



Ausarbeitung

**Zur EU-Konformität der Bundesratsinitiative des Freistaates Bayern
zur Änderung des Kindergeldrechts**

Zur EU-Konformität der Bundesratsinitiative des Freistaates Bayern zur Änderung des Kindergeldrechts

Aktenzeichen: PE 6 - 3000 - 88/18
Abschluss der Arbeit: 14. Juni 2018
Fachbereich: PE 6: Fachbereich Europa

Die Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten des Fachbereichs Europa geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegen, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab der Fachbereichsleitung anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen. Diese Ausarbeitung dient lediglich der bundestagsinternen Unterrichtung, von einer Weiterleitung an externe Stellen ist abzusehen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung und Fragestellung	4
2.	Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Familienbeihilfe für Kinder, die im EU-Ausland leben	5
2.1.	In Bezug auf das österreichische Recht der Familienbeihilfe	5
2.2.	In Bezug auf das einschlägige Unionsrecht	6
2.2.1.	Vorgeschlagene neue Auslegung des Art. 67 S. 1 VO 883/2004	7
2.2.2.	Primärrechtskonforme Auslegung und teleologische Reduktion des Wortlauts von Art. 67 S. 1 VO 883/2004	9
2.2.2.1.	Zur Verfehlung primärrechtlicher Regelungsgehalte	10
2.2.2.2.	Zur Vereinbarkeit einer Indexierungsregelung mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit	11
2.2.2.3.	Zur teleologischen Reduktion des Wortlauts des Art. 67 S. 1 VO 883/2004	12
2.3.	Ergebnis	14
3.	Österreichischen Regierungsvorlage zur Indexierung der Familienbeihilfe für im EU-Ausland lebende Kinder	14
3.1.	Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit	15
3.2.	Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit	16
3.3.	Ergebnis	17
4.	Bayerische Bundesratsinitiative	18

1. Einleitung und Fragestellung

Nur wenige Tage, nachdem die österreichische Regierung eine Gesetzesvorlage zur Indexierung der österreichischen Familienbeihilfe für im EU-Ausland lebende Kinder in den Nationalrat einbrachte,¹ hat auch der Freistaat Bayern eine Bundesratsinitiative zur Änderung des Kindergeldrechts vorgelegt.² Danach soll Kindergeld für Kinder mit Wohnsitz im EU-Ausland nur gezahlt werden, „*soweit dies nach den Verhältnissen im Wohnsitzstaat des Kindes notwendig und angemessen ist.*“³

Begründet wird die bayerische Bundesratsinitiative u. a. mit dem Hinweis, dass es bei Zahlungen des Kindergeldes für Kinder, die in EU-ausländischen Wohnsitzländern mit deutlich niedrigerem Lebenshaltungskosten leben, „*zu Überkompensationen [kommt], die mit dem europäischen Recht auf Freizügigkeit weder beabsichtigt waren noch zu rechtfertigen sind.*“⁴ Zur Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Änderungen mit Unionsrecht wird darauf verwiesen, dass die Wohnsitzfiktion in Art. 67 S. 1 der Verordnung Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit⁵ es nicht erfordere, „*dass auch die Höhe des Kindergeldbetrags gleich sein muss. Durch die Formulierung ‚als ob‘ soll sichergestellt werden, dass die Höhe von Familienleistungen für in einem anderen EU-Mitgliedstaat wohnende Familienangehörige materiell (=Wert) jener von Familienleistungen für im Inland wohnende Familienangehörige entspricht. Die Auszahlung des gleichen Betrags ist demgegenüber nicht notwendig. Mithin gestattet die VO (EG) 883/2004 eine Indexierung des Kindergeldes.*“⁶

In der Begründung lehnt sich die Bayerische Bundesratsinitiative damit eng an den österreichischen Regierungsvorschlag zur Indexierung der österreichischen Familienbeihilfe an,⁷ der sich

¹ Siehe hierzu die auf den Seiten des österreichischen Parlaments abrufbaren Dokumente zur entsprechenden Regierungsvorlage, die am 2. Mai 2018 eingebracht wurde, unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00111/index.shtml (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

² Gesetzesantrag des Freistaates Bayern vom 7. Mai 2018, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Kindergeldrechts, BR-Drs. 171/18, online abrufbar unter https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2018/0101-0200/171-18.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

³ Vgl. die Formulierung der vorgeschlagenen Änderungen im Gesetzesantrag des Freistaates Bayern (Fn. 2), die jeweils § 66 Abs. 1 EStG und § 6 Abs. 1 BKKG angefügt werden sollen.

⁴ Gesetzesantrag des Freistaates Bayern (Fn. 2), A. Problem und Ziel, S. 1.

⁵ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl.EU 2004 Nr. L 166/1, letzte konsolidierte Fassung online abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:02004R0883-20170411&qid=1520776816500&from=DE> (letztmaliger Abruf am 14.06.18). Im Folgenden: Koordinierungsverordnung oder VO 883/2004.

⁶ Gesetzesantrag des Freistaates Bayern (Fn. 2), Begründung, A. IV, S. 3.

⁷ Vgl. die Erläuterungen zur österreichischen Regierungsvorlage, S. 2 ff., online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00111/fname_692212.pdf (letztmaliger Abruf am 14.06.18). Siehe dazu auch die Ausführungen des bayerischen Justizministers *Bausback* in der 968. Sitzung des Bundesrates vom 8.06.2018, in welcher er zu dem Gesetzesantrag ausführte

seinerseits in rechtlicher Hinsicht auf ein für das österreichische Bundesministerium für Finanzen erstelltes Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Familienbeihilfe für Kinder, die im EU-Ausland leben, stützt.⁸ In diesem wird ein solches Vorhaben auf seine EU-Konformität untersucht und insbesondere als mit Art. 67 S. 1 VO 883/2004 vereinbar angesehen.⁹

Der Fachbereich wird im Hinblick auf die bayerische Bundesratsinitiative um die Beantwortung der Frage ersucht, ob diese mit dem europäischen Recht konform ist.

Mit Blick auf den engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der österreichischen Gesetzesvorlage zur Indexierung der Familienbeihilfe für Kinder sowie dem Rechtsgutachten, auf welchem diese maßgeblich beruht, soll zunächst die Argumentation im Rechtsgutachten einer näheren Betrachtung unterzogen werden (2.). Anschließend ist auf die weiteren Gesichtspunkte einzugehen, die in der Begründung der österreichischen Regierungsvorlage zur ihrer Unionsrechtskonformität genannt werden (3.). Abschließend wird dann die Bayerische Bundesratsinitiative auf ihre EU-Konformität untersucht (4.).

Diesem Gutachten als Anlagen beigelegt sind drei weitere Ausarbeitungen des Fachbereichs, die Fragen zu etwaigen Änderungen der deutschen Kindergeldvorschriften behandeln und auf die an passenden Stellen verwiesen wird.¹⁰

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

Das Rechtsgutachten beruht auf zwei Argumentationslinien, die einander bedingen. Die eine betrifft das österreichische Recht der Familienbeihilfe (2.1.), die andere das einschlägige Unionsrecht (2.2.).

2.1. In Bezug auf das österreichische Recht der Familienbeihilfe

Ausgangspunkt für die Forderung des Rechtsgutachtens nach Indexierung der Familienbeihilfe für im EU-Ausland lebende Kinder ist die (funktionale) Qualifizierung dieser Leistung des österreichischen Rechts als *„(teilweise) Beihilfe zu den Ausgaben für die Beschaffung jener Sachgüter*

⁸ Vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage, Besonderer Teil, S. 1 f., (im Folgenden: Regierungserläuterungen) online abrufbar unter https://www.parlament.gov.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00111/fname_692212.pdf (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

⁹ Rechtsgutachten zur Neugestaltung der Familienbeihilfe für Kinder, die im EU-Ausland leben, erstattet von Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal für das BM für Finanzen, Wien 2017 (im Folgenden: Rechtsgutachten), vgl. S. 4 (Fazit), sowie S. 39 ff. Vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Online abrufbar unter http://www.oif.ac.at/fileadmin/OEIF/andere_Publikationen/Rechtsgutachten_Neugestaltung_Familienbeihilfe_Kinder_EU-Ausland.pdf (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

¹⁰ Es handelt sich um die Ausarbeitungen PE 6 – 3000 – 8/14 vom 25.6.2014 mit dem Titel „Kürzungen des Kindergeldes und EU-Recht“ (im Folgenden: Gutachten 8/14), PE 6 – 3000 – 71/16 vom 29.4.2016 mit dem Titel „Kürzungen des Kindergeldes im Lichte des EU-Rechts“ (im Folgenden: Gutachten 71/16), und PE – 3000 – 40/18 vom 13.03.2018 mit dem Titel „Einschränkungen beim Kindergeld für im Ausland lebende Kinder von Angehörigen anderer EU-Mitgliedstaaten im Lichte des Unionsrechts“ (im Folgenden: Gutachten 40/18).

und Dienstleistungen [...], die im Regelbedarf betragsmäßig ausgedrückt und bewertet werden, der auf einem Warenkorb beruht.“¹¹ Sie stehe – ungeachtet einer fehlenden direkten Verknüpfung – in einem engen Zusammenhang mit der gegenüber Kindern bestehenden Unterhaltspflicht und soll als Unterhaltsentlastung sicherstellen, „dass in jenem Haushalt, in dem das Kind lebt ausreichend Geldmittel zur Verfügung stehen, um zumindest einen Teil der Ausgaben für die Sicherstellung des dem Regelbedarf zugrundeliegenden Warenkorbs zu tragen.“¹² Es handele sich funktionsmäßig um „eine an den Warenkorb angelehnte Kostenerstattung“.¹³

Nach dem Rechtsgutachten ist Folge dieser Qualifizierung, dass das Wohlstandsniveau der EU-ausländischen Wohnländer bei der Leistungshöhe zu berücksichtigen sei, da es andernfalls zu „funktions- und systemwidrigen Verzerrungseffekten [...]“ in Bezug auf die Familienbeihilfe komme.¹⁴ Je nach Wohlstandsniveau der Wohnländer könne das Ausmaß der Entlastung zu groß (bei niedrigerem Niveau als in Österreich) oder zu niedrig sein (bei höherem Niveau als in Österreich).¹⁵

Ob diese Qualifizierung der Familienbeihilfe dem geltenden österreichischen Recht entspricht und ob die angenommenen Verzerrungseffekte bei ausbleibender Indexierung als nach nationalem Recht systemwidrig anzusehen sind, wird hier nicht weiter untersucht. Vielmehr soll diese Rechtsauffassung für die vorliegende Ausarbeitung zugrunde gelegt werden.

2.2. In Bezug auf das einschlägige Unionsrecht

Zwar wird in den Ausführungen zum einschlägigen Unionsrecht des Rechtsgutachtens zunächst zutreffend darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung der Unionsgerichte zur Koordinierung von Familienleistungen sowohl auf Grundlage der geltenden Koordinierungsverordnung 883/2004 als auch der Vorgängerverordnung Nr. 1408/71¹⁶ bisher jede „direkt oder indirekt auf den Wohnsitz eines Anspruchsberechtigten Bezug nehmende Leistungsdifferenzierung“ als unionsrechtlich unzulässig angesehen hat.¹⁷ Der nach geltendem Recht einschlägige Art. 67 S. 1

¹¹ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 34.

¹² Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 32 f. Vgl. auch Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 1 f.

¹³ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 38.

¹⁴ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 34. Vgl. auch Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 2.

¹⁵ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 34. Vgl. auch Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 2.

¹⁶ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABL.EG 1971 Nr. L 149/2 (letzte konsolidierte Fassung abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1971R1408:20080707:DE:PDF> – letztmalig am 25.03.14).

¹⁷ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 13 f., 31.

VO 883/2004 mit der offiziellen Überschrift „*Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen*“ lautet:

„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.“¹⁸

Mit Blick auf die in dem Rechtsgutachten vorgenommene Qualifizierung der österreichischen Familienbeihilfe und die Wortfolge „als ob“ in der oben zitierten Vorschrift wird in dem Rechtsgutachten dennoch eine neue Auslegung dieser Bestimmung vorgeschlagen, nach der eine Indexierung möglich sein soll (2.2.1.).¹⁹ Eine solche Auslegung sei im Lichte der primärrechtlichen Regelungsgehalte der Freizügigkeit sowie der personenbezogenen Grundfreiheiten geboten. Soweit sie als mit dem Wortlaut des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 nicht vereinbar angesehen werden könne, sei dieser im Sinne einer „*primärrechts- und grundrechtskonformen Interpretation*“ teleologisch zu reduzieren (2.2.2.).²⁰

Im Folgenden werden die dem Rechtsgutachten zugrunde liegenden Annahmen nicht nur dargestellt, sondern auch einer kritischen Würdigung unterzogen.

2.2.1. Vorgeschlagene neue Auslegung des Art. 67 S. 1 VO 883/2004

Ausgangspunkt für den neuen Auslegungsvorschlag zu Art. 67 S. 1 VO 883/2004 ist die dem Rechtsgutachten zugrunde liegende Qualifizierung der österreichischen Familienbeihilfe in funktionaler Hinsicht als „*eine an den Warenkorb angelehnte Kostenerstattung*“.²¹ Das Bestehen des Anspruchs im Sinne des Art. 67 S. 1 VO 883/2004, „*als ob*“ das betreffende Kind in Österreich wohnen würde, bedeute danach, dass diese Leistung immer entsprechend der an den jeweiligen Warenkorb angelehnten Kostenbelastung zu gewähren sei. Den Maßstab hierfür bilde der österreichische Warenkorb bzw. die an diesen angelehnte Höhe der Kostenerstattung.²² Im Rechtsgutachten heißt es hierzu u. a., dass nur „*durch die Indexierung [...] eine gleichmäßige Beteiligung an den Kosten der Bedarfsdeckung erreicht [wird] – eben so ‚als ob‘ das Kind in Österreich wohnen*

¹⁸ Der Wortlaut der Vorgängerregelung in Art. 73 der VO 1408/71 (Fn. 16) lautete „*Ein Arbeitnehmer oder ein Selbständiger, der den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats unterliegt, hat, vorbehaltlich der Bestimmungen in Anhang VI, für seine Familienangehörigen, die im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des ersten Staates, als ob diese Familienangehörigen im Gebiet dieses Staates wohnten.*“

¹⁹ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 31, 36 f., 39. Vgl. auch Vgl. auch Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 1, 2.

²⁰ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 41. Vgl. auch Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 2.

²¹ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 38.

²² Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 36 f.

würde.“²³ Lediglich dann werde dem „*Wortlaut, Sinn und Zweck von Artikel 67 der VO 883/2004 [...] Rechnung getragen.*“²⁴

Dies ist nach dem bisherigen Verständnis dieser Bestimmung bzw. der Koordinierungsregelungen zu Familienleistungen jedoch äußerst fraglich:

Zum Sinn und Zweck der Vorgängerbestimmung in Art. 73 VO 1408/71, die hinsichtlich der „als-ob“-Wortfolge in gleicher Weise formuliert war,²⁵ hat der EuGH ausgeführt, dass sie vor allem verhindern sollte, „*dass ein Mitgliedstaat die Gewährung oder die Höhe von Familienleistungen davon abhängig machen kann, dass die Familienangehörigen [...] in dem die Leistung erbringenden Mitgliedstaat wohnen*“.²⁶ Erfasst wurde mit dieser Vorschrift somit nicht nur der Ausschluss einer Familienleistung aufgrund des Wohnsitzes, sondern auch Änderungen der Höhe.

Zwar hat der EuGH dies für Art. 67 S. 1 VO 883/2004 – soweit ersichtlich – in dieser Klarheit noch nicht bestätigt. Im Hinblick auf die Wohnsitz-Fiktion, die dem „als-ob“-Nebensatz zugrunde liegt, hat der Gerichtshof allerdings ausgeführt, dass sie „*zur Folge hat, dass eine Person Anspruch auf Familienleistungen für Familienangehörige, die in einem anderen als dem für die Gewährung dieser Leistungen zuständigen Mitgliedstaat wohnen, so erheben kann, als würden sie in dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen.*“²⁷ Es ist daher davon auszugehen, dass Art. 67 S. 1 VO 883/2004 in der gleichen Weise zu verstehen ist wie die Vorgängerbestimmung in Art. 73 VO 1408/71:²⁸ Die im EU-Ausland lebenden Familienangehörigen sind hinsichtlich der Leistungsgewährung *und* der Leistungshöhe so zu behandeln, als wenn sie in dem leistungsgewährenden (zuständigen) Mitgliedstaat wohnen würden. Dies wird auch deutlich an den im Schrifttum allgemein zu Indexierungsvorschlägen vertretenen Auffassungen, wonach diese (zumindest) mit dem derzeitigen Sekundärrecht nicht zu vereinbaren seien.²⁹

²³ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 37.

²⁴ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 36. Vgl. auch Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 2.

²⁵ Siehe oben Fn. 18.

²⁶ EuGH, Urt. v. 5.10.1995, Rs. C-321/93 (Imbernon Martínez), Rn. 21 (Hervorhebung durch Verfasser); EuGH, Urt. v. 10.10.1996, verb. Rs. C-245/94 u. C-312/94 (Hoever und Zachow), Rn. 34.

²⁷ EuGH, Urt. v. 22.10.2015, Rs. C-378/14 (Trapkowski), Rn. 35 (Hervorhebung durch Verfasser).

²⁸ Vgl. aus dem Schrifttum etwa *Dern*, in: Schreiber/Wunder/Dern, VO (EG) 883/2004, 2012, Art. 67, Rn. 1; *Igl*, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 6. Aufl. 2013, Vorbem. zu Kap. 8 der VO 883/2004 – Familienleistungen, Rn. 7.

²⁹ Siehe bspw. *Hohnerlein*, Kindergeld zwischen europäischem und deutschem Recht, ZESAR 2018, S. 157 (161 f.); *Devetzi*, Familienleistungen im Kontext der Freizügigkeit: Rechtsprechung und aktuelle Entwicklungen, NZS 2017, S. 881 (885 f.); *Thüsing/Hütter*, Kindergeld und Europarecht: Welcher Handlungsspielraum besteht?, NZS 2016, S. 411 f. Siehe auch *Marhold*, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, Vorbem. zu Kap. 8 der VO 883/2004 – Familienleistungen, Rn. 3.

Hierfür spricht schließlich auch Art. 7 VO 883/2004, die allgemeine Vorschrift zur Aufhebung von Wohnortklauseln. Danach dürfen – vorbehaltlich ausdrücklicher Ausnahmen in der Koordinierungsverordnung – Geldleistungen nicht „*aufgrund der Tatsache gekürzt, geändert, zum Ruhen gebracht, entzogen oder beschlagnahmt werden, dass der Berechtigte oder seine Familienangehörigen in einem anderen als dem Mitgliedstaat wohnt bzw. wohnen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.*“ Nicht nur enthält Art. 67 VO 883/2004 eine solche Ausnahme gerade nicht. Von dem eben beschriebenen Verständnis dieser Vorschrift bzw. seiner Wohnsitzfiktion ausgehend, wird im Schrifttum sogar die Ansicht vertreten, dass ihm kein eigenständiger Regelungsgehalt zukomme, da wohnsitzbedingte Leistungskürzungen bereits aufgrund von Art. 7 VO 883/2004 ausgeschlossen seien.³⁰ Ungeachtet der eigenständigen Bedeutung des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 folgt hieraus jedenfalls, dass eine Kürzung von Familienleistungen im Zusammenhang mit dem Wohnsitz der Familienangehörigen auf Grundlage der VO 883/2004 nicht zulässig ist.³¹

Vor diesem Hintergrund ist nicht erkennbar, wie der neue Auslegungsvorschlag mit „*Wortlaut, Sinn und Zweck*“ des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 vereinbart werden kann. Selbst wenn man – dem Rechtsgutachten folgend – davon ausgeht, dass eine entsprechende österreichische Vorschrift zur Indexierung der Familienleistung so formuliert werden könnte, dass sie nicht nur auf eine Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit von Anspruchsinhaber und dem jeweiligen Familienangehörigen verzichtet, sondern formal auch nicht auf den Wohnsitz des Letztgenannten abstellt,³² wäre dies keine Lösung. Denn im Ergebnis soll eine solche Regelung nämlich doch dazu führen, dass die Familienleistung bei EU-ausländischem Wohnsitz infolge der Indexierung in der Höhe geändert wird und der Anspruch damit eben nicht so erhoben werden kann, als würden die betreffenden Kinder in dem zuständigen Mitgliedstaat wohnen. Letztlich führt jede Indexierung in der Konsequenz dazu, dass die Wohnsitzfiktion des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 ins Leere läuft und daher mit dieser Vorschrift unvereinbar ist.

2.2.2. Primärrechtskonforme Auslegung und teleologische Reduktion des Wortlauts von Art. 67 S. 1 VO 883/2004

Zur Untermauerung des Auslegungsvorschlags wird in dem Rechtsgutachten unter verschiedenen Gesichtspunkten das Primärrecht bemüht. Zum einen wird die Auffassung vertreten, dass das einer Indexierung entgegenstehende Koordinationsrecht der Verordnung „*die aus der Freizü-*

³⁰ So etwa *Dern*, in: Schreiber/Wunder/Dern (Fn. 28), Art. 67, Rn. 1.

³¹ Davon zu unterscheiden sind die in Art. 68 VO 883/2004 enthaltenen Prioritätsregeln, die im Fall des Zusammentreffens von Familienleistungen mehrerer Mitgliedstaaten eine Kürzung etc. vorsehen. So etwa wenn auch nach dem Recht des Wohnlandes Familienleistungen zu gewähren sind. Diese Konstellation spielt für die hier erörterten Fragen keine Rolle.

³² Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 39. Die österreichische Regierungsvorlage knüpft indes ausdrücklich an den ständigen Aufenthalt in einem anderen EU-Mitgliedstaat an, vgl. Art. 1 Nr. 1 des vorgeschlagenen Bundesgesetzes, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/I/I_00111/fname_692207.pdf (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

gigkeit, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit abzuleitenden Regelungsinhalte des Primärrechts [verfehlt]³³ (2.2.2.1.). Zum anderen wird davon ausgegangen, dass eine Indexierungsregelung bei entsprechender Ausgestaltung mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit vereinbar und damit unionsrechtlich zulässig wäre (2.2.2.2.),³⁴ so dass ein der Indexierung entgegenstehender Wortlaut des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 ggf. im Wege der primärrechtskonformen Auslegung entsprechend teleologisch zu reduzieren wäre (2.2.2.3.).³⁵

2.2.2.1. Zur Verfehlung primärrechtlicher Regelungsgehalte

Die im Rechtsgutachten vertretene Auffassung, wonach das derzeitige EU-Koordinierungsrecht für Familienleistungen die grundfreiheitlichen Regelungsgehalte verfehle, speist sich aus der Annahme, dass die fehlende Berücksichtigung von Preisniveauunterschieden entweder „zur Umverteilung [führe], die von den Grundfreiheiten nicht gefordert ist (wenn das Wohnland des Kindes ein Land mit niedrigerer Kaufkraft ist), oder zur Unterförderung (wenn das Wohnland des Kindes ein Land mit höherer Kaufkraft ist), die die Freizügigkeit verletzt.“³⁶

Beide Annahmen sind im Lichte des geltenden Unionsrechts zweifelhaft. Hinsichtlich der Konstellation einer von den Grundfreiheiten vermeintlich nicht geforderten „Umverteilung“ kann bspw. auf die Rechtssache *Habelt* verwiesen werden.³⁷ Dort stand die wohnortbedingte Kürzung bei Leistungen wegen Alters im Raum. Der EuGH führte auf Grundlage der Verordnung 1408/71 zum Verhältnis der sekundärrechtlichen Aufhebung von Wohnortklauseln und der grundfreiheitlichen Freizügigkeit Folgendes aus:

*„Es ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei den Bestimmungen der Verordnung Nr. 1408/71 über die Aufhebung der Wohnortklauseln um Maßnahmen zur Durchführung des Art. 42 EG [heute Art. 48 AEUV] handelt, die zur Herstellung der durch Art. 39 EG [heute: Art. 45 AEUV] garantierten Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Bereich der sozialen Sicherheit ergriffen wurden [...]“*³⁸

Hieraus folgt, dass die Aufhebung von Wohnortklauseln als Maßnahme zur Herstellung der Freizügigkeit verstanden wird. Obgleich sich die Aussage auf die Verordnung 1408/71 bezieht, dürfte sie auch für die aktuelle Koordinierungsverordnung und ihre Art. 7 VO 883/2004 und Art. 67 S. 1 VO 883/2004 gelten. Eine aus diesen Bestimmungen ggf. folgende „Umverteilung“ bei Familienleistungen ist danach – jedenfalls im Grundsatz und damit vorbehaltlich von Sonderregelungen – als notwendige grundfreiheitliche Konsequenz anzusehen.

³³ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 34.

³⁴ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 39 ff. Vgl. auch Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 2.

³⁵ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 41.

³⁶ Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 35 (Hervorhebung durch Verfasser). Vgl. auch Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 2.

³⁷ EuGH, Urt. v. 18.12.2007, verb. Rs. C-396/05, C-419/05 u. C-450/05 (*Habelt* u. a.).

³⁸ EuGH, Urt. v. 18.12.2007, verb. Rs. C-396/05, C-419/05 u. C-450/05 (*Habelt* u. a.), Rn. 78.

Kommt es hingegen mangels zulässiger Indexierung zu einer „*Unterförderung*“, so stellt dies im Lichte der Rechtsprechung – anders als im Rechtsgutachten angenommen – keine Verletzung der Freizügigkeit dar. Denn nach ständiger Rechtsprechung gewährleistet die Freizügigkeit nicht, dass ein Wechsel des Beschäftigungsstaates für den Erwerbstätigen sozialversicherungsrechtlich neutral ist. Hierzu führt der EuGH in ständiger Rechtsprechung aus:

„Zwar kann das Primärrecht der Union einem Versicherten nicht garantieren, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat als seinen Herkunftsmitgliedstaat hinsichtlich der sozialen Sicherheit [...] neutral ist, da ein solcher Umzug aufgrund der Unterschiede, die in diesem Bereich zwischen den Systemen und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestehen, für die betreffende Person je nach Einzelfall Vorteile oder Nachteile in Bezug auf den sozialen Schutz haben kann, doch ist nach ständiger Rechtsprechung eine nationale Regelung für den Fall, dass ihre Anwendung weniger vorteilhaft ist, nur mit dem Unionsrecht vereinbar, soweit u. a. diese nationale Regelung den betreffenden Erwerbstätigen im Vergleich zu Personen, die ihre gesamten Tätigkeiten in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem diese Regelung gilt, nicht benachteiligt [...].“³⁹

Nachteile in Bezug auf den sozialen Schutz infolge eines (Erwerbs-)Umzugs sind danach nur insoweit als Verletzung der Freizügigkeit anzusehen, als der betreffenden Regelung im neuen Mitgliedstaat eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zugrunde liegt. Ein Nachteilsausgleich infolge des (Erwerbs-)Umzugs und damit ggf. eine Besserstellung gegenüber der sozialen Situation bei Inlandssachverhalten gebieten die personenbezogenen Grundfreiheiten dagegen gerade nicht. Somit stellt die „*Unterförderung*“ gerade keine Verletzung der Freizügigkeit dar, sondern ein allgemeines Freizügigkeitsrisiko, welches der Freizügigkeitsberechtigte zu tragen hat.

Eine Verfehlung der grundfreiheitlichen Regelungsgehalte durch das derzeitige EU-Koordinierungsrecht für Familienleistungen liegt somit nicht vor. Argumente für eine neue Auslegung des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 lassen sich hieraus folglich nicht herleiten.

2.2.2.2. Zur Vereinbarkeit einer Indexierungsregelung mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine mitgliedstaatliche Indexierungsregelung mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit nach geltendem Recht vereinbar wäre, ist umstritten und in der Rechtsprechung bisher nicht eindeutig geklärt. Dies gilt sowohl hinsichtlich des sekundärrechtlich in Art. 4 VO 883/2004 geregelten bereichsspezifischen Diskri-

³⁹ EuGH, Urt. v. 13.07.2016, Rs. C-187/15 (Pöpperl), Rn. 24; EuGH, Urt. v. 12.06.2012, verb. Rs. C-611/10 u. 612/10 (Hudzinski u. Wawrzyniak), Rn. 43; EuGH, Urt. v. 18.04.2013, Rs. C-548/11 (Mulders), Rn. 45.

minierungsverbots als auch in Bezug auf seine primärrechtliche Verankerung. Hierzu sei auf vorherige Ausarbeitungen des Fachbereichs⁴⁰, auf einschlägige Literatur⁴¹ und die Ausführungen unten unter 3.2. verwiesen.⁴²

2.2.2.3. Zur teleologischen Reduktion des Wortlauts des Art. 67 S. 1 VO 883/2004

Unterstellt man, dass eine Indexierungsregelung so ausgestaltet werden könnte, dass sie mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit vereinbar wäre, würde hieraus gleichwohl nicht das Gebot einer entsprechenden teleologischen Reduktion des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 folgen. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob dieses Auslegungsinstrument in methodischer Hinsicht vorliegend noch als unionsrechtlich zulässige Einwirkung auf das Sekundärrecht angesehen werden kann.⁴³

Zum einen gehört das in Art. 7 VO 883/2004 und Art. 67 S. 1 VO 883/2004 umgesetzte sog. Exportprinzip des Art. 48 Abs. 1 Buchst. b AEUV,⁴⁴ wonach Leistungen der sozialen Sicherheit auch in andere als die für die Leistung zuständige Mitgliedstaaten zu transferieren sind, zu den (primärrechtlichen) Grundprinzipien des Koordinierungsrechts im Bereich der sozialen Sicherheit.⁴⁵ Und auch wenn dieses Prinzip nicht uneingeschränkt gilt und (rechtfertigungsbedürftige) Ausnahmen zulässig sind,⁴⁶ tritt es mit seinem Normgehalt neben das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit, welches ebenfalls als Grundprinzip des Koordinierungsrechts angesehen werden kann.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob das Exportprinzip gegenüber dem Diskriminierungsverbot – einen Konflikt beider vorausgesetzt – per se zurücktritt.

⁴⁰ Siehe dazu Gutachten 8/14 (Fn. 10), S. 18 ff., Gutachten 71/16 (Fn. 10), S. 12 f., 18 ff., sowie Gutachten 40/18 (Fn. 10), S. 8 ff.

⁴¹ *Hohnerlein* (Fn. 29), ZESAR 2018, S. 157 (161 f.); *Devetzi* (Fn. 29), NZS 2017, S. 881 (885 f.); *Thüsing/Hütter* (Fn. 29), NZS 2016, S. 411 f. Siehe ferner *Eichenhofer*, Kindergeld für EU-Ausländer – Umstrittene Kürzungsabsichten und ein fragwürdiges Urteil des EuGH, Soziale Sicherheit 4/2017, S. 163 (165 f.).

⁴² Siehe unten auf S. 16 f.

⁴³ Siehe zu den methodologischen Grenzen des Gebots primärrechtskonformer Auslegung des Sekundärrechts *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäisches Methodenrecht, § 8, Rn. 31 ff. Zwar wird auch das Instrument einer teleologischen Reduktion als zulässig angesehen, vgl. *Leible/Domröse*, aaO, Rn. 35. Es findet seine Grenze jedoch im sog. contra-legen-Verbot des Judizierens, wonach es dem Gerichtshof verboten ist, sich über den Wortsinn und den Zweck der jeweiligen sekundärrechtlichen Regelung hinwegzusetzen, vgl. *Leible/Domröse*, aaO, Rn. 36. Letzteres dürfte auch im Hinblick auf Art. 67 S. 1 VO 883/2004 relevant werden, wenn hierdurch die Wohnsitzfiktion ins Leere laufen soll. Wie sogleich zu zeigen sein wird, ist eine derart weitreichende teleologische Reduktion jedoch vorliegend nicht geboten.

⁴⁴ *Schuler*, in: Fuchs (Fn. 29), Art. 7 VO 883/2004, Rn. 1, 13. Siehe dazu auch Gutachten 71/16 (Fn. 10), S. 24 ff.

⁴⁵ *Langer*, in: Fuchs (Fn. 28), Art. 48 AEUV, Rn. 19 ff.; *Fuchs*, in: Fuchs (Fn. 29), Art. 45-48 AEUV, Rn. 27.

⁴⁶ Vgl. etwa EuGH, Urt. v. 18.12.2007, verb. Rs. C-396/05, C-419/05 u. C-450/05 (Habelt u. a.), Rn. 80 ff. Siehe auch den Wortlaut des Art. 7 VO 883/2004 sowie das Gutachten 71/16 (Fn. 10), S. 25 f.

⁴⁷ So etwa *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 1: Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2012, Rn. 1787.

Dessen ungeachtet ist zum anderen fraglich, ob und ggf. inwieweit ein solcher Konflikt überhaupt vorliegt. Denn die Regelung des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 führt – isoliert betrachtet – gerade nicht zu einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Sie bewirkt aufgrund ihrer Wohnsitzfiktion vielmehr eine (formale) Gleichstellung für die Fälle, in denen Familienangehörige von Leistungsberechtigten im EU-Ausland wohnen.⁴⁸ Eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in diesen Konstellationen könnte sich allenfalls aus dem Zusammenspiel von Art. 67 S. 1 VO 883/2004 mit der mitgliedstaatlich ausgestalteten Familienleistung ergeben, soweit letztere eine Indexierung vorsieht. Eine aus diesem Zusammenspiel folgende Schlechterstellung von Personen mit im EU-Ausland wohnhaften Familienmitgliedern scheidet jedoch für die im Rechtsgutachten als „Umverteilung“ bezeichnete Situation aus. Denn hier wird eine höhere Leistung gewährt, als sie nach dem Wohlstandsniveau des Wohnlandes geboten ist. Ein eventueller Verzerrungseffekt führt in diesen Fällen und für diese Personengruppe im Vergleich zu rein inländischen Konstellationen somit zu einem Vorteil. Eine für das Diskriminierungsverbot notwendige Schlechterstellung des „Auslandssachverhalts“ lässt sich lediglich in der anderen Konstellation ausmachen, dem Fall der – in der Begriffswahl des Rechtsgutachtens – „Unterförderung“. Hier wäre im Lichte des Sinn und Zwecks der betreffenden mitgliedstaatlichen Familienleistung nämlich ein höherer Betrag zu zahlen, als nach dem Recht des zuständigen Mitgliedstaats vorgesehen ist.

Es ist aber sehr fraglich, ob Art. 67 S. 1 VO 883/2004 einer solchen Mehrzahlung entgegensteht. Mag auch der Wortlaut eine solche Rechtsfolge nahelegen. Vom Sinn und Zweck her dürfte sich diese Vorschrift, insbesondere im Lichte der allgemeinen Regelung zu Wohnortklauseln in Art. 7 VO 883/2004, nur gegen Kürzungen der Zahlungen richten,⁴⁹ nicht aber gegen eine Besserstellung durch Gewährung höherer Leistungen als sie nach dem Recht des zuständigen Mitgliedstaats für rein innerstaatliche Konstellationen vorgesehen sind.

Ein solches Verständnis entspricht auch dem im Schrifttum als Günstigkeitsprinzip bezeichneten Rechtsgrundsatz,⁵⁰ wonach es den Mitgliedstaaten unbenommen ist, freizügigkeitsberechtigten Personen und deren Familienmitgliedern ein Mehr an sozialer Sicherheit einzuräumen, als sich aus den Vorgaben des (koordinierenden) EU-Sozialrechts ergibt. In der Rs. *Hudzinski und Wawrzyniak* führte der EuGH insoweit aus:

„In diesem Rahmen hat der Gerichtshof indessen festgestellt, dass man gleichzeitig über das Ziel der Verordnung Nr. 1408/71 hinausginge und die Zwecke und den Rahmen von Art. 48 AEUV außer Betracht ließe, legte man die Verordnung so aus, dass sie einem Mitgliedstaat verbietet, Arbeitnehmern sowie deren Familienangehörigen einen weiter gehenden sozialen Schutz zu gewähren, als sich aus der Anwendung dieser Verordnung ergibt [...].“⁵¹

⁴⁸ Vgl. auch Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 40.

⁴⁹ *Schuler*, in: Fuchs (Fn. 29), Art. 7 VO 883/2004, Rn. 4.

⁵⁰ Siehe hierzu *Devetzi* (Fn. 29), NZS 2017, S. 881 (883 f.).

⁵¹ EuGH, Urt. v. 12.06.2012, verb. Rs. C-611/10 u. 612/10 (*Hudzinski u. Wawrzyniak*), Rn. 55 (Hervorhebung durch Verfasser). Siehe auch EuGH, Urt. v. 16.07.2009, Rs. C-208/07 (*Von Chamier-Glisczinski*), Rn. 56.

Diese Ausführungen zur Verordnung 1408/71 dürften auch für die aktuelle Koordinierungsverordnung gelten. Raum für eine teleologische Reduktion des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 im Zusammenhang mit einer Indexierung der betreffenden Leistung nach mitgliedstaatlichem Recht besteht daher allenfalls insoweit, als diese Verordnungsvorschrift einer Gewährung höherer Leistungen für im EU-Ausland wohnhafte Familienmitglieder entgegenstehen würde.

2.3. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass, erstens, die im Rechtsgutachten vorgeschlagene neue Auslegung des Art. 67 S. 1 VO 883/2004, wonach diese Verordnungsvorschrift die Indexierung von Familienleistungen bei entsprechender Ausgestaltung der einschlägigen nationalen Vorschriften zulässt, mit dem Wortlaut, Sinn und Zweck des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 nicht vereinbar ist. Zweitens gebieten auch die primärrechtlichen Regelungsgehalte der personenbezogenen Grundfreiheiten und insbesondere das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit eine entsprechende (primärrechtskonforme) Auslegung jedenfalls insoweit nicht, als die Höhe der Familienleistungen zu kürzen ist. Raum für eine teleologische Reduktion der Wohnsitzfiktion des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 besteht lediglich dann, wenn diese Vorschrift der Zahlung höherer Beträge für im Ausland lebende Familienangehörige infolge der Indexierung entgegenstehen sollte. Darüber hinaus kann dahinstehen, ob eine Indexierungsregelung mit dem Primärrecht vereinbar wäre,⁵² mit dem geltenden Sekundärrecht, insbesondere Art. 67 S. 1 VO 882/2004, ist sie es jedenfalls nicht.

3. Österreichischen Regierungsvorlage zur Indexierung der Familienbeihilfe für im EU-Ausland lebende Kinder

Die in der österreichischen Regierungsvorlage enthaltenen weiteren Begründungsansätze der Indexierungsregelung zielen im Wesentlichen auf zwei Gesichtspunkte: die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit⁵³ (3.1.) und die Vereinbarkeit mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (3.2.).⁵⁴

⁵² Auf eine solche Vereinbarkeit mit dem Primärrecht wird im Rechtsgutachten (Fn. 9), S. 34, Fn. 68, zwar verwiesen. Hierbei beruft sich der Autor jedoch nur auf das von der Kommission und den Staats- und Regierungschefs unterbreitete Angebot zur Indexierung von Familienleistungen vom Februar 2016 an das Vereinte Königreich für den Fall des Verbleibs in der EU. Siehe zu seiner Vereinbarkeit mit dem Primärrecht das Gutachten 71/16 (Fn. 10).

⁵³ Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 2 und S. 3.

⁵⁴ Vgl. Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 2 f.

3.1. Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit

In den Erläuterungen der Regierungsvorlage wird die bei den Mitgliedstaaten verbliebene Zuständigkeit zur Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit betont,⁵⁵ die allerdings – auch hierauf wird verwiesen – „europarechtskonform“ auszuüben ist bzw. „die Grundsätze des Unionsrechts berücksichtigen“ muss.⁵⁶ Dabei wird mit Blick auf das Rechtsgutachten offensichtlich davon ausgegangen, dass die vorgeschlagene Indexierungsregelung jedenfalls mit Art. 67 S. 1 VO 883/2004 vereinbar ist, da die weiteren Ausführungen in den Erläuterungen allein das Diskriminierungsverbot zum Gegenstand haben.

Wie oben dargelegt, steht Art. 67 S. 1 VO 883/2004 mit seiner Wohnsitzfiktion jeglicher Indexierung von Familienleistungen entgegen,⁵⁷ so dass es bereits aus diesem Grunde an einer Europarechtskonformität der geplanten Regelung fehlt, die mitgliedstaatliche Autonomie zur Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit nach geltendem Recht schon an diesem Punkt ihre Grenze findet.

Soweit aus den Ausführungen der Kommission in ihrem Vorschlag von 2016 zur Änderung der Koordinierungsverordnung in den Regierungserläuterungen der Schluss gezogen wird, dass es im Rahmen der mitgliedstaatlichen Zuständigkeiten in diesem Bereich „grundsätzlich möglich [ist], Familienleistungen national anzupassen“,⁵⁸ ist dies zwar nicht ausgeschlossen. Etwaige Vorschläge zur Änderungen des Art. 67 S. 1 VO 883/2004 oder der allgemeinen Regelung zu Wohnortklauseln in Art. 7 VO 883/2004 finden sich in dem Kommissionsdokument jedoch gerade bewusst nicht.⁵⁹ Die geplanten Änderungen im Bereich der Familienleistungen betreffen ausschließlich als Geldleistungen ausgezahlte Familienleistungen, die als Einkommensersatz während Zeiten der Kindererziehung dienen.⁶⁰ Auf die derzeitige Rechtslage in Bezug auf andere Familienleistungen wie die österreichische Familienbeihilfe oder das deutsche Kindergeld lässt

⁵⁵ Dies folgt vor allem aus dem Umstand, dass die Verträge der EU in diesem Bereich nur sehr eingeschränkte Kompetenzen einräumen (vgl. Art. 151 ff. AEUV), vgl. dazu Benecke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 56. Ergslfg. 2015, Art. 151 AEUV, Rn. 10 f. Art. 153 AEUV, die einschlägige Rechtsgrundlage zum Erlass von Maßnahmen, enthält die Formulierung, wonach die Union die betreffende Tätigkeit der Mitgliedstaaten in diesem Bereich lediglich „unterstützt und ergänzt“ und sieht vor für die Bereiche, in denen eine Harmonisierung möglich ist, vor, dass nur Mindestvorschriften erlassen werden können.

⁵⁶ Vgl. S. 2 und S. 3, wobei zum einen auf Aussagen der Kommission in dem Vorschlag zur Änderung der Koordinierungsverordnung 883/2004, KOM(2016) 815 final, S. 2, und zum anderen auf ein Urteil des EuGH v. 14.06.2016, Rs. C-308/14 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Rn. 65, verwiesen wird. Der Kommissionsvorschlag zur Änderung der Koordinierungsverordnung ist online abrufbar unter <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/COM-2016-815-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

⁵⁷ Vgl. oben unter 2.2., S. 6 ff.

⁵⁸ Erläuterungen, S. 2 unter Bezugnahme auf den Kommissionsvorschlag (Fn. 56), S. 2.

⁵⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen in der Pressemitteilung der Kommission vom 13.12.2016, IP/16/4301, zum Verordnungsvorschlag (Fn. 56), online abrufbar unter http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_de.htm (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

⁶⁰ Vgl. Kommissionsvorschlag (Fn. 56), S. 14 den neu einzufügenden Art. 68b VO 883/2004, S. 36 f. Dieser erfasst beispielsweise das deutsche Elterngeld. Siehe dazu *Devetzi* (Fn. 29), NZS 2017, S. 881 (886 f.).

sich die Schlussfolgerung somit nicht beziehen. Hierfür sprechen auch die in der Presse beschriebenen Reaktionen der Kommission auf die österreichischen Pläne, wonach gemahnt wird, dass „*mobile Arbeiter denselben Anspruch auf Kindergeld wie lokale Arbeitnehmer hätten, unabhängig vom Wohnort der betroffenen Kinder*“⁶¹ und die Ankündigung folgt, das Vorhaben nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens auf seine Vereinbarkeit mit Unionsrecht zu prüfen.⁶¹ Ähnliche Reaktionen der Kommission rief nach Presseberichten auch der von der letzten Bundesregierung vorgenommene Vorstoß zur Indexierung des Kindergeldes hervor.⁶² In einer Antwort der jetzigen Bundesregierung auf eine kleine Anfrage wird hierzu ausgeführt, dass der damalige Vorstoß zur „*Indexierung von Kindergeld entsprechend des Lebenshaltungskosten im Wohnsitzstaat des Kindes*“ wegen der „*dafür erforderlichen und noch ausstehenden Änderungen des bisher entgegenstehenden Unionsrechts*“ in legislativer Hinsicht nicht weiter verfolgt wurde und sich hieran mangels einem bisherigen Tätigwerden der Kommission nichts geändert habe.⁶³

3.2. Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Vor diesem Hintergrund kommt es jedenfalls im Lichte des geltenden EU-Koordinierungsrechts nicht darauf an, ob die geplante österreichische Regelung, die hinsichtlich der Indexierung ausdrücklich an den ständigen Aufenthalt in einem anderen EU-Mitgliedstaat und damit letztlich an den Wohnsitz anknüpft,⁶⁴ mit dem Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit vereinbar ist oder nicht.

Zwar stellt sich diese Frage auch im Hinblick auf die aktuelle Koordinierungsverordnung und ihren Art. 4 VO 883/2004, der – vorbehaltlich ausdrücklicher Ausnahmen in dieser Rechtsakt – vorgibt, dass „*Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates [haben].*“ Wie oben ausgeführt, ist die Vereinbarkeit einer Indexierungsregelung mit dem Diskriminierungsverbot umstritten.⁶⁵ Welche Kriterien und Aspekte im Hinblick auf eine solche Regelung und ihre Vereinbarkeit mit dem Diskriminierungsverbot zu berücksichtigen sind, lässt sich der bisherigen Rechtsprechung nicht entnehmen.⁶⁶

⁶¹ Vgl. etwa „Der Standard“ vom 02.05.2018, „Regierung passt Familienbeihilfe für Kinder im EU-Ausland“, online abrufbar unter <https://derstandard.at/2000079006171/Anpassung-der-Familienbeihilfe-fuer-Kinder-im-EU-Ausland-im-Ministerrat> (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

⁶² Vgl. Wirtschaftswoche online vom 13.03.2017, „Maas und Nahles blockieren Kindergeldkürzung für EU-Ausländer“, online abrufbar unter <https://www.wiwo.de/politik/ausland/bundesregierung-maas-und-nahles-blockieren-kindergeldkuerzung-fuer-eu-auslaender/19508004.html?share=mail> (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

⁶³ Vgl. BT-Drs. 19/1275, Antworten auf die Fragen 10 bis 16, S. 4, online abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/012/1901275.pdf> (letztmaliger Abruf am 14.06.18).

⁶⁴ Vgl. den geplanten künftigen § 8a Abs. 1 in Art. 1 zur Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (Fn. 1).

⁶⁵ Siehe oben unter 2.2.2.2., S. 11. Verwiesen wird ferner auf die dort in Fn. 40 und 41 enthaltenen Nachweise.

⁶⁶ Siehe hierzu Gutachten 71/16 (Fn. 10), S. 12 ff.; 18 ff.

Dies gilt auch für die in diesem Zusammenhang oft bemühte Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Pinna*. Gegenstand dieser Entscheidung war eine an den Wohnsitz anknüpfende Sonderregelung für Frankreich in der Verordnung 1408/71 zum Bezug für Familienleistungen, die der EuGH als Verstoß gegen das primärrechtliche Diskriminierungsverbot ansah.⁶⁷ Sie enthielt jedoch keine Indexierung in dem hier geplanten Sinne, die Regelung konnte aber in der Konsequenz zu einer Herabsetzung der Leistungshöhe führen, da sie hinsichtlich des Anspruchs auf Familienleistung für in anderen EU-Mitgliedstaaten wohnende Familienangehörige auf die Rechtsvorschriften des Wohnsitzmitgliedstaates verwies; die danach zu gewährenden Leistungen waren durch Frankreich zu erstatten.⁶⁸ Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht weiter, dass unterschiedliche Schlussfolgerungen aus diesem Urteil für die Zulässigkeit von Indexierungsregelungen gezogen werden (können): Während die Entscheidung in der Rechtssache *Pinna* nach den Regierungserläuterungen so verstanden werden kann, „*dass sie einer Indexierung nicht grundsätzlich entgegensteht*“,⁶⁹ finden sich im Schrifttum eher Stimmen, die hieraus Zweifel an der Vereinbarkeit mit Unionsrecht ableiten⁷⁰ und der Rechtsicherheit wegen eine Klarstellung im Primärrecht fordern.⁷¹ Ohne eine solche Klarstellung muss die Entscheidung über die Vereinbarkeit von Indexierungsregelungen im Bereich der Familienleistungen für im EU-Ausland wohnhafte Kinder mit dem Diskriminierungsverbot dem EuGH vorbehalten bleiben.

3.3. Ergebnis

Abschließend ist festzuhalten, dass die österreichische Gesetzesvorlage zur Indexierung des Kindergeldes jedenfalls nicht mit Art. 67 S. 1 VO 883/2004 vereinbar ist, da diese Bestimmung im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs eine wohnortbedingte Differenzierung auch hinsichtlich der Höhe von Familienleistungen wie der österreichischen Familienbeihilfe für Kinder ausschließt. Ob und unter welchen Voraussetzungen die geplante österreichische Regelung mit dem ebenfalls zu beachtenden Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit vereinbar ist, kann daher offen bleiben und ist im Übrigen angesichts fehlender Judikate zu Indexierungsregelungen nicht abschließend zu beantworten.

⁶⁷ EuGH, Urt. v. 15.01.1986, Rs. C-41/84 (*Pinna*), Rn. 22 ff. Siehe dazu auch Gutachten 71/16 (Fn. 10), S. 12 ff.; *Devetzi* (Fn. 29), NZS 2017, S. 881 (885).

⁶⁸ Siehe zum Wortlaut dieser Regelung EuGH, Urt. v. 15.01.1986, Rs. C-41/84 (*Pinna*), Rn. 4. Zur Bewertung vgl. Gutachten 71/16 (Fn. 10), S. 12 f., mit weiteren Nachweisen. Ein eher auf Indexierung im vorliegenden Sinne zielendes Verständnis vertritt hingegen *Devetzi* (Fn. 29), NZS 2017, S. 881 (885): „*Somit war es Frankreich gestattet, die Höhe der Leistung nach dem am Wohnort des Kindes herrschenden Leistungsniveau zu bemessen.*“

⁶⁹ Regierungserläuterungen (Fn. 8), S. 3.

⁷⁰ *Hohnerlein* (Fn. 29), ZESAR 2018, S. 157 (162), etwa bezweifelt die Vereinbarkeit von Indexierungsregeln mit dem Primärrecht, „*nicht zuletzt wegen des EuGH-Urteils in der Rs. Pinna*“. Ähnlich wohl *Devetzi* (Fn. 29), NZS 2017, S. 881 (885), die allerdings ausdrücklich nur den Schluss zieht, dass bei der Gewährung von Familienleistungen infolge dieses Urteils „*auch eine Differenzierung nach dem Wohnsitz der Kinder untersagt [ist].*“

⁷¹ So etwa *Thüsing/Hütter* (Fn. 29), NZS 2016, S. 411 (413).

4. Bayerische Bundesratsinitiative

Aus den obigen Ausführungen zur EU-Konformität der unionsrechtlichen Erwägungen im Rechtsgutachten⁷² sowie zu der österreichischen Regierungsvorlage zur Indexierung der Familienbeihilfe für im EU-Ausland lebende Kinder⁷³ folgt auch für die bayerische Bundesratsinitiative, dass sie jedenfalls mit Art. 67 S. 1 VO 883/2004 und der dort geregelten Wohnsitzfiktion nicht vereinbar ist. Denn danach ist nicht nur gefordert, dass die *Gewährung* der betreffenden Familienleistung an sich – hier des Kindergeldes nach deutschem Recht – unabhängig vom Aufenthaltsmitgliedstaat des Kindes erfolgt. Auch dürfen keine Differenzierungen in der *Leistungshöhe* in Abhängigkeit vom Wohnsitz vorgenommen werden.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass das in Art. 67 S. 1 VO 883/2004 zum Ausdruck kommende Exportprinzip (vgl. Art. 42 Abs. 1 Buchst. b AEUV)⁷⁴ zwar nicht uneingeschränkt gilt – wie auch in der Begründung zur bayrischen Bundesratsinitiative zutreffend hervorgehoben wird.⁷⁵ So sind Wohnortanknüpfungen zumindest dann gerechtfertigt, wenn sie (besondere) Leistungen betreffen, „*die eng an das soziale Umfeld gebunden sind [...]*“⁷⁶ Ob diese Voraussetzung im Hinblick auf das deutsche Kindergeld erfüllt und ob nicht nur ein Ausschluss, sondern auch eine Indexierung in solchen Fällen zulässig wäre, kann vorliegend jedoch dahinstehen,⁷⁷ da eine solche Ausnahme für Familienleistungen derzeit sekundärrechtlich nicht vorgesehen ist. Diese Fragen würden sich jedoch bei einer Änderung der derzeit hierzu einschlägigen sekundärrechtlichen Koordinierungsvorgaben stellen.⁷⁸

Ebenso wie hinsichtlich der österreichischen Regierungsvorlage kommt es auch in Bezug auf die bayerische Bundesratsinitiative nicht darauf an, ob die dort vorgeschlagenen Änderungen des

⁷² Siehe oben unter 2.2., S. 6 ff., und 2.3., S. 13.

⁷³ Siehe oben unter 3., S. 14 ff., und insbesondere 3.3., S. 17.

⁷⁴ Siehe dazu auch oben unter 2.2.2.3., S. 12.

⁷⁵ Gesetzesantrag des Freistaates Bayern (Fn. 2), Begründung, A. IV, S. 3, mit Verweis auf Erwägungsgrund Nr. 16 der Koordinierungsverordnung (Fn. 5).

⁷⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 18.12.2007, verb. Rs. C-396/05, C-419/05 u- C-450/05 (Habelt u. a.), Rn. 81; EuGH, Urt. v. 4.11.1997, Rs. C-20/96 (Snares), Rn. 42; EuGH, Urt. v. 27.09.1998, Rs. 313/86 (Lenoir), Rn. 16. Vor diesem Hintergrund hat der Gerichtshof etwa die Einschränkung der Exportierbarkeit von Leistungen bei Arbeitslosigkeit für zulässig gehalten, siehe hierzu *Otting*, in: Hauck/Noftz, EU-Sozialrecht, online-Ausgabe, Stand: 02/12, Art. 7 VO 883/2004, Rn. 16, zu Art. 63 VO 883/2004, mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁷⁷ Siehe hierzu das Gutachten 71/16 (Fn. 10), S. 25 f.

⁷⁸ Siehe hierzu ebenfalls das Gutachten 71/16 (Fn. 10), S. 25 f.

deutschen Kindergeldes mit dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vereinbar sind oder nicht,⁷⁹ da ihnen bereits Art. 67 S. 1 VO 883/2004 entgegensteht. Im Übrigen gilt auch hier, dass diese Frage mangels einschlägiger Rechtsprechung der Unionsgerichte zu Indexierungsregelungen nicht abschließend beantwortet werden kann.⁸⁰

– Fachbereich Europa –

⁷⁹ In der Begründung des Gesetzesantrags des Freistaates Bayern (Fn. 2), A. IV, S. 3, wird von einer Vereinbarkeit ausgegangen.

⁸⁰ Siehe hierzu oben unter 3.2., S. 16, sowie die dortigen Nachweise.