

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin R. in der Beschwerdesache BF, vertreten durch Rechtsanwälte ABC gegen den Bescheid des Finanzamtes Graz-Stadt vom 20.09.2013, betreffend Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe für die Zeiträume Dezember 2011 bis März 2013 für das Kind Tochter und betreffend Abweisung des Antrages auf Familienbeihilfe für August 2008 bis März 2013 für das Kind Sohn zu Recht erkannt:

Die als Beschwerde zu behandelnde Berufung vom 07.10.2013 wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

## Entscheidungsgründe

### Verfahrensgang / Sachverhalt

Die Beschwerdeführerin (BF) brachte am 02.08.2013 für ihre Tochter TochterB und ihren Sohn SohnA einen Antrag auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe ein.

Dieser Antrag wurde vom Finanzamt mit Bescheid vom 20.09.2013 teilweise abgewiesen. Begründend wurde ausgeführt:

"Sie sind im Jahr 2002 nach Österreich eingereist und haben noch vor dem 31.12.2005 einen Asylantrag gestellt. Somit erfüllten Sie die Voraussetzungen gem. § 3 "alt" FLAG 1967 in der Fassung bis 31.12.2005 (Anspruch auf Familienleistungen nach einem ständigen Aufenthalt von mindestens 60 Kalendermonaten).

Die Asylwerbereigenschaft endet mit dem Monat einer abweisenden Entscheidung zweiter Instanz, da deren materielle Rechtskraft auch durch ein anhängiges Beschwerdeverfahren vor dem VwGH nicht durchbrochen wird.

In Ihrem Fall wurde Ihr Asylantrag am 27.11.2011 in zweiter Instanz (Asylgerichtshof) abgewiesen. Daher endet die Beurteilung des Familienbeihilfenanspruches gem. § 3 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 "alt" (in der Fassung 31.12.2005) mit November 2011.

Kinder sind im Asylverfahren gesondert und einzeln zu betrachten. Zur Tochter:

In dem Fall wurde der Asylantrag am 27.11.2011 in zweiter Instanz abgewiesen.

Daher endet die Beurteilung des Familienbeihilfenanspruches gem. § 3

Familienlastenausgleichsgesetz 1967 "alt" (in der Fassung bis 31.12.2005) mit April 2011  
(*Anmerkung, wohl gemeint: November 2011*).

Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Da Sie erst ab April 2013 eine Niederlassungsbewilligung für die Tochter vorgelegt haben, musste die Familienbeihilfe für den Zeitraum Dezember 2011 bis März 2013 abgewiesen werden.

Zum Sohn:

Für Kinder, die nicht österreichische StaatsbürgerInnen sind, besteht gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Ihr Sohn ist nach dem 31.12.2005 geboren. Somit unterliegt er eindeutig den gesetzlichen Bestimmungen des § 3 Abs. 2 FLAG 1967 (in der Fassung ab 01.01.2006). Infolgedessen bestand in der Zeit von August 2008 bis März 2013 kein Anspruch auf Familienbeihilfe, da Sie erst ab April 2013 eine Niederlassungsbewilligung für den Sohn vorgelegt haben."

Dagegen wurde Berufung vom 07.10.2013 (nunmehr Beschwerde) erhoben und seitens des vertretenden Rechtsanwaltes im Wesentlichen ausgeführt:

Warum der Anspruch für die Tochter für Dezember 2007 bis Oktober 2008 (*Anmerkung, wohl gemeint: Juli 2008*) abgewiesen worden sei, sei nicht ersichtlich.

Bei der BF handle es sich um eine ehemalige Asylwerberin, die nach ihrer Einreise nach Österreich am 23.12.2002 den Antrag auf Gewährung des internationalen Schutzes eingebracht habe. Mit Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 27.11.2011 wurde das Asylverfahren der BF rechtskräftig entschieden.

Der BF komme daher aufgrund des Umstandes, dass sie seit Dezember 2002 durchgehend in Österreich als Asylwerberin aufhältig sei, gemäß § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I 142/2004, betreffend beider Kinder rückwirkend seit Dezember 2007 bis laufend, ein Anspruch auf Familienbeihilfe zu.

Der VwGH habe im Erkenntnis vom 15.01.2008, 2007/15/0170, unmissverständlich dargelegt: "§ 55 FLAG ist dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Asylgesetz 2005 das Asylverfahren noch nach dem AsylIG 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG - unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung."

Dies sei mittlerweile ständige Rechtsprechung und gelte insbesondere auch für Personen, die als Asylwerber im Bundesgebiet zum Aufenthalt berechtigt seien (vgl. dazu grundlegend VwGH 12.10.2009, 2009/16/0208).

Der Anspruch der BF für den Sohn werde mit der Begründung abgelehnt, dass angesichts des Umstandes, dass dieser nach dem 31.12.2005 zur Welt gekommen sei, die Rechtslage ab dem 01.01.2006 für ihn anzuwenden sei. Dabei handle es sich zweifelsohne um eine rechtsirrige Meinung der belangten Behörde, zumal für die Anwendung der oben genannten Judikatur bzw. der Rechtslage vor dem 01.01.2006 nicht die Geburt des Kindes, für das die Familienbeihilfe bezogen werde von rechtlicher Relevanz sei, sondern die Asylantragstellung der Anspruchsberechtigten. Nach § 2 FLAG komme der Anspruch auf Familienbeihilfe für minderjährige Kinder den Personen zu, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz bzw. ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Da die BF als Mutter des minderjährigen Sohnes als anspruchsberechtigte Person zu betrachten sei, sei der rechtliche Aufenthaltsstatus der BF für die Anwendung der Rechtslage von erheblicher rechtlicher Bedeutung. Da die BF bereits im Dezember 2002 den Antrag auf Gewährung des internationalen Schutzes eingebracht habe und zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Fremdenrechtspakets 2005 ihr Asylverfahren weiterhin anhängig gewesen sei, sei im gegenständlichen Fall - unbeschadet der mit Wirkung ab 01.01.2006 vorgenommenen Änderungen - § 3 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden. Ausgehend von diesem Umstand komme der BF als anspruchsberechtigte Person für den Zeitraum ab Dezember 2007 bis zur rechtskräftigen Entscheidung in ihrer Asylrechtssache der Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe zu, zumal die gemäß § 3 Abs. 2 FLAG idF BGBI. I 142/2004 vorgesehene 60-monatige Aufenthaltsdauer ab diesem Zeitpunkt erfüllt sei.

Darüber hinaus sei dem bekämpften Bescheid nicht zu entnehmen, warum der Anspruch der BF für die Tochter für den Zeitraum Dezember 2007 bis Juli 2008 abgelehnt worden sei, weshalb der Bescheid der belangten Behörde aufgrund der fehlenden Begründung mit einer weiteren Rechtswidrigkeit behaftet sei.

Die bescheiderlassende Behörde habe daher obigen Ausführungen zufolge die Rechtslage in Bezug auf die Anwendung des § 3 FLAG verkannt und sei ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen, weshalb sich der angefochtene Bescheid bzw. die Abweisung des Antrages der BF auf Gewährung von Familienbeihilfe sowie des Kinderabsetzbetrages seit Dezember 2007 bis November 2011 für den minderjährigen Sohn sowie seit Dezember 2007 bis Juli 2008 für die damals minderjährige Tochter sich als inhaltlich rechtswidrig erweise.

Der BF sei die Familienbeihilfe rückwirkend ab Dezember 2007 bis November 2011 für den Sohn und ab Dezember 2007 bis Juli 2008 für die damals minderjährige Tochter zuzuerkennen.

Mit Beschwerdevorentscheidung vom 28.05.2014 wurde die Beschwerde der BF als unbegründet abgewiesen mit folgender Begründung:

"Die BF brachte am 02.08.2013 für die Kinder SohnA und TochterB einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe rückwirkend für 5 Jahre ein.

In der Beschwerdeschrift wird der Abweisungsbescheid vom 20.09.2013 zur Gänze mit der Begründung bekämpft, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe seitens der Antragstellerin und der beiden Kinder nach den Bestimmungen des § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der Fassung bis 31.12.2005 zu beurteilen sei. Darüber hinaus wurde eine fehlende Begründung betreffend Gewährung der Familienbeihilfe für SohnA für die Zeit von Dezember 2007 bis November 2011 und für TochterB für die Zeit von Dezember 2007 bis Juli 2008 bemängelt bzw. beantragt. Da diese Zeiträume jedoch weder beantragt wurden, noch Streitzeitraum sind, kann dazu im Zuge der Beschwerde nicht Stellung genommen werden.

Bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sind folgende gesetzliche Bestimmungen zu beachten:

Laut Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 15.01.2008, 2007/15/0170, sind alle zum 31.12.2005 anhängigen Asylverfahren nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen.

Nach § 55 FLAG 1967 tritt § 3 FLAG 1967 mit 01.01.2006 nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des AsylG 2005 in Kraft, daher ist für Asylwerber, deren Asylverfahren vor dem 01.01.2006 anhängig ist, der Familienbeihilfanspruch nach § 3 "alt" zu beurteilen.

Gem. § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der Fassung bis 31.12.2005 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen.

Gem. § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der Fassung bis 31.12.2005 gilt Abs. 1 nicht für Personen, die sich seit mindestens 50 (*Anmerkung, richtig: 60*) Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.

Gem. § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der Fassung ab 01.01.2006 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Gem. § 3 Abs. 2 FLAG 1967 besteht Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten. Anspruch besteht gem. § 3 Abs. 3 FLAG 1967 auch dann, wenn für die Kinder nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

Der Ehemann der BF reiste mit der BF und dem gemeinsamen Kind TochterB am 22.12.2002 illegal in das österreichische Bundesgebiet ein und stellte am 23.12.2002 für

alle Familienmitglieder einen Asylantrag, welcher am 19.08.2003 mittels Bescheid des Bundesasylamtes vom 19.08.2003 abgewiesen wurde. Gegen diesen Bescheid wurde rechtzeitig Beschwerde erhoben, welche am 27.11.2011 vom Asylgerichtshof abgewiesen wurde.

Somit endet die Beurteilung des Anspruchs auf Familienbeihilfe gem. § 3 FLAG 1967 in der Fassung bis 31.12.2005 mit November 2011.

Für das Kind SohnA wurde die Beschwerde gegen den Abweisungsbescheid des Bundesasylamtes vom 31.05.2006 seitens des Asylgerichtshofs ebenfalls am 27.11.2011 abgewiesen.

Der gesamten Familie der BF wurde am 09.04.2013 ein Aufenthaltstitel gem. § 8 und § 9 NAG zuerkannt.

Beide Ehegatten waren in der Zeit bis zur Erteilung der Niederlassungsbewilligung nicht unselbstständig erwerbstätig. Somit lagen die anspruchsbegründenden Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 FLAG 1967 in der Fassung bis 31.12.2005 nicht vor.

Die BF hielt sich jedoch mit dem Kind TochterB seit Dezember 2002 ständig im Bundesgebiet auf, gem. § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der Fassung bis 31.12.2005 wäre somit bei rechtzeitiger Antragstellung ab Dezember 2007 ein Anspruch auf Familienbeihilfe vorgelegen.

Gem. § 10 Abs. 1 FLAG 1967 wird die Familienbeihilfe nur auf Antrag gewährt und kann gem. § 10 Abs. 3 FLAG 1967 nur höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt werden.

Da das Kind SohnA erst am xx.xx.xx geboren wurde, richtet sich der Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe für dieses Kind nach § 3 FLAG 1967 in der Fassung ab 01.01.2006 (vgl. VwGH Erkenntnis vom 24.09.2008, 2008/15/0199).

Das Finanzamt konnte dem Antrag vom 02.08.2013 somit aufgrund des ständigen Aufenthalts von TochterB in der Zeit von August 2008 bis November 2011 (aufrechtes Asylverfahren der Antragstellerin und des Kindes max. 5 Jahre rückwirkend ab Antragstellung) und für die Zeit ab April 2013 (rechtmäßiger Aufenthalt gem. §§ 8 u. 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes) stattgeben.

Für das Kind SohnA konnte die Familienbeihilfe gem. § 3 FLAG 1967 in der Fassung ab 01.01.2006 erst ab April 2013 (ab Vorliegen eines rechtmäßigen Aufenthalts von Antragstellerin und Kind) gewährt werden.

Infolge dessen erfolgte die Abweisung zu Recht und war Ihre fristgerecht eingebrachte Beschwerde abzuweisen."

Mit 17.06.2014 wurde ein Vorlageantrag eingebracht und dem BFG mit 30.01.2015 die Beschwerde zur Entscheidung vorgelegt.

Begründend wurde ausgeführt, dass die BF am 02.08.2013 für beide Kinder einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe eingebracht habe. Bei einer rückwirkenden

Gewährung von fünf Jahren somit zumindest hinsichtlich des Sohnes für den Zeitraum ab August 2008 Familienbeihilfe zu bejahen sei.

Hinsichtlich der Anwendung der Rechtslage vor 01.01.2006 sei auf den rechtlichen Status der BF als anspruchsberechtigte Person abzuzielen und nicht auf den Status des Sohnes. Daher sei der Familienbeihilfenanspruch des Sohnes für den Zeitraum August 2008 bis November 2011 jedenfalls als berechtigt anzusehen.

Der Sachverhalt ergibt sich aus der Aktenlage wie folgt:

Die BF ist mit ihrem Gatten und der damals minderjährigen Tochter am 22.12.2002 illegal in das österreichische Bundesgebiet eingereist und stellte die gesamte drittstaatsangehörige Familie mit 23.12.2002 einen Asylantrag, welcher am 19.08.2003 mit Bescheid des Bundesasylamtes abgewiesen wurde. Gegen diesen Bescheid wurde Berufung erhoben, welche am 27.11.2011 vom Asylgerichtshof abgewiesen wurde. Diese Abweisung erwuchs in Rechtskraft.

Für den am xx.xx.xx (nach der illegalen Einreise) geborenen Sohn wurde das Asylverfahren ebenfalls mit 27.11.2011 rechtskräftig abweisend entschieden.

Trotzdem wurde der gesamten Familie (erst) mit 09.04.2013 ein Aufenthaltstitel gemäß § 8 und § 9 NAG zuerkannt.

Beide Ehegatten waren in der Zeit bis zur Erteilung des Niederlassungstitels in Österreich zu keiner Zeit erwerbstätig und erzielten keine Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit.

Mit 02.08.2013 stellte die BF (rückwirkend) einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für beide Kinder.

#### Rechtslage / Erwägungen

§ 10 FLAG 1967 (Zeitliche Wirkung der Antragstellung)

- (1) Die Familienbeihilfe wird nur auf Antrag gewährt; ....
- (2) Die Familienbeihilfe wird vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.
- (3) Die Familienbeihilfe .... .... wird **höchstens für fünf Jahre rückwirkend** vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, an Hand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beurteilen. Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG 1967 entnehmen lässt, der Monat. Das Bestehen des Familienbeihilfenanspruches für ein Kind kann somit je nach dem Eintritt von Änderungen der Sach- und/oder der Rechtslage von Monat zu Monat anders zu beurteilen sein (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 8. Februar 2007, 2006/15/0098).

Entsprechend dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage der jeweils maßgeblichen Rechtslage ergibt sich für den Beschwerdefall Folgendes:

§ 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, lautete auszugsweise:

"§ 3. (1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; ...

(2) Abs. 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten, sowie für Staatenlose und Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde."

Durch das "Fremdenrechtspaket 2005", BGBl. I Nr. 100/2005, hat der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechts vorgenommen. Im Zuge dieser Reform wurde auch § 3 FLAG neu gefasst. Art. 12 des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, lautet auszugsweise:

"Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967

Das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, BGBl. Nr. 376, ..., wird wie folgt geändert: ...

2. § 3 lautet:

§ 3. (1) 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, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(2) Anspruch auf Familienbeihilfe besteht für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

(3) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde.

3. Nach § 54 wird folgender § 55 angefügt:

§ 55. Die §§ 2 Abs. 8 erster Satz und 3 in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 100/2005, treten mit 1. Jänner 2006, nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG), BGBl. I Nr. 100/2005, sowie des Asylgesetzes 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100, in Kraft."

Die §§ 73 und 75 Asylgesetz 2005 lauten wie folgt:

"Zeitlicher Geltungsbereich

§ 73. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2006 in Kraft.

(2) Das Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1997 - AsylG), BGBl. I Nr. 76/1997, tritt mit Ausnahme des § 42 Abs. 1 mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft.

(3) (Verfassungsbestimmung) § 42 Abs. 1 des Asylgesetzes 1997 tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft.

(4) Verordnungen auf Grund dieses Bundesgesetzes können bereits ab dem auf seine Kundmachung folgenden Tag erlassen werden. Sie dürfen jedoch frühestens mit In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes in Kraft gesetzt werden."

#### "Übergangsbestimmungen

§ 75. (1) Alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen.

§ 44 Asylgesetz 1997 gilt. Die §§ 24, 26, 54 bis 57 und 60 dieses Bundesgesetzes sind auf diese Verfahren anzuwenden. § 27 ist auf diese Verfahren mit der Maßgabe anzuwenden, dass die Behörde zur Erlassung einer Ausweisung zuständig ist und der Sachverhalt, der zur Einleitung des Ausweisungsverfahrens führen würde, nach dem 31. Dezember 2005 verwirklicht wurde. § 57 Abs. 5 und 6 ist auf diese Verfahren mit der Maßgabe anzuwenden, dass nur Sachverhalte, die nach dem 31. Dezember 2005 verwirklicht wurden, zur Anwendung dieser Bestimmungen führen. .... "

Mit dem Bundesgesetz, BGBl. I Nr. 168/2006, wurden dem § 3 FLAG 1967 folgende Abs. 4 und 5 angefügt:

"(4) Abweichend von Abs. 1 haben Personen, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe, sofern sie keine Leistungen aus der Grundversorgung erhalten und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch besteht auch für Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleiches gilt für Adoptiv- und Pflegekinder, rückwirkend bis zur Begründung des Mittelpunktes der Lebensinteressen im Bundesgebiet (§ 2 Abs. 8) durch den Elternteil und das Kind. Als nachgeborene Kinder gelten jene Kinder, die nach dem Zeitpunkt der Erteilung des Aufenthaltstitels oder der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden."

Nach dem mit diesem Bundesgesetz dem § 55 FLAG angefügten Abs. 3 trat § 3 Abs. 4 und 5 in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 168/2006, am 1. Juli 2006 in Kraft.

In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 wird angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen sind (§ 75 Abs. 1 AsylG 2005). § 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, 2007/15/0170, rechtliche Ausführungen über das Inkrafttreten und die Anwendung der hier maßgebenden Bestimmungen des FLAG in der durch das Fremdenrechtspaket

2005, BGBl. I Nr. 100/2005, geänderten Fassung getroffen. Darin führte er aus, § 55 FLAG ist dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 AsylG 2005 das Asylverfahren noch nach dem Asylgesetz 1997 abgeführt wird, auch für Zeiträume ab 1. Jänner 2006 nicht anzuwenden ist. Für diesen Personenkreis kommt daher § 3 FLAG - unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, zur Anwendung.

Dies bedeutet also, dass in den Fällen, in denen das Asylverfahren des Antragstellers auf Gewährung der Familienbeihilfe nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen ist, sein Anspruch auf Familienbeihilfe sich nach den Bestimmungen des FLAG 1967 in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, richtet, wonach die asylrechtliche Stellung des den Anspruch vermittelnden Kindes bedeutungslos ist. Ist hingegen das Asylverfahren des Antragstellers nach dem AsylG 2005 zu führen, gilt für seinen Anspruch auf Familienbeihilfe das FLAG idF des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 100/2005 oder bereits BGBl. I Nr. 168/2006.

Wenn in diesem Fall aber das Asylverfahren des den Anspruch vermittelnden Kindes nach dem AsylG 1997 zu Ende zu führen ist, richtet sich der Anspruch auf die Familienbeihilfe nach § 55 FLAG ebenfalls nach den Bestimmungen des FLAG idF des Bundesgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 (VwGH vom 24.09.2008, 2008/15/0199).

Für die illegal miteingereiste Tochter ist demnach noch § 3 FLAG idF BGBl. I Nr. 142/2004 ("alt") anzuwenden und wurde die Familienbeihilfe richtig (siehe Begründung der Beschwerdevorentscheidung vom 28.05.2014) gewährt.

Eine Gewährung vor August 2008 scheitert an § 10 Abs. 3 FLAG 1967 und der darin normierten maximal fünf Jahre rückwirkend möglichen Gewährung ab Antragstellung (mit 02.08.2013).

Unstrittig war das die BF betreffende Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig, sodass für die Frage, ob die BF dem Grunde nach beihilfenberechtigt ist, § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, anzuwenden ist.

Strittig ist allerdings, ob der im Spruch genannte Sohn für den strittigen Zeitraum August 2008 bis November 2011 einen Beihilfenanspruch vermittelt.

Das Asylverfahren für den erst im Jahr 2006 geborenen Sohn konnte am 31.12.2005 noch nicht anhängig sein und wurde daher auch nicht nach dem Asylgesetz 1997, sondern nach dem Asylgesetz 2005 abgewickelt. Es kann daher auch die Bestimmung des § 55 Abs. 1 FLAG 1967 nicht zum Tragen kommen, sodass für die hier maßgebliche Frage nicht § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, sondern § 3 in der ab 01.01.2006 geltenden Fassung idF BGBl. I Nr. 100/2006 anzuwenden ist (vgl. VwGH vom 24.09.2008, 2008/15/0199).

Nun bestimmt § 3 Abs. 2 FLAG 1967 in der hier maßgeblichen Fassung ausdrücklich, dass ein Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur besteht, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Da dies beim Sohn im maßgeblichen Zeitraum nicht der Fall war, konnte dieser der dem Grunde nach anspruchsberechtigten BF keinen Beihilfenanspruch vermitteln. Die BF wäre dem Grunde nach anspruchsberechtigt, der nach dem 31.12.2005 geborene Sohn kann aber erst ab dem Zeitpunkt einen Anspruch vermitteln, ab dem er sich rechtmäßig gem. §§ 8 und 9 NAG in Österreich aufgehalten hat (somit mit April 2013) (vgl. BFG vom 14.01.2015, RV/6100301/2014).

Für den am xx.xx.xx geborenen SohnA wurde damit zu Recht der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe (bis zum Vorliegen eines rechtmäßigen Aufenthaltstitels im April 2013) abgewiesen, da ein rechtmäßiger Aufenthaltstitel im Zeitraum August 2008 bis März 2013 nicht vorlag.

Im Übrigen wird ergänzend, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, auf die Begründungen des Abweisungsbescheides vom 20.09.2013 und der Beschwerdevorentscheidung vom 28.05.2014 verwiesen, die nachvollziehbar, richtig, ausführlich und ausreichend darlegen, warum aufgrund der geltenden Rechtslage und Rechtsprechung des VwGH eine teilweise Abweisung des Antrages zu erfolgen hatte und spruchgemäß zu entscheiden war.

### **Zulässigkeit einer Revision**

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

In der Entscheidung wird der ständigen Rechtsprechung des VwGH gefolgt, eine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung war nicht zu lösen, die Revision ist daher unzulässig.

Graz, am 30. Oktober 2015