

Rechtsgutachten

zur Neugestaltung der Familienbeihilfe
für Kinder, die im EU-Ausland leben

für das
BM für Finanzen

erstattet von
Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Wien 2017

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	3
1. Einleitung	5
2. Europarechtliche Grundlagen.....	6
2.1. Freizügigkeit.....	6
2.1.1. Grundlagen.....	6
2.1.2. Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit	7
2.2. Freizügigkeit und Familienleistungen	8
2.2.1. Allgemeines	8
2.2.2. Exportpflicht und Koordinierung.....	11
2.3. Judikatur zu Familienleistungen	13
3. Österreichische Familienbeihilfe	14
3.1. Vorläuferregelung Kinderbeihilfe	14
3.2. Familienlastenausgleich	15
3.2.1. FLAG 1955	15
3.2.2. FLAG heute	16
3.3. Duale Familienentlastung.....	18
3.3.1. Familienbeihilfe und Familienbesteuerung	18
3.3.2. Funktion der Familienbeihilfe	23
3.3.3. Ergänzender Hinweis.....	24
3.4. Unterhaltsrechtliche Rahmenbedingungen	25
3.4.1. Allgemeines	25
3.4.2. Unterhaltsbemessung bei Aufenthalt des Kindes im Ausland.....	28

4. Auswertung	29
4.1. Weiterführende Überlegungen	29
4.1.1. Zur gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung	29
4.1.2. Zur Funktion der Familienbeihilfe als pauschale Kostenbeteiligung .	31
4.1.3. Zu funktions- und systemwidrigen Verzerrungseffekten	34
4.2. Koordinierung.....	36
4.2.1. Gleichwertigkeit der Familienleistung	36
4.2.2. Koordinierung analog Sachleistungen	37
4.3. Gestaltungsüberlegungen	39
4.3.1. Nichtdiskriminierende Regelung	39
4.3.2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	40

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Ausgangslage

In Umsetzung der im europäischen Primärrecht garantierten Freizügigkeit hat eine Person gem Art 67 der VO 883/2004 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.

Funktion der österreichischen Familienbeihilfe

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 Warenkorb 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 Unterhaltspflicht 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.

Unterhaltspflicht bei Kindern im Ausland

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.

Verzerrungen bei undifferenziertem Export der Familienbeihilfe

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.

Europarechtlich fragwürdige Effekte

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.

Fazit

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.

1. Einleitung

Der Verfasser wurde ersucht, für das BM für Finanzen ein Rechtsgutachten zur Frage zu verfassen, wie die Familienbeihilfe für Personen neugestaltet werden kann, deren Kinder im EU-Ausland leben.

In rechtlicher Hinsicht stellt diese Frage primär unter europarechtlichen Gesichtspunkten, weil die Gewährung von Familienleistungen innerhalb der EU durch das europäische Sekundärrecht¹ reglementiert ist.

Normative Grundlagen auf europäischer Ebene von zentraler Bedeutung sind

- die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Koordinierungsverordnung) sowie
- die 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).²

Darüber hinaus werden von der Judikatur auch aus dem Primärrecht Art 45 AEUV (ex-Artikel 39 EGV) betreffend die Freizügigkeit, Art 49 AEUV (ex-Artikel 43 EGV) betreffend die Niederlassungsfreiheit, sowie Art 56 AEUV (ex-Artikel 49 EGV) betreffend die Dienstleistungsfreiheit sowie Art 20 AEUV (ex-Artikel 17 EGV) betreffend die Mobilität der Unionsbürger herangezogen und hat der EuGH immer wieder

¹ Vgl zu alledem die umfassendste Untersuchung, die zu diesem Rechtsbereich in Österreich vorliegt von *Spiegel*, Familienleistungen aus der Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts, in *Mazal* (Hrsg), Familie im Sozialrecht, 89 ff.

² Die Verordnung Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166, S. 1, und Berichtigung ABl. L 200, S. 1) hat die VO Nr. 1408/71 ersetzt. Die Verordnung Nr. 987/2009 hat die Verordnung Nr. 574/72 ersetzt. Die neuen Verordnungen sind gemäß Art. 91 der Verordnung Nr. 883/2004 und Art. 97 der Verordnung Nr. 987/2009 seit dem 1. Mai 2010 anwendbar.

auch auf die Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 vom 15.10.1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft zurückgegriffen.³

Im Einvernehmen mit dem Verfasser wird von der Ausarbeitung eines umfassenden Anmerkungsapparats vorläufig Abstand genommen und beschränken sich Anmerkungen auf das unbedingt Notwendige. Darüber hinaus werden aus Gründen der leichteren Lesbarkeit bei personenbezogener Bezeichnungen die dem grammatikalischen Geschlecht entsprechenden Worte verwendet. Bei Anwendung auf eine natürliche Person ist die dem Geschlecht dieser Person entsprechende Bezeichnung zu verwenden.

2. Europarechtliche Grundlagen

2.1. Freizügigkeit

2.1.1. Grundlagen

Grundlage aller europarechtlicher Normen sind der Vertrag über die europäische Union (EUV)⁴ und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁵. Darin postuliert Art 3 iVm Art 2 EUV als Ziel der Europäischen Union unter anderem, in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen den Wert der Nichtdiskriminierung zu fördern. Zu diesem Zweck gewährleisten die Mitgliedsstaaten gem Art 45, 46 und 47 AEUV die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Selbständigen durch „Abschaffung sämtlicher auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlungen der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.“ Gem Art 48 AEUV führen die Mitgliedsstaaten insbesondere ein System ein, „das zu- und abwandernden Arbeitnehmern und Selbstständigen sowie deren anspruchsberechtigten Angehörigen Folgendes sichert:

³ Vgl dazu und zum Folgenden auch die Stellungnahme des Verfassers an das BMF vom 29.2.2016.

⁴ Für Österreich BGBl III 85/1999 idgF.

⁵ Für Österreich BGBl III 86/1999 idgF.

- a) die Zusammenrechnung aller nach den verschiedenen innerstaatlichen Rechtsvorschriften berücksichtigten Zeiten für den Erwerb und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs sowie für die Berechnung der Leistungen;
- b) die Zahlung der Leistungen an Personen, die in den Hoheitsgebieten der Mitgliedstaaten wohnen.“

In Umsetzung der Freizügigkeit regelt Art 7 der Freizügigkeits-VO⁶, dass ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, 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 darf als die inländischen Arbeitnehmer. Er genießt dort die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer.

2.1.2. Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit

Zur Absicherung der Freizügigkeit als Teil des freien Personenverkehrs waren seit Jahrzehnten Begleitregelungen auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit erforderlich, die heute in der VO 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit geregelt sind. Sie verfolgen nicht das Ziel einer Vereinheitlichung der Regeln über die soziale Sicherheit, sondern der Koordinierung, um die „Eigenheiten der nationalen Rechtsvorschriften über soziale Sicherheit zu berücksichtigen.“⁷

Dieser subsidiäre Charakter der Koordinierung ist auch in Erwägungsgrund 45 der VO 883/2004 ausgeführt, wo zunächst hingewiesen wird, dass „das Ziel der beabsichtigten Maßnahme, nämlich Koordinierungsmaßnahmen zur Sicherstellung, dass das Recht auf Freizügigkeit wirksam ausgeübt werden kann, auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden kann und daher wegen des Um-

⁶ VO 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2011, ABl L141/1. Gem Art 36 Abs 2 berührt diese VO die gemäß Artikel 48 AEUV erlassenen Bestimmungen nicht.

⁷ Erwägungsgrund 4 der VO 883/2004.

fangs und der Wirkungen der Maßnahme besser auf Gemeinschaftsebene zu erreichen ist, kann die Gemeinschaft im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden. Entsprechend dem in demselben Artikel genannten Verhältnismäßigkeitsprinzip geht diese Verordnung nicht über das für die Erreichung dieses Ziels erforderliche Maß hinaus.“

2.2. Freizügigkeit und Familienleistungen

2.2.1. Allgemeines

Familienleistungen werden innerhalb der Systematik der VO 883/2004 von anderen Arten der Leistungen der sozialen Sicherheit unterschieden⁸ und unterliegen speziellen Koordinierungsregeln.

„Familienleistungen“ sind gem Art 1 Buchst z der VO 883/2004 alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I. Für diese Leistungen wurde – wie sich aus Erwägungsgrund 34 der VO 883/2004 ergibt – in der VO 883/2004 in Abweichung zu den Vorläuferregelungen neue Grundsätze normiert: „Da die Familienleistungen sehr vielfältig sind und Schutz in Situationen gewähren, die als klassisch beschrieben werden können, sowie in Situationen, die durch ganz spezifische Faktoren gekennzeichnet sind und die Gegenstand der Urteile des Gerichtshofes in den verbundenen Rechtssachen C-245/94 und C-312/94 (*Hoefer und Zachow*) und in der Rechtssache C-275/96 (*Kuusijärvi*) waren, ist es erforderlich, diese Leistungen in ihrer Gesamtheit zu regeln.“

⁸ Die VO 883/2004 trifft in Titel III Regelungen über die Koordinierung für Leistungen bei Krankheit sowie Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft (Kapitel 1), Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten (Kapitel 2), Sterbegeld (Kapitel 3), Invalidität (Kapitel 4), Alters- und Hinterbliebenenrenten (Kapitel 5), Leistungen bei Arbeitslosigkeit (Kapitel 6), Vorruhestandsleistungen (Kapitel 7), Familienleistungen (Kapitel 8), und Beitragsunabhängige Sonderleistungen (Kapitel 9).

Die unter diesem Blickwinkel zentrale Regelung der VO 883/2004 ist Art 67. Demnach hat eine Person 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.⁹

Damit wird den Ausführungen des EuGH in der E *Hoever und Zachow* Rechnung getragen, „dass mit Artikel 73 der Verordnung Nr. 1408/71 vor allem verhindert werden soll, dass ein Mitgliedstaat die Gewährung oder die Höhe von Familienleistungen davon abhängig machen kann, dass die Familienangehörigen des Erwerbstätigen in dem die Leistungen erbringenden Mitgliedstaat wohnen; auf diese Weise soll verhindert werden, dass der EG-Erwerbstätige davon abgehalten wird, von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen“.¹⁰

Ähnlich hat der EuGH in der erwähnten E 11.06.1998, C-275/96 (*Kuusijärvi*) ausgeführt, dass „eine Leistung, die einem Elternteil ermöglichen soll, sich in der ersten Lebensphase eines Kindes dessen Erziehung zu widmen, und die genauer betrachtet dazu dient, die Erziehung des Kindes zu vergüten, die anderen Betreuungs- und Erziehungskosten auszugleichen und gegebenenfalls die finanziellen Nachteile, die der Verzicht auf ein Erwerbseinkommen bedeutet, abzumildern, einer Familienleistung im Sinne der Artikel 1 Buchstabe u Ziffer i und 4 Absatz 1 Buchstabe h der Verordnung Nr. 1408/71 gleichzustellen“ ist.¹¹ Und weiter: „Wie der Gerichtshof in dem Urteil vom 17. Mai 1984 in der Rechtssache 101/83 (*Brusse*, Sig. 1984, 2223, Randnr. 30) festgestellt hat, begründet dieser Artikel zugunsten des Arbeitnehmers, der den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats als desjenigen unterliegt, in dessen Gebiet seine Familienangehörigen wohnen, einen echten Anspruch auf Gewährung von Familienleistungen nach den anwendbaren Rechtsvorschriften, der nicht durch die Anwendung einer in diesen Rechtsvorschriften enthaltenen Klausel

⁹ Sonderbestimmungen für Pensionisten werden im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter berücksichtigt.

¹⁰ Rz 4 unter Berufung auf das Urteil vom 5. Oktober 1995 in der Rechtssache C-321/93, (*Imbernon Martínez*), Slg. 1995, I-2821, Randnr. 21.

¹¹ E 11.06.1998, C-275/96 (*Kuusijärvi*), Rz 60.

entzogen werden darf, nach der Familienleistungen nur an Personen gezahlt werden, die im Gebiet des betreffenden Mitgliedstaats wohnen.¹²

Dabei ist aus den Bestimmungen der Koordinierungsverordnung über den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich zu berücksichtigen, dass

- Gem Art I lit z als Familienleistungen alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I gelten.
- Gem Art 1 lit i Nr 1 als Familienangehöriger jede Person gilt, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;
- Gem Art 1 lit i Nr 2, in dem Fall, dass diese Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats die Familienangehörigen nicht von anderen Personen unterscheiden, auf die diese Rechtsvorschriften anwendbar sind, der Ehegatte, die minderjährigen Kinder und die unterhaltsberechtigten volljährigen Kinder als Familienangehörige angesehen werden.
- Gem Art 1 lit i Nr 3 in dem Fall, dass nach den gemäß Nr 1 und Nr 2 anzuwendenden Rechtsvorschriften eine Person nur dann als Familien- oder Haushaltsangehöriger angesehen wird, wenn sie mit dem Versicherten oder dem Rentner in häuslicher Gemeinschaft lebt, diese Voraussetzung als erfüllt gilt, wenn der Unterhalt der betreffenden Person überwiegend von dem Versicherten oder dem Rentner bestritten wird.

In materiell-rechtlicher Hinsicht ist zu erwähnen, dass Personen, für die die VO 883/2004 gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates haben, sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist (Art 4 - Gleichbehandlung); dass Leistungen, Einkünfte, Sachverhalte oder Ereignisse in einem Mitgliedsstaat auch von anderen Mitgliedsstaaten anzuerkennen (Art 5 – Gleichstellung) sind; dass Zeiten

¹² E 11.06.1998, C-275/96 (*Kuusijärvi*), Rz 68.

für den Erwerb von Anwartschaften udgl wechselseitig anzuerkennen sind (Art 6 – Zusammenrechnung der Zeiten), und Wohnsitzklauseln aufgehoben werden.

2.2.2. Exportpflicht und Koordinierung

Aus der Aufhebung von Wohnsitzklauseln resultiert auch die Verpflichtung, die von der VO 883/2004 erfassten Leistungen in Mitgliedsstaaten zu exportieren: Dies bedeutet wie erwähnt, dass Leistungen nicht aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden dürfen, weil der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.¹³

Zur Koordinierung legt die VO 883/2004 Prioritätsregelungen für den Fall des Zusammentreffens mehrerer Leistungen für dieselben Familienangehörigen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedsstaaten in Art 68 Abs 1 und 2 der Koordinierungsverordnung wie folgt fest:

- 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;

¹³ Art 7 VO 883/2004.

- 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 widerstreichenden Rechtsvorschriften zurückgelegten Versicherungs- oder Wohnzeiten;
- iii) bei Ansprüchen, die durch den Wohnort ausgelöst werden: der Wohnort der Kinder.

Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Abs 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreichenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinaus gehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedsstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

Im Effekt führt die derzeitige Handhabung dieser Regelungen für Österreich dazu, dass immer dann, wenn ein Elternteil eines Kindes in Österreich arbeitet, dieser Elternteil die Familienbeihilfe nach den Bestimmungen des FLAG aus Österreich beziehen kann, auch wenn das Kind in einem anderen Mitgliedsstaat wohnt. Dies wirkt sich in jenen Fällen, in denen der Anspruchsberechtigte in Österreich wohnt, das Kind in einem Land wohnt, in dem die vergleichbare Leistung höher ist als die Österreichische Familienbeihilfe für den Anspruchsberechtigten nachteilig aus, es sei denn der andere Elternteil bezieht auf Grund einer Erwerbstätigkeit oder einer gleichzuhaltenden Position (zB als Arbeitssuchende Person) im Wohnland des Kindes die höhere vergleichbare Leistung; in diesem Fall wird die österreichische Familienbeihilfe auf die ausländische vergleichbare Leistung angerechnet und profitiert insofern der österreichische öffentliche Haushalt. Im Rahmen der klassischen Arbeitsmigration aus Ländern mit niedrigerem Lohnniveau und geringerem Sozialen

Leistungsniveau nach Österreich tritt der gegenteilige Effekt ein, dass die Familienbeihilfe aus Österreich entweder zur Gänze gebührt oder geringere vergleichbare Familienleistungen im Wohnland des Kindes teilweise verdrängt.¹⁴

Die bereits erwähnte eingehende Untersuchung der Koordinierungsregeln und ihrer Handhabung durch *Spiegel* hat allerdings gezeigt, dass zahlreiche Fragen offen sind. Insbesondere bezüglich Sachleistungen bestehen theoretische Probleme, die noch nicht einmal in Ansätzen gelöst sind, in der Praxis jedoch nicht aufgegriffen werden. Zwar hat der EuGH entschieden, dass - ähnlich wie in der österreichischen Krankenversicherung - eine in Geld geleistete Erstattung von ausgelegten Kosten nicht als Geld- sondern als Sachleistung gilt¹⁵, doch sind bei Sachleistungen zahllose Anwendungsprobleme unübersehbar, ohne dass dazu Judikatur ersichtlich ist.¹⁶ *Spiegel* hält dabei eine Analogie zur Sachleistungsgewährung in der Krankenversicherung für möglich.¹⁷

2.3. Judikatur zu Familienleistungen

Die Judikatur des EuGHs zur Koordination von Familienleistungen ist schier überbordend. Sie wurde umfassend in der bereits erwähnten Publikation von *Spiegel* bis 2008 dargestellt und ausgewertet. *Spiegels* Ausführungen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass die Judikatur in zahlreichen Facetten jeden Versuch¹⁸ ab-

¹⁴ Nach dem klaren Befund *Spiegels* kann man daher „die Koordination der Familienleistungen auch als ‚Umverteilung‘ von den reicheren Mitgliedstaaten zu den ärmeren Mitgliedstaaten sehen, (vor allem auch deswegen, weil ja in der Regel Familienleistungen nicht durch die Beiträge der Erwerbstätigen finanziert werden, sondern aus dem allgemeinen Steueraufkommen)“.

¹⁵ Rs C-61 / 65 (*Vaassen-Göbbels*), Slg. 1966, 377

¹⁶ aaO, 133ff

¹⁷ Ebendort, 134.

¹⁸ ZB der EFTA-Überwachungsbehörde im Urteil gegen Norwegen vom 3.5.2006, Rechtssache E-3 / 05 (Finnmark-Zulage).

gewehrt hat, direkt oder indirekt auf den Wohnsitz eines Anspruchsberechtigten Bezug nehmende Leistungsdifferenzierungen zuzulassen. Seither seiner Publikation ist – zumal für Österreich bedeutsam – vor allem die Entscheidung EuGH 26.11.2009, C-363/08 (*Slanina*) zu erwähnen, in der der EuGH ausgeführt hat, dass Art. 73 der Verordnung Nr. 1408/71 in der durch die Verordnung Nr. 118/97 geänderten und aktualisierten Fassung¹⁹ dahin auszulegen ist, dass eine geschiedene Person, die von dem zuständigen Träger des Mitgliedstaats, in dem sie gewohnt hat und in dem ihr früherer Ehegatte weiterhin lebt und arbeitet, Familienbeihilfe erhalten hat, für ihr Kind, sofern es als Familienangehöriger des früheren Ehegatten im Sinne von Art. 1 Buchst. f Ziff. i dieser Verordnung anerkannt ist, den Anspruch auf diese Beihilfe beibehält, obwohl sie diesen Staat verlässt, um sich mit ihrem Kind in einem anderen Mitgliedstaat niederzulassen, in dem sie nicht berufstätig ist, und obwohl der frühere Ehegatte die betreffende Beihilfe in seinem Wohnmitgliedstaat beziehen könnte. Auch der in diesem Fall überaus geringe personelle Bezug zu Österreich stand einem Export der Familienbeihilfe nicht entgegen.

3. Österreichische Familienbeihilfe

3.1. Vorläuferregelung Kinderbeihilfe

Beihilfen, die mit der heutigen Familienbeihilfe funktional vergleichbar sind, wurden in Österreich erstmals mit dem Kinderbeihilfengesetz 1950²⁰ eingeführt, Sie dienten gem § 1 *leg cit* „zur Erleichterung der Versorgung der in nichtselbständiger Arbeit stehenden Bevölkerungskreise mit Bedarfsartikeln“. Bezugsberechtigt waren Personen, die Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (§ 19 Abs 1 EStG), aus der gesetzlichen Kranken-, Renten-, Arbeitslosenversicherung, aus der öffentlichen Fürsorge, aus der gesetzlichen Unfallversicherung, der Kriegsopferversorgung, der Opferfürsorge, der Kleinrentnerunterstützung beziehen; in diesen Fällen jedoch nur dann, wenn sie ausschließlich Einkünfte der genannten Arten beziehen.

¹⁹ Die E in der Rs *Slanina* erging noch vor dem Wirksamwerden der VO 833/2004.

²⁰ G vom 16. Dezember 1949, BGBl 31/1950. Dieses Gesetz wurde bis zum Inkrafttreten des FLAG 1967 vielfach novelliert.

In diesen Regelungen zeigt sich das Paradigma der Kinderbeihilfe, nämlich die Sicherstellung der Versorgung mit Bedarfsartikeln und damit die Entlastung von Verpflichtungen, die im Unterhaltsrecht wurzeln. Anspruch auf der Kinderbeihilfe hatten zwar nur Arbeitnehmer, allerdings nicht nur mit kinderreichen Familien; die Finanzierung erfolgte nicht durch eine Abgabe Kinderloser, sondern über einen Ausgleichsfonds, der durch einen allgemeinen Dienstgeberbeitrag gespeist wurde, was politisch durch einen einmaligen Verzicht der Arbeitnehmer auf eine Lohnerhöhung möglich wurde. Die Leistung selbst ist jedoch bereits damals von einer wie auch immer gearteten Beitragsleistung des Arbeitnehmers entkoppelt.

3.2. Familienlastenausgleich

3.2.1. FLAG 1955

Mit dem FamilienlastenausgleichsG 1955²¹ wurden die inhaltliche Neuorientierung verbreitert: Gem § 1 dieses Gesetzes werden „zur Erleichterung der Gründung und Erhaltung der Familie, zur Anbahnung eines Familienlastenausgleiches und zur Ergänzung der auf dem Gebiete des Einkommensteuerrechtes vorgesehenen Kinderermäßigung (...) Beihilfen gewährt. Die Beihilfen umfassen die Familienbeihilfe an selbständig Erwerbstätige — im folgenden Familienbeihilfe genannt — den Ergänzungsbetrag zur Kinderbeihilfe an die in nichtselbständiger Arbeit stehenden Bevölkerungskreise — im folgenden Ergänzungsbetrag genannt — und die Kinderbeihilfe nach dem Kinderbeihilfengesetz, BGBl. Nr. 31/1950 in der jeweiligen Fassung. Damit wurde eine familienbezogene Beihilfe erstmals auch für Selbständige vorgesehen und wurden steuerliche Ergänzungsleistungen für Unselbständige eingeführt. Im FamilienlastenausgleichsG 1967²² erfolgte schließlich eine Zusammenführung der Beihilfen für selbständig und unselbständig Erwerbstätige, wurde die Förderung der Eheschließung aus dem Zielparagraphen gestrichen und wurde der Lastenausgleichscharakter der Familienbeihilfe unterstrichen. Gem § 1 dieses Gesetzes werden Beihilfen „zur Anbahnung eines allgemeinen Familienlastenausgleiches“ gewährt.

²¹ BGBl 18/1955

²² BGBl 376/1967

In den Gesetzesmaterialien²³ wird auf den Motivenbericht zum FamilienlastenausgleichsG 1955 zurückgegriffen. Nach diesen beruht „der vorliegende Gesetzentwurf (...) auf der unleugbaren Tatsache, dass durch die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte die mit der Erhaltung und der Erziehung von Kindern verbundenen Belastungen den Lebensstandard der Familie umso mehr herunterdrücken, je größer die Kinderanzahl der einzelnen Familien ist.“ Angesichts dessen ist „der Ausgleich der finanziellen Mehrbelastung, die die Ernährung, Bekleidung, häusliche Unterbringung und Erziehung von Kindern verursacht, (...) aus allen diesen Gründen nicht nur eine Forderung der sozialen Gerechtigkeit, sondern auch eine gesellschaftliche Existenznotwendigkeit. Der Ausgleich der Familienlasten hat zwischen denjenigen zu erfolgen, die die Lasten im Interesse der gesamten Gesellschaft tragen, und jenen, die solche Lasten nicht zu tragen haben, jedoch bewusst oder unbewusst daraus Nutzen ziehen, dass es andere für sie tun.“ Diese explizite Zielsetzung eines horizontalen Lastenausgleichs²⁴ findet allerdings im Finanzierungsrecht nur insofern eine Entsprechung, als Eltern gegenüber Kinderlosen bessergestellt werden, jedoch auch an der Finanzierung in gleicher Weise teilnehmen wie Kinderlose; die Finanzierung an Kinderlosigkeit zu knüpfen, wurde jedoch vermieden.

3.2.2. FLAG heute

Das FLAG ist in seinen Grundzügen im Hinblick auf die Familienbeihilfe bis heute weitgehend unverändert.²⁵ Für die vorliegende Fragestellung relevant ist, dass gem § 2 FLAG Anspruch auf Familienbeihilfe alle Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für minderjährige Kinder sowie

²³ RV 547 Blg StenProt NR 11. GP

²⁴ Zu Überlegungen, an Stelle des Lastenausgleichs ein Konzept des Leistungsausgleichs zu verfolgen vgl umfassend *Kresbach*, Betreuungsgeld als Leistungsausgleich für Familien (Wien 2007); zum dualen System der Familienentlastung *derselbe*, Steuerliche Entlastung im Sinn des dualen Familienlastenausgleichs, ÖStZ 2014, 395ff.

²⁵ Zahlreiche andere Leistungen (Schulbuch, Freifahrt, usw), die seit der Schaffung des FLAF etabliert wurden, sind für die vorliegende Fragestellung nicht einschlägig.

für volljährige Kinder in zahlreichen Konstellationen haben, die im gegebenen Zusammenhang nicht näher ausgeführt werden müssen. In allen Fällen ist jedoch Voraussetzung der Anspruchsberechtigung, dass das Kind im Haushalt der betreffenden Person wohnt.²⁶ Der Bezug für nichtösterreichische Staatsbürger ist unterschiedlich eingeschränkt, die jedoch nicht für Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) gelten. Diese sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, im FLAG österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt.²⁷

Die Finanzierung der Familienbeihilfe erfolgt im Rahmen der Finanzierung des FLAF gem § 39 FLAG durch einen Beitrag der Dienstgeber, der von der Lohnsumme bemessen wird, sowie aus Steuermitteln aus dem Aufkommen der Lohnsteuer und der Einkommensteuer.

Durch die derzeitige Ausgestaltung von Familienbeihilfe als altersabhängiger Fixbetrag kommt es durch die Zahlung von Familienbeihilfen im Hinblick auf die Unterhaltsentlastung zu einem sozialen Umverteilungseffekt zugunsten von Empfängern kleinerer Einkommen: Weil diese in Absolutbeträgen typischerweise eine geringere Unterhaltslast zu tragen haben, werden sie tendenziell in höherem Maß von jenem

²⁶ Diese Anspruchsvoraussetzung ist gem § 2 Abs2 FLAG detailliert geregelt:

„Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Die Haushaltszugehörigkeit gilt nicht als aufgehoben, wenn

- a) sich das Kind nur vorübergehend außerhalb der gemeinsamen Wohnung aufhält,
- b) das Kind für Zwecke der Berufsausübung notwendigerweise am Ort oder in der Nähe des Ortes der Berufsausübung eine Zweitunterkunft bewohnt,
- c) sich das Kind wegen eines Leidens oder Gebrechens nicht nur vorübergehend in Anstaltspflege befindet, wenn die Person zu den Kosten des Unterhalts mindestens in Höhe der Familienbeihilfe für ein Kind beiträgt; handelt es sich um ein erheblich behindertes Kind, erhöht sich dieser Betrag um den Erhöhungsbetrag für ein erheblich behindertes Kind (§ 8 Abs. 4).

Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.“

²⁷ § 53 Abs 1 FLAG.

Aufwand entlastet, der aus der Unterhaltslast resultiert, als dies bei Beziehern größerer Einkommen der Fall ist, die typischerweise absolut höhere Unterhaltslasten tragen.²⁸

3.3. Duale Familienentlastung

3.3.1. Familienbeihilfe und Familienbesteuerung

Für die heutige Position und Funktion der Familienbeihilfe innerhalb des österreichischen Systems der Familienentlastung waren mehrere Erkenntnisse des VfGH zu Fragen der Familienbesteuerung entscheidend, die Basis des heute geltenden Systems der dualen Familienentlastung sind. Dieses System ist Effekt langer politischer Auseinandersetzungen um die Ausgestaltung der Familienförderung: Umstritten war, ob am System der Familienbeihilfe mit direkten Zahlungen festgehalten und allenfalls der Betrag mit steigender Kinderzahl erhöht werden soll, oder eine Förderung über das Steuersystem erfolgen sollte²⁹, die allerdings dazu führt, dass Familienförderung nur Steuerpflichtige entlastet hätte, und zwar Bezieher höherer Einkommen stärker als Bezieher geringerer Einkommen.³⁰

In jenen Erkenntnissen, die für die weitere Entwicklung des Systems entscheidend waren, führte der VfGH zunächst aus, dass die Notwendigkeit, „aus dem erzielten Einkommen nicht nur den eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten, sondern auch den Kindern Unterhalt zu leisten, (...) die steuerliche Leistungsfähigkeit der Eltern (verringert) und (...) nicht bloß Sache privater Lebensgestaltung oder persönlichen Risikos (ist).“³¹ In diesem Verfahren führte die Bundesregierung aus, dass „Kinderlasten aus gleichheitsrechtlicher Sicht ausreichend berücksichtigt (werden), wenn die

²⁸ vgl dazu erneut die Untersuchung von *Aigner/G.Kofler/H.Kofler/Schellmann/Tumpel*, Gegenwärtige Ausgestaltung und Reformoptionen der Familienbesteuerung in Österreich, SPRW 1 / 2011-Steu A,

²⁹ Vgl *Huber*, Grundfragen zur Berücksichtigung der Kinderlasten im Einkommensteuerrecht, ÖStZ 1991, 273ff mwN.

³⁰ Die Debatten wurden unter dem Slogan „Jedes Kind ist gleich viel wert“ geführt.

³¹ VfGH 12.12.1991 G 188,189/91

Unterhaltsleistungen etwa im Ausmaß des Existenzminimums für ein Kind durch den Staat mitgetragen werden (werden)“ und zieht dazu Auswertungen des Mikrozensus für die Berechnung des Pro-Kopf- Einkommens heran.

Der VfGH griff diese Argumentation auf und konzidierte, „es ist nämlich offenkundig, daß die Familienbeihilfen und Kinderzuschläge in ihrer Wirkung die für die Kinder benötigten Einkommensteile zwar im unteren Einkommensbereich zur Gänze steuerfrei stellen, ja die Kinderlasten unter Umständen - ihrer Bezeichnung "Kinderbeihilfe" entsprechend - sogar teilweise abdecken, daß aber in höheren Einkommensbereichen "wesentlich weniger einkommensteuerfrei gestellt wird, als für die Kinder aufgewendet wird“³²

Im Ergebnis konstatierte der VfGH: „Die Diskriminierung von unterhaltspflichtigen Eltern gegenüber nicht unterhaltspflichtigen Personen wird nicht schon dadurch vermieden, daß das Existenzminimum für den Steuerpflichtigen und seine Kinder gesichert bleibt. Die unzureichende Berücksichtigung der tatsächlichen Unterhaltslasten führt dazu, daß Eltern mit höheren Unterhaltslasten unter Umständen im praktischen Ergebnis bis auf das Existenzminimum besteuert werden. Familienbeihilfen und Kinderzuschläge stellen in ihrer Wirkung die für die Kinder benötigten Einkommensteile zwar im unteren Einkommensbereich zur Gänze steuerfrei, in höheren Einkommensbereichen wird aber wesentlich weniger einkommensteuerfrei gestellt, als für die Kinder aufgewendet werden muß, was zu einer empfindlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage sorgepflichtiger Eltern gegenüber nicht sorgepflichtigen Personen (gleicher Einkommensstufe) führen kann.“

³² Ebenda.

In wieweit die durchschnittliche Unterhaltsleistung an Kinder steuerfrei zu stellen ist, ergibt sich aus VfGH-Erkenntnissen, in denen die von der unterhaltsrechtlichen Judikatur herangezogenen Regelbedarfssätze³³ nach der Prozentsatzmethode³⁴ die Basis bilden.³⁵ Steuergerechtigkeit sah der VfGH jedenfalls nur dann gewährleistet, wenn durch die Kombination von Familienbeihilfe und steuerlichen Maßnahmen sichergestellt sei, dass „zumindest die Hälfte der Einkommensteile, die zur Bestreitung des Unterhalts der Kinder erforderlich sind, im Effekt steuerfrei bleiben“.³⁶

Bei den steuerlichen Maßnahmen hat der Gesetzgeber aus politischen und administrativen Gründen einen besonderen Weg gewählt:

- einerseits wird gem § 33 Abs 3 EStG als steuerliche Maßnahme jedem Steuerpflichtigen, für den Familienbeihilfe gewährt wird, mit der Familienbeihilfe ein Kinderabsetzbetrag ausgezahlt, und zwar auch dann, wenn keine oder nur eine geringe Steuerleistung vorliegt.³⁷

³³ Die Regelbedarfssätze werden vom LGZ Wien berechnet und liegen derzeit zwischen 200 € für 0 bis 3 jährige und 558 € für 19 bis 28 jährige. Vgl dazu http://www.jugendwohlfahrt.at/rs_regelbedarf.php.

³⁴ Die Prozentsätze liegen zwischen 16% des Nettoeinkommens für 0-6-jährige und 22% des Nettoeinkommens für über 15-jährige. Zu konkreten Details der Berechnung, bei der seit den E 19.11.2002, 4 Ob 52/02d; 26.11.2002, 1 Ob 79/02b; 28.11.2002, 3 Ob 141/02k die Familienbeihilfe auf den Unterhalt anzurechnen ist, vgl zB *Gitschthaler*, Unterhaltsrecht³.

³⁵ Vgl dazu erneut *Kresbach*, Steuerliche Entlastung im Sinn des dualen Familienlastenausgleichs, ÖStZ 2014, 395ff, insb 398.

³⁶ VfGH 12.12.1991, G188/91, G189/91 = VfSlg 12.940, VfGH 17.10.1997, G168/96, G285/96 = VfSlg 14.992, VfGH 30.11.2000, B1340/00 = VfSlg 16.026.

³⁷ Für Kinder, die sich ständig außerhalb eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, eines Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes oder der Schweiz aufhalten, steht dieser Kinderabsetzbetrag nicht zu.

- andererseits haben Eltern, die Lohn- bzw. Einkommensteuer zahlen, unter bestimmten Voraussetzungen gem § 106a EStG Anspruch auf einen Kinderfreibetrag, der die steuerliche Bemessungsgrundlage reduziert.

Dabei zeigt die Formulierung in § 33 Abs 3 EStG, dass der Kinderabsetzbetrag entgegen dem ersten Anschein nicht dem Steuerpflichtigen zusteht, sondern immer gemeinsam mit der Familienbeihilfe ausgezahlt wird. Dies erklärt sich aus dem Umstand, dass die Familienentlastung im Wege des Steuerrechts in Österreich seit Jahrzehnten politisch außerordentlich umstritten war, weil eine Entlastung im Wege des Steuerrechts sozialpolitisch unter anderem deswegen verfehlt erschien, weil sie nur Steuerpflichtige begünstige.³⁸ Deswegen wurde mit 1.1.1978 der Kinderabsetzbetrag in eine direkte Geldbeihilfe umgewandelt, die gemeinsam mit der Familienbeihilfe ausbezahlt und aus Steuermitteln finanziert wurde, weil gleichzeitig der Dienstgeberbeitrag zum FLAF gesenkt wurde.³⁹ Im Zuge der Wiedereinführung des Kinderabsetzbetrages durch das Familienbesteuerungsgesetz 1992⁴⁰ ist das Parlament Wünschen nach einer steuerlichen Berücksichtigung der Familienlasten zwar formal entgegengekommen, doch wurde die seit 1978 bestehende Funktionalität dadurch aufrechterhalten, dass der Kinderabsetzbetrag gemeinsam mit der Familienbeihilfe ausbezahlt und weiterhin aus dem Aufkommen der Lohn- und Einkommensteuer

³⁸ Vgl dazu etwa http://www.renner-institut.at/fileadmin/frauenmachengeschichte/sp_70er/sp_fropol.htm

³⁹ Die Umwandlung erfolgte durch BGBl 645/1977 auf Basis eines Antrags gem § 27 Abs 1 GOG der Abgeordneten Maria Metzker, der eine Abänderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 zum Gegenstand hat, vgl dazu AB 661 BlgNR 14. GP. Die Heftigkeit der politischen Debatte erkennt man auch am dazu erfolgten Einspruch des BR 686 BlgNR 14.GP.

⁴⁰ BGBl 312/1992

finanziert wurde.⁴¹ Dass der Kinderabsetzbetrag im Grunde genommen eine Erhöhung der Familienbeihilfe darstellt, wurde immer wieder im parlamentarischen Prozess⁴² und in parlamentarischen Anfragen⁴³ ausgesprochen.

Hinweis: Diese Ausführungen haben gezeigt, dass zwischen Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag vollkommene Funktionsgleichheit besteht, weil der Kinderabsetzbetrag funktional nicht als Steuerentlastung, sondern als Beihilfe in Form einer Direktzahlung an den gleichen Empfängerkreis unter den gleichen Voraussetzungen gezahlt wird. Die Regelung in § 33 Abs 3 EStG ist daher als *lex fugitiva* zu den Regelungen des FLAG über die Höhe der Familienbeihilfe zu qualifizieren. Angesichts dessen sind die Ausführungen dieser Untersuchung zur Familienbeihilfe *mutatis mutandis* auch auf den Kinderabsetzbetrag anzuwenden, ohne dass dies jedes Mal explizit erwähnt wird.

⁴¹ § 109 EStG idF BGBl 312/1992. Vgl dazu auch die Erläut RV 463 BlgNR 18. GP S. 9.

⁴² Vgl etwa die Äußerung des Abg Hafner in der Debatte zur Regierungsvorlage StenProt BlgNR S. 9981, 18. GP: „Das ist das Ergebnis aus dieser Mehrkinderstaffel beim Kinderabsetzbetrag, der, (...) in Wahrheit auch eine Beihilfe ist, weil er auch dann bezahlt wird, wenn keine Steuer anfällt.“ Ähnlich die Abg Heindl in der Debatte des NR am 31.1.1991, S. 994 StenProt BlgNR 18. GP („Der Kinderabsetzbetrag wurde in einen Teil der Familienbeihilfe umgewandelt.“) und die Stellungnahme des Katholischen Familienverbands zum Ministerialentwurf einer FLAG-Novelle 12/SN-315/ME FLAG-Novelle vom 4.5.1990.

⁴³ Vgl dazu als Beispiele vieler ähnlicher Aussagen über die Jahrzehnte hinweg die Beantwortung der Parlamentarischen Anfrage der Abgeordneten Dr. Ilse Mertel und Genossen vom 22. April 1993, Nr. 4686/J durch BM Dr. Lacina am 21. Juni 1993, II-10272 BlgNR 18. GP, sowie die Beantwortung der parlamentarischen Anfrage Nr. 8037/J vom 11. Februar 2016 der Abgeordneten Angela Lueger, Kolleginnen und Kollegen durch BM Dr. Schelling am 11. April 2016, 7838/AB 1 von 23 vom 11.04.2016, 7838 BlgNR 25. GP.

3.3.2. Funktion der Familienbeihilfe

Die Ausführungen zur Dualität der Familienentlastung haben gezeigt, dass sich in Österreich ein hoch differenzierendes System entwickelt hat, dass verschiedene Instrumente mit unterschiedlichen Effekten kombiniert:

- Die Gewährung der Familienbeihilfe an jene Person, in deren Haushalt das Kind lebt, führt dazu, dass dem Haushalt jedenfalls ein Teil jener Geldmittel zufließt, die zur konkreten Bedarfsbedeckung erforderlich sind. Der Familienbeihilfe funktionsgleich ist der Kinderabsetzbetrag, der insofern nicht als Steuerentlastung, sondern als Beihilfe zu werten ist.
- Die Anrechnung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag auf den Unterhalt führt zu einer Reduktion der Unterhaltslast, unabhängig davon, ob das Kind im Haushalt des Unterhaltspflichtigen lebt oder nicht.
- Die Gewährung von und Kinderfreibeträgen führt zu einer Reduktion der Steuerpflicht und gewährleistet damit neben der Unterhaltsentlastung die Steuergerechtigkeit bei Personen, die steuerpflichtig sind.

Entgegen dieser Feinstruktur der Familienförderung wurden jedoch die unterschiedlichen funktionalen Effekte von Familienbeihilfe und steuerlichen Maßnahmen in der öffentlichen Wahrnehmung zunehmend verwischt. Nicht zuletzt die gemeinsame Auszahlung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag hat dazu geführt, dass die Familienbeihilfe in Politik und öffentlicher Wahrnehmung heute als Sozialleistung begriffen wird.⁴⁴

Funktional ist jedoch Familienbeihilfe jedoch nach wie vor als *Beitrag der Allgemeinheit* in Form einer Beihilfe zur Anschaffung konkreter Bedarfsgüter in jenem Haushalt zu sehen, in dem das Kind lebt. Erst durch die Anrechnung auf den Unterhalt kommt es in weiterer Folge zur teilweisen *Entlastung des Unterhaltspflichtigen* von der Unterhaltslast und schließlich in Kombination mit dem Kinderfreibetrag zu der vom VfGH für erforderlich angesehenen *Korrektur des Steuertarifs*.

⁴⁴ Vgl dazu auch gleich unten.

3.3.3. *Ergänzender Hinweis*

Auch wenn für den Charakter der Familienbeihilfe – und den Kinderabsetzbetrag – damit die Funktion eines Beitrags zur Bedarfsbefriedigung und in weiterer Folge der Charakter der Unterhaltsentlastung prägend ist, ist doch ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass diese funktionale Sicht nicht mit der Frage vermengt werden darf, wie hoch die Familienbeihilfe zu sein hat, um die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu erfüllen: Wie hoch der Betrag ist, der an den Haushalt überwiesen wird, in dem das Kind wohnt, hängt alleine von der Entscheidung des Gesetzgebers ab, ohne dass dies verfassungsrechtlich in irgendeiner Weise vorgegeben ist. Für Zwecke der hier interessierenden Untersuchung ist alleine von Relevanz, dass die Familienbeihilfe nach wie vor unzweifelhaft als Beitrag zur Bedarfsbefriedigung und als teilweise Entlastung von der Unterhaltslast zu qualifizieren ist und in dieser Funktion weder mit ihren Effekten noch mit anderen Zielsetzungen verwechselt werden darf.

Diese spezifisch funktionale Sicht, die der Familienbeihilfe nach dem Willen des Gesetzgebers unzweifelhaft zukommt, ist in den zahlreichen finanzwissenschaftlich-ökonomischen und politikwissenschaftlichen Untersuchungen der letzten Jahre zum FLAF⁴⁵ zugunsten einer weitgehend undifferenzierten Sicht der familienlastenausgleichsrechtlichen und steuerrechtlichen Maßnahmen in den Hintergrund getreten. Dass Familienleistungen allerdings rechtlich und funktional in verschiedenen Kontexten geregelt sind und unterschiedlichen Logiken folgen, und dass zwischen Unterhaltsentlastung und steuerlichen Maßnahmen aus verfassungsrechtlichen Gründen differenziert werden muss, ist rechtlich jedoch keineswegs unmaßgeblich.

⁴⁵ Vgl etwa *Felderer/Gstrein/Lietz/Mateeva/Schuh*, Familienleistungen in Österreich als Beitrag zu Einkommen, Erwerbsbeteiligung und finanzieller Absicherung von Frauen (Wien 2006); *Mayrbäurl*, Der Familienlastenausgleichsfonds (FLAF) - Entwicklung und Optionen (working papers BMF – 2010) und *Felderer/Gstrein/Mateeva*, Familienlastenausgleich in Österreich 2011.

3.4. Unterhaltsrechtliche Rahmenbedingungen

3.4.1. Allgemeines

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, dass Familienbeihilfe historisch, aktuell und aus verfassungsrechtlichen Gründen im Rahmen des horizontalen Lastenausgleichs funktional als teilweiser Unterhaltersatz seitens des Staates anzusehen ist. Zum besseren Verständnis der (teilweise) unterhaltsersetzenden Funktionalität ist es daher methodisch geboten, auch die unterhaltsrechtlichen Rahmenbedingungen der Familienbeihilfe in die Untersuchung einzubeziehen.

Dabei kann in geraffter Darstellung⁴⁶ davon ausgegangen werden, dass das österreichische Unterhaltsrecht die Eltern gem § 231 ABGB verpflichtet, zur Deckung der ihren Lebensverhältnissen angemessenen Bedürfnisse des Kindes unter Berücksichtigung seiner Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten nach ihren Kräften anteilig beizutragen. Der Elternteil, der den Haushalt führt, in dem er das Kind betreut, leistet dadurch seinen Beitrag. Darüber hinaus hat er zum Unterhalt des Kindes beizutragen, soweit der andere Elternteil zur vollen Deckung der Bedürfnisse des Kindes nicht imstande ist oder mehr leisten müsste, als es seinen eigenen Lebensverhältnissen angemessen wäre.⁴⁷ Die Höhe des Unterhaltsanspruches des Kindes ist abhängig von der Leistungsfähigkeit der Eltern (Vermögen, Einkommen, Ausbildung, Arbeitsfähigkeit, Arbeitsmarktlage etc.) und dem Bedarf des Kindes (Alter, Anlagen, Fähigkeiten, Entwicklungsmöglichkeiten etc.).⁴⁸

Zur Bestimmung des Bedarfs wird dabei ein Regelbedarf angenommen, „den jedes Kind einer bestimmten Altersstufe in Österreich ohne Rücksicht auf die konkreten

⁴⁶ Vgl dazu im Detail die aktuellen Zivilrechtskommentare sowie unter den Monographien zB *Deixler-Hübner/Fucik/Huber*, Das neue Kindschaftsrecht (2013).

⁴⁷ Der Anspruch auf Unterhalt mindert sich insoweit, als das Kind eigene Einkünfte hat oder unter Berücksichtigung seiner Lebensverhältnisse selbsterhaltungsfähig ist (§ 231 Abs 2 ABGB).

⁴⁸ Zur Berechnung des Unterhalts vgl detailliert zB OGH OGH 26.11.2002, 1 Ob 186/02p und 17.12.2002, 5 Ob 36/02h.

Lebensverhältnisse seiner Eltern an Nahrung, Kleidung, Wohnung und zur Befriedigung der weiteren Bedürfnisse, wie etwa kulturelle und sportliche Betätigung, sonstige Freizeitgestaltung und Urlaub hat.“⁴⁹ Dazu werden jährlich in Tabellen Regelbedarfssätze publiziert, die von der Rechtsprechung „als faktisches Hilfsmittel zur Beurteilung des Unterhaltsbedarfs des Kindes“ anhand eines „nach der Verbrauchsausgabenstatistik ermittelten und mit dem Verbraucherpreisindex valorisierten Regelbedarf herangezogen werden, auf den jedes Kind einer bestimmten Altersstufe in Österreich - ohne Rücksicht auf die Lebensverhältnisse seiner Eltern - an Nahrung, Kleidung, Wohnung und zur Bestreitung der weiteren Bedürfnisse wie etwa kulturelle und sportliche Betätigung, sonstige Freizeitgestaltung und Urlaub Anspruch hat.“⁵⁰ Nach dieser Rechtsprechung handelt es sich bei diesen regelmäßig etwa im „Österreichischen Amtsvormund“ mitgeteilten Beträgen um Orientierungs- und Kontrollgrößen“.⁵¹ Diesen Regelbedarfssätzen, die den Charakter eines Mindestbedarfs haben⁵² kommt allerdings nach der Judikatur kein normativer Charakter zu, sodass die darin veröffentlichten Werte nur als Orientierungshilfe verwendet werden können.⁵³ Dies hängt wohl nicht zuletzt damit zusammen, dass der Regelbedarf auf einem historischen Warenkorb aufbaut⁵⁴, dass der mit dem heutigen Aufwand für Kinder praktisch nichts mehr zu tun hat. Auch die aktuell vorliegenden

⁴⁹ Vgl zB OGH 24.11.2015, 1 Ob 207/15w, EF-Z 2016,92 und 144 (*Gitschthaler*) = iFamZ 2016, 13, sowie OGH 10 Ob 20/13h (RS0047553), OGH 10 Ob 17/12s (RS0047560); RIS-Justiz RS0047395 und die dort zitierten Rechtssatzketten.

⁵⁰ So etwa OGH 21.5.1990, 1 Ob 585/90 = SZ 63/81.

⁵¹ LVwG Wien 7.1.2015, VGW-141/053/26819/2014 Unter Berufung auf OGH 1 Ob 560/92, SZ 65/114.

⁵² So OGH 28.6.1990, 8 Ob 615/90.

⁵³ OGH 9.4.2015, 2 Ob 58/14i unter Berufung auf *Schwimann/Kolmasch*, Unterhaltsrecht⁷, 109.

⁵⁴ Vgl dazu die Studie des Statistischen Zentralamts, Durchschnittliche Verbrauchsausgaben für ein unversorgtes Kind in Arbeitnehmerhaushalten, Statistische Nachrichten 1970, 316-329, sowie die darauf aufbauenden Ausführungen von *Stockart-*

Studien⁵⁵ zum Aufwand für Kinder liefern kein valides Bild von der Realität, weil sie veraltet sind und die verwendeten Methoden für Zwecke der Feststellung des Aufwands für Kinder inadäquat sind.⁵⁶

Für die konkrete Unterhaltspflicht sind nach der Judikatur freilich ohnedies nicht diese Bedarfssätze, sondern die persönlichen Lebensverhältnisse des Unterhaltsverpflichteten zugrunde zu legen, was in einer Prozentsatzmethode zum Ausdruck kommt, mit der der Unterhalt als Prozentsatz des korrigierten steuerlichen Einkommens bemessen wird.⁵⁷ Für die Unterhaltsgrenze – den so genannten Unterhaltstopp werden allerdings wiederum meist die Regelbedarfssätze mit dem Effekt herangezogen, dass der Unterhalt im Regelfall höchstens das 2,5-fache des Regelbedarfs beträgt.⁵⁸

Bernkopf, der Österreichische Amtsvormund (ÖA) Folge XII, 53f und *ders*, Österreichischer Warenkorb - Regelbedarf nach *Danninger*, Regelbedarf nach *Danninger*, ÖA Folge XIII 1972, 17. Eine Zusammenfassung der damaligen Diskussion im Familienpolitischen Beirat findet sich bei *Danninger*, Ehe und Familie 1972, 8f.

⁵⁵ Die letzte diesbezügliche Publikation von *Guger/Buchegger/Lutz/Mayrhuber/Wüger* (2003): Schätzung der direkten und indirekten Kinderkosten. (WIFO) liegt bereits über 10 Jahre zurück.

⁵⁶ Vgl dazu die zusammenfassende Feststellung in der erwähnten Studie aus 2003: „Die gemachten direkten Angaben der privaten Haushalte im Rahmen der Konsumerhebung 1999/2000 können also die Frage nach den Ausgaben für Kinder nicht zufriedenstellend beantworten.“ *Guger/Buchegger/Lutz/Mayrhuber/Wüger*, aaO, 34.

⁵⁷ OGH 7.7.2009, 5 Ob 116/09h. Die Prozente variieren nach Altersstufen zwischen 16 (0-3-jährige) und 22% (ab 15 Jahren) des monatlichen Nettoeinkommens. Sind mehrere Unterhaltsberechtigte vorhanden, werden zwischen 1 und 3% für jeden Unterhaltsberechtigten abgezogen.

⁵⁸ OGH 17.07.2014, 4Ob109/14d = iFamZ 2014, 294. In Einzelfällen kann auch höherer Unterhalt zustehen, weil nach Auffassung des OGH betragliche oder in einem Vielfachen des sogenannten Regelbedarfes ausgedrückte absolute Obergrenzen

Die Familienbeihilfe ist grundsätzlich auf die Unterhaltszahlungen anzurechnen, wodurch sich diese Beträge entsprechend reduzieren können.⁵⁹ Das Ausmaß dieser Anrechnung richtet sich nach der Höhe des Einkommens und der Höhe der Unterhaltsverpflichtungen und ist für jeden Fall gesondert zu ermitteln.⁶⁰ Zur Vermeidung von Missverständnissen sei hier allerdings betont, dass in der Prozentsatzmethode nicht auf die konkret-persönlichen Lebensverhältnisse Bezug genommen wird, sondern über ganz Österreich eine Art pauschale Betrachtung erfolgt, die von durchschnittlichen Verhältnissen ausgeht.⁶¹

3.4.2. Unterhaltsbemessung bei Aufenthalt des Kindes im Ausland

Auch bei Auslandsbezug sind für die Beurteilung der Frage, ob der zugesprochene Unterhalt in Relation zum Lebensstandard im Heimatland des Unterhaltsberechtigten angemessen ist, die Umstände des Einzelfalls maßgeblich. Für im Ausland lebende Kinder Unterhaltszahlungen an im Ausland lebende Kinder einerseits in einem angemessenen Verhältnis zu den durchschnittlichen Lebensverhältnissen und zur Kaufkraft in ihrem Heimatland stehen; andererseits sollen aber die unterhaltsberechtigten Kinder am Lebensstandard des in Österreich lebenden Verpflichteten teilnehmen.

für die Festsetzung eines Kindesunterhaltes mit den in § 140 ABGB normierten Bemessungskriterien nicht vereinbar sind. Vgl idS OGH 21.03.1991 6 Ob 533/91 = RZ 1991,283.

⁵⁹ In zahlreichen E – zB OGH 26.11.2002 1 Ob 79/02b wird ausgeführt, dass „durch die Einbeziehung der Transferleistungen, die dem das Kind betreuenden Elternteil zukommen, also des Kinderabsetzbetrags gemäß § 33 Abs 4 Z 3 lit a beziehungsweise c EStG und der Familienbeihilfe in die Entlastungsrechnung, (...) der vom Unterhaltspflichtigen geschuldete Unterhaltsbetrag entsprechend zu kürzen ist.“

⁶⁰ Zur Berechnung des Unterhalts bei gehobenen Lebensverhältnissen vgl OGH 24.4.2012, 8 Ob 38/12i.

⁶¹ Vgl dazu OGH 8.2.1995, 7 Ob 503/95 und – dieser E zustimmend VfGH 17.10.1997, G 168/96, G 285/96.

Nach Auffassung des OGH sind daher bei der Unterhaltsbemessung für ein im Ausland lebendes Kind „die Bedürfnisse des Unterhaltsberechtigten konkret und individuell mit den Lebensverhältnissen der Eltern in Relation zu setzen. Es ist jener Unterhaltsbetrag festzusetzen, der den Bedarf des Unterhaltsberechtigten im Ausland deckt, ihn aber auch an den (besseren) Lebensverhältnissen des Unterhaltspflichtigen teilhaben lässt und zugleich dessen Leistungsfähigkeit entsprechend berücksichtigt. Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass die im Ausland lebenden Unterhaltsberechtigten einerseits am Lebensstandard des in Österreich lebenden unterhaltspflichtigen Elternteils teilhaben sollen, aber andererseits der Unterhalt in einem angemessenen Verhältnis zu den durchschnittlichen Lebensverhältnissen und zur Kaufkraft in dem jeweiligen Heimatland stehen müsse. Es ist daher ein "Mischunterhalt" zuzusprechen, der sich nach dem Bedarf des Unterhaltsberechtigten im Ausland und dem Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen Österreich richtet.“⁶²

4. Auswertung

4.1. Weiterführende Überlegungen

4.1.1. Zur gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung

Zielsetzung der Regelungen der VO 883/2004 liegt darin, „bei der Koordinierung innerhalb der Gemeinschaft sicherzustellen, dass die betreffenden Personen nach den verschiedenen nationalen Rechtsvorschriften gleichbehandelt werden“⁶³ und den vom EuGH judizierten Grundsatz der „Gleichstellung von Leistungen, Einkünften und Sachverhalten“ „aufzunehmen, wobei Inhalt und Geist zu beachten sind“⁶⁴. Dem entsprechend formuliert Erwägungsgrund 10 als „Grundsatz, dass bestimmte

⁶² Vgl idS OGH 2004/02/26, 8 Ob 54/03d unter Berufung auf EvBl 1999/22; 6 Ob 15/98v; 2 Ob 72/99y und 6 Ob 114/99d. Die Geltendmachung und Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen mit Auslandsbezug regelt das Auslandsunterhaltsgesetz 2014, BGBl. I, 34/2014.

⁶³ Erwägungsgrund 5.

⁶⁴ Erwägungsgrund 9.

Sachverhalte oder Ereignisse, die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats eingetreten sind, so zu behandeln sind, als ob sie im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats, dessen Rechtsvorschriften Anwendung finden, eingetreten wären“, um daran anschließend den Mechanismus der Koordinierung im Grundsatz auszuführen.

In Erwägungsgrund 16 wird zum Prinzip der Wohnortunabhängigkeit ausgeführt, dass es „innerhalb der Gemeinschaft (...) grundsätzlich nicht gerechtfertigt (ist), Ansprüche der sozialen Sicherheit vom Wohnort der betreffenden Person abhängig zu machen; in besonderen Fällen jedoch - vor allem bei besonderen Leistungen, die an das wirtschaftliche und soziale Umfeld der betreffenden Person gebunden sind - könnte der Wohnort berücksichtigt werden.“

Zum Prinzip der Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen⁶⁵ wird in Artikel 5 lit b definiert,

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.

Der textuelle Anknüpfungspunkt des Gleichstellungsprinzips, nämlich die Wendung „als ob“⁶⁶ bringt dabei zu Ausdruck, dass die Tatbestandselemente, die im Recht eines Mitgliedsstaats gelten auch dann anzuwenden sind, wenn sie in einem anderen Mitgliedsstaat verwirklicht werden. Dies führt zB dazu, dass im Bereich der Leistungen aus der Sozialversicherung Zeiten, die in einem Mitgliedsstaat zurückgelegt wurden, auch in einem anderen Mitgliedsstaat angerechnet werden (Artikel 6, Artikel 13 Abs 5), oder dass Sachleistungen für Versicherte und Familienangehörige so erbracht werden, „als ob die betreffenden Personen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.“ (Artikel 17, 18), oder als ob die betreffenden Personen nach diesen Rechtsvorschriften versichert wären.“ (Artikel 19 Abs 1, Artikel 20 Abs 1). Ähnliche Formulierungen finden sich auch im Kontext von Pensionsleistungen, Leistungen

⁶⁵ Im Folgenden auch: Gleichstellungsprinzip.

⁶⁶ Englisch „as if“, französisch „comme si“, italienisch „come se“.

aus Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie bei Arbeitslosigkeit (Artikel 36 Abs 2, Artikel 43 Abs 1, Artikel 57 Abs 3, Artikel 61 Abs 1, Artikel 65).

In all diesen Fällen bezieht sich die Wendung „als ob“ auf die Anwendung von Normen und die Berücksichtigung von Sachverhaltselementen, um sicherzustellen, dass die von der VO 883/2004 erfasste Person keinen Nachteil daraus erleidet, dass sie sich in einem anderen als dem für die Gewährung der Leistung zuständigen Mitgliedsstaat aufhält. Bei Geldleistungen aus einer Versicherung führt dies dazu, dass Zeiten für den Anwartschaftserwerb ortsunabhängig angerechnet werden, bei Sachleistungen dazu, dass die Leistung jeweils entsprechend den Bedingungen des Wohnsitzmitgliedsstaats gewährt wird.

Dies soll offensichtlich auch durch die Wendung in Artikel 67 bezüglich der Familienleistung sichergestellt werden „als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden“. Ausgehend dieser Regelung lehnt der EuGH eine Differenzierung von Familienleistungen nach dem Wohnsitz der Familienangehörigen nach dem Text der VO 883/2004 ab. Dass der EuGH bislang dabei manchmal einen extensiven Zugang hat und auch – wie etwa in der Rs *Slanina* eine sehr „dünne“ Anknüpfung am Wohnsitz des Arbeitnehmers akzeptiert hat, ist angesichts der Bedeutung der Freizügigkeit als eine der Grundfreiheiten naheliegend: Wenn ein Staat eine Leistung aus der Sozialen Sicherheit gewährt, ist es ja erklärtes Ziel der Freizügigkeit, die Binnenmigration nicht durch Reduktion der Leistungsansprüche aus der Sozialen Sicherheit alleine deshalb einzuschränken, weil ein Auslandsbezug vorliegt. Wenn Mitgliedsstaaten versuchen, Differenzierungen Leistungen kraft einer Wohnsitzklausel vorenthalten haben, verstößt dies zweifellos gegen Geist und Wortlaut der Gemeinschaftsregelung, sodass nicht verwundert, dass die Interpretation der Wortfolge „als ob“ nicht thematisiert wurde.

4.1.2. Zur Funktion der Familienbeihilfe als pauschale Kostenbeteiligung

Die Ausführungen zur Familienbeihilfe und zu den unterhaltsrechtlichen Rahmenbedingungen der Familienbeihilfe zeigen, dass zwischen Unterhalt und Familienbeihilfe zwar ein funktionaler Zusammenhang besteht und die Familienbeihilfe nach der Intention des Gesetzgebers eine teilweise Entlastung von der aus der Unterhaltspflicht erfließenden Belastung ist. Eine vertiefte Analyse zeigt jedoch, dass der

Familienbeihilfe innerhalb des Systems der Familienentlastung eine spezifische Funktion zukommt, weil sie nicht unmittelbar mit dem Unterhalt verknüpft ist.

Dabei ist davon auszugehen, dass es das Wesen des Unterhalts und das Ziel der Unterhaltsjudikatur ist, im Interesse des Kindes sicherzustellen, dass der zur Zahlung von Geldunterhalt Verpflichtete die zur Abdeckung des Bedarfs des Kindes erforderlichen Barmittel zur Verfügung stellt. Dabei kommt es durch die Prozentsatzmethode zu einer Annäherung an die im konkreten Fall relevanten Lebensumstände. Konsequenterweise führt diese Annäherung an die konkreten Lebensumstände bei Lebenssachverhalten, bei denen der Unterhaltsverpflichtete in Österreich und das unterhaltsberechtigten Kind im Ausland zu einer Korrektur, bei der auch Kaufkraftunterschiede in die Bildung des „Mischsatzes“ einfließen. Damit anerkennt die Judikatur, dass es in der Bemessung des Unterhalts letztlich darum geht, sich an den Wert der Sachgüter und Dienstleistungen anzunähern, mit denen der unterhaltsrechtlich anerkannte Bedarf des Kindes zu decken ist. In der für diese Fälle erfolgenden kaufkraftbezogenen Korrektur des Unterhaltsbetrages spiegelt sich wider, dass die Unterhaltspflicht zwar typischerweise als Geldbetrag bemessen wird, dass der Geldbetrag jedoch zivilrechtlich nur ein Indikator für den Wert jener Sachgüter und Dienstleistungen (Nahrung, Unterkunft, Kleidung, Betreuung, Ausbildung, Spielsachen usw.) ist, die dem Kind in natura auszufolgen sind. Insofern zeigt sich, dass das Ziel des Geldunterhalts letztlich nicht darin besteht, einen gleichsam abstrakten Geldbetrag festzulegen, sondern den Aufwand für die Bedarfsdeckung, der aus der Unterhaltspflicht resultiert, zu bewerten.

Vor diesem Hintergrund bewirkt die Familienbeihilfe zwar eine Entlastung des Unterhaltspflichtigen von der Unterhaltsverpflichtung, ist jedoch mit der Unterhaltspflicht selbst nicht direkt verknüpft: Dies zeigt sich daran, dass

- die Höhe der Familienbeihilfe nicht von der Höhe der Unterhaltsverpflichtung abhängt;
- die Finanzierung der Familienbeihilfe unabhängig von Leistungen des Unterhaltspflichtigen erfolgt;

- der Anspruch auf Familienbeihilfe nicht dem Unterhaltsverpflichteten zusteht, sondern jener Person, die den Haushalt führt, in dem das unterhaltsberechtignte Kind lebt, und zwar auch dann, wenn die anspruchsberechtigte Person nicht steuerpflichtig ist und sich nicht am Erwerbsprozess beteiligt.

Damit kommt der Familienbeihilfe im dualen System der Familienentlastung die Funktion zu, sicherzustellen, dass in jenem Haushalt, in dem das Kind lebt⁶⁷ ausreichend Geldmittel zur Verfügung stehen, um zumindest einen Teil der Ausgaben für die Sicherstellung des dem Regelbedarf zugrundeliegenden Warenkorbs zu tragen. Zu einer Entlastung des zur Zahlung von Geldunterhalt Verpflichteten kommt es – gewissermaßen in einem zweiten Schritt – erst dadurch, dass sie auf die Unterhaltsverpflichtung angerechnet wird, was auf Grund der Judikatur des VfGH zur Familienbesteuerung verfassungsrechtlich geboten ist. Sie wird durch den Kinderfreibetrag als steuerliche Maßnahme ergänzt, um die Verfassungskonformität des Steuertarifs und der daraus resultierenden Belastung zu gewährleisten.

Angesichts dieser Funktionszusammenhänge erweist sich die Familienbeihilfe in einem besonderen Licht, das für die Beurteilung der Exportpflicht von Bedeutung ist: Die Familienbeihilfe soll offensichtlich jene Person, in deren Haushalt das Kind wohnt, in die Lage versetzen, einen Teil jener Sachgüter und Dienstleistungen, die im Rahmen der Unterhaltspflicht maßgeblich sind, nicht aus seinen eigenen Mitteln, sondern mit Unterstützung und aus Mitteln der Allgemeinheit zu erwerben.

In Anbetracht dieses System, das im Zusammenwirken verschiedener Elemente zur verfassungsrechtlich erforderlichen teilweisen Refundierung des Regelbedarfs führt, ist es zwar funktional zutreffend, gleichzeitig jedoch zu oberflächlich, die Familienbeihilfe schlicht als (teilweise) *Unterhaltsrefundierung* zu qualifizieren: Innerhalb des differenzierten Systems Familienförderung, das in Österreich als Ergebnis der historischen Entwicklung heute etabliert ist, ist die Familienbeihilfe vielmehr als

⁶⁷ Die Familienbeihilfe steht primär jener Person zu, in deren Haushalt das Kind lebt; unterhaltswirksam wird sie erst im Wege der Anrechnung auf den Unterhalt!

(teilweise) Beihilfe zu den Ausgaben für die Beschaffung jener Sachgüter und Dienstleistungen zu qualifizieren, die im Regelbedarf betragsmäßig ausgedrückt und bewertet werden, der auf einem Warenkorb beruht.

4.1.3. Zu funktions- und systemwidrigen Verzerrungseffekten

Vor diesem Hintergrund ist allerdings evident, dass es zu funktions- und systemwidrigen Verzerrungen kommt, wenn die Familienbeihilfe unabhängig davon ob das Kind in Österreich oder in einem anderen Mitgliedsstaat des EWR oder der Schweiz wohnt, in betragsmäßig gleicher Höhe gewährt wird:

- Funktionsverfremdung der Familienbeihilfe:
obwohl die Familienbeihilfe nach dem Willen des Gesetzgebers und der Judikatur des VfGH funktional als Beihilfe zu den Ausgaben konkreter Bedarfsgüter konzipiert und gestaltet ist, kommt es bei Zahlung in Wohnländer von Kindern, in denen das materielle Wohlstandsniveau niedriger als in Österreich ist, dazu, dass die Entlastung in größerem Ausmaß erfolgt oder die Leistung sogar möglicherweise höher ist als der Aufwand für das Kind, als es der Fall wäre, wenn das Kind in Österreich wohnen würde. Damit wird die Familienbeihilfe bei undifferenziertem Export in Länder mit anderer Kaufkraft als Österreich ihrer Funktion nicht mehr gerecht: In Ländern mit niedriger Kaufkraft kommt es zu Förderungseffekten, die über die Entlastung hinausgehend, in Ländern mit höherer Kaufkraft ist das Ausmaß der Entlastung zu gering.
- Verzerrung der Freizügigkeitseffekte:
Damit verfehlt die derzeitige Handhabung die aus der Freizügigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit abzuleitenden Regelungsinhalte des Primärrechts⁶⁸: Aus den Grundfreiheiten ist zwar das Verbot

⁶⁸ Dass das Primärrecht einer Indexierung nach Auffassung der Brüssler Behörden nicht entgegensteht, hat das Angebot an das Vereinigte Königreich durch den Gipfel der Staats- und Regierungschefs vom 18. und 19.2.2016 gezeigt, das unter ande-

der Diskriminierung nach der Zugehörigkeit zu oder dem Wohnort in einem Mitgliedsstaat abzuleiten, was zweifellos auch die Verpflichtung einschließt, bei Angehörigen anderer Mitgliedsstaaten die aus dem Familienstatus erfließenden Lasten so auszugleichen als ob die Familienmitglieder in jenem Mitgliedsstaat wohnen, in dem der Rechtsanspruch besteht. Soweit die Belastung jedoch unbestreitbar vom Preisniveau jenes Landes abhängt, in dem das Kind wohnt, ist es zwingend, dass auch die Entlastung auf Aufwand und Kaufkraft in jenem Land zu beziehen ist, in dem das Kind wohnt. Wenn man diesen Effekt nicht korrigiert, treten entweder ein *förderbedingter Sog* oder durch eine zu geringe Entlastung eine *Einschränkung der Freizügigkeit* ein.

Dies ist vor dem Hintergrund des Primärrechts in jeglicher Hinsicht fragwürdig: Wird die Leistung in absolut unveränderter Höhe trotz unterschiedlicher Preisniveaus gewährt, kommt es entweder zu einer 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 Freizügigkeit verletzt.

- Sachwidrige Be- und Entlastungen:

Im Ergebnis treten damit a) sachwidrige Belastungen oder Entlastungen eines Landes ein, das mit der Familienleistung ein bestimmtes Regelungskonzept verfolgt, und ergeben sich b) sachwidrige Bevorzugungen oder Benachteiligungen von Unterhaltspflichtigen, die vom der Wohnort des Kindes abhängen. Beides ist durch das europäische Primärrecht weder gefordert noch gedeckt: Angesichts der erweislichen Funktionalität der Familienbeihilfe ist der von *Spiegel* konstatierte volkswirtschaftliche Umverteilungsbefund zwischen Ländern mit – in absoluten Zahlen gesehenen – unterschiedlichen Lohn- und Preisniveaus ausschließlich Effekt einer formal schematischen,

rem auf eine Indexierung von Familienleistungen gerichtet war, ohne dass Änderungen des Primärrechts für erforderlich erachtet wurden; vgl dazu Anlage 1 Abschnitt D Z 2 lit a) des Beschlusstextes.

materiell jedoch fehlgeleiteten Handhabungspraxis der sekundärrechtlichen Regelung.

4.2. Koordinierung

4.2.1. Gleichwertigkeit der Familienleistung

Die weiterführenden Überlegungen zeigen, dass die Familienleistung innerhalb der Leistungen der sozialen Sicherheit nicht eine Geldleistung (ähnlich etwa einer Pension) ist, sondern als Familienleistung eine festgelegte Funktion hat, die ausschließlich bezweckt, einen Teil jener Ausgaben zu ersetzen, die er für ein Kind hat. Angesichts dieser Funktion entspricht es dem „Geist und Wortlaut des Gemeinschaftsrechts“ nicht, die Familienbeihilfe ohne Rücksicht darauf zu exportieren, welche Kaufkraft dieser Betrag in jenem Land hat, in dem der Unterhaltsbedarf besteht. Es ist evident, dass das Ausmaß des Unterhaltsbeitrags vollkommen unterschiedlich ist, wenn die Leistung der Höhe nach unabhängig vom Preisniveau im Wohnland des Kindes gewährt wird: Der Wert des Unterhaltsbeitrags und der daraus resultierenden Entlastung ist in Abhängigkeit von der Kaufkraft des Betrags unterschiedlich groß, je nachdem ob das Preisniveau im Wohnland des Kindes höher oder niedriger ist als in Österreich.

bei einem undifferenzierten – weil nicht mit der Kaufkraft indexierten - Export der Familienbeihilfe entgegen

Angesichts dieser Zusammenhänge zeigt sich, dass dem Wortlaut, Sinn und Zweck von Artikel 67 der VO 883/2004, nach dem die Leistungen so zu gewähren sind, „als ob“ das Kind seinen Wohnort in Österreich hat, nur dann Rechnung getragen

wird, wenn die Unterhaltsentlastung in Form der Beteiligung an den Kosten des Regelbedarfs indexiert wird.⁶⁹ Ein undifferenzierter – weil nicht mit der Kaufkraft indexierter – Export der Familienbeihilfe wird dem Anspruch von Art 67 der VO 883/2004 hingegen nicht gerecht: Wenn die zur Bedarfsdeckung gewährte *Entlastung* unabhängig von der Höhe der zur Bedarfsdeckung erforderlichen *Belastung* gewährt wird, findet die Entlastung nicht so statt, „als ob“ das Kind in Österreich wäre, sondern stärker oder schwächer, je nach der Kraftkraftparität im Vergleich zu Österreich. Nur durch die Indexierung wird eine gleichmäßige Beteiligung an den Kosten der Bedarfsdeckung erreicht – eben so „als ob“ das Kind in Österreich wohnen würde.

Damit ist auch einem Einwand zu begegnen, der in der politischen Debatte regelmäßig gegen eine Indexierung vorgebracht wird, dass nämlich der Allgemeinheit „jedes Kind gleich viel wert sein müsse“: Die Gleichwertigkeit der öffentlichen Unterstützung für Kinder ist nämlich nur dann gewährleistet, wenn eine wertmäßige Indexierung erfolgt; die Zuerkennung des gleichen Betrags führt hingegen zu einer unterschiedlichen Wertigkeit der Unterstützungsleistung für Kinder!

4.2.2. *Koordinierung analog Sachleistungen*

Ansichts dieses Befundes ist es naheliegend, die Auslegung der europarechtlichen Regelungen in der bisherigen Handhabung und das darin manifeste Verständnis der Exportpflicht für Familienleistungen zu überprüfen und auf dieser Basis eine innerstaatliche Neuregelung vorzunehmen, die eine nichtdiskriminierende Gewährung der Familienbeihilfe bewirkt, indem der teilweise Unterhaltersatz mit jenem Wert in das Wohnland des Kindes exportiert wird, den er in Österreich hat.

Europarechtliche Anknüpfung ist die Erkenntnis, dass die Österreichische Familienbeihilfe innerhalb des Systems der VO 883/2004 nicht mit klassischen Geldleistungen (zB Pensionen) vergleichbar ist, weil damit der Funktion der Familienbeihilfe als

⁶⁹ Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass diese funktions- und systemverzerrenden Effekte unabhängig von der Staatsbürgerschaft des Unterhaltsberechtigten oder Unterhaltsverpflichteten eintreten.

eine an einen Warenkorb angelehnte Kostenerstattung nicht Rechnung getragen wäre: Während die anderen in Titel III der VO 883/2004 in Geld bemessenen Leistungen aus der sozialen Sicherheit auf geleisteten Beiträgen des Anspruchsberechtigten bzw seiner Angehörigen beruhen, die vom Einkommen bemessen und vom konkreten Bedarf unabhängig sind, wird die Familienbeihilfe unabhängig vom Einkommen und ausschließlich mit dem Zweck gewährt, einen konkreten Bedarf zu befriedigen: Voraussetzung für den Bezug von Familienbeihilfe ist weder der Bezug von Einkommen, noch die Zahlung von Beiträgen noch eine Steuerleistung, sondern alleine der Umstand, dass eine Person für das Kind sorgt. Dass es sich um eine von der Erwerbstätigkeit losgelöste Solidarleistung der Allgemeinheit handelt, zeigt sich auch daran, dass die Finanzierung über eine allgemeine Abgabe erfolgt, die – selbst wenn sie nach der Lohnsumme der Dienstgeber bemessen wird – vom individuellen Einkommen nicht abhängt, und auch Personen Familienbeihilfe beziehen, die kein Erwerbseinkommen haben und deren Lohn daher nicht in die Bemessung des Dienstgeberbeitrags einfließt.

Die Familienbeihilfe ist daher unzweifelhaft als in Geld ausgedrückte Unterstützung der Allgemeinheit zur Anschaffung konkreter Sachgüter und Dienstleistungen zu qualifizieren. Diesem Charakter entspricht es nicht, die für Geldleistungen in anderen Kapiteln von Titel III der VO 883/2004 festgelegten Regelungen anzuwenden, sondern die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung analog den Regeln jener Sachverhalte vorzunehmen, nach denen die Bedingungen des Aufenthaltsstaats maßgeblich sind: Ähnlich wie in der Krankenversicherung, wo zwar der Anspruch auf Anstaltspflege nach Österreichischem Recht zu beurteilen ist, die konkrete Ausgestaltung der Leistung jedoch von Umständen des Aufenthaltsstaats abhängt, ist die Unterhaltsentlastung zwar grundsätzlich nach dem Recht des Aufenthaltsstaats des unterhaltspflichtigen Anspruchsberechtigten zu beurteilen, doch muss die konkrete Ausgestaltung beispielsweise von den Preisen der Sachgüter und Dienstleistungen abhängen, die für die Erfüllung der Unterhaltspflicht erworben werden müssen.⁷⁰ Andernfalls würde man – wie dies derzeit der Fall ist – Ungleichbehandlungen in

⁷⁰ Eine analoge Anwendung der Koordinierung für die Krankenversicherung hält auch *Spiegel* bezüglich der Familien-Sachleistungen für möglich, aaO, 134.

Kauf nehmen, die vom Wohnland des Kindes abhängen, was der Freizügigkeit widerspricht.⁷¹

4.3. Gestaltungsüberlegungen

4.3.1. Nichtdiskriminierende Regelung

Folgt man diesen Überlegungen, ist für eine nichtdiskriminierende Gestaltung eine Regelung vorzusehen, die a) den Charakter der Familienbeihilfe als pauschale Kostenbeteiligung an der Bedarfsdeckung deutlich konturiert, b) den Anspruch auf Familienbeihilfe weder von der Staatsbürgerschaft des Kindes oder des Unterhaltspflichtigen noch am Wohnort des Kindes abhängig macht und c) den auf österreichische Verhältnisse abgestellten Pauschalwert in Abhängigkeit von den Kosten der Bedarfsdeckung zu zahlen, wenn diese im Ausland höher oder niedriger als in Österreich sein sollten.

Dem entsprechend sollte die Zahlung der Familienbeihilfe für Kinder, die nicht im Inland wohnen, entsprechend dem Preisniveau des Wohnlandes im Verhältnis zum österreichischen Preisniveau indexiert werden. Zur administrativen Umsetzung bietet sich an, die als Familienbeihilfe bezahlten Beträge unter Zugrundelegung der Kaufkraftparitäten anzupassen, die Eurostat jährlich erstellt.

Damit würde

- einerseits genau jene Entlastung vom Aufwand für die Deckung des Bedarfs bewirkt werden, die eintreten würde, wenn das Kind in Österreich wohnen würde (damit wäre der Wendung „als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedsstaat wohnen“ in Art 67 der VO 883/2004 Rechnung getragen),
- andererseits jedoch verhindert werden, dass systemwidrige Funktionsverzerrungseffekte alleine deswegen eintreten, weil die Zahlung unabhängig von der Höhe des Aufwands für die Bedarfsdeckung erfolgt.

⁷¹ Wenn beispielsweise das für die Erfüllung der Unterhaltspflicht erforderliche Brot in einem Staat mit niedrigerer oder höherer Kaufkraft als in Österreich eingekauft wird, ist es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung, wenn die Unterhaltsentlastung größer oder kleiner ist als in Österreich.

Diese Regelung müsste auf alle vergleichbaren Lebenssachverhalten unabhängig von der Staatsbürgerschaft des Unterhaltsberechtigten oder vom Wohnort des Kindes angewendet werden. Sie kann in Fällen, in denen das Kind in einem Land mit höheren als dem österreichischen Preisniveau wohnt, dazu führen, dass der Zahlungsbetrag im Vergleich zur derzeitigen Handhabung erhöht werden muss, und im Fall eines niedrigeren Preisniveaus zu einer Reduktion: Nur dadurch wird einerseits sichergestellt, dass der unterhaltsentlastende Effekt, der in der Kostenbeteiligung für die Bedarfsdeckung liegt, gleichmäßig eintritt, so „als ob“ das Kind in Österreich wohnen würde, gleichzeitig jedoch eine sachlich nicht gerechtfertigte Bevorzugung oder Benachteiligung bei von Leistungsbeziehern vermieden.

In Anwendung dieser Grundsätze würde eine nationale Regelung nicht nur dazu führen, dass die Leistung iSv Art 67 der VO 883/2004 so gewährt werden, „als ob“ das Kind in Österreich wohnen würde, sondern auch der Regelung in Art 7 der VO 883/2004 gerecht werden, weil die Familienbeihilfe nicht „gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht“ usw wird, sondern in genau jenem Wert gewährt wird, in dem sie für ein im Inland wohnendes Kind gewährt werden würde.

4.3.2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Unter europarechtlichen Gesichtspunkten ist zur Abrundung noch darauf hinzuweisen, dass sowohl dem in Art 3 EUV festgelegten Grundsatz der Nichtdiskriminierung als auch dem Art 5 EUV und Erwägungsgrund 45 der VO 883/2004 festgelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie der in Art 20 und 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC), die in Österreich Verfassungscharakter hat⁷² eine formal-schematische Beurteilung des Exports der Familienbeihilfe nicht gerecht wird. In all diesen Zusammenhängen ist nicht eine schematische Gleichbehandlung gefordert, sondern vielmehr materiell zu prüfen, ob Differenzierungen durch ein legitimes Regelungsziel gedeckt sind, das zur Differenzierung gewählte Mittel geeignet ist und das legitime Ziel nicht auch durch ein anderes, weniger differenzierendes Mittel erreicht werden könnte.

⁷² VfGH 14.03.2012, U 466/11, U 1836/11.

Wendet man diese Formel im vorliegenden Sachzusammenhang an, zeigt sich, dass die Familienbeihilfe als Unterstützung zur Anschaffung konkreter Bedarfsgüter gewährt wird, was ein legitimes Regelungsziel ist; eine Differenzierung nach der Kaufkraft geeignet ist, den Wert der Unterstützung unabhängig von Kaufkraft und Preisniveau in jenem Land sicherzustellen, in dem der Bedarf anfällt; und dass ein gelinderes Mittel zur Zielerreichung nicht ersichtlich ist. Dieser Befund ist zur Auslegung von Art 67 der VO 883/2004 wichtig:

Dass eine einem sachlichen Regelungsziel dienende, verhältnismäßige und daher nichtdiskriminierende Regelung europarechtlich unzulässig sei, kann angesichts der primärrechtlichen Grundsätze nach Auffassung des Verfassers europäischem Recht nicht ernstlich unterstellt werden. Selbst wenn man daher entgegen den bisherigen Ausführungen der Auffassung sein sollte, dass der Wortlaut von Art 67 der VO 883/2004 die Indexierung der Familienbeihilfe nicht decken sollte, müsste aus systematischen Gründen im Sinne einer primärrechts- und grundrechtskonformen Interpretation eine teleologische Reduktion des Wortlauts des Sekundärrechts mit dem Ergebnis erfolgen, dass eine Indexierung der Familienbeihilfe zulässig ist.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'A. Müller' or similar, written in a cursive style.

Wien, am 20. Februar 2017