

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Wolfgang Pavlik über die Beschwerden des Bf., vertreten durch Dr. Julia Ecker, Mag. Wilfried Embacher und Dr. Thomas Neugschwendtner, Rechtsanwälte in 1040 Wien, Schleifmühlgasse 5/8, gegen die Bescheide des Finanzamtes Wien 2/20/21/22

- vom 10.06.2014 betreffend Abweisung eines Antrags auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2008 bis September 2009 bezüglich T. D., geboren am 2006

- vom 11.09.2014 betreffend Abweisung eines Antrags auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2009 bis Mai 2010 bezüglich T. D., geboren am 2006

zu Recht erkannt:

Die Beschwerden werden abgewiesen.

Die angefochtenen Bescheide bleiben unverändert.

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

## **Entscheidungsgründe**

Der Beschwerdeführer (Bf) stellte am 29.10.2013 einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Juli 2008 bis Mai 2010 für seine beiden minderjährigen Kinder A., geb 2003 sowie T., geb 2006, und begründete diesen wie folgt: Der Antragsteller sei im Juli 2003 in das Bundesgebiet eingereist und habe einen Antrag auf Gewährung von Asyl gestellt. Dieser Antrag sei mit Bescheid des Bundesasylamtes, Außenstelle Traiskirchen, vom 19.01.2004, abgewiesen worden. Dagegen habe der Antragsteller Beschwerde beim Asylgerichtshof eingebracht, welcher mit Erkenntnis vom 21.05.2010 als unbegründet abgewiesen worden sei. Der Bf habe sich somit von Juli 2003 bis Mai 2010 als Asylwerber rechtmäßig im Bundesgebiet aufgehalten. Die Kinder seien im Bundesgebiet geboren. Auch deren Anträge auf Asyl seien letztlich abgewiesen worden. Die Asylanträge aller Familienangehörigen seien am 31.12.2005 anhängig

gewesen, weshalb gemäß § 75 Abs 1 Asylgesetz 2005 die Asylverfahren nach dem Asylgesetz 1997 durchzuführen waren. Es sei somit § 3 Familienlastenausgleichsgesetz idF I Nr 142/2004 (FLAG) anzuwenden. Dies bedeute, dass der Antragsteller für seine beiden Kinder dann Anspruch auf Familienbeihilfe hätte, sobald er sich gemäß § 3 Abs 2 FLAG seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufgehalten habe. Spätestens seit Juli 2008 erfülle der Bf die genannten Voraussetzungen.

Das Finanzamt (FA) wies den Antrag für den Zeitraum von Juli 2008 bis September 2009 mit Bescheid vom 10.06.2014 ab. In der Begründung wurde betreffend T. für den Zeitraum Juli 2008 bis September 2009 ausgeführt, die Familienbeihilfe könne nur für höchstens 5 Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt werden. Für den Zeitraum Oktober 2009 bis Mai 2010 (vom Spruch des Bescheides nicht erfasst) wurde ausgeführt, alle bis zum 31.12.2005 anhängigen Asylverfahren seien nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu Ende zu führen. Nach § 3 idF vor der durch das Pensionsharmonisierungsgesetz vorgenommenen Änderung bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe bei einer unselbständigen Beschäftigung von zumindest 3 Monaten oder bei einem ständigen Aufenthalt in Österreich von mindestens 60 Kalendermonaten. Da T. nach dem 31.12.2005 geboren worden sei, hätte das Asylgesetz 2005 nicht angewendet werden können. Betreffend A. wurde ausgeführt, dass die Familienbeihilfe nur für höchstens fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung gewährt werden könne.

In der Beschwerde vom 08.07.2014 wurde iW vorgebracht, betreffend A. sei der Antrag auf Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2009 bis Mai 2010 rückwirkend gewährt worden.

Der Bf habe den Antrag auf Familienbeihilfe im Oktober 2013 eingebracht. Es sei daher grs möglich, ab Oktober 2008 die Familienbeihilfe zu gewähren. Der Zeitraum Oktober 2008 bis einschließlich September 2009 liege innerhalb der Fünfjahresfrist.

Bezüglich T. wurde auf die ständige Judikatur des VwGH verwiesen, wonach § 55 FLAG dahingehend zu verstehen sei, dass für Asylwerber, für die ein Asylverfahren noch nach dem Asylgesetz 1997 zu Ende zu führen war (das heißt 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 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl I Nr 142/2004 anzuwenden sei. Das Asylverfahren des Bf sei am 31.12.2005 anhängig gewesen. Die Behörde vertrete jedoch die Auffassung, dass im vorliegenden Fall die ab 01.01.2006 geltende Fassung anzuwenden sei, da das Asylverfahren der Tochter T. aG der späteren Geburt am 31.12.2005 nicht anhängig gewesen sei. Entscheidend für die Anwendung von § 3 FLAG idF I Nr 142/2004 sei jedoch ausschließlich die Frage, ob das Asylverfahren des Anspruchsberechtigten, somit des Bf, am 31.12.2005 anhängig war. Die asylrechtliche Stellung des den Anspruch vermittelnden Kindes sei nach der Judikatur des VwGH bedeutungslos (VwGH 24.09.2008, 2008/15/0199). Der Bf sei im August 2003 in das Bundesgebiet eingereist, habe einen Antrag auf Asyl eingebracht und halte sich seit

August 2008 zumindest 60 Kalendermonate ständig im Bundesgebiet auf. Daher würden die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe für den beantragten Zeitraum vorliegen.

In der Beschwerdeverentscheidung vom 09.09.2014 wurde der Beschwerde teilweise stattgegeben.

Für das Kind A. wurde die Familienbeihilfe für den Zeitraum von Oktober 2008 bis September 2009 zuerkannt, während für das Kind T. der Anspruch auf Familienbeihilfe für den Zeitraum von Oktober 2008 bis September 2009 abgelehnt wurde. In der Begründung wurde iW ausgeführt, das Asylverfahren des erst nach dem 31.12.2005 geborenen Kindes T. sei am 31.12.2005 nicht anhängig gewesen und wurde deshalb nach dem Asylgesetz 2005 abgewickelt. Für die Familienbeihilfe vermittelnden Kinder, deren Asylverfahren nach dem Asylgesetz 2005 abgeführt wird, kämen nicht die Übergangsbestimmungen des § 55 FLAG zur Anwendung. Der Anspruch auf Familienbeihilfe bestimme sich nach der geltenden Rechtslage (VwGH 24.09.2008, 2008/15/0199). Der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für T. sei daher nach der gesetzlichen Regelung des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspakets 2005 zu beurteilen. Demnach hätten Personen, die nicht österreichische Staatsbürger seien, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie selbst sowie die anspruchsvermittelnden Kinder entweder einen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 oder 9 NAG hätten oder ihnen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt worden sei oder die subsidiäre Schutzberechtigung zuerkannt worden sei. Diese Voraussetzungen seien erst seit Mai 2011 erfüllt.

Im Vorlageantrag vom 22.10.2014 brachte der Bf vor, der Antrag beziehe sich nur auf das Kind T. für den Zeitraum Oktober 2008 bis September 2009. In der Begründung wurde iW ausgeführt, die asylrechtliche Stellung des den Anspruch vermittelnden Kindes sei bedeutungslos. Darüber hinaus sei auch das Asylverfahren von T. nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu führen.

Das FA legte die Beschwerde mit Vorlagebericht vom 23.01.2015 (Datum des Einlangens) dem Bundesfinanzgericht (BFG) zur Entscheidung vor.

Der Antrag für den Zeitraum von Oktober 2009 bis Mai 2010 betreffend T. wurde vom FA mit Bescheid vom 11.09.2014 abgewiesen. In der Begründung wurde ausgeführt, für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, bestehe gemäß § 3 Abs 2 FLAG 1967 nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 des NAG rechtmäßig in Österreich aufhielten. Personen, denen Asyl nach dem AsylG 2005 gewährt worden sei, hätten Anspruch auf Familienbeihilfe auch für jene Kinder, denen ebenfalls Asyl nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt worden sei. Maßgebend für den Beginn des Beihilfenanspruchs sei jener Monat, in dem sowohl die antragstellende Person als auch das Kind über den Asylstatus verfügten. Dieser müsse durch Vorlage positiver Asylbescheide dokumentiert werden. Für die Familienbeihilfe vermittelnden Kinder, deren Asylverfahren nach dem Asylgesetz 2005 abgeführt werde, bestimme sich

der Anspruch auf Familienbeihilfe nach der geltenden Rechtslage und nicht nach den Übergangsbestimmungen des § 55 FLAG.

In der Beschwerde vom 15.10.2014 gegen diesen Bescheid wurde iW auf die ständige Judikatur des VwGH verwiesen, wonach § 55 FLAG dahingehend zu verstehen sei, dass für Asylwerber, für die ein Asylverfahren noch nach dem Asylgesetz 1997 zu Ende zu führen war (das heißt 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 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl I Nr 142/2004 anzuwenden sei. Das Asylverfahren des Bf sei am 31.12.2005 anhängig gewesen. Die Behörde vertrete jedoch die Auffassung, dass im vorliegenden Fall die ab 01.01.2006 geltende Fassung anzuwenden sei, da das Asylverfahren der Tochter T. aG der späteren Geburt am 31.12.2005 nicht anhängig gewesen sei. Entscheidend für die Anwendung von § 3 FLAG idF I Nr 142/2004 sei jedoch ausschließlich die Frage, ob das Asylverfahren des Anspruchsberechtigten, somit des Bf, am 31.12.2005 anhängig war. Die asylrechtliche Stellung des den Anspruch vermittelnden Kindes sei nach der Judikatur des VwGH bedeutungslos (VwGH 24.09.2008, 2008/15/0199). Der Bf sei im August 2003 in das Bundesgebiet eingereist, habe einen Antrag auf Asyl eingebracht und halte sich seit August 2008 zumindest 60 Kalendermonate ständig im Bundesgebiet auf. Daher würden die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe für den beantragten Zeitraum vorliegen. Darüber hinaus sei auch das Asylverfahren der Tochter T. nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu führen gewesen.

Mit Beschwerdeverentscheidung vom 05.12.2014 wurde die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. In der Begründung wurde iW ausgeführt, der Bf hätte im Juli 2003 einen Antrag auf Asylgewährung gestellt. Das Kind T. sei nach dem 31.12.2005 geboren worden. Das Asylverfahren der ganzen Familie sei mit abweisendem Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 21.05.2010 abgeschlossen worden. In der Folge sei im Mai 2011 allen Familienangehörigen eine humanitäre Aufenthaltsberechtigung gemäß § 44 Abs 4 NAG erteilt worden. Gemäß § 3 Abs 1 FLAG 1967 id ab 01.01.2006 gF, hätten Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach §§ 8 und 9 NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Nach § 3 Abs 2 FLAG 1967 bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des NAG rechtmäßig in Österreich aufhalten. Nach § 3 Abs 3 FLAG 1967 hätten abweichend von Abs 1 Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt worden sei, Anspruch auf Familienbeihilfe. Anspruch bestehe auch für Kinder, denen nach dem Asylgesetz 2005 Asyl gewährt worden sei. Nach den Übergangsbestimmungen des AsylG 2005 seien alle zum 31.12.2005 anhängigen Asylverfahren nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen. Nach § 3 idF vor der durch das Pensionsharmonisierungsgesetz vorgenommenen Änderung bestehe Anspruch auf Familienbeihilfe bei einer unselbständigen rechtmäßigen Beschäftigung von zumindest 3 Monaten oder bei einem ständigen Aufenthalt in Österreich von mindestens 60

Kalendermonaten. T. sei am 2006 geboren. Das Asylverfahren von T. sei daher am 31.12.2005 nicht anhängig gewesen und sei nicht nach dem Asylgesetz 1997, sondern nach dem Asylgesetz 2005 abgeführt worden. Die Übergangsbestimmungen (§ 55 FLAG 1967) kämen nicht zur Anwendung. Der Anspruch auf Familienbeihilfe bestimme sich nach der geltenden Rechtslage. Der Antrag auf Familienbeihilfe für T. sei daher nach § 3 FLAG idF des Fremdenrechtspaketes 2005 zu beurteilen. Danach hätten Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie selbst sowie die anspruchsvermittelnden Kinder entweder einen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 oder 9 NAG hätten, oder wenn ihnen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt oder die subsidiäre Schutzberechtigung zuerkannt worden sei. Das diese Voraussetzungen im Antragszeitraum von Oktober 2009 bis Mai 2010 nicht erfüllt seien, sei die Beschwerde abzuweisen gewesen.

Im Vorlageantrag vom 16.01.2015 brachte der Bf iW vor, die asylrechtliche Stellung des den Anspruch vermittelnden Kindes sei bedeutungslos. Entscheiden für die Anwendung von § 3 FLAG idF I Nr 142/2004 sei ausschließlich die Frage, ob das Asylverfahren des Anspruchsberechtigten, somit des Bf, am 31.12.2005 anhängig war. Diese Voraussetzung sei gegeben gewesen, zumal der Bf im Juli 2003 einen Antrag auf Gewährung von Asyl eingebracht habe und das Asylverfahren erst im Jahr 2010 rechtskräftig abgeschlossen worden sei. Im vorliegenden Fall sei daher § 3 FLAG idF I Nr 142/2004 anzuwenden und der Bf habe für seine Tochter T. somit dann Anspruch auf Familienbeihilfe, sobald er sich gemäß § 3 Abs 2 FLAG 1967 seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufgehalten habe. Der Bf halte sich seit August 2008 zumindest 60 Kalendermonate ständig im Bundesgebiet auf. Es lägen daher die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe für den beantragten Zeitraum vor. Darüber hinaus sei auch das Asylverfahren von T. nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu führen.

Das FA legte die Beschwerde mit Vorlagebericht vom 13.03.2015 (Datum des Einlangens) dem BFG zur Entscheidung vor.

Mit Schriftsatz vom 04.05.2016 brachte der Bf ergänzend vor, dass das BFG mit Erkenntnis vom 16.10.2015, RV/7100657/2015, in einem ähnlich gelagerten Fall der Beschwerde teilweise Folge gegeben und rückwirkend Familienbeihilfe gewährt habe. Daraus folge, dass hinsichtlich § 3 Abs 1 bis 3 FLAG 1967 die Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens für das Familienbeihilfeverfahren maßgebend sei, weshalb der rückwirkenden Gewährung der Familienbeihilfe in beiden vorliegenden Fällen stattzugeben sei.

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

Eingangs wird festgestellt, dass über den Anspruch im Streitzeitraum hinsichtlich A., geb am 2003, durch die stattgebende Beschwerdevorentscheidung vom 09.09.2014 rechtskräftig entschieden wurde, da im Familienbeihilfenverfahren der Abspruch für jedes

einzelne Kind hinsichtlich jedes einzelnen Kalendermonats erfolgt. Daher tritt betreffend jenes Kind, das vom Vorlageantrag nicht umfasst ist, Teilrechtskraft ein.

In der Beschwerde vom 08.07.2014 wurde bezüglich T. der Beschwerdezeitraum erkennbar auf Oktober 2008 bis September 2009 eingeschränkt. Der diesbezügliche Vorlageantrag bezieht sich demgemäß ausdrücklich nur auf das Kind T. für den Zeitraum Oktober 2008 bis September 2009, sodass vom BFG nur darüber abzusprechen war.

In der Beschwerde vom 15.10.2014 ist die Familienbeihilfe bezüglich T. für den Zeitraum Oktober 2009 bis Mai 2010 strittig.

Bei beiden Verfahren ist die idente Rechtslage anzuwenden, sodass der Abspruch über beide Beschwerden verfahrensökonomisch in einem Erkenntnis erfolgt.

### **Folgender Sachverhalt steht fest:**

Der Bf ist am Juli 2003 in das Bundesgebiet eingereist und stellte am 17.07.2003 einen Antrag auf Gewährung von Asyl. Dieser Antrag wurde mit Bescheid des Bundesasylamtes, Außenstelle Traiskirchen, vom 19.01.2004, abgewiesen.

Die Beschwerde des Bf gegen diesen Bescheid wurde mit Erkenntnis vom 21.05.2010 als unbegründet abgewiesen.

Das Kind des Bf, T., wurde am 2006 im Bundesgebiet geboren. Ihr Antrag auf internationalen Schutz vom 28.06.2006 wurde abgewiesen; der Status der Asylberechtigten wurde ihr nicht zuerkannt.

Die Kindesmutter bezieht ab Mai 2011 Familienbeihilfe für T., da für alle Familienmitglieder ein ab 09.05.2011 gültiger Aufenthaltstitel nach § 8 Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG) vorliegt.

Laut von der Abgabenbehörde am 04.07.2016 vorgelegten Unterlagen wurde der Name des Bf von AB auf CD geändert. Die Änderung des Familiennamens gilt auch für die Kinder des Bf.

### **Beweiswürdigung:**

Der Sachverhalt ist unbestritten und beruht auf dem Vorbringen der Parteien und den von den Parteien vorgelegten Unterlagen.

### **Rechtliche Beurteilung:**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) 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 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 (VwGH 24.09.2008, 2008/15/0199).

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

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

(2) Ein nach dem Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl - Asylgesetz 1991, BGBl. Nr. 8/1992, eingestelltes Verfahren ist bis zum 31. Dezember 2007 nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1991 fortzusetzen und gilt als anhängiges Verfahren im Sinne des Abs. 1. Ein nach dem Asylgesetz 1997 eingestelltes Verfahren ist bis zum 31. Dezember 2007 nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 fortzusetzen und gilt als anhängiges Verfahren im Sinne des Abs. 1.

(3) Karten nach dem Asylgesetz 1997 behalten ihre Gültigkeit bis zum vorgesehenen Zeitpunkt.

(4) Ab- oder zurückweisende Bescheide auf Grund des Asylgesetzes, BGBl. Nr. 126/1968, des Asylgesetzes 1991, BGBl. Nr. 8/1992, sowie des Asylgesetzes 1997 begründen in derselben Sache in Verfahren nach diesem Bundesgesetz den Zurückweisungstatbestand der entschiedenen Sache (§ 68 AVG).

(5) Einem Fremden, dem am 31. Dezember 2005 die Flüchtlingseigenschaft zugekommen ist, gilt, soweit es zu keiner Aberkennung oder zu keinem Verlust der Flüchtlingseigenschaft gekommen ist, der Status des Asylberechtigten als zuerkannt.

(6) Einem Fremden, dem am 31. Dezember 2005 eine befristete Aufenthaltsberechtigung nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1991 oder des Asylgesetzes 1997 zugekommen ist, gilt der Status des subsidiär Schutzberechtigten als zuerkannt."

Mit dem Bundesgesetz, BGBl I 2006/168, wurden dem § 3 FLAG 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 unselbständig oder selbständig 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 01.07.2006 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 VwGH judiziert in ständiger Rechtsprechung, § 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 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 grs nach den Bestimmungen des FLAG 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.

Im ggstl Fall wurde das Kind des Bf, T., nach dem 31.12.2005 im Bundesgebiet geboren. Für diesen Fall judiziert der VwGH im Erk vom 24.09.2008, 2008/15/0199, dass sich die Gewährung der Familienbeihilfe nach § 3 FLAG idF BGBl I Nr 168/2006 richtet, auch wenn das Asylverfahren des Familienbeihilfenwerbers noch offen ist. (Vgl VwGH 2008/15/0199: „Der Antrag vom 6. November 2006 auf Gewährung der Familienbeihilfe für das am 28. Oktober 2006 geborene Kind D. wurde hingegen zu Recht abgewiesen. Der Anspruch auf Gewährung der Familienbeihilfe für dieses Kind richtet sich nach § 3 FLAG i.d.F. BGBl. I 2006/168. Die Voraussetzungen dieser Bestimmung sind – unstrittig – nicht erfüllt.“)

Wie das FA zu Recht ausführte, ist das Asylverfahren des erst nach dem 31.12.2005 geborenen Kindes T. am 31.12.2005 nicht anhängig gewesen und wurde deshalb nach dem Asylgesetz 2005 (Inkrafttreten 01.01.2006) abgewickelt.

Für die Familienbeihilfe vermittelnden Kinder, deren Asylverfahren nach dem Asylgesetz 2005 abgeführt wird, kommen aber nicht die Übergangsbestimmungen des § 55 FLAG zur Anwendung. Der Anspruch auf Familienbeihilfe bestimmt sich nach der geltenden Rechtslage (VwGH 24.09.2008, 2008/15/0199).

Der Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für T. ist daher für T. nach der gesetzlichen Regelung des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspakets 2005 zu beurteilen. Demnach haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn die anspruchsvermittelnden Kinder entweder einen Aufenthaltstitel nach den §§ 8 oder 9 NAG haben oder ihnen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt worden oder die subsidiäre Schutzberechtigung zuerkannt worden ist.

Diese Voraussetzungen sind (unstrittig) erst seit Mai 2011 erfüllt.

Die Ausführungen des Bf, die asylrechtliche Stellung des den Anspruch vermittelnden Kindes sei bedeutungslos, wird vom BFG insofern nicht geteilt, als dies nur für Kinder gelten kann, die vor dem 01.01.2006 geboren wurden.

Die Ausführungen des Bf, das Asylverfahren von T. sei nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 1997 zu führen, sind nicht nachvollziehbar, war doch am 31.12.2005 kein derartiges Asylverfahren anhängig und dementsprechend wurde nach den vorliegenden Unterlagen das Verfahren von T. nach den Bestimmungen des Asylgesetzes 2005 durchgeführt (siehe Bescheid des Bundesasylamtes vom 23.11.2006 und Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 21.05.2010).

Diesen Ausführungen widerspricht auch das Erkenntnis des VwGH vom 19.05.2015, 2013/16/0082, nicht (aA BFG 16.10.2015, Gz RV/100657/2015). In diesem Erkenntnis beurteilte der VwGH den Familienbeihilfenanspruch für ein im Jahr 2006 geborenes Kind und wies die Beschwerde ab, indem er ausführte, „ dass die Voraussetzungen des Anspruchs auf Gewährung der Familienbeihilfe nach § 3 FLAG zunächst beim Antragsteller oder (§ 3 Abs. 3 FLAG) beim anderen Elternteil erfüllt werden müssen. Damit hat die belangte Behörde auch für den Anspruch auf Familienbeihilfe

der Beschwerdeführerin für deren Tochter R für den Zeitraum bis einschließlich Juni 2006 zutreffend auf die Voraussetzung des § 3 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes abgestellt.“ Diese Auffassung bekräftigte und verdeutlichte der VwGH nochmals an anderer Stelle: „Damit vernachlässigt die Beschwerdeführerin (abermals), dass zunächst der Anspruchsberechtigte, die Beschwerdeführerin, die Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe erfüllen muss, und erst wenn dies zutrifft, das jeweilige Kind, für das die Familienbeihilfe gewährt werden soll, weitere Voraussetzungen erfüllen muss.“

Dies bedeutet, dass der Anspruch für den Bf zwar nach den Bestimmungen des § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes zu prüfen ist, bei Zutreffen des Anspruchs das jeweilige Kind, im ggstdl Fall T., weitere Voraussetzungen erfüllen muss.

Der Bf erfüllt zwar die Voraussetzungen, nämlich 60 Kalendermonate ständiger Aufenthalt im Bundesgebiet. Das anspruchsvermittelnde Kind muss jedoch weitere Voraussetzungen erfüllen. Diese Voraussetzungen für das 2006 geborene Kind sind im § 3 FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 normiert, nämlich der rechtmäßige Aufenthalt in Österreich nach §§ 8 und 9 NAG bzw die Asylgewährung nach Asylgesetz 2005.

Da im § 3 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes keine weiteren Voraussetzungen für das anspruchsvermittelnde Kind gefordert sind, hat der VwGH offenbar die Voraussetzungen des § 3 FLAG idF Fremdenrechtspaket 2005 gemeint. Dies ist auch daraus ersichtlich, dass der VwGH im Erkenntnis 2013/16/0082 explizit zwischen dem Sohn der Bf, welche vor dem 01.01.2006 geboren ist und der Tochter der Bf, welche im Jahr 2006 geboren ist, unterscheidet, indem er ausführt, für den Zeitraum Jänner bis Juni 2006 sei jedenfalls hinsichtlich des Sohnes § 3 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes weiterhin anzuwenden, während für die Tochter der Anspruch „zunächst“ bei der Bf gegeben sein muss und erst, wenn dies zutrifft, das Kind "weitere Voraussetzungen" erfüllen muss.

Es ist daher nach dem zit Erkenntnis des VwGH in einem ersten Schritt für den Anspruch des Bf zunächst § 3 Abs 2 FLAG 1967 idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes; BGBl I Nr 142/2004 anzuwenden und bei Zutreffen der Voraussetzungen für diesen muss in einem zweiten Schritt das nach dem 31.12.2005 geborene Kind die Voraussetzungen nach § 3 FLAG 1967 idF des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl I Nr 100/2005, erfüllen.

Insofern ist kein Widerspruch zu den Ausführungen in VwGH 24.09.2008, 2008/15/0199, erkennbar.

Dass T. die Voraussetzungen nach § 3 FLAG 1967 idF des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl I Nr 100/2005, erst seit Mai 2011 und somit im Streitzeitraum nicht erfüllt, ist unstrittig.

Die Beschwerden waren daher abzuweisen.

*Zulässigkeit einer Revision:*

Eine Revision ist nach Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, wenn ein Erkenntnis von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des VwGH abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des VwGH nicht einheitlich beantwortet wird.

Die Frage der Beurteilung des Familienbeihilfenanspruchs für ein nach dem 31.12.2005 geborenes Kind bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens des Antragstellers, welches vor dem 01.01.2006 eingeleitet und zum 31.12.2005 noch anhängig war, folgt der Judikatur des VwGH (vgl Erkenntnisse VwGH 24.09.2008, 2008/15/0199; VwGH 19.05.2015, 2013/16/0082), sodass keine Rechtsfrage grs Bedeutung vorliegt.

Wien, am 12. September 2016