

BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Silvia Gebhart in der Beschwerdesache CM, ***CM-Adr***, wegen ihrer Beschwerde vom 02. Juni 2014 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 2/20/21/22, nunmehr Finanzamt Österreich, Postfach 260, 1000 Wien, vom 29. April 2014, betreffend Abweisung des Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe gemäß § 8 Abs 1 bis 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (im Folgenden FLAG) und des Kinderabsetzbetrages gemäß § 33 Abs 3 Satz 1 Einkommensteuergesetz 1988 (im Folgenden EStG), vom 21. März 2014 für das Kind TK, geboren am ***1*** 2013, ab Oktober 2013, Steuernummer ***CM-StNr1***, gemäß § 290 Abs 1 Bundesabgabenordnung (im Folgenden BAO) beschlossen:

- I. Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art 267 AEUV folgende Fragen mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt:

Frage 1:

Ist die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. 2004, L 166, S. 1, berichtigt im ABl. 2004, L 200, S. 1) in der durch die Verordnung (EU) Nr. 465/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012 (ABl. 2012, L 149, S. 4) geänderten Fassung (im Folgenden: VO 883/2004, neue Koordinierung oder Grundverordnung), dahin auszulegen, dass sie § 53 Abs 1 und 2 FLAG 1967 entgegensteht, der die unionsrechtliche soziale Koordinierung auf Beschäftigungsverhältnisse von Staatsbürgern des Raumes EU/EWR/Schweiz mit Internationalen Organisationen für anwendbar normiert bzw die unionsrechtliche soziale Koordinierung auf solche Beschäftigungsverhältnisse erstrecken?

Frage 2:

Ist die VO 883/2004 insbesondere deren Titel I und II, Art 67 und 68, dahin auszulegen, dass Staatsbürger des Raumes EU/EWR/Schweiz, die bei einer internationalen Organisation wie dem International Centre for Migration Policy Development beschäftigt sind, ebenso wie die internationale Organisation selbst nicht in den Geltungsbereich der VO 883/2004 fallen, sodass

sich der Anspruch auf Familienleistungen dieser Beschäftigten nach dem Amtssitzabkommen bzw einer anderen völkerrechtlichen Rechtsgrundlage bestimmt?

Frage 3:

Ist das Unionsrecht dahin auszulegen, dass internationale Organisationen dem Unionsrecht nicht unterfallen?

Frage 4:

Ist das Unionsrecht dahin auszulegen, dass es einer Norm wie § 53 Abs 1, 2 und 4 FLAG 1967 entgegensteht, dessen Absätze bezwecken, den primärrechtlichen Begriff der Nichtdiskriminierung gemäß Art 18 AEUV sowie unbestimmte Teile der VO 883/2004 ins mitgliedstaatliche Recht zu transformieren und den Inhalt einer anderen Norm des FLAG klarzustellen (Absatz 1) und sodann dieses auf internationale Organisationen zu erstrecken (Absatz 2) sowie den primärrechtlichen Begriff der Nichtdiskriminierung gemäß Art 18 AEUV zu modifizieren und damit die Indexierung der Familienbeihilfe zu tragen (Absatz 4)?

- II. Frage 4 wird, soweit sie § 53 Abs 4 FLAG 1967 betrifft, auch als Vorlagefrage zum beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsersuchen C-574/20 gestellt.
- III. Die endgültige Entscheidung über die zur Zahl RV/7104199/2015 anhängige Beschwerde ist bis zum Ergehen der Entscheidung des Gerichtshofs gemäß § 290 Abs 2 Bundesabgabenordnung ausgesetzt.

Begründung

I. Allgemein:

Das Bundesfinanzgericht erfüllt die vom EuGH in ständiger Rechtsprechung entwickelten Kriterien als Gericht iSd Art 267 AEUV (zuletzt EuGH vom 20. September 2018, Rs C 546/16, Montte SL, Rn 22, 23) und ist als nicht in letzter Instanz berufenes Gericht zur Vorlage von Fragen über die Auslegung von Sekundärrecht berechtigt.

Das Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits wegen Gewährung der österreichischen Familienbeihilfe und des Kinderabsetzbetrages (im Folgenden kurz: Familienbeihilfe) zwischen der Beschwerdeführerin (Bf oder CM), die die Staatsbürgerschaft von Bosnien-Herzegowina und der Republik Serbien besitzt und bei einer internationalen Organisation, konkret dem International Centre for Migration Policy Development (im Folgenden: ICMPD oder Zentrum), mit Sitz in Wien beschäftigt ist, und dem nunmehrigen Finanzamt Österreich. Aufgrund des § 53 Abs 2 FLAG 1967 ist nach Ansicht der belangten Behörde auf Beschäftigungsverhältnisse

mit Internationalen Organisationen die unionsrechtliche soziale Koordinierung anzuwenden. Da die Bf als Drittstaatsangehörige von § 53 Abs 2 FLAG nicht erfasst werde, stehe ihr die österreichische Familienbeihilfe nicht zu. Alternativ stehe ihr die Familienbeihilfe auch deshalb nicht zu, weil sie keinen Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz besitze, sondern lediglich eine Legitimationskarte. Das Amtssitzabkommen Ö-ICMPD sieht die belangte Behörde gemäß den Durchführungsrichtlinien zum FLAG als durch das Unionsrecht verdrängt.

Zu § 53 Abs 2 FLAG existiert keine Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts.

Das BFG hat in zahlreichen Entscheidungen von Beschwerdeführern, die bei einer internationalen Organisation beschäftigt waren, die Gewährung der Familienbeihilfe aus dem Grund deren Drittstaatsangehörigkeit abgewiesen. In den Erkenntnissen waren die Klausel der Amtssitzabkommen verschieden vom Wortlaut des Art 14 Abs 2 ASA.

Nach Rechtsansicht des Vorlagegerichts hat die Ausgangssituation keinen Bezug zur unionsrechtlichen sozialen Koordinierung, sondern berührt ausschließlich einen anderen Teil der Völkerrechtsordnung, nämlich jenen für Internationale Organisationen. Der Bezug zum Unionsrecht besteht nur aus dem Grund, weil § 53 Abs 2 FLAG 1967 den Bezug zum Unionsrecht ausdrücklich herstellt.

Im Vorlagefall EuGH C-372/20 hat das BFG die Frage aufgeworfen, ob § 53 Abs 1 FLAG 1967, auf den Abs 2 leg.cit. mit ausdrücklichem Verweis aufbaut, gegen das Wiederholungsverbot von Unionsrecht in den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates verstößt. Die diesbezüglichen Bedenken des BFG hat der EuGH mit Urteil vom 25.11.2021 nicht geteilt, *„sofern diese Vorschrift im Einklang mit [der] Verordnung [883/2004] ausgelegt wird und deren Vorrang nicht in Frage gestellt wird.“* § 53 Abs 2 FLAG 1967 bezweckt mit Verweis auf Absatz 1 leg.cit., unionsrechtliche soziale Koordinierung auf internationale Organisationen zu erstrecken. Der Vorrang der VO 883/2004 wird damit zwar nicht in Frage gestellt, jedoch wird mit der Erstreckung der unionsrechtlichen sozialen Koordinierung durch § 53 Abs 2 iVm Abs 1 FLAG 1967 auf internationale Organisationen nicht mitgliedstaatliches Recht, sondern ein anderer Teil der Völkerrechtsordnung wie insbesondere Amtssitzabkommen und die Wiener Vertragskonvention verdrängt. § 53 Abs 2 iVm Abs 1 FLAG 1967 kann somit als Unionsrecht im materiellen Sinn begriffen werden, geschaffen durch ein mitgliedstaatliches Legislativorgan.

Das BFG hat tiefgreifende grundsätzliche Bedenken, ob internationale Organisationen überhaupt dem Unionsrecht unterliegen und ersucht mit Frage 4 nochmals um Vorabentscheidung zu § 53 Abs 1 FLAG, wobei diesmal die Gefahren aufgezeigt werden, die von § 53 Abs 1 FLAG iVm dessen Absätzen 2 und 4 konkret ausgehen.

Die Nachreichung von Frage 4 zum bereits beim EuGH anhängigen Vorentscheidungsersuchen C-574/20 ergab sich aus der Relevanz in jenem Verfahren. Im gegenständlichen Verfahren könnte eine Frage zu § 53 Abs 4 FLAG als hypothetisch angesehen werden.

II. Verfahrensgang

Die Bf stellte mit dem Formular Beih1 am 9.9.2013 den Antrag auf Familienbeihilfe für ihre im August 2013 geborene Tochter TK, den die belangte Behörde mit Bescheid vom 3.10.2013 ab September 2013 als unbegründet abwies. Mit Wirksamkeit ab Oktober 2013 stellte die Bf einen weiteren Antrag, den die belangte Behörde mit Bescheid vom 29.04.2014 aus denselben Gründen ebenfalls als unbegründet abwies, wogegen die Bf mit Schriftsatz vom 2.6.2014 form- und fristgerecht Bescheidbeschwerde erhob. Der Bescheid vom 3.10.2013 ist daher unangefochten in Rechtskraft erwachsen und nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens.

Die Bescheidbeschwerde wurde mit Beschwerdeentscheidung vom 5.2.2015 als unbegründet abgewiesen, wogegen die Bf am 6.3.2015 form- und fristgerecht Vorlageantrag erhob. Mit Vorlagebericht vom 17.8.2015 wurde die Bescheidbeschwerde dem Bundesfinanzgericht vorgelegt.

III. Das Bundesfinanzgericht geht von folgendem Sachverhalt aus:

Folgender Sachverhalt ergab sich widerspruchsfrei aus dem Beschwerdevorbringen und den nachfolgend dargestellten Beweismitteln und ist zwischen den Parteien unstrittig.

Die Beschwerdeführerin CM (Bf) besitzt die Staatsbürgerschaft von Bosnien und Herzegowina und der Republik Serbien. Noch in Bosnien und Herzegowina heiratete sie im Jahr 2006 den Österreicher EA. Seit 2006 hatte sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich und lebte mit ihrem Ehemann in einer gemeinsamen Wohnung in Wien. Von Oktober 2006 bis Oktober 2008 beruhte ihr Aufenthalt in Österreich auf einer Bewilligung nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG). Von Oktober 2007 bis Mai 2008 war sie bei einem österreichischen Arbeitgeber beschäftigt. Seit Juli 2008 befand sie sich in einem Arbeitsverhältnis zum ICMPD und war seither ausschließlich im Besitz einer Legitimationskarte für Internationale Organisationen. Sie schloss die Legitimationskarten vom 5.12.2012 und vom 19.12.2013 exemplarisch in Kopie ihrem Antrag bei. In den Legitimationskarten ist kein besonderer Vermerk über das Vorliegen eines weiteren Aufenthaltstitels enthalten. Die Legitimationskarten weisen CM als Angestellte des Zentrums aus.

Im Jahr 2010 wurde die Ehe von einem österreichischen Bezirksgericht geschieden.

Am 11.08.2013 wurde ihr Kind in Österreich geboren, das nach dem Kindesvater, VK, aufgrund übereinstimmenden Willens der Eltern die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt.

Von 1.3.2010 bis 5.7.2013 befand sich CM in der österreichischen Pflichtversicherung zur Krankenversicherung. Von 6.7. bis 6.10.2013 bezog sie Wochengeld. Ab 1.9.2013 war sie in der gesetzlichen Pflichtversicherung mit „vorläuf. Ersatzzeit wg. Kindererziehung“ erfasst. Von 7.10.2013 bis 1.4.2014 war sie wiederum in der Pflichtversicherung zur Krankenversicherung erfasst. Der Versicherungsdatenauszug wurde am 8.7.2015 erstellt. Nachfolgende Zeiten sind darin nicht erfasst.

Der Kindesvater war ebenfalls bei der ICMPD beschäftigt. Die BF und der Kindesvater waren nie verheiratet, hatten nie einen gemeinsamen Wohnsitz in Österreich. CM besaß das alleinige Sorgerecht. CM trug wiederholt vor, dass sie sich in Österreich dauerhaft niederlassen möchte, bereits seit langem hier wohnt und lebt und zu Österreich eine enge soziale und wirtschaftliche Beziehung hat. An ihrem nunmehrigen Wohnsitz hat sie das Eigentumsrecht.

Das ICMPD wurde 1993 mit völkerrechtlichem Vertrag von der Republik Österreich und der Schweizerischen Eidgenossenschaft gegründet. Durch Beitritte gehören dem ICMPD heute insgesamt 20 Staaten an. Bosnien-Herzegowina trat dem ICMPD im Jahr 2011 bei.

Weder die Bf noch die belangte Behörde haben berichtet, dass sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit geändert haben.

Beweismittel:

Verwaltungsakt, Antrag auf Familienbeihilfe und Beschwerdevorbringen, Bescheinigung über Staatsbürgerschaftsnachweis Bosnien und Herzegowina Serbische Republik für CM, Staatsbürgerschaftsnachweis des Magistrats der Stadt Wien für das Kind, Heiratsurkunde und Beschluss über Scheidung, Versicherungsdatenauszug von CM vom 8.7.2015, exemplarische Kopie einer Legitimationskarte von CM, Antrag auf Familienbeihilfe, Auszug aus dem Zentralen Melderegister vom 28.12.2021, behördliche Erledigungen, Vorlagebericht, Stellungnahmen zu stattgebenden Lösungsvorschlägen des BFG.

IV. Rechtslage

Völkerrecht

Abkommens zwischen der Republik Österreich und dem Internationalen Zentrum für Migrationspolitikentwicklung, Stammfassung: BGBl. III Nr. 145/2000 vom 05.09.2000 (im Folgenden „ASA“)

Artikel 12 ASA – Sozialversicherung - lautet

„(1) Das Zentrum und die Angestellten des Zentrums sind von allen Pflichtbeiträgen an die Sozialversicherungseinrichtungen der Republik Österreich befreit.

(2) Die Mitarbeiter des Zentrums haben das Recht, jedem einzelnen Zweig der Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung sowie der Arbeitslosenversicherung beizutreten. Diese Versicherung hat die gleichen Rechtswirkungen wie eine Pflichtversicherung.

(3) Die Mitarbeiter des Zentrums können das Recht nach Absatz 2 binnen drei Monaten nach Inkrafttreten dieses Abkommens oder binnen drei Monaten nach dem Beginn ihres Beschäftigungsverhältnisses beim Zentrum durch Abgabe einer schriftlichen Erklärung geltend machen.

(4) Die Versicherung nach Absatz 2 beginnt in dem gewählten Zweig mit dem Beginn der Beschäftigung beim Zentrum, wenn die Erklärung binnen sieben Tagen nach Inkrafttreten dieses Abkommens oder nach Beginn der Beschäftigung abgegeben wird, sonst mit dem der Abgabe der Erklärung nächstfolgenden Tag.

(5) Die Versicherung endet mit dem Ende der Beschäftigung beim Zentrum.

(6) Die Mitarbeiter des Zentrums haben für die Dauer der Versicherung die Beiträge zur Gänze an die Wiener Gebietskrankenkasse zu entrichten.

(7) Die nach Absatz 3 vom Mitarbeiter des Zentrums abzugebenden Erklärungen werden vom Zentrum für den Mitarbeiter des Zentrums der Wiener Gebietskrankenkasse übermittelt. Das Zentrum erteilt der Wiener Gebietskrankenkasse auf Ersuchen die für die Durchführung der Versicherung erforderlichen Auskünfte.“

Artikel 14 ASA - Angestellte des Zentrums – lautet auszugsweise:

„(1) Die Angestellten des Zentrums genießen in und gegenüber der Republik Österreich folgende Privilegien und Immunitäten:

a) Befreiung von jeglicher Gerichtsbarkeit in Bezug auf die in Ausübung ihrer amtlichen Funktionen gemachten mündlichen oder schriftlichen Äußerungen und gesetzten Handlungen, wobei diese Befreiung auch dann weiterbesteht, wenn die betreffenden Personen nicht mehr Angestellte des Zentrums sind;

b) Schutz vor Beschlagnahme ihres privaten und ihres Dienstgepäcks und Schutz vor Durchsuchung des Dienstgepäcks und, falls der/die Angestellte unter Artikel 15 fällt und nicht österreichische(r) Staatsbürger(in) ist oder seinen/ihren ständigen Wohnsitz in der Republik Österreich hat, auch des privaten Gepäcks;

c) Unverletzlichkeit aller amtlichen Schriftstücke, Daten und sonstigen Materialien;

d) Befreiung von der Besteuerung von Gehältern, Bezügen einschließlich Zulagen, Entlohnungen, Entschädigungen und Ruhegenüssen, die sie vom Zentrum für ihre Dienste erhalten; diese Ausnahme gilt auch für alle Unterstützungen an die Familien der Angestellten;

[...]

(2) Die Angestellten des Zentrums sowie deren im gemeinsamen Haushalt lebende Familienmitglieder, auf die sich das Abkommen bezieht, sind von den Leistungen aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen oder einer Einrichtung mit gleichartigen Funktionen ausgeschlossen, sofern diese Personen weder österreichische Staatsbürger sind noch ihren ständigen Wohnsitz in Österreich haben.“

Artikel 17 ASA - Notifikation von Anstellungen, Identitätsausweise – ordnet an:

„(1) Das Zentrum übermittelt den zuständigen österreichischen Behörden eine Liste der Angestellten des Zentrums und revidiert diese nach Bedarf von Zeit zu Zeit.

(2) Die Republik Österreich stellt den Angestellten des Zentrums und ihren im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienangehörigen nach Maßgabe der österreichischen Rechtsvorschriften einen Identitätsausweis, der mit dem Lichtbild des Inhabers versehen ist, zur Verfügung. Dieser Ausweis dient zur Legitimierung des Inhabers gegenüber den zuständigen österreichischen Behörden.“

Artikel 18 ASA - Österreichische Staatsangehörige und Personen mit ständigem Wohnsitz in der Republik Österreich – lautet:

„Österreichische Staatsangehörige und Personen, die zum Zeitpunkt ihres Dienstantritts ihren ständigen Wohnsitz in Österreich haben, genießen nur die in Artikel 12, Artikel 14 (1) (a), (b) mit den darin vorgesehenen Einschränkungen, (c) und (d) und Artikel 16 (1) (a), (b) und (c) angeführten Privilegien und Immunitäten.“

Artikel 20 ASA – Streitbeilegung – sieht vor:

„Alle Meinungsverschiedenheiten zwischen der Republik Österreich und dem Zentrum über die Auslegung oder Anwendung dieses Abkommens oder über irgendeine andere Frage hinsichtlich des Amtssitzes oder des Verhältnisses zwischen dem Zentrum und der Republik Österreich, welche nicht im Verhandlungswege oder nach einem anderen einvernehmlich festgelegten Verfahren beigelegt werden, sind zur endgültigen Entscheidung einem aus drei Schiedsrichtern zusammengesetzten Schiedsgericht zu unterbreiten; von diesen ist einer vom Zentrum, einer vom Bundesminister für auswärtige Angelegenheiten der Republik Österreich und ein dritter, der als Vorsitzender des Schiedsgerichtes fungieren soll, von den beiden ersten Schiedsrichtern auszuwählen. Können die beiden ersten Schiedsrichter innerhalb von sechs (6) Monaten nach ihrer Ernennung keine Einigung hinsichtlich des dritten Schiedsrichters erzielen, so wird dieser auf Ersuchen der Republik Österreich oder des Zentrums vom Präsidenten des Internationalen Gerichtshofes ausgewählt.“

Das Abkommen ist gemäß seinem Artikel 22 Abs. 2 mit 31. August 2000 in Kraft getreten.

WIENER ÜBEREINKOMMEN ÜBER DAS RECHT DER VERTRÄGE (im Folgenden: WVK)

TEIL III der WVK regelt in seinem Abschnitt 1, Art 26ff, die Einhaltung von Verträgen.

Artikel 26 WVK trägt die Überschrift Pacta sunt servanda und lautet:

„Ist ein Vertrag in Kraft, so bindet er die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen.“

TEIL III, Abschnitt 3, Artikel 31ff, der WVK trägt die Überschrift „AUSLEGUNG VON VERTRÄGEN“

Artikel 27 WVK trägt die Überschrift „Innerstaatliches Recht und Einhaltung von Verträgen“ und lautet:

„Eine Vertragspartei kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen. [...]“

Artikel 31 Abs 1 WVK - Allgemeine Auslegungsregel - lautet:

„Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“

Artikel 8 EMRK „Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens“ lautet:

„(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

(2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.“

Die Europäische Menschenrechtskonvention ist gemäß Bundesverfassungsgesetz BGBl. Nr. 59/1964 mit Verfassungsrang ausgestattet.

Unionsrecht

Art 1 Abs 1 EUV lautet:

„Durch diesen Vertrag gründen die hohen Vertragsparteien untereinander eine Europäische Union (im Folgenden "Union"), der die Mitgliedstaaten Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele übertragen.“

Art 4 EUV lautet:

„(1) Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben gemäß Artikel 5 bei den Mitgliedstaaten.

[...]“

Art 6 Abs 1 und 3 EUV lauten auszugsweise:

„(1) Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig. [...]

(3) Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“

Art 19 EUV lautet auszugsweise:

(1) Der Gerichtshof [...] sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge.

[...]

(3) Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet nach Maßgabe der Verträge

[...]

b) im Wege der Vorabentscheidung auf Antrag der einzelstaatlichen Gerichte über die Auslegung des Unionsrechts oder über die Gültigkeit der Handlungen der Organe;

[...]

Art 18 Abs 1 AEUV (vormals Art 12 EGV) lautet:

„Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.“

Verordnung (EG) Nr 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen EU-ABl vom 13.4.2006, L 105/1–32, in der für den Streitzeitraum gültigen Fassung (im Folgenden „Schengener Grenzkodex“) lautet auszugsweise:

Art 2 Schengener Grenzkodex regelt die Begriffsbestimmungen und lautet auszugsweise:

„Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

[...]

Nr 15 Schengener Grenzkodex „Aufenthaltstitel“

- a) *alle Aufenthaltstitel, die die Mitgliedstaaten nach dem einheitlichen Muster gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1030/2002 des Rates vom 13. Juni 2002 zur einheitlichen Gestaltung des Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige (16) ausstellen, sowie gemäß der Richtlinie 2004/38/EG ausgestellte Aufenthaltskarten;*
- b) *alle sonstigen von einem Mitgliedstaat einem Drittstaatsangehörigen ausgestellten Dokumente, die zum Aufenthalt in seinem Hoheitsgebiet berechtigen, wenn diese Dokumente gemäß Artikel 34 mitgeteilt und veröffentlicht wurden, ausgenommen*
 - i) *vorläufige Aufenthaltstitel, die für die Dauer der Prüfung eines Erstantrags auf Erteilung eines Aufenthaltstitels nach Buchstabe a oder eines Asylantrags ausgestellt worden sind und*
 - ii) *Visa, die Mitgliedstaaten nach dem einheitlichen Format der Verordnung (EG) Nr. 1683/95 des Rates vom 29. Mai 1995 über eine einheitliche Visagegestaltung (17) ausgestellt haben.“*

Art 3 Schengener Grenzkodex bestimmt den Anwendungsbereich und sieht vor:

„Diese Verordnung findet Anwendung auf alle Personen, die die Binnengrenzen oder die Außengrenzen eines Mitgliedstaats überschreiten, unbeschadet

- a) *der Rechte der Personen, die nach dem Unionsrecht Anspruch auf freien Personenverkehr haben;*
- b) *der Rechte der Flüchtlinge und Personen, die um internationalen Schutz ersuchen, insbesondere hinsichtlich der Nichtzurückweisung.“*

Artikel 34 Schengener Grenzkodex regelt die Mitteilungen und lautet auszugsweise:

- (1) *„Die Mitgliedstaaten übermitteln der Kommission:*

- a) *die Liste der Aufenthaltstitel, wobei zwischen den Aufenthaltstiteln gemäß Artikel 2 Nummer 15 Buchstabe a und Artikel 2 Nummer 15 Buchstabe b zu unterscheiden ist und ein Muster der Aufenthaltstitel gemäß Artikel 2 Nummer 15 Buchstabe b beizufügen ist.*
[...]

[...]

- e) *die Muster der von den Außenministerien ausgestellten Ausweise,*

[...]

- b) *Die Kommission macht die nach Absatz 1 übermittelten Angaben den Mitgliedstaaten und der Öffentlichkeit durch Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union, Reihe C, und durch andere geeignete Mittel zugänglich.“*

Gemäß Amtsblatt der Europäischen Union vom 12.4.2021, C 126/37-39, hat Österreich an sonstigen Dokumente, die zum Aufenthalt in Österreich oder zur Wiedereinreise nach Österreich berechtigen (im Sinne des Artikels 2 Nummer 15 Buchstabe b des Schengener Grenzkodex) u.a. gemeldet:

„— Lichtbildausweis im Kartenformat für Träger von Privilegien und Immunitäten in den Farben rot, gelb, blau, grün, braun, grau und orange, ausgestellt vom Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres

— Lichtbildausweis im Kartenformat für Träger von Privilegien und Immunitäten in hellgrau mit dem Verweis auf die Kategorien Rot, Orange, Gelb, Grün, Blau, Braun und Grau, ausgestellt vom Bundesministerium für Europa, Integration und Äußeres“

Das Amtsblatt der Europäischen Union mit der Meldung Österreichs bezüglich der für den Streitzeitraum gültigen Lichtbildausweise konnte nicht gefunden werden.

Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABIEU L 166 vom 30.4.2004, (in der Folge: VO 883/2004, neue Koordinierung oder Grundverordnung)

Art 1 lit z VO 883/2004 („Definitionen“) sieht vor:

„Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

- z) "Familienleistungen" alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I.“*

Artikel 2 VO 883/2004 regelt den Persönlichen Geltungsbereich und dessen Absatz 1 ordnet an:

„(1) Diese Verordnung gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.“

Artikel 3 VO 883/2004 regelt den Sachlichen Geltungsbereich und nennt in seinem Absatz 1 Buchstabe j) die „Familienleistungen“.

Artikel 11 VO 883/2004 enthält die „Allgemeine Regelung“ und lautet:

„(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

[...]

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

[...]“

Art 67 VO 883/2004 normiert eine Fiktion für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, und lautet auszugsweise:

„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. ...“

Art 68 VO 883/2004 sieht Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen vor.

Österreichisches Recht

Fremdenpolizeigesetz in der bis 30. April 2021 geltenden Fassung des Bundesgesetzes vom 4.12.2009, BGBl I 122/2009 (FPG), sah vor:

Gemäß § 2 Abs 3 FPG waren [...] auch Lichtbildausweise für Träger von Privilegien und Immunitäten (§ 95) Dokumente für Fremde [...].

Nach § 29 FPG benötigten Fremde, denen ein Lichtbildausweis gemäß § 95 ausgestellt worden war, während der Gültigkeitsdauer dieses Lichtbildausweises zum Aufenthalt im Bundesgebiet und zur Wiedereinreise in dieses kein Visum.

Gemäß § 31 Abs 1 Z 1 FPG hielten sich Fremde rechtmäßig im Bundesgebiet auf, wenn sie rechtmäßig eingereist waren und während des Aufenthalts im Bundesgebiet die Befristungen oder Bedingungen des Einreisetitels oder des visumfreien Aufenthaltes [...] nicht überschritten hatten;

§ 95 FPG lautete:

„Der Bundesminister für europäische und internationale Angelegenheiten kann durch Verordnung für Angehörige jener Personengruppen, die in Österreich auf Grund eines völkerrechtlichen Vertrages oder auf Grund des Bundesgesetzes über die Einräumung von Privilegien und Immunitäten an internationale Organisationen, BGBl. Nr. 677/1977, Privilegien und Immunitäten genießen, zum Zwecke der Legitimation Lichtbildausweise vorsehen, aus denen die Identität, die Staatsangehörigkeit und die Funktion des Inhabers zu ersehen sind.“

Aufgrund § 95 FPG ergingen die im Streitzeitraum gültigen Verordnungen des Bundesministers für europäische und internationale Angelegenheiten über die Ausstellung von Lichtbildausweisen an Angehörige jener Personengruppen, die in Österreich Privilegien und Immunitäten genießen, vom 11. Mai 2010, BGBl II 137/2010, und vom 7. März 2017, BGBl II 60/2017 (im Folgenden „Verordnung“), dessen § 1 Abs 2 lautete:

„Sofern die Ausstellung auch für Fremde mit gültigem Aufenthaltstitel in Österreich oder österreichische Staatsbürger zulässig ist, ist der Ausweis zusätzlich mit einem besonderen Vermerk über das Vorliegen eines Aufenthaltstitels bzw. über den Umfang der Privilegien und Immunität zu versehen.“

Mit Bundesgesetz vom 25. März 2021, BGBl I 54/2021, wurden ein Bundesgesetz zur Stärkung Österreichs als internationaler Amtssitz- und Konferenzstandort (Amtssitzgesetz – ASG) erlassen und u.a. das Fremdenpolizeigesetz 2005 geändert, wodurch die Legitimationskarte neu geregelt wurde. Die Legitimationskarte ist ebenso in einer Verordnung des Bundesministers für europäische und internationale Angelegenheiten vom 5. Mai 2021, BGBl II 208/2021, (Legitimationskartenverordnung – LKVO) geregelt. Amtssitzgesetz (§ 21 ASG) und Legitimationskartenverordnung traten am 1. Mai 2021 in Kraft.

§ 5 Abs 1 ASG lautet:

„Der Bundesminister für europäische und internationale Angelegenheiten kann durch Verordnung für jene Personen, die in Österreich aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages Vorrechte und Befreiungen genießen oder unter die Regelungen dieses Bundesgesetzes fallen, zum Zwecke der Legitimation Lichtbildausweise vorsehen, aus denen die Identität, die Staatsangehörigkeit, die Funktion und der Umfang allfälliger Vorrechte und Befreiungen zu ersehen sind.“

Gemäß § 6 ASG haben Personen, die über einen gültigen Lichtbildausweis gemäß § 5 verfügen, das Recht auf Aufenthalt in Österreich.

§ 1 Abs 1 LKVO lautet:

„Der Bundesminister für europäische und internationale Angelegenheiten hat auf Antrag jenen Personen, die in Österreich aufgrund eines völkerrechtlichen Vertrages Vorrechte und Befreiungen genießen oder unter die Regelungen des ASG, fallen, zum Zwecke der Legitimation einen Lichtbildausweis (Legitimationskarte) auszustellen, aus dem die Identität, die Staatsangehörigkeit, die Funktion und der Umfang allfälliger Vorrechte und Befreiungen zu ersehen sind.“

§ 2 Abs 2 LKVO sieht vor:

„Sofern die Ausstellung auch für Fremde mit gültigem Aufenthaltstitel in Österreich oder für österreichische Staatsbürgerinnen und Staatsbürger vorgesehen ist, sind die Legitimationskarten zusätzlich mit einem besonderen Vermerk über das Vorliegen eines Aufenthaltstitels beziehungsweise über den Umfang der Vorrechte und Befreiungen zu versehen.“

Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG):

Gemäß § 2 Abs 1 lit a FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder jene Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Gemäß § 2 Abs 3 FLAG 1967 zählen zu den Kindern die Nachkommen einer Person.

Gemäß § 2 Abs 8 FLAG 1967 haben Personen nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie den Mittelpunkt der Lebensinteressen im Bundesgebiet haben. Eine Person hat den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen in dem Staat, zu dem sie die engeren persönlichen und wirtschaftlichen Beziehungen hat.

§ 3 Abs 1 FLAG 1967 sieht vor:

„Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, oder nach § 54 des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005 idF BGBl. I Nr. 87/2012, rechtmäßig in Österreich aufhalten.“

Gemäß § 5 Abs 3 FLAG 1967 besteht kein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die sich ständig im Ausland aufhalten.

Bundesabgabenordnung (kurz: BAO)

§ 26 Abs 1 und 2 BAO ordnen an:

“(1) Einen Wohnsitz im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er eine Wohnung innehat unter Umständen, die darauf schließen lassen, daß er die Wohnung beibehalten und benutzen wird.

(2) Den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinn der Abgabenvorschriften hat jemand dort, wo er sich unter Umständen aufhält, die erkennen lassen, daß er an diesem Ort oder in diesem Land nicht nur vorübergehend verweilt.“

§ 53 FLAG 1967 lautet auszugsweise:

„(1) Staatsbürger von Vertragsparteien des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) sind, soweit es sich aus dem genannten Übereinkommen ergibt, in diesem Bundesgesetz österreichischen Staatsbürgern gleichgestellt. Hiebei ist der ständige Aufenthalt eines Kindes in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums nach Maßgabe der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen dem ständigen Aufenthalt eines Kindes in Österreich gleichzuhalten.

(2) Die Gleichstellung im Sinne des Abs. 1 gilt auch im Bereich der Amtssitzabkommen sowie Privilegienabkommen, soweit diese für Angestellte internationaler Einrichtungen und haushaltszugehörige Familienmitglieder nicht österreichischer Staatsbürgerschaft einen Leistungsausschluss aus dem Familienlastenausgleich vorsehen.

[...]

(4) Abs. 1 zweiter Satz findet in Bezug auf § 8a Abs. 1 bis 3 keine Anwendung.“

§ 53 Abs1 und 2 FLAG 1967 sind gemeinsam mit Bundesgesetz vom 29.12.2000, BGBl I 142/2000, als Teil eines Artikelgesetzes (Budgetbegleitgesetz 2001) ohne Erläuternde Bemerkungen eingeführt worden und gemäß 50o Abs 1 leg.cit. (1) am 30.12.2000 in Kraft getreten.

Die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (Erlass des Bundesministeriums für Wirtschaft, Familie und Jugend vom 3. September 2010, Zahl BMWFJ-510104/0001/-II/1/2010), im Folgenden „DR“, ordnen an:

Teil 1 DR trägt die Überschrift „Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen für die Familienbeihilfe“ und sieht in Punkt 02.01 vor:

„2. Im internationalen Bereich gibt es eine Reihe von Ausnahmen vom Grundsatz, dass Personen, die im Inland eine Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, unter den in FLAG 1967 festgelegten weiteren Voraussetzungen Anspruch auf Familienbeihilfe haben; siehe hierzu auch DR zum FLAG Teil 2/EU-Verordnungen und Teil3/Internationales Sonderrecht.

Insoweit in Z 2 der Anspruch ausländischer Staatsbürger auf Familienbeihilfe von einer „ständigen Ansässigkeit“ in Österreich oder von „ständigem Aufenthalt“ abhängig gemacht wird, ist dies im Einzelfall zu prüfen. Eine ständige Ansässigkeit oder ein ständiger Aufenthalt in Österreich ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der inländische Aufenthalt oder eine andere Tätigkeit in Österreich bereits vor Dienstantritt vorliegt.“

Teil 1 Punkt 53.02 DR „Gleichstellung von EWR/EU-Staatsbürgern im Bereich der Amtssitzabkommen sowie der Privilegienabkommen“ sieht vor:

„Die Gleichstellung von EWR/EU-Staatsbürgern mit österreichischen Staatsbürgern gilt auf Grund des Gemeinschaftsrechtes auch in den DR zum FLAG Teil 3/Internationales Sonderrecht genannten Institutionen. EWR/EU-Staatsangehörige erhalten demnach nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechtes so wie österreichische Staatsbürger die Leistungen aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen; Gleiches gilt für Schweizer Staatsangehörige.“

Teil 3 trägt die Überschrift „Internationales Sonderrecht“ und lautet auszugsweise:

[...]

„2. Mitglieder von Botschaften und Berufskonsulaten

2.1. Vorbemerkungen

Vorauszuschicken ist, dass für Mitglieder von Botschaften und Berufskonsulaten und deren Familienangehörige, die EU-, EWR- oder Schweizer Staatsangehörige sind, die Regelungen, wie sie sich aus dem Recht der Europäischen Union einschließlich den VO (EWG) Nr 1408/71 und DVO (EWG) Nr 574/72 (bis 30. April 2010 bzw. für Staatsangehörige des EWR, dh. von Liechtenstein, Norwegen und Island, sowie der Schweiz) bzw. den VO (EG) Nr 883/2004 und DVO (EG) Nr 987/2009 (ab 1. Mai 2010) ergeben, gelten, da diese gegenüber allen anderen Bestimmungen Vorrang Wirkung genießen. Im Speziellen zu beachten ist, dass ein Diplomat, der einem Beamten gleichzuhalten ist, gemäß Art. 13 Abs 1 Buchstabe d der VO (EWG) Nr 1408/71 bzw. gemäß Art. 11 Abs 3 Buchstabe b der VO (EG) Nr 883/2004 den Rechtsvorschriften des Entsendestaates unterliegt. Für das Geschäftspersonal (lokal angestelltes „sur-place“-Personal) von Botschaften und konsularischen Dienststellen wiederum gilt nach der VO (EWG) Nr 1408/1971 noch das Wahlrecht nach Art. 16 Abs 2 iVm Abs 1. Diese Bestimmung entfällt jedoch in der neuen VO. Zu beachten ist grundsätzlich auch § 53 Abs 1 FLAG 1967 betreffend die Gleichstellung von Staatsbürgern des Übereinkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum mit Österreichern.

2.2. Rechtsgrundlagen

*Spezialbestimmungen betreffend Botschaftsangehörige und deren Familienmitglieder, welche wie dargestellt für Drittstaatsangehörige von Bedeutung sind, finden sich im **Wiener***

Übereinkommen über diplomatische Beziehungen, BGBl. Nr 66/1966 („Wiener Diplomatenkonvention“ – WDK), sowie im **Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen**, BGBl. Nr 318/1969 („Wiener Konsularkonvention“ – WKK). Anmerkung: Die vorliegenden Abkommen sind völker-rechtliche Verträge, die von fast allen Staaten der Welt einschließlich aller Staaten, die in [Österreich] Botschaften bzw. Berufskonsulate eingerichtet haben, ratifiziert worden sind und somit immer zu beachten sind (Völkergewohnheitsrecht)!“

[...]

3.5. DR „Begriffsbestimmungen“

[...]

„2.5.2. Eine ständige Ansässigkeit eines Missions/Berufskonsulats/mitglieds im Empfangsstaat unterscheidet sich von der Eigenschaft als vom Entsendestaat entsandtes Mitglied der Mission (des Berufskonsulats) durch die Tatsache, dass diese vom Entsendestaat unter Kontaktnahme mit dem österreichischen Außenministerium in ihrer speziellen Funktion für eine begrenzte Zeitdauer (wenn diese auch viele Jahre währen kann!) entsandt werden. Nur Entsandte und ihre Familienangehörigen können vom Ausschluss von der sozialen Sicherheit und damit den Familienleistungen des Empfangsstaates betroffen sein. Nur diese Personen erhalten für die Dauer ihrer Entsendung Legitimationskarten des Österreichischen Außenministeriums (Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten – BMeiA), aus denen Name, Funktion bzw. Familienangehörigeneigenschaft des Karteninhabers und Staatsbürgerschaft abzulesen sind. Die Legitimationskarte entspricht einem Aufenthaltstitel und berechtigt zum Aufenthalt in Österreich.“

[...]

2.6. DR „Verfahren“

„Bei Zweifeln über das (Weiter)Vorliegen einer Entsendung (zB bei sehr langer Aufenthaltsdauer in Ö, etwa nach 10 Jahren) führt das BMeiA eine Prüfung durch und zieht bei negativem Ausgang die Legitimationskarte ein. Ständig Ansässige (so genanntes „sur place“ aufgenommenes Personal bzw. „Lokalangestellte“ mit anderen Dienstverträgen) haben hingegen nur äußerst beschränkte Immunitäten und erhalten auch keine Legitimationskarten. Sie unterliegen daher bei Drittstaatsangehörigkeit im Gegensatz zu den Entsandten dem NAG und benötigen zum rechtmäßigen Aufenthalt in Ö einen eigenen NAG-Titel. Gleiches gilt im Übrigen auch immer für die Familienangehörigen von Mitgliedern des privaten Hauspersonals einer Mission oder eines Berufskonsulats, da diese nicht automatisch zum Familiennachzug nach Ö berechtigt sind.

Für das [Finanzamt] ist daher ein Ausschluss von der österreichischen Familienbeihilfe immer an Hand vom Vorliegen von Legitimationskarten zu prüfen. Das (rechtmäßige) Vorliegen oder

Nichtvorliegen einer Legitimationskarte ist daher für die Gewährung bzw. Nichtgewährung von Familienbeihilfe grundsätzlich von ausschlaggebender Bedeutung.“ [...].

„Familienbeihilfe an Drittstaatsangehörige ist diesfalls nur bei Nichtvorliegen einer Legitimationskarte bzw. erst nach allfälligem Einzug einer (nicht berechtigt inne gehaltenen) Legitimationskarte sowie Vorliegen eines NAG-Titels/einer NAG-Karte allenfalls zu gewähren. [...].

3. Internationale Organisationen

3.1. Vorbemerkungen

Sonderregelungen gelten nicht nur für Mitglieder von Botschaften und Berufskonsulaten, sondern vielmehr auch in Bezug auf die internationalen Organisationen mit Sitz in Österreich. Für deren Angestellte und ihre im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienmitglieder ist jeweils ein Ausschluss von den (Geld)Leistungen aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen normiert, sofern sie nicht Österreicherinnen oder Staatenlose mit Wohnsitz in Österreich sind.

Anmerkung: Dies im Gegenzug zu den den Organisationen und ihren Mitarbeitern eingeräumten Immunitäten und Privilegien, zu denen stets auch eine Befreiung der Organisation vom Dienstgeberbeitrag zum Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen zählt.

Auch hier gilt jedoch der Vorrang des EU-Rechts: Soweit die Angestellten der internationalen Organisation bzw. deren haushaltszugehörige Familienmitglieder EU-, EWR- oder Schweizer Staatsangehörige sind, geht eine sich aus dem Europarecht ergebende Gleichstellung mit Österreichern einem Ausschluss von den Geldleistungen aus dem Familienlastenausgleich vor, so dass dieser Leistungsausschluss bezüglich Angestellter internationaler Organisationen und deren haushaltszugehörigen Familienmitglieder mit EU-, EWR- oder Schweizer Staatsangehörigkeit nicht gilt. Dies bestimmt auch ausdrücklich § 53 Abs 2 FLAG 1967, der im Zusammenhang mit internationalen Organisationen zu beachten ist. Im Gegensatz zu Mitgliedern von Botschaften und Berufskonsulaten und deren haushaltszugehörigen Familienmitgliedern enthalten die EU-Verordnungen VO (EWG) Nr 1408/71 sowie die DVO (EWG) Nr 574/72 (bis 30. April 2010, sowie für Staatsangehörige des EWR und der Schweiz) bzw. die VO (EG) Nr 883/2004 und die DVO (EG) Nr 987/2009 (ab 1. Mai 2010) keine hier speziell zu beachtenden Regelungen.

3.2. Rechtsgrundlagen

Sonderbestimmungen im soeben beschriebenen Sinn in Bezug auf internationale Organisationen, welche wie soeben dargestellt, im Verhältnis zu Drittstaatsangehörigen von Bedeutung sind, finden sich vor allem in völkerrechtlichen Verträgen mit der jeweiligen internationalen Organisation (Amtssitzabkommen). Sie sind zunächst im Privilegiengesetz 1977, BGBl. Nr 677/1977, vorgesehen. [...]

[...]

3.2.4. Entsprechende Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen, konkret in so genannten Amtssitzabkommen über den Sitz der internationalen Organisation in Österreich gelten im Verhältnis zu/m/r den/der/dem:

[...]

8. Internationalem Zentrum für Migrationsentwicklung (ICMPD), BGBl. III Nr 145/2000

[...]

3.3. Ausnahme von den Geldleistungen aus dem Familienlastenausgleich und erfasster Personenkreis

Zum Leistungsausschluss aus dem FLAF ist Einzelnen darzulegen: Der Begriff der **Familienmitglieder** und der Haushaltszugehörigkeit ist deckungsgleich mit jener der Botschafts- und Konsulatsangehörigen iS von § 2 Abs 3 und 5 FLAG 1967 auszulegen (siehe dazu unter Punkt 1.). Festzuhalten ist, dass jeweils nur der Ausschluss von den **Geldleistungen** erfasst ist, und zwar in Bezug auf jene Bediensteten und deren haushaltszugehörigen Familienmitglieder, die weder Österreicher noch Staatenlose mit Wohnsitz in Österreich, noch durch die Bestimmungen der Europäischen Union gleichgestellte Staatsangehörige eines anderen Staates sind.

Die aktuelle Formulierung der Ausnahmebestimmung im Verhältnis zu internationalen Organisationen lautet dahingehend:

„Die Angestellten der internationalen Organisation (jeweils Bezeichnung der Organisation/deren Dienststelle genannt) sind von den Geldleistungen aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen oder einer Einrichtung mit gleichartigen Funktionen ausgeschlossen. Dies gilt nicht, wenn diese Personen österreichische Staatsbürger oder durch gemeinschaftsrechtliche Bestimmungen (ab 1.12.2009: Bestimmungen der Europäischen Union) gleichgestellte Staatsangehörige eines anderen Staates oder Staatenlose mit Wohnsitz in Österreich sind.“

Zu beachten ist jedoch, dass jedoch je nach historischem Entstehungszeitpunkt der einzelnen Regelungen in Bezug auf internationale Organisationen die Formulierung dieser Bestimmung unterschiedlich gehalten ist. Teilweise ist der Leistungsausschluss nicht differenziert, sind nur die einzelnen Leistungen angeführt oder findet sich noch kein Hinweis auf die Gleichstellung auf Grund von Europarecht. Dazu wird neuerlich darauf verwiesen, dass das Europarecht dem innerstaatlichen Recht (auch auf Grund von völkerrechtlichen Verträgen) jeweils vorgeht und die einzelnen Bezug habenden Regelungen stets unter Berücksichtigung des § 53 Abs 2 FLAG 1967 jeweils EU-rechtskonform auszulegen sind. Dies ergibt sich auch aus der im Verhältnis zu

internationalen Organisationen jeweils normierten so genannten „Meistbegünstigungsklausel“, wonach jede internationale Organisation Vorrechte/Immunitäten/Begünstigungen zumindest in dem Umfang zustehen, wie sie auch irgend einer anderen internationalen Organisation eingeräumt sind (Gleichbehandlungsgebot).

3.4. Verfahren

Auch Angestellte internationaler Organisationen und ihre im gemeinsamen Haushalt lebenden Familienmitglieder erhalten Legitimationskarten. Die Aufnahme einer privaten Erwerbstätigkeit ist jedoch durchwegs nicht untersagt und führt auch nicht zum Verlust der Eigenschaft als „Familienangehöriger“. Der Ausschluss von der österreichischen Familienbeihilfe hängt in Bezug auf internationale Organisationen entscheidungserheblich von der Eigenschaft als Angestellter der Organisation oder als haushaltszugehöriges Familienmitglied (anderer Elternteil) mit Drittstaatsangehörigkeit ab. Als Beweismittel kann jeweils die Legitimationskarte herangezogen werden.

Im Zweifel ist an Drittstaatsangehörige mit entsprechender Legitimationskarte auch in Bezug auf internationale Organisationen keine Familienbeihilfe zu gewähren. [...].“

Das Kinderbetreuungsgeldgesetz, das Einkommensteuergesetz 1988 oder die Vorschriften zu den verschiedenen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherungspflicht enthalten eine § 53 Abs 1 und 2 FLAG vergleichbare Regelung nicht.

V. Rechtsstandpunkte der Parteien:

belangte Behörde:

Sie hält gestützt auf § 53 Abs 2 FLAG 1967 iVm den DR die unionsrechtliche soziale Koordinierung auf die Ausgangssituation für anwendbar und verneint den Anspruch auf die Familienbeihilfe aus zwei Gründen: Zum einen hält sie der Bf aus der Sicht der VO 883/2004 ihre Drittstaatsangehörigkeit entgegen und zum anderen den Umstand, dass sie als Drittstaatsangehörige keinen Aufenthaltstitel nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) besitze. Im angefochtenen Bescheid wird ausgeführt, dass „Angestellte von Internationalen Organisationen aus einem Drittstaat und deren mit Ihnen im gemeinsamen Haushalt lebende Familienmitglieder von den (Geld)Leistungen aus dem Ausgleichsfonds für Familienbeihilfen ausgeschlossen [seien]“. In der Beschwerdeentscheidung wurden zwar ergänzende Ausführungen getätigt, doch ging die belangte Behörde von einem unzutreffenden Text des Amtssitzabkommens aus und hat sich mit der zweiten Alternative des Art 14 Abs 2 des Abkommens nicht auseinandergesetzt.

Beschwerdeführerin:

CM stützt ihren Anspruch auf Familienbeihilfe auf die zweite Alternative des Art 14 Abs 2 des Amtssitzabkommens, dessen Tatbestand des „ständigen Wohnsitzes“ sie erfülle, weil sie schon seit vielen Jahren in Österreich ihren Wohnsitz und den Mittelpunkt ihrer Lebensinteressen habe und ihr Kind nach dem Kindesvater die österreichische Staatsbürgerschaft besitze und sie weiters vorhabe, auch hier weiterhin wohnhaft zu bleiben. Auf den Besitz eines Aufenthaltstitels nach dem NAG komme es aufgrund ihres Beschäftigungsverhältnisses zu einer internationalen Organisation nicht an, weil ihr als Angestellte des Zentrums von Österreich eine Legitimationskarte auszustellen war, die im Abkommen geregelt und einem Aufenthaltstitel nach dem NAG gleichzuhalten ist. Die Legitimationskarte bestätige ihren rechtmäßigen Aufenthalt in Österreich.

Das BFG hat der belangten Behörde mit E-Mail vom 16. August 2021 einen Lösungsvorschlag in Anlehnung an die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes OGH unterbreitet, der die belangte Behörde nicht zu überzeugen vermochte. Insbesondere wurde ausgeführt:

„... Im Fall einer Klägerin mit montenegrinischer Staatsangehörigkeit, die beim ICMPD mit Sitz in Wien beschäftigt war und deren österreichischer Ehemann die österreichische Familienbeihilfe bezog, entschied der OGH zum Kinderbetreuungsgeld, dass die Klägerin das Erfordernis des „ständigen Wohnsitzes“ in Österreich iSd Art 14 Abs 2 des Abkommens erfülle und sie demnach nicht vom Bezug der Familienbeihilfe und damit des Kinderbetreuungsgeldes ausgeschlossen sei. Der OGH betonte, dass Art 14 Abs 2 Amtssitzabkommen Ö-ICMPD Drittstaatsangehörige mit österreichischen Staatsbürgern gleichstelle (OGH 24.06.2020, 10ObS20/20v, Rn 2.3, 5.1ff, 8.2, 9.1 und 9.3).

Der OGH erkannte weiters zu Recht, dass die völkerrechtliche Norm des Art 14 Abs 2 des Amtssitzabkommens Ö-ICMPD die nationale Norm des § 2 Abs 1 Z 1 KBGG verdränge (nochmals OGH, 10ObS20/20v, Rn 2.2, Anwendungsvorrang von Amtssitzabkommen). § 2 Abs 1 Z 1 KBGG regelt die Voraussetzungen, bei deren Erfüllung Anspruch auf das KBG besteht, wobei diese Norm auf das FLAG verweist.

[...]

Nach meiner Ansicht hat die Bf in Österreich einen ständigen Wohnsitz iSd Urteils OGH 24.06.2020, 10ObS20/20v. Sie führt in der Beschwerde aus, ihr Aufenthalt in Österreich entspreche seit 2006 einer dauerhaften Niederlassung mit der Absicht den Mittelpunkt der Lebensinteressen iSd NAG in Österreich zu gestalten. Nach dem ZMR ist sie seit 07.09.2006 ununterbrochen in Österreich an insgesamt fünf Adressen in Wien gemeldet. Bei der nunmehrigen Anschrift handelt es sich zufolge dem ZMR um die Eigentumswohnung der Bf. Ihr Kind, für das sie das alleinige Sorgerecht hat, besitzt aufgrund einer Übereinkunft mit dem Kindesvater die österreichische Staatsbürgerschaft. Die Bf ist in Österreich beschäftigt. Sie ist demnach Österreich hinreichend eng verbunden. Wäre die Bf bei einem üblichen Arbeitgeber beschäftigt, hätte ihr schon längst eine Karte ‚Daueraufenthalt-E‘ erteilt werden müssen.“

Ich teile weiters die in der Beschwerde vertretene Ansicht, dass sich die Bf mit der Legitimationskarte rechtmäßig iSd § 3 Abs 1 FLAG 1967 in Österreich aufgehalten habe. „Nach den Gesetzesmaterialien (Hinweis RV 1189 BlgNR, XXII. GP, S. 4) zählen [zu einem mindestens zehnjährigen rechtmäßigen und ununterbrochenen Aufenthalt iSd § 15 Abs. 1 StbG] vor allem Zeiten des sichtvermerksfreien Aufenthalts, des Aufenthalts mit Visum oder auf Grund einer Legitimationskarte oder einem Aufenthaltstitel gemäß § 8 NAG‘ (zB VwGH 20.06.2008, 2008/01/0316; VwGH 25.06.2009, 2006/01/0520). Sie erfüllt demnach § 3 Abs 1 FLAG.“

Mit E-Mail vom 24. August 2021 entgegnete die belangte Behörde: „Nach Ansicht der belangten Behörde erfüllt die Bf mangels NAG-Titels iSd § 3 Abs 1 FLAG die Voraussetzungen nicht und steht ihr deswegen auch kein Anspruch auf Familienbeihilfe zu. Der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich aus anderen Gründen, ohne dass ein rechtmäßiger Aufenthalt nach § 8, 9 NAG oder nach § 54 Asylgesetz 2005 vorliegt, reicht nicht aus, um Anspruch auf Familienbeihilfe iSd § 3 Abs 1 FLAG zu begründen (vgl BFG 1.11.2018, RV/7105260/2016).“

Mit Erkenntnis BFG 1.11.2018, RV/7105260/2016, hat das BFG im Fall eines Asylwerbers entschieden und in diesem Zusammenhang keine Veranlassung, rechtliche Überlegungen zur Legitimationskarte iVm einem Amtssitzabkommen anzustellen. Aus diesem Erkenntnis ist daher für die belangte Behörde nichts gewonnen.

VI. Zu den Fragen:

Der rechtliche Bezug zum Unionsrecht ergibt sich durch die Norm § 53 Abs 2 FLAG 1967, an die die belangte Behörde verfassungsrechtlich gebunden ist.

Es ist daran zu erinnern, dass Österreich mit dem Familienlastenausgleichsgesetz den Anspruch auf Familienbeihilfe ausschließlich an Erfordernisse der Gebietsansässigkeit knüpft und ohne Verbindung zum Unionsrecht als Wohnmitgliedstaat zu beurteilen ist. Als Fremde, die als Ehefrau eines Österreichers im Jahr 2006 ordnungsgemäß von einem Drittland nach Österreich einreiste und für ihren Aufenthalt in Österreich einen Titel nach dem NAG hatte, im Inland einen Wohnsitz mit ihrem Ehemann bewohnte, von diesem im Jahr 2010 geschieden wurde und im Jahr 2013 ihr Kind, das die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt und dessen Vater ebenfalls österreichischer Staatsbürger ist, geboren hat und mit diesem einen gemeinsamen Haushalt teilte, hätte sie nach § 3 Abs 1 FLAG 1967 selbst dann Anspruch auf die österreichische Familienbeihilfe, wenn sie in Österreich nicht beschäftigt wäre und der NAG-Titel die Bf als Familienangehörige eines Österreichers, allenfalls iVm Art 8 EMRK, ausgewiesen hätte.

Somit schadet der Bf ihre Tätigkeit bei dem Zentrum und der damit verbundene Aufenthaltstitel, der außerhalb des NAG geregelt ist.

Nach Ansicht des BFG fällt die Ausgangssituation nicht unter Unionsrecht. Der Beihilfenanspruch ergibt sich im konkreten Fall aus dem Abkommen, einem Teil des Völkerrechts, der nicht Unionsrecht ist und in dem der Mitgliedstaat Österreich nach wie vor seine volle Souveränität besitzt.

Artikel 19 EUV bildet die Rechtsgrundlage für das subsidiäre Recht. Das Völkerrecht (einschließlich internationaler Abkommen der EU und der EU-Länder) wird vom EuGH bei der Erarbeitung seiner Rechtsprechung verwendet, soweit völkerrechtliche Vorschriften für die EU anwendbar und nicht mit der spezifischen Struktur der EU unvereinbar sind.

Das BFG sieht gestützt auf Art 19 EUV eine Zuständigkeit des EuGH auch für Völkerrechtsnormen, die wie Art 14 Abs 2 und Art 17 ASA einem anderen Teil der Völkerrechtsordnung angehören, zumal die Legitimationskarten bzw Lichtbildausweise des BMEIA unionsrechtlich anerkannte Dokumente iSd des Schengener Grenzkodex sind. Besitzt der EuGH nach den Verträgen das Auslegungsmonopol bezüglich des Unionsrechts, so ist nach Ansicht des Vorlagegerichts davon auch die Frage umfasst, ob das Unionsrecht in einem bestimmten Fall nicht gilt bzw ein bestimmter Sachverhalt nicht dem Unionsrecht unterfällt.

Ad Fragen 1 bis 3:

Frage 1 beschreibt den Sachverhalt, den § 53 Abs 2 FLAG als vom Unionsrecht erfasst ansieht. Frage 2 zielt auf die Klärung ab, ob die VO 883/2004 bereits für Staatsbürger des Raumes EU/EWR/Schweiz in der Ausgangssituation der Bf nicht gilt, sondern ausschließlich der andere Völkerrechtsakt (Amtssitzabkommen, WVK). Frage 3 hat zum Gegenstand, ob das Unionsrecht für Internationale Organisationen überhaupt gilt bzw auf diese anwendbar ist. Nach Ansicht des Vorlagegerichts stellen sich alle drei Fragen gemeinsam.

Eines der gemeinsamen Ziele iSd Art 1 Abs 1 EUV ist die Errichtung des Binnenmarktes, was durch die Grundfreiheiten erreicht wird. Zu den Grundfreiheiten gehört auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 45 AEUV. *„Die Grundfreiheiten des Binnenmarktes sind allesamt unmittelbar anwendbare Normen des primären Unionsrecht. Aus diesem Grund sind sie in der Lage, Anwendungsvorrang gegenüber entgegenstehendem mitgliedstaatlichen Recht zu entfalten, also diese im Kollisionsfall zu verdrängen“* (Leidenmühler, Europarecht, Die Rechtsordnung der Europäischen Union, Studienbuch, Pedell, Stand 1. Juli 2013, 156 Rn 1, 32, Rn 6.1 und 6.2. mwN, Hervorhebung durch BFG). Die von § 53 Abs 2 FLAG angesprochene unionsrechtliche soziale Koordinierung ist in einer Verordnung geregelt. *Adressaten einer Verordnung können neben den Mitgliedstaaten auch natürliche und juristische Personen sein* (vgl Leidenmühler, aaO, S 50, Rn 3). Die hier angesprochenen natürlichen und juristischen Personen befinden sich als Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Mitgliedstaat in einer hierarchischen Beziehung und sind dem mitgliedstaatlichen Recht unterworfen. Kraft Gewaltmonopols hat der Mitgliedstaat die Befugnis, das mitgliedstaatliche Recht

(einschließlich umgesetzten Richtlinienrechts) und das unmittelbar geltende und anwendbare Unionsrecht im Einzelfall durch Zwangsmaßnahmen gegenüber den Arbeitnehmern und Arbeitgebern durchzusetzen.

Demgegenüber gehört die Völkerrechtsfähigkeit Österreichs, mit der Schweizer Eidgenossenschaft das ICMPD als internationale Organisation zu gründen und mit dem Zentrum sodann das Amtssitzabkommen zu schließen, zu jener Rechtssphäre, wo Österreich auch nach seinem Beitritt zur Union nach wie vor uneingeschränkte Souveränität als Völkerrechtssubjekt besitzt. Darin ist nach Ansicht des Vorlagegerichts eine nicht übertragene Zuständigkeit nach Art 4 Abs 1 EUV zu erblicken. Österreich als Staat und das ICMPD als internationale Organisation sind beide Völkerrechtssubjekte und haben das Amtssitzabkommen als konsensualen Völkerrechtsvertrag als gleichwertige Vertragspartner durch übereinstimmende Willenserklärungen geschlossen. Auch wenn das Amtssitzabkommen vom österreichischen Nationalrat mit Beschluss genehmigt und durch spezielle Transformation Teil der österreichischen Rechtsordnung geworden ist, ändert das nichts an der Zugehörigkeit des Amtssitzabkommens zum Völkerrecht. Als gleichwertiger Vertragspartner ist das ICMPD Österreich nicht hierarchisch untergeordnet. Das ICMPD ist kraft Amtssitzabkommens dem österreichischen Recht nicht wie andere Arbeitgeber unterworfen. Österreich besitzt gegenüber dem Zentrum folglich kein Durchgriffsrecht. Vielmehr schützt das Amtssitzabkommen das ICMPD vor hoheitlichen Zwangsmaßnahmen durch Österreich. Österreich kann gegenüber dem Zentrum weder nationales noch unionsrechtliches Recht durchsetzen. Das Abkommen ist daher kein mitgliedstaatliches Recht iSd Unionsverträge.

Als Vertrag kam das Amtssitzabkommen durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande und beide Vertragsseiten sind an den Inhalt des Abkommens gebunden und zur Vertragseinhaltung völkerrechtlich verpflichtet (Art 26, 27 WVK). Auf völkerrechtlicher Vertragsebene besteht somit gemäß Art 14 Abs 2 ASA zwischen Österreich und dem ICMPD Konsens darüber, dass Österreich zur Familienbeihilfenleistung für Angestellte des Zentrums, die nicht österreichische Staatsbürger sind, verpflichtet ist, wenn das Ansässigkeitskriterium des „ständigen Wohnsitzes“ im Hoheitsgebiet Österreichs erfüllt wird.

Auch *„die Union ist eine internationale Organisation, basierend auf dem Völkerrecht. Dementsprechend ist auch die Rechtsordnung der Europäischen Union eine Teilrechtsordnung der Völkerrechtsordnung“* (Leidenmühler, Europarecht, die Rechtsordnung der Europäischen Union, Studienbuch, Pedell, Stand 1.7.2013, Begriffe des Europarechts S 6).

Es ist festzuhalten, dass ein völkerrechtlicher Rechtsakt zwischen der Union und dem ICMPD nicht besteht.

Das ICMPD ist aber nicht nur Völkerrechtssubjekt, sondern auch Arbeitgeber der Beschwerdeführerin. Arbeitgeber iSd VO 883/2004 kann nach Ansicht des Vorlagegerichts jedoch nur sein, wer den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates unterliegt. Ein Arbeitgeber

unterliegt dann den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates, wenn der Arbeitgeber an die nationalen Rechtsvorschriften gebunden ist und der Mitgliedstaat befugt ist, gegebenenfalls gegen dessen Willen die Rechtsvorschriften zwangsweise durchzusetzen. Das ist für internationale Organisationen generell nicht der Fall, entzieht sich doch eine internationale Organisation kraft Amtssitzabkommens oder Privilegienprotokolls der Hoheitsgewalt des Staates ihres Amtssitzes.

Der österreichische Gesetzgeber nimmt nach Ansicht des Vorlagegerichts mit § 53 Abs 2 FLAG keine Rücksicht auf die Rechtsnatur von internationalen Organisationen als Völkerrechtssubjekte und nimmt damit eine Zuständigkeit der Union an, die völkerrechtlich jedoch nicht besteht.

Daraus folgt nach Ansicht des Vorlagegerichts:

1. Internationale Organisationen sind nicht Normadressaten des Unionsrechtes. Das Unionsrecht und die verschiedenen Amtssitzabkommen von Staaten mit Internationalen Organisationen verfolgen unterschiedliche Ziele. Eine rechtliche Verbindung zwischen zwei Internationalen Organisationen könnte nur durch Beitritt der einen Internationalen Organisationen bei der anderen herbeigeführt werden. An die Zielbestimmung in Art 6 Abs 2 EUV zu einem Beitritt der Union zur EMRK ist in diesem Zusammenhang zu denken.
2. Mit dem Amtssitzabkommen und der VO 883/2004 treffen zwei Normen des Völkerrechts aufeinander, die auf **derselben** Stufe stehen, sodass der Grundsatz des Anwendungsvorranges des Unionsrechts, der nur gegenüber **mitgliedstaatlichem** Recht gilt, nicht Platz greifen kann. § 53 Abs 2 iVm Abs 1 FLAG verdrängt daher anderes Völkerrecht.
3. Ein Normenkonflikt zwischen Art 12, 14 (2) ASA und der VO 883/2004 besteht nach Ansicht des BFG hingegen nicht, weil die Ausgangssituation nicht unter beide Teilrechtsordnungen des Völkerrechts fällt. Beide Völkerrechtsteilordnungen unterscheiden sich bereits tatbestandlich voneinander.

Gemäß dem 1. Erwägungsgrund der Präambel des AEUV steht die europäische Integration begrifflich für einen „immer engeren Zusammenschluss der europäischen Völker“. Nach dem 1. Erwägungsgrund der Präambel des Vertrages von Maastricht (1992) wurde der „Prozess der europäischen Integration auf eine neue Stufe gestellt. Der Vertrag von Lissabon (2007) zeigt den aktuellen Stand der europäischen Integration. Die Völkerteilrechtsordnung Unionsrecht verfolgt demnach die Integration der europäischen Völker.

Die für Diplomaten und ihre Familienangehörigen sowie für diplomatische Einrichtungen geltende Völkerteilrechtsordnung [insbes Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (WÜD)] verfolgt hingegen das Ziel, die Diplomaten und diplomatischen Einrichtungen durch Immunitätsrechte und Privilegien der Rechtsordnung des Empfangsstaates

zu entziehen. Die für internationale Organisationen geltende Völkerteilrechtsordnung folgt insoweit dem Diplomatenrecht, als internationale Organisationen selbst sowie ihre Beschäftigten und deren Familienangehörigen ebenfalls durch Immunitätsrechte und Privilegien der Rechtsordnung des Empfangsstaates (Sitzstaates) entzogen werden. In beiden Fällen liegt das Gegenteil von Integration vor.

Auch aufgrund dieser gegenteiligen Zielsetzung schließen das Unionsrecht und die anderen zuvor dargestellten Völkerteilrechtsordnungen gegenseitig aus. Teil 3, Punkt 2.1. DR folgt dieser Überlegung hinsichtlich der Mitglieder von Botschaften und Berufskonsulaten und deren Familienangehörige in Bezug auf die unionsrechtliche soziale Koordinierung. Nach Ansicht des BFG ist die Exklusion dieses Personenkreises jedoch bereits auf höherer Ebene gegeben, nämlich in der Völkerrechtsordnung selbst. Mit § 53 Abs 2 FLAG werden die Beschäftigten von internationalen Organisationen mit der Staatsangehörigkeit EU/EWR/Schweiz dem Unionsrecht und damit dem Recht des Mitgliedstaates, der Empfangsstaat ist, unterworfen. Bei genauer Betrachtung verletzt die in Teil 1 Punkt 53.02 DR angeordnete Bewilligung der österreichischen Familienbeihilfe **nach Maßgabe der unionsrechtlichen sozialen Koordinierung** für einen beim ICMPD Beschäftigten, der die Staatsangehörigkeit EU/EWR/Schweiz besitzt, die Immunität des Zentrums und des Beschäftigten, weil der Beschäftigte diesfalls zu Unrecht der österreichischen Rechtsordnung unterworfen wird.

Die in Teil 3 Punkt 3.3. DR getroffene Anordnung, Amtssitzabkommen unionsrechtskonform auszulegen, ist nach Auffassung des BFG ein unlösbarer Widerspruch in sich.

Das Vorlagegericht ist der Ansicht, dass Österreich gemäß Art 26 WVK an das Abkommen gebunden ist und das Abkommen von ihm nach Treu und Glauben zu erfüllen ist (*pacta sunt servanda*). Aus Art 27 WVK ergibt sich klar und deutlich, dass Österreich im Innenverhältnis zu erfüllen verpflichtet ist, was es im Außenverhältnis versprochen hat. ISd Art 31 WVK ist Art 14 Abs 2 des Abkommens nach Ansicht des Vorlagegerichts dahin zu verstehen, dass Personen mit anderer Staatsangehörigkeit die österreichischen Familienleistungen nach dem FLAG dann zukommen soll, wenn sie durch ihre Ansässigkeit in Österreich eine hinreichend enge Bindung zu Österreich erreicht haben, die sonst nur österreichische Staatsbürger haben. Das entspricht einer Inländergleichstellung durch Erfüllung von Erfordernissen der Gebietsansässigkeit. Im Anwendungsbereich der Verträge stellt das Abstellen auf Wohnsitzerfordernisse hingegen eine mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar und ist verboten. Beide Ziele können nicht gleichzeitig verfolgt werden. Die hier betroffenen Völkerteilrechtsordnungen exkludieren sich gegenseitig.

Die Bf unterfällt ausschließlich deshalb dem österreichischen Sozialversicherungsrecht, weil sie von der in Art 12 ASA vorgesehenen Opting-in-Möglichkeit Gebrauch gemacht hat. Ihr steht die österreichische Familienbeihilfe nur unter der Voraussetzung zu, dass sie Art 14 Abs 2 ASA erfüllt.

In einem Parallellfall hat die Oberste Gerichtshofs zu Recht erkannt, dass „*die Bf als Angestellte des ICMPD* [, die die montenegrinische Staatsbürgerschaft besaß,] *von der Ausschlussklausel in Art 14 Abs 2 des Abkommens nicht erfasst* [sei], *wenn sie ihren ständigen Wohnsitz in Österreich hat* (OGH 24.06.2020, 10ObS20/20v, Rn 2.3). Eine Entscheidung in diesem Sinn ist dem BFG durch § 53 Abs 2 FLAG verwehrt.

In Art 17 ASA ist die Legitimationskarte völkervertragsrechtlich verankert. Mit §§ 29, 95 FPG hat Österreich die dafür notwendigen Rechtsgrundlagen geschaffen. Die vorgelegten Legitimationskarten weisen den Angestelltenstatus von CM beim ICMPD nach. Somit hielt sich die Bf in Österreich rechtmäßig auf. Anders als bei den in § 3 Abs 1 FLAG aufgezählten Aufenthaltstiteln kommt es für einen Beihilfenanspruch der Bf auf die kumulative Erfüllung des Art 14 Abs 2 ASA an. Gemäß dem Schengener Grenzkodex ist die Legitimationskarte ein legitimer Aufenthaltstitel in der Union, weshalb nach Ansicht des BFG auf EuGH 24.01.2019, Rs C-477/17, *Balandin*, zurückgegriffen werden kann. Mit diesem Urteil hat der EuGH im Fall eines Drittstaatsangehörigen, dessen Familie ihren Wohnort im Drittstaat hatte, zu Recht erkannt, dass sich der Drittstaatsangehörige auf der Grundlage eines „Schengen-Visums“ rechtmäßig in der Union aufgehalten habe, weshalb ihm die Familienbeihilfe zustand. Dass Herrn Balandin aufgrund eines „Schengen-Visums“ iVm der VO 883/2004 die Familienleistungen zustanden und der Bf aufgrund eines Aufenthaltstitel gemäß Art 2 Nr 15 Buchstabe b) Schengener Grenzkodex iVm Art 14 Abs 2 ASA, macht nach Ansicht des Vorlagegerichts keinen Unterschied.

Laut Sachverhalt besitzen die Legitimationskarten der Bf keinen besonderen Vermerk über einen weiteren Aufenthaltstitel nach anderem Recht, zB nach dem NAG als Familienangehörige eines Österreichers. Für den Beihilfenanspruch kann das Fehlen eines besonderen Vermerkes auf einen weiteren Aufenthaltstitel nicht hinderlich sein. Als Drittstaatsangehörige wäre für die Bf ein NAG-Titel konstitutiv, den sie nicht nachholen könnte. Nach Ansicht des BFG ist entscheidungserheblich, dass Art 14 Abs 2 ASA nicht anordnet, dass noch ein weiterer Aufenthaltstitel vorliegen muss.

Nach Rechtsanschauung des BFG wären Fragen 1 bis 3 zu bejahen.

Conclusio:

Liegt das BFG mit seiner Rechtsansicht richtig, so hätte zB ein Staatsbürger der Bundesrepublik Deutschland, der mit dem ICMPD ein Beschäftigungsverhältnis eingeht und dessen Familienangehörige in Deutschland verbleiben, mangels Anwendbarkeit des Unionsrechts keinen Anspruch auf die österreichischen Familienleistungen nach dem FLAG (und dem Kinderbetreuungsgeldgesetz). Die Entscheidungen wären umgekehrt der bisherigen Verwaltungspraxis zu treffen.

Ad Frage 4:

Der EuGH hat mit Urteil vom 25.11.2021, C-372/20, Rs QY gegen Finanzamt Österreich, die Frage, ob § 53 Abs 1 FLAG gegen das Wiederholungsverbot von Unionsrecht verstößt, dahin beantwortet, dass „Art. 288 Abs. 2 AEUV dahin auszulegen [sei], dass er dem Erlass einer mitgliedstaatlichen Vorschrift, deren persönlicher Geltungsbereich insofern über den der Verordnung Nr. 883/2004 hinausgeht, als sie eine Gleichstellung der Angehörigen der Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 2. Mai 1992 mit seinen eigenen Staatsangehörigen vorsieht, nicht entgegensteh[e], sofern diese Vorschrift im Einklang mit dieser Verordnung ausgelegt [werde] und deren Vorrang nicht in Frage gestellt [werde].“

Der EuGH stellt mit Urteil C-372/20 die Bedingung, dass „diese Vorschrift im Einklang mit dieser Verordnung ausgelegt [werde] und deren Vorrang nicht in Frage gestellt [werde]“. § 53 Abs 2 FLAG und § 53 Abs 4 FLAG zeigen, dass § 53 Abs 1 FLAG nicht im Einklang mit der Verordnung 883/2004 ausgelegt wird und deren Vorrang durch § 53 Abs 4 FLAG in Frage gestellt wird. § 53 Abs 2 FLAG ist insoweit eine Besonderheit, als der Anwendungsvorrang von Unionsrecht gegenüber einer anderen Völkerteilrechtsordnung angeordnet wird. Der Gesetzwerdungsprozess von § 53 Abs 1 und 2 FLAG war nicht transparent, weil die Einführung leg.cit. nicht in den parlamentarischen Materialien (Regierungsvorlage) und auch nicht in einem Beratungsprotokoll enthalten war. Die gemeinsame Einführung von § 53 Abs 1 und 2 FLAG legt nahe, dass mit § 53 Abs 1 unbestimmte Teile des Unionsrechts in nationales Recht gekleidet werden, um sie auf internationale Organisationen zu übertragen. Die Überlegungen zu § 53 Abs 1 und 2 FLAG liefern ausschließlich die DR, die als unverbindlicher Verwaltungserlass nicht dem geschlossenen Rechtssatzkatalog angehört und nicht vom Legislativorgan stammen.

Nach Teil 1 Punkt 53.01 DR wird mit § 53 Abs 1 FLAG sogar Primärrecht, nämlich das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV (Art 18 AEUV) angesprochen, das nur subsidiär gilt und im Fall der Ausübung Arbeitnehmerfreizügigkeit durch diese Grundfreiheit verdrängt wird. § 53 Abs 1 FLAG hat daher nicht die VO 883/2004 vor Augen, sondern darüber hinaus unmittelbar geltendes und anwendbares Primärrecht.

§ 53 Abs 1 FLAG birgt nach Ansicht des BFG die Gefahr, dass das mit dieser Norm in das österreichische Recht hereingeholte Unionsrecht in einem anschließenden Schritt umso leichter übertragen (wie mit Absatz 2 leg.cit.) und modifiziert (wie mit Absatz 4 leg.cit.) werden konnte. Mit § 53 Abs 2 FLAG wird das für internationale Organisationen geltende Völkerrecht verdrängt. Mit § 53 Abs 4 FLAG, zu dem ein Vorabentscheidungsersuchen zur do Zahl C-574/20 anhängig ist, wird die Indexierung der Familienbeihilfe gestützt. Die vom EuGH mit Urteil vom 25.11.2021, C-372/20, ausgesprochene Voraussetzung, § 53 Abs 1 FLAG im Einklang mit dieser

Verordnung auszulegen bzw deren Vorrang nicht in Frage zu stellen, wird nach Ansicht des BFG nicht erfüllt.

Weiters bereitet § 53 Abs 1 FLAG in der praktischen Anwendung insoweit Probleme, als er nicht wie eine Norm des öffentlichen Rechts einen Tatbestand (Obersatz) und bei dessen Erfüllung die zwingend einzutretende Rechtsfolge umschreibt. Es ist unzulässig bzw aufgrund des Anwendungsvorranges von unmittelbar geltendem Unionsrechts gar nicht erforderlich, dieses im Wege von Transformation oder Adoption in mitgliedstaatliches Recht umzuwandeln. § 53 Abs 1 FLAG umschreibt daher weder Tatbestand noch Rechtsfolge noch darf leg.cit. die Transformation von Unionsrecht bezwecken. Die Bestimmungen der VO 883/2004 gelten bereits kraft Anordnung in Art 288 Abs 2 AEUV unmittelbar in den Rechtsordnungen, sodass fraglich ist, welchen unionsrechtlichen oder mitgliedstaatlichen Normzweck § 53 Abs 1 FLAG erfüllt.

Im Fall von Richtlinien sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, dieses ordnungsgemäß in nationales Recht umzusetzen. Auch im Fall von Verordnungen, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre Rechtsordnungen anzupassen. Als eine solche Norm ist nach Ansicht des BFG zB § 24 Abs 3 Kinderbetreuungsgeldgesetz zu verstehen, die auszugsweise lautet: *„Nur bei Erfüllung der nationalen Gleichstellungserfordernisse des Abs. 2 zweiter Satz liegt eine gleichgestellte Situation im Sinne des Art. 68 iVm Art. 1 lit. a der Verordnung (EG) Nr. 883 /2004 ... vor, ...“* § 24 Abs 3 Kinderbetreuungsgeldgesetz ist auf Unionsrechtskonformität überprüfbar. Soweit nach Teil 1 Punkt 53.01 DR 53 Abs 1 FLAG 1967 klargestellt wird, *„dass § 5 Abs. 3 FLAG 1967 in Bezug auf EWR/EU Staatsbürger grundsätzlich nicht [gelte]“*, so ist dazu zu sagen, dass die Anpassung von § 5 Abs 3 FLAG an Unionsrecht wesentlich klarer und deutlicher für den Rechtsunterworfenen wäre. § 5 Abs 3 FLAG hätte ein zweiter Satz zB mit folgenden Wortlaut hinzugefügt werden können: *„Dies gilt nicht in Bezug auf Staatsbürger des Raumes EU/EWR/Schweiz.“* Eine solche zwingende Vorschrift mit Außenwirkung würde einen Tatbestand umschreiben und entspräche der Forderung des Unionsrechts auf Anpassung mitgliedstaatlicher Rechtsvorschriften.

Es ist nicht verständlich, weshalb andere Bestimmungen der VO 883/2004, allen voran ihr Art 7 über den Ausschluss von Wohnortklauseln, nicht in Teil 1 Punkt 53.01 DR genannt werden.

Weiters verleitet § 53 Abs 1 FLAG als innerstaatliche Norm dazu, das Gebot der Inländergleichstellung nach innerstaatlichem Rechtsverständnis auszulegen. Aus der Praxis des BFG ist zu sagen, dass die Gleichstellung mit Inländern in dem BFG vorgelegten Beschwerdefällen als nicht erfüllt angesehen wurde, weil von einem aktiv erwerbstätigen Unionsbürger das Wohnsitzkriterium im Inland nicht erfüllt wurde, was der Inländer ja erfüllen muss.

Schließlich verwehrt § 53 Abs 2 FLAG eine Entscheidung in der Beschwerdesache durch das BFG in Anlehnung an OGH 24.06.2020, 10ObS20/20v.

Das BFG gibt auch zu bedenken, dass die Beihilfenwerber in aller Regel unvertretene Personen ohne Rechtskenntnis sind, für die eine klare und deutliche Erkennbarkeit sowie Unterscheidbarkeit von Unionsrecht und mitgliedstaatlichem Recht den Rechtszugang erleichtert. Das BFG ist nach wie vor der Ansicht, dass bereits § 53 Abs 1 FLAG die Sicht auf das Unionsrecht verstellt, zumal das davon angesprochene Unionsrecht von der rechtlich unverbindlichen Verwaltungsrichtlinie nicht abschließend bestimmt wird.

§ 53 Abs 1 FLAG 1967 entspricht nicht dem Determinierungsgebot, um den Verwaltungsakt für den Rechtsunterworfenen hinreichend voraussehbar zu machen. § 53 Abs 1 FLAG 1967 kann aufgrund seines Bezuges zum Unionsrecht nicht beim österreichischen Verfassungsgerichtshof in Prüfung gezogen werden.

Da die Bestimmungen der VO 883/2004 bereits aufgrund von Art 288 Abs 2 AEUV unmittelbar in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wirken und mit § 53 Abs 1 FLAG Unionsrecht lediglich wiederholt bzw transformiert wird, erfüllt § 53 Abs 1 FLAG keinen Normzweck. Soweit Anpassung des FLAG an die VO 883/2004 geboten sind, sollten die für Richtlinien geltenden Grundsätze einer zwingenden Norm mit Außenwirkung, die Tatbestand und Rechtsfolge beinhaltet, eingehalten werden. Das BFG ersucht daher in einer Gesamtbetrachtung mit § 53 Abs 2 und 4 FLAG aus den zuvor genannten Gründen nochmals um Vorabentscheidung zu § 53 Abs 1 FLAG, der die Wurzel seiner mit Absätzen 2 und 4 leg.cit. erfolgten Übertragung und Modifizierung bildet.

VII. Zweifel:

Da die Anwendung des Unionsrechts und dessen Auslegung nicht als derart offenkundig erscheinen, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (analog EuGH 6.10.1982, Rechtssache Srl C.I.L.F.I.T. u.a., C-283/81, EU:C:1982:335), werden die eingangs formulierten Vorlagefragen gemäß Art. 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.

VIII. Ausschluss einer Revision

Gegen diesen Beschluss ist die ordentliche ebenso wie die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof sowie die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht gegeben. Das Vorentscheidungsersuchen gemäß Art 267 AEUV ist ein Rechtsinstitut des Unionsrechts und begründet die ausschließliche Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs zur Beantwortung der Vorlagefragen. Das Vorentscheidungsverfahren ist im mitgliedstaatlichen Gerichtsverfahren als Zwischenverfahren eingerichtet und garantiert das Auslegungsmonopol des Gerichtshofs hinsichtlich Fragen des Unionsrechts. Bis zur Beantwortung des Ersuchens durch den Europäischen Gerichtshof ist das zu Grunde liegende Bescheidbeschwerdeverfahren ausgesetzt (siehe Spruchpunkt II). Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist für das Vorlagegericht und alle weiteren im Verfahren angerufenen Gerichte bindend. Nach

Beantwortung durch den Europäischen Gerichtshof wird das Beschwerdeverfahren von Amts wegen vom Bundesfinanzgericht fortgesetzt. Erst die die Rechtssache erledigende Entscheidung des Bundesfinanzgerichts eröffnet nach Maßgabe der Bestimmungen des VwGG und VfGG die Anfechtung bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts.

Beilagen

Akten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens laut Aktenverzeichnis

Wien, am 31. Dezember 2021