

# MoveS seminar Austria

ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEIT: SEGEN ODER FLUCH – 50 JAHRE  
ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEITSVO

ARBEITNEHMERFREIZÜGIGKEIT UND FAMILIENLEISTUNGEN



WIRTSCHAFTS  
UNIVERSITÄT  
WIEN VIENNA  
UNIVERSITY OF  
ECONOMICS  
AND BUSINESS

o.Univ.-Prof. Dr. Franz Marhold



- **Koordinierungsgrundsätze gelten auch für Familienleistungen**
  - *Beschäftigungslandprinzip (Sondertatbestand Art 67 VO 883/2004)*
  - *Prioritätsregeln (Art 68 VO 883/2004)*
  - *Zusammenrechnung der Zeiten*
  - *Leistungsexport*
  - *Diskriminierungsverbot*
- *Österreichische Familienbeihilfe (§ 2 ff FLAG) und Kinderabsetzbetrag (§ 33 Abs 3 EStG) = **Familienleistungen** iSv Art 1 lit z VO 883/2004, daher sind folgende Rechtsgrundlagen zu beachten:*

## **VO Nr. 3/58, Artikel 40 Abs 1**

*„Hat ein im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats beschäftigter Arbeitnehmer oder ihm Gleichgestellter Kinder, die im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen oder erzogen werden, so hat er für diese Kinder Anspruch auf Familienbeihilfen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, und zwar **bis zur Höhe der Beihilfen, die nach den Rechtsvorschriften des zweiten Staates gewährt werden.**“*

## **Art 73 VO 1408/71 iVm Anhang VI der VO bzgl Frankreich**

*Anspruch auf Familienleistungen „nach den Rechtsvorschriften des Staates, **in dessen Gebiet diese Familienangehörigen wohnen**“*

- **Grundfreiheiten, insb Art 45 AEUV**
- **Sekundärrecht, insb VO 883/2004 und VO 987/2009**
  - Art 1 lit z VO 883/2004
  - **Familienleistungen** sind „alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach dem Anhang I.“
  - Art 67 VO 883/2004
  - **Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen**
    - „Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, **als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden.** [...]“

- **Basierend auf Gutachten (ErläutRV 111 BlgNR 26. GP 1)**

[https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I\\_00111/fname\\_692212.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00111/fname_692212.pdf)

- **Aufbau des Gutachtens**

- Zusammenfassung der Ergebnisse (2 Seiten)
- Auseinandersetzung mit Unionsrecht (8 Seiten)
- Österreichisches Recht (15 Seiten)
  - *FLAG: Historische Entwicklung, Erklärung des dualen Systems, Jud des VfGH zu Steuergerechtigkeit*
  - *Judikatur des OGH zum Unterhaltsrecht*
- Auswertung (9 Seiten, davon ca die Hälfte in Zsh mit Unionsrecht)
- Gestaltungsüberlegungen (2,5 Seiten)

# Koen Lenaerts, Präsident des EuGH, Interview Wiener Zeitung vom 11.1.2018

- Die **Einheitlichkeit des Unionsrechts** muss auch dabei beachtet werden. Die **Garantie der Gleichheit** der Mitgliedstaaten und der Bürger muss gewahrt bleiben, deswegen kann es keine Auslegung für einzelne Mitgliedstaaten geben. Ob die britische Regelung rechtmäßig gewesen wäre oder nicht, ist nie überprüft worden, weil die Vereinbarung - nach dem Brexit-Referendum - hinfällig wurde. Ein Gericht macht immer nur Aussagen in Bezug auf einen konkreten Fall.[...]
- Es gibt eine Auslegung des EuGH von 1986 zu den Vorschriften über Familienbeihilfe, wonach sich das **Sozialversicherungssystem eines Mitgliedstaats nicht bereichern darf durch den Umstand, dass die Kinder des Arbeitnehmers in einem anderen Mitgliedstaat mit niedrigeren Kosten wohnen.**
- Damals ging es um einen Italiener, der in Frankreich arbeitete und dessen Kinder in Italien wohnten, wo Lebenskosten und Familienbeihilfe niedriger waren. Doch der Arbeitnehmer hat das Recht auf Beihilfe in Frankreich erworben und zahlte dort die gleichen Beiträge für Steuern und Sozialversicherung wie ein französischer Kollege. Hätte er weniger Geld bekommen, wäre zur Trennung von der Familie auch noch ein finanzieller Verlust hinzugekommen. Deswegen haben die Richter damals geurteilt, dass die Leistung nicht nach dem Aufenthaltsort der Kinder berechnet werden darf.
- ([https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/europa/europaeische\\_union/940351\\_Interveniert-hat-bei-mir-noch-nie-jemand.html](https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/europa/europaeische_union/940351_Interveniert-hat-bei-mir-noch-nie-jemand.html))

- EuGH 15.1.1986, C-41/84, *Pinna I*, EU:C:1986:1 Rz 24

*„Dies ist namentlich der Fall, wenn das Kriterium des Artikels 73 Absatz 2 dazu verwendet wird, die Rechtsvorschriften zu bestimmen, die auf die einem Wanderarbeitnehmer zustehenden Familienleistungen Anwendung finden. Obwohl die französischen Rechtsvorschriften den Anspruch eines in Frankreich beschäftigten französischen Arbeitnehmers auf Familienleistungen in der Regel nach demselben Kriterium bestimmen, hat dieses Kriterium für diese Kategorie von Arbeitnehmern keineswegs dieselbe Bedeutung, denn das Problem, daß die Familienangehörigen außerhalb Frankreichs wohnen, stellt sich im wesentlichen für die Wanderarbeitnehmer. **Deshalb ist dieses Kriterium nicht geeignet, die durch Artikel 48 EWG- Vertrag vorgeschriebene Gleichbehandlung zu gewährleisten, und darf somit im Rahmen der Koordinierung der nationalen Rechtsvorschriften, die in Artikel 51 EWG-Vertrag vorgesehen ist, um die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft gemäß Artikel 48 zu fördern, nicht angewandt werden.**“*

- EuGH 10.10.1996, C-245/94, *Hoever und Zachow*, EU:C:1996:379, Rz 34

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



- Funktion der Fam.-Beihilfe: **Ziel sei nicht Geldunterhalt sondern Bedarfsdeckung** und daher Abstrakt zu bewerten
- **Verzerrung der Freizügigkeitseffekte** durch Umverteilung (förderungsbedingter Sog oder Einschränkung)
- Verweis auf Gipfel der Staats- und Regierungschefs (**Angebot an GB**)
- Ad **Koordinierung**:
  - Familienbeihilfe **keine Geldleistung**, sondern Bedarfsdeckung, daher entspräche Indexierung dem „Geist und Wortlaut des Gemeinschaftsrechts“ (S 36)
  - **Analogie zu Sachleistungen**, da nicht mit klassischer Geldleistung der VO 883/2004 vergleichbar

36

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

- Nahezu **gänzlicher Verzicht auf einschlägige Literatur**

- 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* (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht<sup>7</sup> (2018) Vor Art 67 der Verordnung (EG) Nr 883/2004 Rz 3; *ders*, Das neue Sozialrecht der EU (2005) 59; *Pennings*, European Social Security Law<sup>6</sup> (2015) 225; *Dern* in *Schreiber/Wunder/Dern* (Hrsg.), VO (EG) Nr. 883/ 2004 (2012) Art 67 Rz 1; *Brosius-Gersdorf* in *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (2016) § 31 Rz 79; *Thüsing/Hütter*, Kindergeld und Europarecht: Welcher Handlungsspielraum besteht? NZS 2016, 411 (413); *Schrammel/Windisch-Graetz*, Europäisches Arbeits- und Sozialrecht<sup>2</sup> (2018) 296.
- *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*, Die geplante Indexierung aus unionsrechtlicher Sicht, ASoK 2018, 90; *Laudacher*, Unionsrechtswidrige Indexierung der Familienleistungen, SWK 10/2018, 480 (483 ff);

- Verkenntung des Prinzips der **autonomen Interpretation**

- Uminterpretation der Gleichstellung ohne normative Anhaltspunkte – ahistorische Deutung der KoordinierungsVO



- **Keine Auseinandersetzung mit:**

- **Art 7 VO 1612/68 bzw 492/2011 (Freizügigkeits-VO)**

- (1) *Ein Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, darf **aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen**, insbesondere im Hinblick auf Entlohnung, Kündigung und, falls er arbeitslos geworden ist, im Hinblick auf berufliche Wiedereingliederung oder Wiedereinstellung, **nicht anders behandelt** werden als die inländischen Arbeitnehmer.*
- (2) *Er genießt dort die **gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer**.*
- (3) *Er kann mit dem gleichen Recht und unter den gleichen Bedingungen wie die inländischen Arbeitnehmer Berufsschulen und Umschulungszentren in Anspruch nehmen.*
- (4) *Alle Bestimmungen in Tarif- oder Einzelarbeitsverträgen oder sonstigen Kollektivvereinbarungen betreffend Zugang zur Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeits- und Kündigungsbedingungen sind von Rechts wegen nichtig, soweit sie für Arbeitnehmer, die Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten sind, diskriminierende Bedingungen vorsehen oder zulassen.*

- **Artikel 12 ESC**

- Um die **wirksame Ausübung des Rechts auf Soziale Sicherheit zu gewährleisten**, verpflichten sich die Vertragsparteien,
  - 1. ein System der Sozialen Sicherheit einzuführen oder beizubehalten;
  - 2. das System der Sozialen Sicherheit auf einem befriedigenden Stand zu halten, der zumindest dem entspricht, der für die Ratifikation der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit erforderlich ist;
  - 3. sich zu bemühen, das System der Sozialen Sicherheit fortschreitend auf einen höheren Stand zu bringen;
  - 4. durch den Abschluss geeigneter zwei- oder mehrseitiger Übereinkünfte oder durch andere Mittel und nach Maßgabe der in diesen Übereinkünften niedergelegten Bedingungen Maßnahmen zu ergreifen, die Folgendes gewährleisten:
    - a) die **Gleichbehandlung der Staatsangehörigen anderer Vertragsparteien mit ihren eigenen Staatsangehörigen hinsichtlich der Ansprüche aus der Sozialen Sicherheit** einschließlich der Wahrung der nach den Rechtsvorschriften der Sozialen Sicherheit erwachsenen Leistungsansprüche, **gleichviel wo die geschützten Personen innerhalb der Hoheitsgebiete der Vertragsparteien ihren Aufenthalt nehmen**;
    - b) die Gewährung, die Erhaltung und das Wiederaufleben von Ansprüchen aus der Sozialen Sicherheit, beispielsweise durch die Zusammenrechnung von Versicherungs- und Beschäftigungszeiten, die nach den Rechtsvorschriften jeder der Vertragsparteien zurückgelegt wurden.

- **Verzicht auf Auseinandersetzung mit den Leitentscheidungen des EuGH (*Pinna I*)** – Judikatur kaum berücksichtigt
- **Anknüpfung an das Unterhaltsrecht** ohne Berücksichtigung des Personalstatuts
- **Analogiefähigkeit** aufgrund fehlender planwidriger Lücke **nicht gegeben** – unterschiedliche unionsrechtliche Anknüpfung

## 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 Versuch<sup>18</sup> ab-

14

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 Fassung<sup>19</sup> 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.

# Folgenabschätzung im Falle der Beibehaltung der geplanten Änderungen

- **Anwendungsvorrang des Unionsrechts**

- Dem **Unionsrecht widersprechende** Regelungen müssen **unangewendet** bleiben (Art 4 Abs 3 EUV, Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit) Vgl auch EuGH 28.6.2001, C-118/00, *Larsy* Rz 52; *Berger*, Organisation und Verfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union, 163 f.
- Art 67 VO 883/2004 ist unmittelbar anwendbar (Art 288 Abs 2 AEUV)
- Zutreffend auf § 8a FLAG, § 33 Abs 3 EStG in der geplanten Form

- **Acte clair**

- Keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses, die für eine **Rechtfertigung** sprächen
- **Staatshaftungsansprüche** zugunsten der Familienleistungsbezieher bei hinreichend qualifiziertem Verstoß denkbar (vgl EuGH 5.3.1996, C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*)

- **EU Kommission**

- Anfragebeantwortung vom 20.3.2018, Verweis auf Anfrage E-001852/2017: „mobile Arbeitnehmer [haben] Anspruch auf das gleiche Kindergeld wie lokale Arbeitnehmer, und zwar unabhängig davon, wo die betroffenen Kinder wohnen.“
- Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens in Aussicht gestellt
- ([http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-000191-ASW\\_DE.html?redirect](http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2018-000191-ASW_DE.html?redirect))

- **Kollektives Beschwerdeverfahren** nach **Zusatzprotokollen zur ESC** vor dem **Europ. Ausschuss für soziale Rechte**

# Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



VIENNA UNIVERSITY OF  
ECONOMICS AND BUSINESS

**Institut für Österreichisches und  
Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht**  
Welthandelsplatz 1, Gebäude D3  
A-1020 Wien  
Österreich

**o.UNIV.-PROF. DR. Franz MARHOLD**

T +43-1-313 36-4640  
F +43-1-313 36-90-4640  
franz.marhold@wu.ac.at  
www.wu.ac.at