

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter R. in der Beschwerdesache Bf., Adresse, vertreten durch Dr. Julia Ecker, Schleifmühlgasse 5/8, 1040 Wien, gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden X vom 8.1.2014, betreffend Gewährung von Familienbeihilfe für den Zeitraum März 2008 bis Februar 2013, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

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

## Entscheidungsgründe

Der Bf. brachte im März und Juli 2013 jeweils einen Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe ab März 2008 für die beiden Söhne A. und M. ein.

Im Zuge des Antragsverfahrens überprüfte das Finanzamt die Anspruchsvoraussetzungen und traf folgende Feststellungen:

Der Bf. reiste am 25. November 2005 in das österreichische Staatsgebiet ein. Sein Asylantrag wurde mit Bescheid vom 12. September 2009 abweisend rechtskräftig entschieden.

Der Bf. besaß für den Zeitraum 4. Februar 2013 bis 4. Februar 2014 nachweislich eine Rot-Weiß-Rot-Karte-Plus gemäß § 41a Abs. 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz.

Im April 2007 reiste der Sohn A. nach Österreich ein und im Dezember 2007 der Sohn M. und stellten diese jeweils einen Antrag auf Asyl in Österreich. Auch die beiden Söhne waren vom 4.2.2013 - 4.2.2014 im Besitz einer Rot-Weiß-Rot-Plus Karte .

Mit Bescheid vom 8. Jänner 2014 wies das Finanzamt die Anträge des Bf. mit folgender Begründung ab:

*"Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung haben Personen, die nicht Österreichische Staatsbürgerinnen sind, Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet*

*bei einer Dienstgeberin oder 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. Kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer ArbeitnehmerInnen verstößt.*

*Einkünfte aus selbständiger Tätigkeit oder Gewerbebetrieb, Arbeitslosengeld, Notstandshilfe, AMFG-Beihilfe, Bezug von Kinderbetreuungsgeld, usw. vermitteln keinen Beihilfenanspruch.*

*Gemäß § 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 1967) in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung haben nicht Österreichische StaatsbürgerInnen Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.*

*Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) haben Personen, die nicht Österreichische Staatsbürgerinnen 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.*

*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.*

*Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005, gewährt wurde, haben Anspruch auf Familienbeihilfe auch für jene Kinder, denen ebenfalls Asyl nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde. Maßgebend für den Beginn des Beihilfenanspruchs ist jener Monat, in dem sowohl die antragstellende Person als auch das Kind über den Asylstatus verfügen. Dieser muss durch Vorlage positiver Asylbescheide dokumentiert werden.*

*Da keine Anspruchsvoraussetzung im obgenannten Zeitraum für den Bezug der Familienbeihilfe vorlag, war der Antrag auf Beihilfe abzuweisen."*

Die steuerliche Vertretung des Bf. brachte gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes vom 8. Jänner 2014 fristgerecht Beschwerde ein, die wie folgt begründet wurde:

*"Der zur Gänze angefochtene Bescheid ist inhaltlich rechtswidrig und rechtswidrig in Folge Verletzung von Verfahrensvorschriften.*

*Mit dem hier angefochtenen Bescheid wird der Antrag des Beschwerdeführers vom 03.07.2013 auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine Söhne M. und A. für den Zeitraum März 2008 bis Februar 2013 unter Hinweis auf zwei unterschiedliche Versionen*

*des § 3 FLAG abgewiesen, da im genannten Zeitraum keine Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der Familienbeihilfe vorgelegen sei.*

*Dagegen richtet sich die eingebaute Beschwerde.*

*Der angefochtene Bescheid ist zunächst unzureichend begründet, da ihm nicht einmal entnommen werden kann, ob die belangte Behörde von der Anwendbarkeit des § 3 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG 1967) in der bis 31.12.2005 gültigen Fassung oder in der derzeit geltenden Fassung ausgeht. Weiters unterließ die belangte Behörde jegliche Auseinandersetzung mit der entscheidungsmaßgeblichen Frage, ob das Asylverfahren des Antragstellers am 31.12.2005 anhängig war und ob ein - nach dann anzuwendender Rechtslage (vgl dazu im Folgenden) erforderlicher - seit mindestens 60 Kalendermonaten andauernder tatsächlicher Aufenthalt des Beschwerdeführers im Österreichischen Bundesgebiet vorliegt, sodass auch das Ermittlungsverfahren mangelhaft geblieben ist.*

*Der Bescheid ist daher in Verletzung von Verfahrensvorschriften ergangen.*

*Nach ständiger Judikatur des VwGH (VwGH 15.01.2008, 2007/15/0170, seither ständige Rechtsprechung, zB VwGH 25.03.2010, 2009/16/0119, VwGH 24.06.2010, 2009/16/0123) ist § 55 FLAG dahingehend zu verstehen, dass für Asylwerber, deren Asylverfahren noch nach dem AsylG 1997 zu Ende zu führen war (dh deren Asylverfahren bereits vor dem 01.01.2006 anhängig war) § 3 FLAG unbeschadet der durch BGBl. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 01.07.2006 vorgenommenen Änderungen noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetztes BGBl. Nr. 142/2004 anzuwenden ist.*

*Das Asylverfahren des Beschwerdeführers war von 2005 bis 2009 und somit vor dem 01.01.2006 anhängig.*

*Wie der VwGH im oben zitierten Erkenntnis klargestellt hat, ist auf ihn daher § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 und nicht in der derzeit geltenden Fassung anzuwenden.*

*§ 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 lautet:*

*"§ 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 nichtselbstständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.*

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

*Die Familienbeihilfe wird gemäß § 10 Abs 1 FLAG nur auf Antrag gewährt. Nach § 10 Abs 2 wird Familienbeihilfe vom Beginn des Monats gewährt, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Nach § 10 Abs 3 FLAG wird die Familienbeihilfe höchstens für fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt.*

*Da der Antragsteller nachweislich im November 2005 ins österreichische Bundesgebiet eingereist ist und seither durchgehend hier niedergelassen ist, hält er sich bereits deutlich mehr als 60 Kalendermonate ständig im Bundesgebiet auf und hat damit spätestens seit November 2010 gemäß § 3 Abs 2 FLAG in der Fassung BGBl. I Nr. 142/2004 einen Anspruch auf Familienbeihilfe für seine beiden Söhne A., geboren am xxx und M., geboren am yyy. Für den bereits volljährig gewordenen Sohn M. bestand auch nach Erreichen der Volljährigkeit weiterhin ein Anspruch auf Familienbeihilfe, da dieser sich weiterhin in einem Ausbildungsverhältnis befand und noch nicht selbsterhaltungsfähig war.*

*Der VwGH hat auch klargestellt, dass eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung als Asylwerber oder das Fehlen eines Aufenthaltstitels nicht im Widerspruch zu einem gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 26 Abs 2 BAO stehen, so zB in VwGH 12.10.2009, 2009/16/0208:*

*'Das beschwerdeführende Finanzamt vermeint, ein ständiger Aufenthalt der Mitbeteiligten im Bundesgebiet sei nicht gegeben, weil der Aufenthalt der Mitbeteiligten als Asylwerberin nicht auf einem zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitel beruhe.*

*Der Verwaltungsgerichtshof vertritt demgegenüber die Auffassung, dass das Tatbestandsmerkmal des ständigen Aufenthaltes in § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes ebenfalls dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht und daher das vom beschwerdeführenden Finanzamt ins Treffen geführte Fehlen eines zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitels unerheblich ist.'*

*Verwiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf die Entscheidungen des VwGH 05.11.2009, 2009/16/0239 und des Unabhängigen Finanzsenates RV/0612-L/08 vom 04.12.2009.*

*Der Beschwerdeführer verfügte in der Zeit vom 25.11.2005 bis 12.11.2009 über eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung gemäß § 19 AsylG 1997. Am 23.11.2009 brachte er einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels ein und ist nun im Besitz einer Rot-Weiß-Rot-Karte - plus. Auch die Meldedaten sowie Versicherungszeiten des Beschwerdeführers bestätigen seine tatsächliche Anwesenheit in Österreich ab 17.11.2005.*

*Beweis: - Einsichtnahme in der Meldedaten des Beschwerdeführers  
- Einsichtnahme in die Versicherungsdaten des Beschwerdeführers*

*Diese ergibt sich zudem auch daraus, dass die genannten Verfahren nach dem AsylG 1997 sowie dem NAG die Mitwirkung des Beschwerdeführers erforderten und bei Fehlen eines tatsächlichen Aufenthalts in Österreich eingestellt hätten werden müssen. Hervorzuheben ist zudem, dass der Beschwerdeführer in den letzten Jahren zu keiner*

*Zeit über ein gültiges Reisedokument verfügte und demnach auch faktisch eine Ausreise aus Österreich, wo seine Kinder die Schule besuchten, nicht möglich gewesen wäre. Entsprechende Nachweise über die tatsächliche Anwesenheit in Österreich hätte der Beschwerdeführer über Aufforderung auch jederzeit vorlegen können.*

*Da im Falle des Beschwerdeführers somit alle Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe jedenfalls seit November 2010 bis auf weiteres vorliegen, wurde beantragt, dem Beschwerdeführer Familienbeihilfe für den beantragten Zeitraum rückwirkend zu gewähren.*

*Die Kindesmutter KM verzichtet auf die ihr gemäß § 2a Abs 1 FLAG vorrangig zustehende Familienbeihilfe für die Söhne A. und M. für den beantragten Zeitraum zugunsten des Beschwerdeführers.*

*Die belangte Behörde hat den angefochtenen Bescheid auf die im Beschwerdefall noch nicht anzuwendende Rechtslage des § 3 FLAG idF des Fremdenrechtspaketes 2005 gestützt (vgl S. 1 des Bescheides) und sich deshalb nicht mit dem im Verwaltungsverfahren erstatteten Vorbringen des Beschwerdeführers konkret auseinander gesetzt. Im Hinblick auf das am 31. Dezember 2005 anhängige Asylverfahren ist im vorliegenden Fall § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBI. I Nr. 142/2004 anzuwenden. Dem Antrag auf rückwirkende Gewährung von Familienbeihilfe für beide Kinder wäre daher stattzugeben gewesen."*

Das Finanzamt wies die Beschwerde mit Beschwerdevorentscheidung vom 9. Mai 2014 mit folgender Begründung ab:

*"Aufgrund der vorliegenden Unterlagen ist davon auszugehen, dass der Antragsteller am 25.11.2005 in das österreichische Staatsgebiet eingereist ist, einen Antrag auf Asyl in Österreich gestellt hat und dieser Antrag mit Bescheid vom 12.9.2009 abweisend rechtskräftig entschieden wurde. Von 4.2.2013 bis 4.2.2014 besitzt der Antragsteller laut Bestätigung der BH X eine Rot-Weiß-Rot-Karte-Plus gemäß § 41a Abs. 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz.*

*Im April 2007 reiste der Sohn A. nach Österreich ein und im Dezember 2007 der Sohn M. und stellten diese jeweils einen Antrag auf Asyl in Österreich. Auch die beiden Söhne sind nunmehr im Besitz einer Rot-Weiß- Rot-Plus Karte vom 4.2.2013 - 4.2.2014.*

*Im März und Juli 2013 wurde jeweils ein Antrag auf Zuerkennung der Familienbeihilfe ab März bzw. Mai 2008 für die beiden Söhne A. und M. eingebracht.*

*Mit Bescheid vom 8.1.2014 wurde der Antrag vom Juli 2013 mangels Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen abgewiesen.*

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

*§ 3 Abs 1 FLAG 1967 lautete: 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; Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.*

*(2) Abs 1 gilt nicht für Personen, die sich seit mindestens sechzig Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten sowie für Staatenlose und für Flüchtlinge im Sinne des Art. I des Abkommens über die Rechtstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl Nr 55/1955, und des Protokolls über die Rechtstellung der Flüchtlinge, BGBl Nr 78/1974.*

*Mit dem PensionsharmonisierungsG BGBl 2004/142 wurde Abs 2 geändert und lautet:*

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

*Eine weitere Änderung erfuhr § 3 FLAG 1967 durch das Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl I 2005/100) ab 1.1.2006.*

*Gemäß § 3 Abs 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 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.*

*(4) ....*

*(5) ...*

*Für die Beantwortung der Frage, ob Familienbeihilfe zusteht, muss daher zuerst geklärt werden, welche Fassung des § 3 FLAG 1967 für welche Anspruchsmonate zur Anwendung gelangt.*

*§ 55 FLAG 1967 idF BGBl. I Nr 100/2005 (Fremdenrechtspaket) bestimmt, dass § 2 Abs 8 erster Satz und § 3 FLAG 1967 idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr 100/2005 mit 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 100/2005 in Kraft treten.*

*Das AsylG 2005 tritt mit 1.1.2006 in Kraft, das AsylG 1997 tritt mit 31.12.2005 außer Kraft.*

*Alle am 31.12.2005 anhängigen Verfahren sind nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen.*

*Für diesen Personenkreis kommt daher zunächst noch § 3 FLAG idF des BGBl. I Nr 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) zur Anwendung.*

*Für den Antragsteller kommt somit der § 3 Abs 2 FLAG 1967 idF Pensionsharmonisierungsgesetz zum Zug, sein Asylverfahren wurde bereits vor 01.01.2006 eingeleitet, ist somit nach dem AsylG 1997 abzuführen.*

*Allerdings reisten die die Familienbeihilfe anspruchsvermittelnden Kinder A. und M. erst im April bzw. Dezember 2007 nach Österreich ein und stellten einen Asylantrag. Das Asylverfahren der Kinder wurde daher nach dem Asylgesetz 2005 durchgeführt.*

*Am 31.12.2005 war daher noch kein Asylantrag gestellt worden und somit kein Asylverfahren anhängig.*

*Die gesetzlichen Regelungen des FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl I 2005/100) kommen daher zur Anwendung. Danach besteht der Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann, wenn den Kindern entweder Asyl gewährt wurde oder sie sich gemäß §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.*

*Da die beiden Kinder jedoch erst eine Aufenthaltsberechtigung mit einer Rot-Weiß-Rot-Karte Plus ab dem 4.2.2013 bis 4.2.2014 in Österreich haben, kommt die rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe nicht in Betracht.*

*Die Berufung war daher als unbegründet abzuweisen."*

Die steuerliche Vertretung stellte mit Schriftsatz vom 30. Mai 2014 einen Vorlageantrag.

Folgendes wurde begründend ausgeführt:

*"Mit der angefochtenen Beschwerdevorentscheidung vom 09.05.2014 wird die Beschwerde vom 27.01.2014 als unbegründet abgewiesen. Die Abweisung der Beschwerde gegen den ursprünglichen Bescheid vom 08.01.2014 wird damit begründet, dass die die Familienbeihilfe anspruchsvermittelnden Kinder A. und M. erst im April bzw. Dezember 2007 nach Österreich einreisten und einen Asylantrag stellten, wobei deren Asylverfahren in weiterer Folge nach dem AsylG 2005 durchgeführt wurde. So war am 31.12.2005 kein Asylverfahren anhängig und kämen daher die gesetzlichen Regelungen des FLAG 1967 idF des Fremdenrechtspakets 2005 (BGBl I 2005/100) zur Anwendung.*

*Die Beschwerdevorentscheidung ist jedoch insofern inhaltlich rechtswidrig, als sie sich auf eine falsche Rechtansicht stützt, welche die belangte Behörde im Übrigen auch nicht mit der Judikatur des VwGH begründen kann. Richtig ist vielmehr, dass für den Anspruch auf Familienbeihilfe auf den Aufenthalt der anspruchsberechtigten Person abzustellen ist. Dies ist der antragstellende Vater. Im vorliegenden Fall war das Verfahren des Beschwerdeführers bereits seit November 2005 in Österreich anhängig und somit*

nach dem AsylG 1997 zu führen. Demnach kommen im vorliegenden Fall die Vorschriften des § 3 FLAG idF. I Nr 142/2004 zur Anwendung.

Es wird nicht verkannt, dass die Asylantragstellung der Kinder A. und M. erst im April bzw. Dezember 2007 erfolgte. Aus den genannten Vorschriften und der dazu ergangenen Judikatur geht jedoch klar hervor, dass sich die Rechtsgrundlage für die Anspruchsvoraussetzungen auf den Aufenthalt der anspruchsberechtigten Person stützt. Vgl dazu VwGH 24.09.2008, 2008/15/0199 (mit weiteren Nachweisen):

'In seinem Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, 2007/15/0170, führte der Verwaltungsgerichtshof aus, § 55 FLAG sei 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 komme daher § 3 FLAG - unbeschadet der durch BGBI. I Nr. 168/2006, mit Wirkung ab 1. Juli 2006 vorgenommenen Änderungen - zunächst noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBI. 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 in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBI. I 2004/142, 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 i.d.F. des Bundesgesetzes, BGBI. I 2005/100 oder bereits BGBI. I 2006/168. 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 i.d.F. des Bundesgesetzes, BGBI. I 2004/142.'

§ 3 FLAG 1967 aF regelt, unter welchen (zusätzlichen) Voraussetzungen Personen, die nicht Österreichische Staatsbürger sind, Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder haben. Anspruchsberechtigt nach dem FLAG 1967 aF ist der Erziehende und nicht das Kind, sodass unbeachtlich ist, welche Version des FLAG 1967 auf die Kinder zur Anwendung gelangen würde (VwGH 25.06.1997, 97/15/0025 unter Hinweis auf VfGH 5.12.1996, B 2965/95).

Der Beschwerdeführer hält sich seit seiner Einreise am 25.11.2005 ständig in Österreich auf. Mit 25.11.2010 erfüllte er die Voraussetzung des 60-monatigen Aufenthalts im Bundesgebiet und liegt demnach der Anspruch gemäß § 3 FLAG 1967 aF vor (vgl. VwGH 24.06.2004, 2001/15/0051).

Da Familienbeihilfe für die beiden Söhne jedoch erst ab der Erteilung der "Rot-Weiß-Rot - Karten plus" (am 04.02.2013) gewährt wurde, besteht weiterhin der Anspruch ab November 2010 und beantragt der Beschwerdeführer die rückwirkende Zuerkennung der Familienbeihilfe für den Zeitraum ab Vorliegen der materiellen Voraussetzungen des §

*3 FLAG 1967 aF bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Zuerkennung im Februar 2013 im höchst möglichen Ausmaß..."*

### **Über die Beschwerde wurde erwogen:**

#### **Rechtsgrundlagen**

Gemäß § 2 Abs. 1 FLAG 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, für in dieser Bestimmung festgelegte Voraussetzungen erfüllende Kinder Anspruch auf Familienbeihilfe.

Im gegenständlichen Beschwerdefall ist zu beurteilen, ob der Bf., der nicht österreichischer Staatsbürger ist, die Anspruchsvoraussetzungen für eine rückwirkende Familienbeihilfengewährung für seine beiden Kinder gemäß § 3 FLAG 1967 erfüllt oder nicht.

Strittig ist, ob § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 (Standpunkt der Bw.) oder in der Fassung des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 (Standpunkt des Finanzamtes) anzuwenden ist.

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

*"(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; kein Anspruch besteht jedoch, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung nicht länger als drei Monate dauert. Kein Anspruch besteht außerdem, wenn die Beschäftigung gegen bestehende Vorschriften über die Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer verstößt.*

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

Die Inkrafttretensregel des § 50y Abs. 2 FLAG 1967 zu obiger Gesetzesstelle lautet:

*"Die §§ 3 Abs. 2 und 38a Abs. 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 treten mit 1. Mai 2004 in Kraft. Ausgenommen sind jene Fälle, in denen bis einschließlich des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde."*

Das Bundesgesetzblatt, in dem das Pensionsharmonisierungsgesetz, BGBl. I Nr. 142/2004, verlautbart wurde, wurde am 15. Dezember 2004 ausgegeben.

Mit Art. 12 des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, wurde § 3 neuerlich geändert und lautete sodann (anzuwendende Fassung ab 1.1.2006):

*"§ 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), BGBI. 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), BGBI. I Nr. 100, gewährt wurde, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch besteht auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt wurde."*

§ 55 Abs. 1 FLAG 1967 lautet:

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

Das Bundesgesetzblatt, in dem das Fremdenrechtspaket 2005, BGBI. I Nr. 100/2005, verlautbart wurde, wurde am 16. August 2005 ausgegeben.

Der dieser Entscheidung zugrunde gelegte **Sachverhalt** ist unstrittig; der Bf. ist am 25. November 2005 in das österreichische Staatsgebiet eingereist und hatte somit am 25. November 2010 einen 60-monatigen Aufenthalt in Österreich aufgewiesen. Sein Asylantrag wurde mit Bescheid vom 12. September 2009 abweisend rechtskräftig entschieden.

Im April 2007 reiste der Sohn A. nach Österreich ein und im Dezember 2007 der Sohn M. und stellten diese jeweils einen Antrag auf Asyl in Österreich.

Der Bf. und seine beiden Söhne waren erst vom 4.2.2013 - 4.2.2014 im Besitz einer Rot-Weiß-Rot-Plus Karte gemäß § 41a Abs. 9 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz.

#### **Rechtlich folgt daraus:**

Dem Bf. ist Recht zu geben, wenn er auf das Erkenntnis des VwGH 24.9.2008, 2008/15/0199, verweist, aus dem hervorgeht, 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.

Allerdings übersieht er dabei, dass er zum Zeitpunkt, in dem sein Asylantrag (rechtskräftig) abgewiesen wurde, er noch nicht einen zumindest 60-monatigen Aufenthalt im Inland aufweisen konnte. Dies war erst 25.11.2010 der Fall. An diesem Tag war aber das nach dem Asylgesetz 1997 abgeführte Asylverfahren bereits abgeschlossen. Dies bedeutet, dass - mangels offenem Asylverfahrens - die Übergangsbestimmungen des § 50y Abs. 2 FLAG 1967 nicht anwendbar sind.

Auch der VwGH (sh. zB VwGH 15.1.2008, 2007/15/0170) stellt darauf ab, ob der Asylantrag vor dem 1.1.2006 gestellt wurde **und** das Asylverfahren noch anhängig war: "*Im gegenständlichen Fall steht fest, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2002 einen Asylantrag gestellt hat und das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist. Der Beschwerdeführer ist seit Jänner 2003 in Österreich als Dienstnehmer beschäftigt und verfügt über eine entsprechende Arbeitserlaubnis.*" Sh. hierzu auch VwGH 24.6.2010, 2009/16/0127.

Daher ist § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, nur bis zu dem Monat, in dem der Asylantrag des Bf. abgewiesen wurde (also bis September 2009), anzuwenden.

Somit war die Beschwerde abzuweisen, da

- bis September 2009 noch nicht die vom § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, geforderte 60-monatige Aufenthaltsdauer vorgelegen ist;
- ab Oktober 2009 bereits § 3 FLAG 1967 idF des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, anwendbar ist und die darin geforderten Aufenthaltstitel unstrittig nicht gegeben waren.

### **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.

Diese Voraussetzung liegt im Beschwerdefall nicht vor, da die oben zitierten VwGH-Erkenntnisse klarstellen, dass § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, jedenfalls ab dem Zeitpunkt nicht mehr anwendbar ist, ab dem der Asylantrag rechtskräftig abgewiesen wurde.

Wien, am 10. Februar 2015