

Einleitung

Die **Sozialrechtskoordinierung** ist einer der **Grundpfeiler der Freizügigkeit** in der Europäischen Union. Wer würde von seiner Freizügigkeit Gebrauch machen, wenn man dafür Sozialleistungen einbüßen müsste? Die Freizügigkeit von Personen (und Waren) kann nur verwirklicht werden, wenn bei deren Ausübung der Bezug von Sozialleistungen sichergestellt ist. Die hohe Relevanz einer Sozialrechtskoordinierung war auch den Gründern der EWG bewusst. Die VO 3/58¹ über die Sozialrechtskoordinierung war eine der ersten erlassenen VO überhaupt, direkt nach den römischen Verträgen. Die Koordinierungs-VO in ihrer heutigen Form, die VO 883/2004², ist das Kernstück des europäischen Sozialrechts und umfasst nur bestimmte Zweige der sozialen Sicherheit, wie zB Leistungen bei Alter, bei Krankheit oder eben Familienleistungen. Als Beispiele für österreichische Familienleistungen können etwa die Familienbeihilfe oder das Kinderbetreuungsgeld genannt werden.³

Die Praxis zeigt, dass die Koordinierung von **Familienleistungen** besonders komplex ist. Dies liegt einerseits an der **mehrpersonalen Natur** von Familienleistungen. Die Mehrpersonalität ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen einem oder zwei Elternteilen, einem oder mehreren Kindern sowie einem oder mehreren Trägern der sozialen Sicherheit.⁴ So kann es durchaus vorkommen, dass Familienleistungen von vier verschiedenen Trägern koordiniert werden müssen, während bei anderen Leistungszweigen, wie etwa Leistungen bei Krankheit, idR bloß zwei Träger involviert sind.

Andererseits ergibt sich die Komplexität aus der **politischen Brisanz**. Obgleich jedes Rechtsgebiet auch die politische Landschaft eines Staats widerspiegelt, ist dies beim Sozialrecht insb der Fall, weil die Leistungen idR durch die öffentliche Hand finanziert werden. Österreich wendete im Jahr 2017 bspw ca 2,6 % des BIP, konkret 9,7 Mrd €, für familienbezogene Leistungen auf.⁵ Je nach der politischen Einstellung der jeweiligen Regierung waren die Bestrebungen, dass Sozialleistungen primär den eigenen Staatsbürgern zukommen sollen – was wiederum der Freizügigkeit entgegenwirkt – mehr oder weniger ausgeprägt. Als Beispiel für solche Bestrebungen kann die Problematik der Indexierung genannt werden, welche sich im Zusammenhang mit dem Sozialleistungsexport ergibt. Von Leistungsexport wird gesprochen, wenn Leistungen eines Staats auch in einem anderen und somit im Ausland erbracht werden. Indexierung bedeutet, dass die Leis-

1 VO 3/58 über die Soziale Sicherheit der Wander-AN, ABl 561/58.

2 VO 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.04.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 166/1.

3 *Spiegel in Spiegel* (Hg), Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht⁷ (2021) Art 1 VO 883/2004 Rn 80.

4 *Hießl*, Basics on European Social Law² (2021) 137.

5 *Dörfler-Bolt/Baierl*, Entwicklung öffentlicher Ausgaben für Familien in 22 EU-Ländern, ÖIF Workingpaper 98 (2022) 12 f.

tungshöhe an den Lebensstandard jenes Landes angepasst wird, in welchem die leistungsbeziehende Person wohnt. Die Rechtmäßigkeit einer solchen Indexierung von Familienleistungen beschäftigt Jurist:innen seit Jahrzehnten.⁶

Die Koordinierung von Familienleistungen wird von einem Zusammenspiel von nationalem Recht, Sekundärrecht, Primärrecht sowie Völkerrecht geprägt. Die gegenständliche Arbeit konzentriert sich auf die unionsrechtlichen und nationalen Rahmenbedingungen und geht auf das Völkerrecht nur punktuell ein.

Zunächst erfolgt im **ersten Teil** eine Aufarbeitung des einschlägigen Primärrechts und dessen sekundärrechtlichen Präzisierungen. Insb wird der Frage nachgegangen, ob sich das Exportgebot von Sozialleistungen direkt aus dem Primärrecht ergibt und welche Vorgaben aus den Grundfreiheiten für den Export von Sachleistungen abgeleitet werden können. Als Beispiel für Familiensachleistungen kann ein Anspruch auf einen bundesweiten Kinderbetreuungsplatz genannt werden, welchen es in Finnland bereits gibt und dessen Einführung auch in Österreich angedacht wird.⁷

Im **zweiten Teil** werden die Bestimmungen der Koordinierungs-VO und ihrer Durchführungs-VO untersucht. Zunächst erfolgt eine Darstellung der allgemeinen Bestimmungen unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen auf Familienleistungen (Art 1-16 Koordinierungs-VO). Im Anschluss werden die besonderen Regelungen (Art 67-69 Koordinierungs-VO) im Detail analysiert. Va Art 67 und 68 Koordinierungs-VO bedürfen besonderer Berücksichtigung. Insb wird erarbeitet, wie die Anwendung dieser Bestimmungen auf Sachleistungen aussieht.⁸

Im **dritten Teil** wird dargestellt, wie sich die im ersten und zweiten Teil erarbeiteten unionsrechtlichen Vorgaben auf die österreichischen nationalen Familienleistungen auswirken. Die gegenständliche Arbeit fokussiert sich auf die Leistungen des FLAG, des EstG sowie des KBGG. In einem ersten Schritt wird jeweils geprüft, welche Leistungen Familienleistungen iSd Koordinierungs-VO sind, um in einem zweiten Schritt die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen auf den Prüfstand zu stellen.

Im **vierten Teil** erfolgen eine Abschlussbetrachtung und eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.

6 Siehe etwa EuGH 15.01.1986 Rs 41/84 (Pinna I) ECLI:EU:C:1986:1; EuGH 16.06.2022 Rs C-328/20 (Kommission/Österreich) ECLI:EU:C:2022:468.

7 Day Care – InfoFinnland, <<https://www.infofinland.fi/en/living-in-finland/education/child-education/day-care>> (letzter Abruf 17.11.2022); European Commission, Finland – Support with caring for young children <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1109&intPageId=4516&langId=en> (letzter Abruf 17.11.2022); Der Standard, Tirols Wirtschaftskammerchef will Rechtsanspruch auf Kinderbetreuung (2022) <<https://www.derstandard.at/story/2000135758848/tirols-wk-chef-will-rechtsanspruch-auf-kinderbetreuung>> (letzter Abruf 17.11.2022).

8 Soweit ersichtlich hat sich bisher bloß *Spiegel* mit dieser Thematik beschäftigt. Siehe *Spiegel*, Familienleistungen aus der Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts, in Mazal (Hg), Die Familie im Sozialrecht (2009) 89 (89 ff).

Erster Teil: Unionsrechtliche Basis

1. Sozialrechtskoordinierung

1.1. Verwirklichung der Grund- und Freizügigkeitsrechte

Der **Zweck** der Schaffung eines koordinierenden Sozialrechts liegt in der **Verwirklichung der Freizügigkeit**. Personen agieren dann in koordinierungsrechtlich relevanter Form, wenn sie von einer ihrer Grundfreiheiten Gebrauch machen. Für AN ist dies die AN-Freizügigkeit und für Selbstständige die Niederlassungsfreiheit. Diese Freiheiten werden durch die Dienstleistungsfreiheit und die Warenverkehrsfreiheit ergänzt.¹ Für wirtschaftlich nicht aktive Personen ist die Unionsbürger:innenschaft iVm dem allgemeinen Diskriminierungsverbot von Relevanz.² Im Hinblick auf grenzüberschreitende Zahlungen spielt auch die Kapitalverkehrsfreiheit eine Rolle. Überdies ist auch Art 34 GRC zu beachten, welcher ein Recht auf Zugang zu sozialen Sicherungssystemen und sozialer Unterstützung beinhaltet.³

Das Primärrecht wirkt sich auf die Koordinierung von Familienleistungen auf **zweierlei Ebenen** aus: Zum einen ist das **nationale Recht** stets im Lichte des Primärrechts, insb der genannten Grundfreiheiten, auszulegen und anzuwenden.⁴ Obgleich die Mitgliedstaaten frei bei der Ausgestaltung ihrer Sozialsysteme sind, müssen sie „*bei der Ausübung dieser Befugnis das Gemeinschaftsrecht beachten*“.⁵ Ist eine unionsrechtskonforme Auslegung nicht möglich, muss das nationale Recht unangewendet bleiben. Zum anderen ist die Koordinierungs-VO als **Sekundärrechtsakt** auf Basis des Grundsatzes der vertragskonformen Auslegung stets am Primärrecht zu messen. Unter verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten ist jene zu wählen, die im Einklang mit den Verträgen steht.⁶ Dies hat der EuGH in mehreren Urteilen bestätigt.⁷

Daher erfolgt in diesem Teil eine Analyse der einschlägigen unionsrechtlichen Rahmenbedingungen unter besonderer Berücksichtigung des Primärrechts. Im Zuge dessen werden va die spezifischen **Auswirkungen** dieser Rahmenbeding-

1 *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union⁸ (2022) Rn 79 ff.

2 Auch *Kovács* führt aus, dass bei grenzüberschreitenden Sachverhalten die AN-Freizügigkeit, die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit sowie die Unionsbürger:innenfreizügigkeit von Bedeutung sind. Siehe *Kovács*, Gleichbehandlungskonzepte in der sozialen Koordinierung am Beispiel der Familienleistungen, ZESAR 2022, 51 (56).

3 *Folz* in *Vedder/Heitschel* von Heinegg (Hg), Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² (2018) Art 34 GRC Rn 1 ff; *Kocher* in *Pechstein/Nowak/Häde* (Hg), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV I (2017) Art 34 GRC Rn 1 ff.

4 Siehe bspw *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁷ (2020) Rn 147 ff.

5 EuGH 28.04.1998 Rs C-158/96 (Kohll) ECLI:EU:C:1998:171 Rn 17 ff.

6 *Borchardt*⁷ Rn 145, 406.

7 Siehe die Rs *Spanien/Kommission* und die dort angeführte Rsp: EuGH 29.06.1995 Rs C-135/93 (Spanien/Kommission) ECLI:EU:C:1995:201 Rn 37.

ungen **auf** den Zweig der **Familienleistungen** untersucht. Obwohl alle zuvor genannten Grund- und Freizügigkeitsrechte relevant sind, werden nur jene analysiert, aus denen sich Besonderheiten für Familienleistungen ergeben. Dies sind die AN-Freizügigkeit iSd Art 45 AEUV, die Unionsbürger:innenschaft und das allgemeine Diskriminierungsverbot iSd Art 18-21 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit iSd Art 56 AEUV sowie die Warenverkehrsfreiheit iSd Art 34 AEUV.

Insb wird der zentralen Frage nachgegangen, ob das innerhalb der Sozialrechtskoordinierung vorherrschende Leistungsexportgebot direkt aus dem Primärrecht abgeleitet werden kann. In einem nächsten Schritt wird untersucht, wie sich dieses Gebot auf Familiensachleistungen auswirkt.

1.2. Relevante Rechtsgrundlagen

Die Koordinierung von österreichischen Familienleistungen erfolgt primär auf Basis der **Koordinierungs-VO 883/2004** und ihrer **Durchführungs-VO 987/2009**⁸, welche seit 01.05.2010 in Geltung stehen. Die Geltung der Koordinierungs-VO war an das Inkrafttreten der Durchführungs-VO gekoppelt. Damit lösten sie ihre Vorgänger-VO 1408/71⁹ und 574/72¹⁰ ab.¹¹ Die Koordinierung von Familienleistungen geht jedoch noch weiter zurück. Die maßgebliche Bedeutung der Sozialrechtskoordinierung für die Freizügigkeit innerhalb Europas war auch den Gründern der EWG bewusst. Die erste Koordinierungs-VO und ihre Durchführungs-VO, die VO 3/58 und 4/58¹², waren zwei der ersten VO überhaupt und beinhalteten bereits Regelungen über Familienleistungen. Die Grundgedanken der damaligen Bestimmungen bestehen bis heute fort.¹³

Die Koordinierungs-VO wird nicht nur von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union angewendet, sondern auch von den **EWR-Staaten** sowie der **Schweiz** auf Basis des EWR-Abkommens¹⁴ und des FZA.¹⁵ Beim FZA handelt es sich um ein

8 VO 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.09.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der VO 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl L 284/1.

9 VO 1408/71 des Rates vom 14.06.1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf AN und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl L 149/2.

10 VO 574/72 des Rates vom 21.03.1972 über die Durchführung der VO 1408/71 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf AN und deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl L 74/1.

11 Zu beachten ist, dass die VO 1408/71 ihre Gültigkeit hinsichtlich der in Art 90 Abs 1 lit a-c VO 883/2004 determinierten Zwecke weiterhin beibehält, siehe dazu *Fuchs* in *Fuchs/Janda* (Hg), *Europäisches Sozialrecht*⁸ (2022) Einführung Rn 38 f.

12 VO 4/58 zur Durchführung und Ergänzung der VO V3/58 über die Soziale Sicherheit der Wander-AN, ABl 597/58.

13 Vgl Art 67 ff VO 883/2004 mit Art 39 ff VO 3/58.

14 Siehe Beschluss des gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr 76/2011 vom 01.07.2011 zur Änderung von Anhang VI (Soziale Sicherheit) und von Protokoll 37 zum EWR-Abkommen, ABl L 262/33.

15 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen).

völkerrechtliches Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweiz, welches auf die Koordinierungs-VO verweist.¹⁶ Im Verhältnis zur Schweiz sowie den EWR-Staaten Norwegen, Island und Liechtenstein ergeben sich Besonderheiten betreffend die Auslegung der VO. Diese Staaten sind nämlich nicht unmittelbar an die Rsp des EuGH gebunden, welche das Verständnis der VO maßgeblich prägt.¹⁷

Die Sozialleistungs koordinierung mit anderen **Drittstaaten** erfolgt auf Basis von völkerrechtlichen Abkommen. Zurzeit sind Abkommen mit knapp 50 Staaten auf nahezu allen Kontinenten in Kraft bzw kurz vor dem Inkrafttreten. Nur ein einziges dieser Abkommen enthält Regelungen hinsichtlich Familienleistungen, nämlich jenes mit Israel.¹⁸ Dass Österreich gerade mit Israel Vereinbarungen zur Koordinierung von Familienleistungen getroffen hat, hat wohl historische Gründe.

Wie eingangs erwähnt, beschränkt sich die gegenständliche Arbeit auf die Koordinierung auf Basis der Koordinierungs-VO. Auf völkerrechtliche Aspekte wird daher nur punktuell eingegangen, insofern diese bei der Anwendung der Koordinierungs-VO eine Rolle spielen.

1.3. Koordinierungskompetenz der Europäischen Union

Kompetenzgrundlage für die Erlassung der Koordinierungs-VO ist **Art 48 AEUV**. Dieser enthält den Auftrag zur Schaffung von Rechtsakten zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und ist als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass von Sekundärrechtsakten konzipiert.¹⁹ Die Erlassung von Sekundärrechtsakten iSd Art 48 AEUV dient der Herstellung der Freizügigkeit der AN. Wie *Schrammel* treffend formuliert, setzt Freizügigkeit ein freizügigkeitsspezifisches Sozialrecht voraus.²⁰ Art 48 AEUV enthält somit Auftrag und Programm zur Schaffung eines Koordinierungsrechts.²¹

Koordinierungskompetenz bedeutet, dass die Europäische Union lediglich die Rahmenbedingungen für die Gewährung von Leistungen der sozialen Sicherheit vorgibt.²² Die Mitgliedstaaten sind nach stRsp des EuGH bei der Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit grundsätzlich frei. Sie entscheiden, welche

16 Art 8, Art 21, Anhang K, Anlage 2 zu Anhang K FZA.

17 Zur Auslegung des Sekundärrechts im Verhältnis zu Staaten, die nicht der Europäischen Union angehören siehe Kapitel 12.

18 BMSGPK, Zwischenstaatliche Beziehungen Österreichs im Bereich der sozialen Sicherheit auf einen Blick (Stand 01.01.2022), <<https://www.sozialministerium.at/Themen/Soziales/Sozialversicherung/Sozialversicherung-International/Sozialversichert-in-mehreren-Staaten.html>> (letzter Abruf 17.11.2022).

19 *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Art 48 AEUV Rn 1.

20 *Schrammel*, Der Zugang des EU-Rechts zur sozialen Sicherheit, in Tomandl (Hg), Der Einfluß Europäischen Rechts auf das Sozialrecht (2000) 1 (1).

21 *Fuchs* in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht⁸ Art 45-48 AEUV Rn 1 ff.

22 *Fuchs* in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht⁸ Art 45-48 AEUV Rn 5.

Leistungen unter welchen Voraussetzungen an wen gewährt werden. Sie sind zB nicht verpflichtet überhaupt Ansprüche auf Familienleistungen vorzusehen. Bei der Ausgestaltung ihrer nationalen Sozialsysteme sind die Mitgliedstaaten jedoch an einschlägiges Unionsrecht gebunden.²³ Gleichwohl die Staaten selbst die Anspruchsberechtigten festlegen können, dürfen Personen bspw nicht in diskriminierender Weise aus diesem Kreis ausgeschlossen werden.

2. AN-Freizügigkeit

Die für die Sozialrechtskoordinierung wohl wichtigste Grundfreiheit ist die AN-Freizügigkeit. In ihrer Verwirklichung liegt der Ausgangspunkt der Schaffung des koordinierenden Sozialrechts. Sie ist – wie auch die anderen Grundfreiheiten – unmittelbar anwendbar.²⁴

Die AN-Freizügigkeit wird in **Art 45 AEUV** determiniert. „*Sie umfasst die Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen.*“²⁵ Sie gewährleistet laut Art 45 Abs 2 AEUV die Möglichkeit der AN sich auf Stellen zu bewerben, sich zu diesem Zweck in den Mitgliedstaaten zu bewegen sowie sich in diesen aufzuhalten, um die Beschäftigung auszuüben. Letztere Möglichkeit besteht uU auch nach der Beendigung der Beschäftigung. Art 45 AEUV enthält ein **Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot**.²⁶ Ersteres entfaltet auf Basis der Rsp des EuGH²⁷ unmittelbare Drittwirkung im Arbeitsverhältnis sowie auf Kollektivverträge.²⁸

Die in Art 45 AEUV enthaltenen Garantien werden durch eine Reihe von Sekundärrechtsakten ergänzt.²⁹ Für die Koordinierung von Familienleistungen relevant ist die Freizügigkeits-VO³⁰, welche die Gleichbehandlung von AN bei sozialen und steuerlichen Vergünstigungen anordnet.

23 StRsp des EuGH, siehe zB EuGH 28.04.1998 Rs C-158/96 (Kohll) ECLI:EU:C:1998:171 Rn 16 ff; EuGH 17.06.1997 Rs C-70/95 (Sodemare) ECLI:EU:C:1997:301 Rn 27 ff; EuGH 07.02.1984 Rs C-238/92 (Duphar) ECLI:EU:C:1984:45 Rn 16 ff.

24 *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Art 45 AEUV Rn 2.

25 Art 45 AEUV.

26 *Borchardt*⁷ Rn 996 ff; *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Art 45 AEUV Rn 16 ff; *Fuchs/Marhold/Friedrich*, Europäisches Arbeitsrecht⁶ (2020) 80 ff.

27 EuGH 06.06.2000 Rs C-281/98 (Angonese) ECLI:EU:C:2000:296 Rn 34 f.

28 Siehe anstatt vieler *Brechmann* in Calliess/Ruffert (Hg), EUV/AEUV⁶ (2022) Art 45 AEUV Rn 54; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde (Hg), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV II (2017) Art 45 AEUV Rn 75.

29 *Hailbronner*, Grundregeln, in Dausies/Ludwigs (Hg), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts⁵⁷ (2022) Rn 9.

30 VO 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der AN innerhalb der Union.

Die enge Verbindung der Koordinierungs-VO mit der AN-Freizügigkeit ist evident, immerhin **basiert** die Koordinierungs-VO auf **Art 48 AEUV**.³¹ Bevor auf diese Verbindung näher eingegangen wird, erfolgt nun eine kurze Darstellung des Anwendungsbereichs sowie der Rechtswirkungen des Art 45 AEUV und des Art 7 Abs 2 Freizügigkeits-VO.

2.1. Art 45 AEUV

2.1.1. Anwendungsbereich

Der **persönliche Anwendungsbereich** des Art 45 AEUV bezieht sich nur auf AN. Dieser Begriff ist autonom zu definieren und wird vom EuGH tendenziell weit ausgelegt.³² Ausgehend von der Rs *Lawrie-Blum* ist jemand AN iSd Art 45 AEUV, der „während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält.“³³ Der AN-Status ist demnach anhand der Entgeltlichkeit, der wirtschaftlichen Tätigkeit, der tatsächlichen und echten Tätigkeit, der Weisungsunterworfenheit sowie dem Gegenstand der Tätigkeit zu beurteilen.³⁴

Erfasst werden grundsätzlich nur Unionsbürger:innen. **Drittstaatsangehörigen** kann uU ein abgeleiteter bzw völkerrechtlich determinierter Schutz zukommen.³⁵

Art 45 AEUV schützt Personen bei der Ausübung einer unselbstständigen Tätigkeit (**sachlicher Anwendungsbereich**). Dazu gehören gem Abs 3 das Recht auf Zugang zur Beschäftigung, zur Einreise und zum Aufenthalt sowie die Gleichbehandlung hinsichtlich Anzeige- und Eintragungsfomalitäten.³⁶ Akkurat beschreibt Steinmeyer die AN-Freizügigkeit daher als „Betätigungs- und Bewegungsfreiheit“.³⁷

Art 45 AEUV ist nur auf **grenzüberschreitende** Sachverhalte anwendbar, rein inländische Behinderungen der Freizügigkeit werden daher nicht erfasst. Der EuGH bedient sich hierbei eines großzügigen Maßstabs. Die AN-Freizügigkeit greift demnach bereits bei einer geplanten Grenzüberschreitung oder wenn der AN zwar im eigenen Staat arbeitet, jedoch in einem anderen lebt.³⁸

31 *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Art 48 AEUV Rn 1.

32 EuGH 08.06.1999 Rs C-337/97 (Meeusen) ECLI:EU:C:1999:284 Rn 13; EuGH 06.11.2003 Rs C-413/01 (Ninni-Orasche) ECLI:EU:C:2003:600 Rn 23.

33 EuGH 03.07.1986 Rs 66/85 (Lawrie-Blum) ECLI:EU:C:1986:284 Rn 17.

34 Exemplarisch *Fuchs/Marhold/Friedrich*⁶ 85; *Risak/Dullinger*, Der ArbeitnehmerInnen-Begriff im EU-Arbeitsrecht – Status quo und Veränderungspotenzial, DRdA 2018, 206 (209 f).

35 Siehe etwa *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Art 45 AEUV Rn 8 f; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV II Art 45 AEUV Rn 14 ff.

36 *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV II Art 45 AEUV Rn 79 f.

37 *Steinmeyer* in Franzen/Gallner/Oetker (Hg), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht⁴ (2022) Art 45 AEUV Rn 2.

38 *Chalmers/Davies/Monti*, European Union Law⁴ (2019) 788 f.

2.1.2. Rechtswirkungen

Um die AN-Freizügigkeit zu verwirklichen, beinhaltet Art 45 AEUV **Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote**. Das Diskriminierungsverbot umfasst unmittelbare sowie mittelbare Diskriminierungen.³⁹

Die in Art 45 Abs 3 AEUV garantierten Rechte stehen unter einem **Ordre-public-Vorbehalt**. Diese dürfen daher „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit“⁴⁰ eingeschränkt werden. Diese Begriffe sind autonom und aufgrund ihres Ausnahmeharakters eng auszulegen.⁴¹ Die Einschränkung muss überdies verhältnismäßig sein.⁴² Unter diesen Voraussetzungen können diskriminierende sowie beschränkende Maßnahmen von den Verboten ausgenommen werden.⁴³

2.1.2.1. Diskriminierungsverbot

Eine **unmittelbare Diskriminierung** liegt vor, wenn eine nachteilige Regelung direkt am Kriterium der Staatsangehörigkeit anknüpft. In Zusammenhang mit der AN-Freizügigkeit wurde das Vorliegen einer solchen bspw für den Fall bejaht, dass Ausländer:innen nicht zur Wahl zur österreichischen Arbeiterkammer zugelassen wurden.⁴⁴

Eine unmittelbare Diskriminierung ist per se unzulässig,⁴⁵ eine **Rechtfertigung** ist nur nach Art 45 Abs 3 AEUV möglich. Eine unmittelbare Diskriminierung kann nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt werden.⁴⁶ Dies wird mit der Schwere des Eingriffs sowie dem Umstand, dass dies nicht in der Norm vorgesehen ist, begründet.⁴⁷

Mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn eine Regelung an einem scheinbar neutralen Kriterium anknüpft, sich faktisch jedoch überwiegend auf eine bestimmte Gruppe negativ auswirkt.⁴⁸ Ein klassisches Beispiel für das Vorliegen einer solchen sind Wohnsitzklauseln.⁴⁹ Der EuGH führte schon recht früh aus,

39 Siehe anstatt vieler *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Art 45 AEUV Rn 17 f.

40 EuGH 18.05.1986 Rs 249/86 (Kommission/Deutschland) ECLI:EU:C:1989:204 Rn 18.

41 EuGH 09.03.2000 Rs C-355/98 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:2000:113 Rn 28.

42 Siehe dazu ausführlich *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV II Art 45 AEUV Rn 82 ff.

43 *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Rn 19.

44 EuGH 16.09.2004 Rs C-465/01 (Kommission/Österreich) ECLI:EU:C:2004:530.

45 *Steinmeyer* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht⁴ Art 45 AEUV Rn 55.

46 *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Art 45 19 ff.

47 Eine Ausnahme zum Zwecke des ordre public darf nicht mit einer Rechtfertigung aus Gründen des Allgemeininteresses verwechselt werden. Siehe dazu etwa *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV II Art 45 AEUV Rn 101 f.

48 Siehe anstatt vieler *Borchardt*⁷ Rn 997.

49 *Fuchs/Marhold/Friedrich*⁶ 125.

dass nationale Bestimmungen, die nach dem Herkunftsort oder dem Wohnort von AN unterscheiden, je nach den konkreten Umständen, auf eine de-facto-Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinauslaufen können.⁵⁰ Auch die Anknüpfung an im Inland zurückgelegte Anrechnungszeiten oder berufliche Qualifikationen neigt dazu, eine solche Diskriminierung darzustellen.⁵¹

Im Unterschied zur unmittelbaren Diskriminierung ist eine **Rechtfertigung** einer mittelbaren Diskriminierung gem der stRsp des EuGH⁵² aus **Gründen des Allgemeininteresses** möglich.⁵³ Hinsichtlich der Sozialversicherung hat der EuGH ua den Schutz der nationalen Systeme der sozialen Sicherheit⁵⁴ bzw die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit,⁵⁵ den Schutz der Versicherten und Versicherungsnehmer als Verbraucher⁵⁶ sowie die Kohärenz der Steuersysteme iVm der Abzugsfähigkeit von Sozialversicherungsbeiträgen⁵⁷ als legitime Gründe anerkannt.⁵⁸

Eine allgemeine Behauptung des Vorliegens dieser Gründe oder deren Beeinträchtigung reicht jedoch nicht aus. Eine solche Annahme muss im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung „vernünftig begründet werden“.⁵⁹

2.1.2.2. Beschränkungsverbot

Art 45 AEUV verbietet auf Basis der Rsp des EuGH auch nichtdiskriminierende staatliche Maßnahmen, „die einen Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats daran hindern oder davon abhalten, sein Herkunftsland zu verlassen, um von seinem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen“.^{60, 61} Damit wird ein umfassendes

50 EuGH 12.02.1974 Rs 152/73 (Sotgiu) ECLI:EU:C:1974:13 Rn 11.

51 Siehe dazu im Detail *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV II Art 45 AEUV Rn 114.

52 EuGH 31.03.1993 Rs C-19/92 (Kraus) ECLI:EU:C:1993:125 Rn 35; EuGH 15.12.1995 C-415/93 (Bosman) ECLI:EU:C:1995:463 Rn 105 f; EuGH 09.09.2003 Rs C-285/01 (Burbaud) ECLI:EU:C:2003:432 Rn 72.

53 Siehe dazu weiterführend *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Art 45 AEUV Rn 22; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV II Art 45 AEUV Rn 125 ff; *Steinmeyer* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht⁴ Art 45 AEUV Rn 55 ff.

54 EuGH 11.01.2007 Rs C-208/05 (ITC) ECLI:EU:C:2007:16 Rn 39 ff.

55 Obgleich die Rs *Kohll* den freien Dienstleistungsverkehr betraf, nimmt der EuGH in der Rs *ITC* Bezug auf diese und zeigt damit, dass die Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit auch einen Rechtfertigungsgrund innerhalb der AN-Freizügigkeit darstellen kann. EuGH 28.04.1998 Rs C-158/96 (Kohll) ECLI:EU:C:1998:171 Rn 41.

56 EuGH 28.01.1992 Rs C-204/90 (Bachmann) ECLI:EU:C:1992:35 Rn 16.

57 EuGH 28.01.1992 Rs C-300/90 (Kommission/Belgien) ECLI:EU:C:1992:37 Rn 24; EuGH 28.01.1992 Rs C-204/90 (Bachmann) ECLI:EU:C:1992:35 Rn 21.

58 Weiterführend hinsichtlich fiskalischer Gründe siehe *Greiser*, Europarechtliche Spielräume des Gesetzgebers bei der Verhinderung sozialleistungsmotivierter Wanderbewegungen, ZESAR 2014, 18 (21).

59 EuGH 11.01.2007 Rs C-208/05 (ITC) ECLI:EU:C:2007:16 Rn 41.

60 EuGH 15.12.1995 C-415/93 (Bosman) ECLI:EU:C:1995:463 Rn 96.

61 StRsp des EuGH. Siehe zB EuGH 22.02.1990 Rs C-228/88 (Bronzino) ECLI:EU:C:1990:85 Rn 12; EuGH 22.02.1990 Rs C-12/89 (Gatto) ECLI:EU:C:1990:89 Rn 12; EuGH 07.03.1991 Rs C-10/90 (Masgio) ECLI:EU:C:1991:107 Rn 18 f.

Beschränkungsverbot determiniert, welches jeder Bestimmung entgegensteht, die die Ausübung der AN-Freizügigkeit unattraktiv macht.⁶²

Eine Beschränkung der AN-Freizügigkeit kann wie auch eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen des Allgemeininteresses **gerechtfertigt** werden.⁶³

2.2. Freizügigkeits-VO 492/2011

Die VO 492/2011⁶⁴ über die Freizügigkeit der AN innerhalb der Union wurde erlassen, um die in Art 45 AEUV determinierte **AN-Freizügigkeit zu konkretisieren** und somit zu deren Verwirklichung beizutragen.⁶⁵

Für die gegenständliche Arbeit ist insb **Art 7 Abs 2 Freizügigkeits-VO** relevant, welcher bestimmt, dass Wander-AN „*die gleichen sozialen und steuerlichen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer*“⁶⁶ genießen. Ziel ist die Förderung der sozialen Integration der AN im Aufnahmestaat.⁶⁷ Art 7 Abs 2 VO 492/2011 kann im Ergebnis ähnliche Wirkungen wie die Koordinierungs-VO entfalten indem auch aus ihm bspw eine Exportpflicht für umfasste Leistungen abgeleitet wird.⁶⁸

Der **persönliche Anwendungsbereich** des Art 7 Abs 2 Freizügigkeits-VO bezieht sich dem Wortlaut nach nur auf AN.⁶⁹ Dieser AN-Begriff entspricht jenem des Art 45 AEUV und ist daher autonom auszulegen sowie tendenziell weit zu verstehen.⁷⁰ AN iSd österreichischen Rechts können daher idR unter diesen Begriff subsumiert werden. Unter bestimmten Umständen werden auch Studierende erfasst.⁷¹ Der persönliche Anwendungsbereich des Art 7 Abs 2 Freizügigkeits-VO ist folglich dahingehend enger als jener der Koordinierungs-VO.⁷²

62 Siehe dazu etwa *Steinmeyer* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht⁴ Art 45 AEUV Rn 61 ff; *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Art 45 AEUV Rn 18; *Kocher* in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV II Art 45 AEUV Rn 123 ff.

63 *Epiney* in Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht EUV/AEUV/GRCh/EAGV² Rn 22.

64 VO 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2011 über die Freizügigkeit der AN innerhalb der Union, L 141/1.

65 *Eichenhofer*⁸ Rn 308.

66 Art 7 Abs 2 VO 492/2011.

67 Weiterführend dazu *Steinmeyer* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht⁴ Art 7 VO 492/2011 Rn 13; *Steinmeyer* in Fuchs/Janda, Europäisches Sozialrecht⁸ Art 7 VO 492/2011 Rn 2.

68 *Spiegel* in Spiegel, Zwischenstaatliches Sozialversicherungsrecht⁷ Art 3 VO 883/2004 Rn 3; *Felten*, Anwendungsbereich und Grundsätze der neuen Sozialrechtskoordination in Europa, wbl 2010, 445 (450).

69 Art 7 Abs 1 und 2 VO 492/2011.

70 EuGH 19.03.1964 Rs 75/63 (Unger) ECLI:EU:C:1964:19 S 395 ff; EuGH 23.03.1982 Rs 53/81 (Levin) ECLI:EU:C:1982:105 Rn 13; *Steinmeyer* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht⁴ Art 7 VO 492/2011 Rn 3.

71 Studierende sind dann AN iSd Freizügigkeits-VO, wenn sie vor Beginn des Studiums AN iSd Unionsrechts waren und die Ausbildung in Zusammenhang mit dieser vorherigen Tätigkeit steht. Siehe EUGH 21.06.1988 Rs 39/86 (Lair) ECLI:EU:C:1988:322 Rn 29 ff.

72 Vgl dazu die Ausführungen zum persönlichen Anwendungsbereich der Koordinierungs-VO in Kapitel 7., so etwa auch *Steinmeyer* in Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht⁴ Art 7 VO 492/2011 Rn 14.