches Regelungsregime angewendet und nur bei der Leistungsbemessung auf den Wohnort in einem anderen Mitgliedstaat abgestellt. Die unterschiedlichen Auszahlungsbeträge ergeben sich in beiden Fällen in Abhängigkeit vom Wohnsitz des Kindes. Daraus folgt eine vergleichbare freizügigkeitsbeschränkende Situation durch die Wohnortanknüpfung.

Beide Regelungen führen zur mittelbaren Diskriminierung von Wanderarbeitnehmern, wobei *in concreto* nicht dieselbe Auslegungsfrage betroffen ist. Zudem erweisen sich solche Fälle in Bezug auf die Präjudizienwirkung als problematisch, in denen Grundfreiheiten verletzt werden. Diese können regelmäßig nur einzelfallspezifisch und in der Zusammenschau mit der Rechtfertigungsprüfung beurteilt werden. (FN <sup>57</sup>) Das lässt eine Übertragung der Bindungswirkung im konkreten Fall nicht zwingend erscheinen.

Diese Erkenntnis spiegelt sich auch in der Praxis wider. Ein Blick nach Deutschland zeigt: Soweit kein einschlägiges Urteil zur deutschen Rechtslage vorlag, haben die deutschen Finanzgerichte und der deutsche BFH eine Kollision mehrheitlich abgelehnt (Finanzgerichte: zu zwei Dritteln; BFH: zu drei Vierteln). (FN <sup>58</sup>) Das veränderte sich bei Vorliegen eines Urteils, sodass die deutschen Finanzgerichte zu zwei Dritteln und der deutsche BFH zur Hälfte eine Kollision von nationalem und Unionsrecht erkannten. (FN <sup>59</sup>)

### 2.4.3. Acte clair

Eine weitere Ausnahme von der Vorlagepflicht besteht beim *acte clair*. Dies stellt den Fall dar, bei dem die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass *"keinerlei Raum für vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt."* (FN <sup>60</sup>) Dabei muss das nationale Gericht davon ausgehen, dass für die Gerichte der anderen Mitgliedstaaten und den EuGH in dieser Frage die gleiche Gewissheit vorherrscht. Dieser Anspruch dient der Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung. Daher kann auch die Berücksichtigung der (abweichenden) Auslegung einer Norm durch Gerichte oder Behörden anderer Mitgliedstaaten bei der Beurteilung geboten erscheinen. (FN <sup>61</sup>) Die sehr hohen theoretischen Anforderungen durch den EuGH (wie etwa der Vergleich aller Sprachfassungen) (FN <sup>62</sup>) bei der Diagnose eines

*acte clair* werden vielfach als unrealistisch und praxisfern kritisiert. (FN <sup>63</sup>) Ziel dieser hohen Anforderungen ist es, dass es sich bei der Beurteilung der Offenkundigkeit nicht um eine subjektive Einschätzung, sondern eine Betrachtung nach den Gesichtspunkten der europäischen Methodenlehre handeln soll. (FN <sup>64</sup>) Den mitgliedstaatlichen Gerichten verbleibt bei dieser Aufgabe ein Beurteilungsspielraum, den diese in unterschiedlicher Weise ausschöpfen.

In Bezug auf die Lehre vom *acte clair* dürfte man in Anbetracht der Vielzahl an gleichlautenden Stimmen in der Lehre zum Ergebnis kommen, dass die Unionsrechtswidrigkeit der Indexierung der Familienleistungen offenkundig auf der Hand liegt. Bereits zu Art 73 der Verordnung (EWG) 1408/71 vertrat der EuGH in ständiger Rechtsprechung,

«Ende Seite 209

Anfang Seite 210

dass "die Gewährung oder die Höhe von Familienleistungen" nicht davon abhängig gemacht werden können, dass die Familienangehörigen im leistungszuständigen Mitgliedstaat wohnen. (FN <sup>65</sup>) Vorrangiges Ziel des Freizügigkeitsrechts der Arbeitnehmer ist eine Gleichbehandlung im Beschäftigungsstaat, die mit einem Leistungsexport einhergeht und nicht auf die Leistungsdifferenzierung nach dem Wohnsitz abstellt. (FN <sup>66</sup>) Zum einen wird mit der geplanten Indexierung die Wohnsitzfiktion unterlaufen, wodurch es in weiterer Folge zu einer indirekten Diskriminierung der Wanderarbeitnehmer mit Familien in anderen Mitgliedstaaten kommt. Das Vorliegen eines *acte clair* hängt aber auch stark an den (prognostizierten) Auswirkungen der Rechtfertigungsprüfung der mittelbaren Diskriminierung im Rahmen von Art 45 AEUV. Obwohl nicht auszuschließen ist, dass der EuGH eine Rechtfertigung für die Indexierungen erkennen könnte, (FN <sup>67</sup>) sprechen die herrschende (internationale) Lehre und die Judikaturlinie des EuGH stark dagegen. (FN <sup>68</sup>) Nach *Eichenhofer* ergibt sich aus der Rechtssache *Pinna* "klar und eindeutig, dass bei der Gewährung von Familienleistungen das EU-Recht nicht nur eine Differenzierung nach Staatsangehörigkeit, sondern auch eine Differenzierung nach dem Kindeswohnsitz untersagt." (FN <sup>69</sup>) Dieses Auslegungsergebnis kann ohne Schwierigkeiten dem Unionsrecht entnommen werden. (FN <sup>70</sup>)

Die Gerichte können sich vor diesem Hintergrund auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts berufen, zumal die oben angesprochene unionsrechtskonforme Auslegung auf einer gesicherten Rechtslage fußt. Wollen die Gerichte auf Nummer sicher gehen, steht es ihnen aber frei, die Indexierungsbestimmungen dem EuGH im Rahmen des Art 267 AEUV zur Vorabentscheidung vorzulegen.

### 3. Ergebnis

Die Wohnortanknüpfung in Bezug auf die Familienangehörigen und die daran geknüpfte Anpassung der Leistungshöhe widersprechen dem Unionsrecht. Einerseits wird die Wohnsitzfiktion umgangen und der Verordnungszweck durch das Einziehen einer weiteren Unterscheidung ausgehebelt. Eine Rechtfertigung der Diskriminierung der Wanderarbeitnehmer aus Gründen des Allgemeininteresses durch den EuGH wäre höchst verwunderlich. Daraus folgt, dass österreichischen Verwaltungsbehörden die Indexierung in unionsrechtskonformer Auslegung in Beachtung des Anwendungsvorrangs nicht anwenden dürften. Spätestens ein Instanzgericht müsste den unionsrechtskonformen Zustand herstellen, indem es den Anwendungsvorrang beachtet oder die betreffende Regelung dem EuGH zur Entscheidung vorlegt.

### Notiz

#### Auf den Punkt gebracht

Die österreichischen Verwaltungsbehörden sind gehalten, unionsrechtswidrige (Teile von) Bestimmungen des österreichischen Rechts unangewendet zu lassen. Dazu sind auch die Gerichte verpflichtet. Das letztinstanzliche Gericht muss in Bezug auf die Indexierung seiner Vorlagepflicht nachkommen, sofern es nicht im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des

EuGH einen *acte éclairé* oder einen *acte clair* erkennt.

Zitiervorschlag

## Zum Autor

O. Univ.-Prof. Dr. Franz **Marhold** ist Vorstand des Departments für Unternehmensrecht, Arbeits- und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien. Mag. Christoph Paul **Ludvik**, BSc. (WU) ist Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

## Fußnote(n)

- 1) RV 111 BlgNR 26. GP.
- 2) Vorblatt und WFA 111 BlgNR 26. GP, 1.
- 3) Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 166 vom 30. 4. 2004, S 1; vgl *Kühbacher*, Die geplante Indexierung der Familienbeihilfe aus unionsrechtlicher Sicht, *ASoK 2018*, 82 (83).
- 4) EuGH 22. 10. 2015, Rs C-378/14, *Trapkowski*, Rn 35.
- 5) Englische Fassung: "*as if they were residing in the former Member State*"; französische Fassung: "*comme si ceux-ci résidaient dans le premier État membre*"; kroatische Fassung: "*kao da borave u prvoj državi članici*"; spanische Fassung: "*como si residieran en el Estado miembro competente*".
- 6) Abweichend ErlRV 111 BlgNR 26. GP, 1 ff, mit Bezug auf das Rechtsgutachten für das BMF, erstellt von *Wolfgang Mazal*.
- 7) SWD (2016) 460 endgültig, S 134, online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0460&rid=4>; *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union<sup>6</sup> (2015)Rz 283; **Marhold** in *M. Fuchs*, Europäisches Sozialrecht<sup>7</sup> (2018) Vor Art 67 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 Rz 3; *Pennings*, European Social Security Law<sup>6</sup> (2015) 225; *Brosius-Gersdorf* in *Schlachter/Heinig*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (2016) § 31 Rz 79; *Hohnerlein*, Kindergeld zwischen europäischem und deutschem Recht, *ZESAR 2018*, 157 (159 ff); *Devetzi*, Familienleistungen im Kontext der Freizügigkeit: Rechtsprechung und aktuelle Entwicklungen, *NZS 2017*, 881 (885); *Kühbacher*, *ASoK 2018*, 90; *Thüsing/Hütter*, Kindergeld und Europarecht: Welcher Handlungsspielraum besteht? *NZS 2016*, 411 (413); *Laudacher*, Unionsrechtswidrige Indexierung der Familienleistungen, *SWK 10/2018*, 480 (483 ff).
- 8) EuGH 15. 1. 1986, Rs 41/84, *Pinna*, Rn 24.
- 9) Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates vom 14. 6. 1971 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl L 149 vom 5. 7. 1971, S 2.
- 10) Diese Klausel wurde trotz der Änderung des Systems im Vergleich zu Art 40 der Verordnung (EWG) Nr 3/58 des Rates vom 25. 9. 1958 über die Soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer, ABl P 30 vom 16. 12. 1958, S 561, der eine Deckelung mit der Leistungshöhe des Wohnortstaates vorsah, eingeführt.
- 11) EuGH 15. 1. 1986, Rs 41/84, *Pinna*, Rn 21 (zusätzliche Zersplitterung) und 24 (Ungleichbehandlung).
- 12) SWD (2016) 460 endgültig, S 135 FN 378.
- 13) Nach dem Beschäftigungsland richtete sich die Begründung der Ansprüche, während das Aufenthaltsland die Art und Höhe der Leistungen regelte; vgl EuGH 15. 1. 1986, Rs 41/84, *Pinna*, Rn 10 ff; SWD (2016) 460 endgültig, S 125.
- 14) EuGH 15. 1. 1986, 41/84, *Pinna*, Rn 23: "... auch alle verschleierte Formen der Diskriminierung verbietet, die mit Hilfe der Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu demselben Ergebnis führen."
- 15) ErlRV 111 BlgNR 26. GP, 3.
- 16) Siehe die Analyse in SWD (2016) 460 endgültig, S 146 f, wonach die Freizügigkeitsausübung eingeschränkt, aber gleichzeitig der Familiennachzug in das Land mit höheren Leistungen verstärkt werden könnte.
- 17) SWD (2016) 460 endgültig, S 135 FN 378: "... was unlawful because it gave rise to an indirect discrimination on grounds of nationality and that the right to freedom of movement was at stake if the migrant worker received less than the national workers just because his or her spouse and children remained in the Member State of origin. While there are grounds to distinguish Option 1a from *Pinna* as it proposes adjustment not substitution of benefits and sets objective criteria for ensuring benefits are linked to protective needs



*irrespective of the place of residence, the CJEU's findings must be given due weight."*

18) *Kühbacher*, ASoK 2018, 86 ff.

19) SWD (2016) 460 endgültig, S 140 und 145 (zu den Änderungsszenarien der Verordnung [EG] Nr 883/2004).

20) Siehe **Marhold** in *M. Fuchs*, *Europäisches Sozialrecht*<sup>7</sup>, Vor Art 67 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 Rz 3 und 5; vgl auch EuGH 15. 1. 1986, Rs 41/84, *Pinna*, Rn 17 ff.

21) Mit abweisendem Ausblick für Deutschland *Thüsing/Hütter*, NZS 2016, 413.

22) So etwa auch *Devetzi*, NZS 2017, 886, die darauf hinweist, dass lediglich 1 % der Kinder EU-weit in anderen Staaten ihren Wohnsitz unterhalten; ebenso *Thüsing/Hütter*, NZS 2016, 413; Schlussanträge des Generalanwalts *Mancini* vom 21. 5. 1985, Rs 41/84, *Pinna*, Punkt 7.

23) ErlRV 111 BlgNR 26. GP, 3.

24) Das Argument, Österreich sei als einheitlicher Wirtschaftsraum zu verstehen, verkennt die unterschiedlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten innerhalb Österreichs oder anderer größerer Mitgliedstaaten.

25) Verordnung (EU) Nr 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. 4. 2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl L 141 vom 27. 5. 2011, S 1.

26) Wenn der vorrangige Wohnsitzstaat des Kindes (zB Bulgarien) niedrigere Leistungen als der Beschäftigungsstaat eines Elternteils (zB Österreich) vorsieht, steht ein Differenzausgleich der Familienleistung nach oben hin zu. Nach *Kühbacher* (ASoK 2018, 89 f) unterstreicht diese Ausnahme des Antikumulierungsprinzips das Bestreben, das höhere Familienleistungsniveau zu erhalten.

27) Antwort von *Marianne Thyssen* im Namen der Kommission vom 26. 7. 2017 zur parlamentarischen Anfrage E-001852/2017, online abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2017-001852&language=DE>.

28) So ErlRV 111 BlgNR 26. GP, 3.

29) Anfrage zur schriftlichen Beantwortung an die Kommission E-001852/2017 vom 20. 3. 2017 durch *Pascal Arimont*, online abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2017-001852+0+DOC+XML+V0//DE>.

30) Antwort von *Marianne Thyssen* im Namen der Kommission vom 20. 3. 2018 zur parlamentarischen Anfrage Antwort E-000191/2018, online abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2018-000191&language=DE>.

31) EUCO 1/16 vom 19. 2. 2016, S 22, online abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/media/21770/st00001de16.pdf>, mit der Erklärung der Europäischen Kommission zur Indexierung von Leistungen für Kinder, die in einen anderen Mitgliedstaat als den Mitgliedstaat ausgeführt werden, in dem der Arbeitnehmer wohnt (Anlage V, S 33). Dieser Beschluss unterlag der aufschiebenden Bedingung, dass Großbritannien den Verbleib in der EU erklärte.

32) KOM (2016) 815 endgültig, online abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52016PC0815>. Trotz der nunmehr eingetretenen Unerheblichkeit beruft sich die Bundesregierung darauf; siehe ErlRV 111 BlgNR 26. GP, 3.

33) *Devetzi* (NZS 2017, 886) stellt in Frage, ob eine dahin gehende Änderung in der Verordnung (EG) Nr 883/2004 wie schon bei der Rechtssache *Pinna* überhaupt wirksam primärrechtskonform vereinbart werden könnte. Es wären wohl Änderungen im Primärrecht, allen voran Art 45 und 48 AEUV, notwendig.

34) SWD (2016) 461 endgültig, S 2 und 5, online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0460&rid=4>. 17 von 28 Mitgliedstaaten sprachen sich für die Beibehaltung des Status quo aus.

35) Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl L 158 vom 30. 4. 2004, S 77.

36) Etwa in Bezug auf inaktive Unionsbürger; vgl *Devetzi*, NZS 2017, 885; *M. Fuchs* (Die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zum Sozialrecht im Jahr 2016, NZS 2017, 81 [84]) sieht in der Verzahnung der aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen mit dem Koordinierungsrecht - vorsichtig - ein neues Prinzip als verankert.

37) *Stöger/Haider* in *Mayer/Stöger*, EUV/AEUV, Art 4 EUV Rz 19; *Brenn*, Gerichtlicher Schutz der Grundrechte und amtswegige Prüfung unionsrechtlicher Fragestellungen, in *Brenn*, EU-Recht in der Praxis (2017) 65 (70).

- 38) *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV<sup>2</sup> (2016) Art 1 AEUV Rz 18 ff. Dies bezieht sich sowohl auf Primär- wie Sekundärrecht; vgl **VwGH 28. 2. 2008, 2007/16/0182**.
- 39) EuGH 9. 3. 1978, Rs 106/77, *Simmenthal*, Rn 17 f.
- 40) Vgl bereits EuGH 15. 7. 1964, Rs 6/64, *Costa*.
- 41) EuGH 29. 4. 1999, Rs C-224/97, *Ciola*, Rn 30.
- 42) EuGH 19. 1. 2010, Rs C-555/07, *Küçükdeveci*, Rn 54.
- 43) *Kruis*, *Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis* (2013) 123.
- 44) EuGH 5. 2. 1963, Rs 26/62, *Van Gend & Loos*.
- 45) Vgl Stellungnahme der Volksanwaltschaft vom 15. 1. 2018, 15/SN-1/ME 26. GP, 5, online abrufbar unter [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/SNME/SNME\\_00037/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/SNME/SNME_00037/index.shtml).
- 46) EuGH 28. 6. 2001, Rs C-118/00, *Larsy*, Rn 52.
- 47) Vgl auch EuGH 12. 1. 2010, Rs C-341/08, *Petersen*, Rn 80; 14. 10. 2010, Rs C-243/09, *Fuß*, Rn 63.
- 48) *Kruis*, *Anwendungsvorrang*, 187.
- 49) *Kruis*, *Anwendungsvorrang*, 123 ff.
- 50) Vgl *Rust*, *Rechtsfolgen EG-rechtswidriger Normen*, IStR 2009, 382 (384 f). Der Inlandssachverhalt stellt den Grundfall dar, an welchem sich die Gleichheitsprüfung der Diskriminierung orientiert.
- 51) *Kruis*, *Anwendungsvorrang*, 190 ff.
- 52) EuGH 5. 3. 1996, verb Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du pêcheur ua*, Rn 57.
- 53) *Kruis*, *Anwendungsvorrang*, 184 f.
- 54) EuGH 6. 10. 1982, Rs 283/81, *CILFIT*, Rn 11 ff.
- 55) EuGH 6. 10. 1982, Rs 283/81, *CILFIT*, Rn 14.
- 56) *Höpfner* in *Franzen/Gallner/Oetker*, *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht* (2016) Art 267 AEUV Rz 45.
- 57) Siehe dazu die Nichtbefassung in der Rechtsprechung, namentlich EuGH 19. 5. 2009, verb Rs C-171/07 und C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes ua*, Rn 62; *Kruis*, *Anwendungsvorrang*, 177.
- 58) *Kruis*, *Anwendungsvorrang*, 279 ff, 302 ff und 309.
- 59) *Kruis* (*Anwendungsvorrang*, 272 ff) erkennt eine Tendenz zu einer anwendungsvorrangsfreundlichen Rechtsprechung seit 2006.
- 60) EuGH 6. 10. 1982, Rs 283/81, *CILFIT*, Rn 16.
- 61) EuGH 15. 9. 2005, Rs C-495/03, *Intermodal Transports*, Rn 33 bis 45.
- 62) EuGH 6. 10. 1982, Rs 283/81, *CILFIT*, Rn 18 ff.
- 63) *Höpfner* (in *Franzen/Gallner/Oetker*, *Europäisches Arbeitsrecht*, Art 267 AEUV Rz 48 f) weist unter Anführung der Schlussanträge der Generalanwälte darauf hin, dass diese Voraussetzungen kaum bzw nicht erfüllbar erscheinen; vgl mit einer vermittelnden Ansicht auch *Broberg/Fenger*, *Theorie und Praxis der Acte-clair-Doktrin des EuGH*, EuR 2010, 835 (850 ff).
- 64) *Kühling/Drechsler* (Alles "acte clair"? NJW 2017, 2950 [2952]) verweisen auf das im Französischem gebrauchte Wort "évidence"; vgl auch *Leible/Domröse* in *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*<sup>3</sup> (2015) § 8 Rz 29 ff.
- 65) Vgl statt vieler EuGH 7. 6. 2005, Rs C-543/03, *Dodl und Oberhollenzer*, Rn 46; **OGH 12. 4. 2011, 10 Ob S 35/11m**, DRdA 2012/43 (*Holzmann-Windhofer*).
- 66) *Hohnerlein*, ZESAR 2018, 162.
- 67) *Thüsing/Hütter* (NZS 2016, 413) bezweifeln dies.
- 68) Siehe dazu Schlussanträge des Generalanwalts *Mancini* vom 21. 5. 1985, Rs 41/84, *Pinna*, Punkt 7.
- 69) *Eichenhofer*, *Sozialrecht der Europäischen Union*<sup>6</sup>, Rz 283.
- 70) Vgl dazu *Schmidt-Räntsch* in *Riesenhuber*, *Europäische Methodenlehre*<sup>3</sup>, § 23 Rz 28.

## **Meta-Daten**

### **Rechtsgebiet(e)**

Arbeitsrecht, Sozialrecht

---

### **Rückverweise**

### ***Indexdokumente***

> [SWK 18/2018, 806: Dürfen die Behörden die Indexierung der Familienleistungen anwenden? -](#)  
© 2018 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH