



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung der Bw., vom 13. März 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Wien 3/11 Schwechat Gerasdorf vom 13. Februar 2012 betreffend Familienbeihilfe hinsichtlich des Kindes KindA für den Zeitraum Jänner 2006 bis Juni 2011 und hinsichtlich des Kindes KindB für den Zeitraum Jänner 2006 bis Oktober 2011 entschieden:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der Bescheid wird, soweit er hinsichtlich des Kindes KindA den Zeitraum April 2008 bis Juni 2011 und hinsichtlich des Kindes KindB den Zeitraum April 2008 bis Oktober 2011 betrifft, ersatzlos aufgehoben.

Betreffend den Zeitraum Jänner 2006 bis März 2008 wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Anträgen auf Zuerkennung von Familienbeihilfe vom 30. November 2011 beantragte die Berufungswerberin (Bw.), ukrainische Staatsbürgerin, Familienbeihilfe ab Jänner 2006 wie folgt:

Fam.name KindB , geb. im September 2001, Staatsbürgerschaft: Ukraine

Datum der Einreise nach Österreich, bisheriger Wohnsitzstaat: 01.04.03; Griechenland

Das Kind wohnt ständig bei mir.

Tätigkeit des Kindes: Schulkind, Volksschule 1... Wien, ...gasse ..., Schuljahr: 4

Schulbeginn: September 2008

Angaben über den rechtmäßigen Aufenthalt im Bundesgebiet (der Nachweis ist anzuschließen)

Art/ sonstige Angaben: Derzeit: Mutter hat Rot-weiß-rot KARTE PLUS und das Kind auch ausgestellt/gültig bis: 22.11.11 bis 27.07.12 / 27.07.11 bis 27.07.12 (Mutter)

Fam.name KindA , geb. im Oktober 2005, Staatsbürgerschaft: Ukraine

Datum der Einreise nach Österreich, bisheriger Wohnsitzstaat: 11.10.05

Das Kind wohnt ständig bei mir.

Tätigkeit des Kindes: Kindergartenkind

Am 13. Februar 2012 erließ das Finanzamt den Abweisungsbescheid betreffend den Antrag vom 13.1.2012 wie folgt:

"Ihr Antrag vom 13.1.2012 auf Familienbeihilfe wird abgewiesen für:

| Name des Kindes | VNR / Geb.dat. | Zeitraum von – bis    |
|-----------------|----------------|-----------------------|
| ... KindA       | ... 10 05      | Jän. 2006 – Juni 2011 |
| ... KindB       | ... 09 01      | Jän. 2006 – Okt. 2011 |

Begründung:

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."

Das Rechtsmittel der Berufung wurde wie folgt begründet:

"Asyl ab 3.5.2011 lt. Beilage f. beide Kinder".

Der Berufung waren folgende Unterlagen (vgl. den Erwägungsteil) beigelegt:

Aufenthaltstitel; Bescheid des Asylgerichtshofes: Seite 1, 2 und 11; Schreiben der Kanzlei T., J. vom 18.10.2011; Bescheid des Bundesasylamtes, Seite 1 und 2 (von 20 Seiten).

Das Finanzamt wies die Berufung mit Berufungsvorentscheidung als unbegründet ab.

Die Abweisung wurde im Wesentlichen damit begründet, dass ein rückwirkender Antrag auf Familienbeihilfe beim Finanzamt eingebracht worden sei. Auf Grund der Tatsache, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Gewährung der Familienbeihilfe kein offenes Asylverfahren anhängig war, stehe fest, dass der Antrag nach der gesetzlichen Regelung des § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, zu beurteilen ist.

Nach dieser Regelung hätten Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie selbst sowie die anspruchsvermittelnden Kinder entweder einen Aufenthaltstitel nach §§ 8 oder 9 NAG haben, oder ihnen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 gewährt wurde oder die subsidiäre Schutzberechtigung zuerkannt wurde. Diese Voraussetzungen träfen weder auf die Bw. noch auf ihre Kinder zu und hätten sich die Bw. sowie ihre Söhne ohne irgendeinen Aufenthaltstitel in Österreich aufgehalten.

Der Vorlageantrag wurde wie folgt erstattet:

"Die Erstbehörde begründet die Berufungsvorentscheidung damit, dass am 30.11.2011 ein rückwirkender Antrag auf Familienbeihilfe eingebracht worden sei und zum Zeitpunkt der Antragstellung kein offenes Asylverfahren anhängig gewesen sei.

Unabhängig vom Zeitpunkt der Antragstellung ist jedoch § 3 Familienlastenausgleichsgesetz in der Fassung I Nr. 142/2004 anzuwenden. Dies ergibt sich ausschließlich aus der Tatsache, dass die Asylanträge aller Familienangehörigen am 31.12.2005 anhängig waren.

Die Erstbehörde hätte daher richtigerweise zum Ergebnis kommen müssen, dass der Berufungswerberin für ihren Sohn KindA sowie für ihren Sohn KindB spätestens ab März 2008 durchgehend Familienbeihilfe zu gewähren ist."

### ***Über die Berufung wurde erwogen:***

Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 (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 Berufungsverfahren ist zu beurteilen, ob die Bw., welche nicht österreichische Staatsbürgerin ist, die Anspruchsvoraussetzungen für eine rückwirkende Familienbeihilfengewährung für ihre zwei in den Streitjahren minderjährigen Kinder gemäß § 3 FLAG 1967 erfüllt oder nicht.

Die Anspruchskriterien für die in Streit stehende Familienbeihilfengewährung ergeben sich aus § 3 FLAG 1967.

Strittig ist, ob § 3 FLAG 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 in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 lautet:  
Abs. 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.

Abs. 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:

"(2) 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), 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."

§ 55 Abs. 1 FLAG lautet:

"§ 55 (1) Die in §§ 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."

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

Die Bw. reiste am *30. März 2003* illegal zusammen mit ihrem 2001 geborenen Sohn KindB in Österreich ein (Asylbescheide).

Am *22. Dezember 2003* meldete die Bw. einen Hauptwohnsitz an einer Anschrift im 17. Wiener Gemeindebezirk an, am 23. März 2007 verlegte die Bw. ihren Hauptwohnsitz an eine Anschrift im 21. Wiener Gemeindebezirk (Bestätigung der Meldung vom 23. März 2007).

Der Bw. wurde mit Bescheinigung gemäß § 19 AsylG (*vom 2. Februar 2004*) eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung wie folgt erteilt:

Gültigkeitsdauer: von 02.02.2004 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens.

Dem Sohn KindB wurde mit Bescheinigung gemäß § 19 AsylG (*vom 2. Februar 2004*) eine vorläufige Aufenthaltsberechtigung wie folgt erteilt:

Gültigkeitsdauer: von 02.02.2004 bis zum rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens.

Dem Sohn KindA wurde mit Aufenthaltsberechtigungskarte gemäß § 36b AsylG vom *21. November 2005* die Rechtmäßigkeit des Aufenthaltes im Bundesgebiet wie folgt erteilt:

Gültig bis zum rk. Abschluss des Asylverfahrens.

Am *26. September 2005* erließ das Bundesasylamt betreffend die Bw. folgenden Bescheid:

Spruch:

I. Der Asylantrag (der Bw.) vom 01.04.2003 wird gemäß § 7 Asylgesetz 1997, BGBl. I Nr. 76/1997 idF BGBl. I Nr. 126/2002, abgewiesen.

II. Die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung (der Bw.) in die Ukraine ist gemäß § 8 Absatz 1 Asylgesetz 1997, BGBl. I Nr. 76/1997 (AsylG) idgF, zulässig.

III. Gemäß § 8 Absatz 2 AsylG wird (die Bw.) aus dem österreichischen Bundesgebiet in die Ukraine ausgewiesen.

Begründung:

Die Antragstellerin (Ast.) hat am 01.04.2003 beim Bundesasylamt einen Antrag gemäß § 3 AsylG eingebracht. Ferner gab die Ast. an., den Namen ... zu führen, Staatsangehörige der Ukraine und am ... geboren zu sein.

Bei der niederschriftlichen Einvernahme am 02.02.2004 im Bundesasylamt Außenstelle Wien gab die Ast. ... an:

... Ich bin verpflichtet alle meine Fluchtgründe vollständig bereits heute zu nennen. ...

... Ich bin am ... in ... Tadschikistan geboren, bin ukrainische Staatsbürgerin ... . Ich kam in den Nachtstunden zum 31.03.2003 in Wien an und stellte am 01.04.2003 Asylantrag.

Sämtliche Grenzübergänge passierte ich mit meinem Kind illegal.

...

Frage: Werden Sie von den Behörden in Ihrer Heimat gesucht?

Antwort: Nein.

Frage: Wurden Sie aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder politischen Gesinnung verfolgt?

Antwort: Ich wurde nicht direkt verfolgt, sondern ich wurde von Nachbarn benachteiligt, da ich ein Mischlingskind gebar.

Frage: Warum haben Sie Ihr Heimatland verlassen und bringen in Österreich einen Asylantrag ein?

Nennen Sie die Gründe konkret und detailliert.

Antwort: Wie bereits im Asylantrag angegeben, war mein Vater Aserbaidzhaner und meine Mutter Armenierin. ... Ab dem 31. Dezember 1992 ging ich in die Ukraine und sah seitdem nicht mehr meine Mutter und meinen Bruder. Wo sich diese derzeit aufhalten weiß ich nicht. Meine Probleme, warum ich eigentlich das Heimatland verlassen habe, begannen im Jahre 2000. Damals war ich bereits mit ... dem Kindsvater zusammen in Kiew. ...

Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens gelangt die Behörde nach unten angeführter Beweiswürdigung zu folgenden Feststellungen:

...

Ebenfalls nicht festgestellt werden konnte, dass (die Bw.) begründete Furcht vor asylrelevanter Verfolgung zu gewärtigen hat.

Zum Heimatland der Ast. ...

1. politische Lage:

...

2. Menschenrechte

...

Beweiswürdigung:

...

Das Vorbringen der Ast. erwies sich als widersprüchlich und nicht konsistent.

In den schriftlichen Ausführungen ihrer Fluchtgründe im Zuge der Antragstellung gab die Ast. an, dass Sie in Tadschikistan geboren wurde und ihre Mutter Armenierin sei. Bis zum Alter von 14 Jahren hätte sie mit ihren Eltern in Tadschikistan in ... gelebt. Als der Krieg dort ausbrach, wäre ihr Vater, ein Oberst der Miliz und Leiter der ... abteilung, getötet worden. Deswegen sei auch die Familie ständig verfolgt worden. Die Ast. wäre in weiterer Folge mit Hilfe eines russischen Offiziers in dessen Heimatstadt (in der Ukraine) gelangt. Von ihrer Mutter, die nachkommen sollte, hätte die Ast. seitdem nichts mehr gehört. Später sei sie zu ihrem Onkel nach Armenien gereist, hätte sich jedoch dort nicht lange aufgehalten, da die Armenier keine Aserbaidzhaner wollen. Daraufhin kehrte die Ast. in die Ukraine zurück und hätte erst neun Jahren einen Reisepass bekommen, da man ihr vorgeworfen hätte, Südländerin zu sein. Die Ast. hätte sich dort nicht sehr und ohne Heimatland gefühlt.

Die Ast. stellte gleichzeitig für ihren Sohn ... KindB ... einen Asylerstreckungsantrag, bezogen auf ihren eigenen Asylantrag.

Im Zuge ihrer Befragung zu den Fluchtgründen hat die Ast. im Gegensatz dazu angegeben, dass Sie in Kiew eineinhalb Jahre mit einem nigerianischen Mann, dem Vater ihres Sohnes

zusammengelebt hätte, zu dem sie jedoch seit der Schwangerschaft keinen Kontakt mehr hatte, die Probleme in der Ukraine hätten im Jahre 2000 begonnen, als sie mit dem Kindesvater mit dem Namen ... zusammengelebt hätte, da dieser von Rassisten niedergeschlagen worden wäre. Nachdem das Kind geboren wurde, sei die ASt. wieder (in die Ukraine) zurückgekehrt und hätte in weiterer Folge Probleme mit ihren Nachbarn, die Skinheads gewesen wären, gehabt. Dabei sei sie auch vergewaltigt worden. Sie sei mit den Ringen geschlagen worden und sie hätte sich nicht wehren können. Auch ihrem Sohn wäre zur Beruhigung etwas verabreicht worden. Die ASt. gibt in weiterer Folge völlig unplausibel und widersprüchlich an, dass sie einmal von sechs Männern vergewaltigt worden sei und dann von einzelnen Personen, einmal im Monat. Um Ruhe zu haben, hätte sie mit einem der Skinheads zusammengelebt. Die ASt. hätte auch eine Anzeige bei der Polizei gemacht und daraufhin wäre einer der Täter für 2 Tage inhaftiert gewesen, jedoch dann wieder freigelassen worden. Dies sei jedoch deswegen gewesen, weil die ASt. einmal niedergeschlagen worden sei. Bezüglich der mehrfachen Vergewaltigung hätte sie auch eine Anzeige erstattet, hätte diese jedoch auf Druck ihres damaligen Freundes wieder zurückgezogen. Unplausibel erscheint weiters auch, dass die ASt. nach dieser Vergewaltigung trotz der Anzeige bei der Polizei, sich in keiner ärztlichen Behandlung befunden hatte, sondern, auf Befragen hin angegeben hat, sich nur wegen einer Eierstockentzündung bei einem Gynäkologen behandelt worden zu sein.

Widersprüchlich sind in diesem Zusammenhang die Aussagen der ASt. bereits ab dem Jahr 2001 von Skinheads mehrmals vergewaltigt, andererseits, dass sie das erste Mal im Jänner 2002 vergewaltigt worden sei.

Unplausibel erscheint auch, dass die ASt. keine genaueren Angaben über den Kindesvater machen kann, obwohl sie dessen Reisepass gesehen haben will.

Die ASt. kann betreffend ihres Sohnes keine Beweismittel, insbesondere eine Geburtsurkunde vorlegen. In Ihren Ausführungen zu den Fluchtgründen hat die ASt. keine Erwähnung davon gemacht, dass sie wegen der Rasse ihres Kindes bzw. des Lebensgefährten in der Ukraine verfolgt werden würde.

... kann im Falle eines Übergriffs auch nicht davon ausgegangen werden, dass dies mit Billigung des Staates erfolgt.

Die ASt. erscheint wie dargelegt in ihren Angaben nicht glaubwürdig und die Behauptungen im Hinblick zu der dargelegten Länderdokumentation unwahrscheinlich.

In einer Gesamtschau betrachtet kommt die entscheidende Behörde zu dem Schluss, dass der von der ASt. dargelegte maßgebliche, die Fluchtgründe betreffende Sachverhalt nicht den Tatsachen entspricht.

Bei der rechtlichen Beurteilung des festgestellten Sachverhaltes ist von folgender Gesetzeslage auszugehen:

Zu 1:

Gemäß § 7 AsylG hat die Behörde Asylwerbern auf Antrag mit Bescheid Asyl zu gewähren, wenn glaubhaft ist, dass ihnen im Herkunftsland Verfolgung (Art 1 Abschnitt a Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention) droht und keiner der in Art 1 Abschnitt C oder F der Genfer Flüchtlingskonvention genannten Endigungs- oder Ausschlussgründe vorliegt.

...

Im vorliegenden Fall erachtet das Bundesasylamt im Rahmen der Beweiswürdigung die Angaben der ASt. im dort dargestellten Ausmaß als unwahr, sodass die behaupteten Fluchtgründe nicht als Feststellung der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt werden können und es ist auch deren Eignung zur Glaubhaftmachung wohlbegründeter Furcht vor Verfolgung nicht näher zu beurteilen.

...

Die von der ASt. behaupteten Gefahren durch Bedrohungen seitens kriminelle Personen beruhen offensichtlich nicht auf den in der GFK genannten Gründen. Nach VwGH ... ist zusätzlich zu beachten, ob der Heimatstaat in solchen Fällen aus den in Art. 1 Abschnitt A Z 2 GFK genannten Gründen nicht bereit wäre, Schutz zu gewähren. ...

Zu II.

Gemäß § 8 Abs. 1 AsylG hat die Behörde im Falle der Abweisung eines Asylantrages von Amts wegen bescheidmäßig festzustellen, ob eine Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Fremden in den Herkunftsstaat zulässig ist.

... Aufgrund der getroffenen Feststellungen kann ferner nicht davon gesprochen werden, dass in der Ukraine eine nicht sanktionierte ständige Praxis grober, offenkundiger, massenhafter Menschenrechtsverletzungen herrschen würde, die jeden Rückkehrenden undifferenziert träfe; somit können auch von Amts wegen keine stichhaltigen dem Refoulement der ASt. in den Herkunftsstaat entgegenstehenden Gründe erkannt werden.

Zu III.

Gemäß § 8 Abs. 2 AsylG hat die Behörde den Bescheid mit einer Ausweisung zu verbinden, wenn der Asylantrag angewiesen ist und die Überprüfung gemäß § 8 Abs. 1 AsylG ergeben hat, dass die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung in den Herkunftsstaat zulässig ist.

Das Asylverfahren ist, wie sich aus den vorangehenden Entscheidungsteilen ergibt, für die ASt. negativ entschieden worden. Es liegt kein Aufenthaltstitel, wonach ein rechtmäßiger Aufenthalt nach dem Asylgesetz gegeben ist, vor.



Es liegt auch kein sonstiger Aufenthaltstitel vor und ergibt sich somit der rechtswidrige Aufenthalt der Fremden.

Zur Beendigung dieses rechtswidrigen Aufenthaltes ist daher grundsätzlich eine Ausweisung geboten.

Bei der Setzung einer solchen aufenthaltsbeendenden Maßnahme kann ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens vorliegen (Art. 8 Abs. 1 EMRK).

...

Da die ASt., ihren Angaben zufolge, außer ihrem Sohn, der gleichfalls Asylwerber ist, weder familiäre Bindungen in Österreich hat, noch nachhaltig sozial integriert ist, liegt kein ungerechtfertigter Eingriff im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK vor.

Aufgrund dieser Umstände ergibt sich, dass die Ausweisung dringend zur Erreichung der in Artikel 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele geboten ist."

Am 5. Oktober 2005 erließ das Bundesasylamt betreffend den Sohn KindB folgenden Bescheid:

"Spruch

Ihr Asylerstreckungsantrag vom 01.04.2003 wird gemäß § 10 iVm § 11 Abs. 1 Asylgesetz 1997, BGBl. I 1997/76 (AsylG), idF BGBl. Nr. 126/2002 abgewiesen.

Begründung

Ihre Mutter hat als gesetzliche Vertreterin am 01.04.2003 beim Bundesasylamt einen Asylerstreckungsantrag gemäß § 10 AsylG eingebracht, ... .

Grundvoraussetzung für die Asylerstreckung ist somit stets die Asylgewährung nach § 7 oder § 9 AsylG eines in § 10 Abs. 2 AsylG taxativ aufgezählten Angehörigen.

Der Asylantrag Ihrer Mutter wurde mit Bescheid des Bundesasylamtes vom 26.09.2005 unter der Bescheidzahl ... gemäß § / Asylgesetz 1997 abgewiesen.

Da somit zum Entscheidungszeitpunkt keine Asylgewährung eines in § 10 AsylG angeführten Angehörigen vorliegt, ist Ihr Asylerstreckungsantrag aus diesem Grunde abzuweisen."

Der Sohn KindB besuchte ab *September 2005* bis August 2008 das Kindertagesheim des ...kindergartens .... (Bestätigung vom 12.12.2011).

In den Schuljahren 2008/09, 2009/10 und 2010/11 sowie im ersten Semester des Schuljahres 2011/12 besuchte der Sohn KindB die öffentliche Volksschule in 1... Wien, ...gasse (Jahreszeugnisse und Schulnachrichten).

Im Oktober 2005 wurde im 16. Wiener Gemeindebezirk das Kind KindA geboren (Geburtsurkunde vom 21. Oktober 2005).

Der Sohn KindA besuchte von Oktober 2007 bis August 2008 das Kindertagesheim des ...kindergartens ... (Bestätigung vom 12.12.2011).

Am 5. Mai 2011 erkannte der Asylgerichtshof über die Beschwerde der Bw. gegen den Bescheid des Bundesasylamtes vom 09. September 2005 zu Recht:

"Hinsichtlich des Spruchpunktes III. des angefochtenen Bescheides wird der Beschwerde Folge gegeben und der Spruchpunkt III. mit der Maßgabe geändert, dass der Spruch zu lauten hat:

"Die Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet in die Ukraine ist gemäß § 10 Abs. 2 Asylgesetz 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 (AsylG 2005), in der Fassung BGBl. I Nr. 29/2009, iVm § 10 Abs. 5 AsylG 2005, in der Fassung BGBl. I Nr. 122/2009, auf Dauer unzulässig."

#### I. Verfahrensgang

I.1. Die (nunmehrige) Beschwerdeführerin reiste am 30.03.2003 unter Umgehung der Grenzkontrolle in das Bundesgebiet und stellte am 01.04.2003 einen Asylantrag.

Am 02.04.2004 erfolgte eine Einvernahme der Beschwerdeführerin beim Bundesasylamt in Anwesenheit einer Dolmetscherin für die Sprache Russisch zu ihrer Person, ihrem Reiseweg und ihren Ausreisegründen.

Mit Bescheid des Bundesasylamtes vom 26.09.2005 ... wurde der Asylantrag der Beschwerdeführerin in Spruchpunkt I. gemäß § 7 Asylgesetz 1997, BGBl. I Nr. 76/1997 idF BGBl. I. Nr. 101/2003, abgewiesen. In Spruchpunkt II. des Bescheides wurde die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Beschwerdeführers in die Ukraine gemäß § 8 Abs. 1 leg.cit. für zulässig erklärt und die Beschwerdeführerin in Spruchpunkt III. gemäß § 8 Abs. 2 leg.cit. aus dem österreichischen Bundesgebiet in die Ukraine ausgewiesen.

I.2. Gegen den Bescheid des Bundesasylamtes vom 26.09.2005 ... richtet sich gegenständliche fristgerecht am 11.10.2005 eingebrachte Beschwerde.

...

Für den 03.05.2011 wurde zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem zur Entscheidung berufenen Senat des Asylgerichtshofes anberaumt, an welcher die Beschwerdeführerin mit ihrem rechtsfreundlichen Vertreter teilnahm. ...

In der Verhandlung zog die Beschwerdeführerin im Beisein ihres Vertreters die Beschwerde gegen die Spruchpunkte I. und II. des verfahrensgegenständlichen Bescheides des Bundesasylamtes zurück, womit diese in Rechtskraft erwuchsen.

II. Der Asylgerichtshof hat über die zulässige Beschwerde erwogen:

...

Betreffend den Eingriff in das Familien- und Privatleben der Beschwerdeführerin war Folgendes zu erwägen:

Die unbescholtene Beschwerdeführerin befindet sich seit mehr als acht Jahren in Österreich. Der Aufenthalt der Beschwerdeführerin im Bundesgebiet war ihr auf Grund ihrer Asylantragstellung am 01.04.2003 möglich und erlaubt. Die lange Dauer des einzigen Asylverfahrens der Beschwerdeführerin ist weder der Sphäre der Beschwerdeführerin zurechenbar noch ihr anzulasten. Die Beschwerdeführerin ist sozial integriert und wird in Zukunft der Lage sein, ihren Lebensunterhalt kraft eigener Arbeit zu bestreiten. Sie spricht fließend Deutsch und engagiert sich ehrenamtlich in der Altenbetreuung und als Dolmetscherin in ihrer Unterkunft. Gegen Aufwandsentschädigung arbeitet sie als Reinigungskraft in den Büroräumlichkeiten ihrer Unterkunft. Die Beschwerdeführerin hat in Österreich einen Freundeskreis aufgebaut und viele Bekannte. Im Herkunftsland hat sie keine Angehörigen. Die Integration der Beschwerdeführerin und ihrer Familie erfolgte während ihres einzigen Asylverfahrens. Das Interesse der Beschwerdeführerin und ihrer Söhne überwiegt nach der Ansicht des erkennenden Senates des Asylgerichtshofes unter Berücksichtigung aller Sachverhaltselemente die öffentlichen Interessen, weshalb der Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin auf Fortführung ihres Privatlebens in Österreich zu verfolgten legitimen Ziel nicht verhältnismäßig erscheint.

Dem öffentlichen Interesse, eine über die Dauer des Asylverfahrens hinausgehende Aufenthaltsverfestigung von Personen, die sich bisher bloß auf Grund ihrer Asylantragstellung im Inland aufhalten durften, zu verhindern, kommt aus der Sicht des Schutzes und der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (Art. 8 Abs. 2 EMRK) ein hoher Stellenwert zu. Das Privatleben der Beschwerdeführerin und ihr Interesse am Verbleib in Österreich überwiegen nach einem langjährigen Asylverfahren, dessen Dauer der Beschwerdeführerin nicht vorgeworfen werden kann, im vorliegenden Fall die öffentlichen Interessen an einer Aufenthaltsbeendigung. Dem Umstand, dass die zu keinem Zeitpunkt straffällig gewordene Beschwerdeführerin mit ihrem mehr als acht Jahre dauernden Aufenthalt ihre Integrationswilligkeit nicht zuletzt auch dadurch bewiesen hat, dass sie sich ehrenamtlich engagiert, einer Arbeit nachgeht, fließend Deutsch spricht und in Österreich viele Freunde gefunden hat, ist im Rahmen der Interessensabwägung im vorliegenden Fall eine besondere Bedeutung zuzumessen. Die privaten Bindungen der Beschwerdeführerin und ihrer Familie sind nicht länger vorübergehender Natur. Vor dem Hintergrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles und der starken Bindung der Beschwerdeführerin im Bundesgebiet wäre die vom Bundesasylamt verfügte Ausweisung der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit ihres Privatlebens aus gegenwärtiger Sicht wie ausgeführt

unverhältnismäßig iSd Art. 8 Abs. 2 EMRK, weshalb die Ausweisung der Beschwerdeführerin aus dem österreichischen Bundesgebiet auf Dauer für unzulässig zu erklären war."

Am 5. Mai 2011 erkannte der Asylgerichtshof über die Beschwerde des Kindes KindA gegen den Bescheid des Bundesasylamtes vom 31. März 2006 zu Recht:

"Hinsichtlich des Spruchpunktes III. des angefochtenen Bescheides wird der Beschwerde Folge gegeben und der Spruchpunkt III. mit der Maßgabe geändert, dass der Spruch zu lauten hat:

"Die Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet in die Ukraine ist gemäß § 10 Abs. 2 Asylgesetz 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 (AsylG 2005), in der Fassung BGBl. I Nr. 29/2009, iVm § 10 Abs. 5 AsylG 2005, in der Fassung BGBl. I Nr. 122/2009, auf Dauer unzulässig."

#### I. Verfahrensgang

I.1. Der (nunmehrige) Beschwerdeführer wurde am 11.10.2005 in Österreich geboren und seine gesetzliche Vertreterin stellte am 24.10.2005 einen Asylantrag für den Beschwerdeführer.

Die Mutter des Beschwerdeführers wurde am 13.02.2006 beim Bundesasylamt in Anwesenheit eines Dolmetschers für die Sprache Russisch einvernommen.

Mit Bescheid des Bundesasylamtes vom 31.03.2006, ... wurde der Asylantrag des Beschwerdeführers in Spruchpunkt I. gemäß § 7 Asylgesetz 1997, BGBl. I Nr. 76/1997 idF BGBl. I Nr. 101/2003, abgewiesen. In Spruchpunkt II. des Bescheides wurde die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung des Beschwerdeführers in die Ukraine gemäß § 8 Abs. 1 leg.cit. für zulässig erklärt und der Beschwerdeführer in Spruchpunkt III. gemäß § 8 Abs. 2 leg.cit. aus dem österreichischen Bundesgebiet in die Ukraine ausgewiesen.

I.2. Gegen den Bescheid des Bundesasylamtes vom 31.03.2006, ... richtet sich gegenständliche fristgerecht am 10.04.2006 eingebrachte Berufung (nunmehr Beschwerde).

...

Für den 03.05.2011 wurde zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem zur Entscheidung berufenen Senat des Asylgerichtshofes anberaumt, an welcher die Mutter des Beschwerdeführers mit ihrem rechtsfreundlichen Vertreter teilnahm. ...

In der Verhandlung zog die Mutter des Beschwerdeführers im Beisein ihres Vertreters die Beschwerde gegen die Spruchpunkte I. und II. des verfahrensgegenständlichen Bescheides des Bundesasylamtes zurück, womit diese in Rechtskraft erwuchsen.

II. Der Asylgerichtshof hat über die zulässige Beschwerde erwogen:

...

Betreffend den Eingriff in das Familien- und Privatleben der Beschwerdeführerin war Folgendes zu erwägen:

Im Verfahren der Mutter des Beschwerdeführers wurde mit Erkenntnis vom heutigen Tag die Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet auf Dauer für unzulässig erklärt. Die Ausweisung des Beschwerdeführers würde daher einen Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Familienleben darstellen. Eine Trennung von der Kernfamilie widerspräche den Intentionen des Gesetzgebers und wäre dies ein Eingriff in das durch Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Familienleben, für den – auch unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen – keine Rechtfertigung zu erkennen ist. Der Beschwerdeführer wurde in Österreich geboren, hat nie in der Ukraine gelebt und besucht derzeit den Kindergarten. Die Mutter des Beschwerdeführers spricht fließend Deutsch, verfügt über eine Anstellungszusage und engagiert sich ehrenamtlich. Die Mutter des Beschwerdeführers, der Beschwerdeführer und sein Bruder haben sich nachhaltig in der österreichischen Gesellschaft integriert.

... Vor dem Hintergrund der besonderen Umstände des vorliegenden Falles und der starken Bindung des Beschwerdeführers im Bundesgebiet wäre die vom Bundesasylamt verfügte Ausweisung des Beschwerdeführers und seiner Familie im Hinblick auf die Schutzwürdigkeit ihres Privatlebens aus gegenwärtiger Sicht wie ausgeführt unverhältnismäßig iSd Art. 8 Abs. 2 EMRK, weshalb die Ausweisung des Beschwerdeführers aus dem österreichischen Bundesgebiet auf Dauer für unzulässig zu erklären war."

Am *27. Juli 2011* wurden vom Amt der Wiener Landesregierung betreffend die Bw. und ihr Kind KindA die Aufenthaltstitel ROT-WEISS-ROT KARTEN PLUS, gültig bis: 27.07.2012, ausgestellt.

Am *12. Oktober 2011* erging betreffend das Kind KindB folgender Bescheid des Bundesasylamtes:

Spruch:

I. Ihr Antrag auf internationalen Schutz vom 25.07.2011 wird bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten gemäß § 3 Absatz 1 iVm § 2 Absatz 1 Ziffer 13 AsylG 2005, BGBl. I Nr. 100/2005 (AsylG) idgF, abgewiesen.

II. Gemäß § 8 Absatz 1 iVm § 2 Absatz 1 Ziffer 13 AsylG wird Ihr Antrag auf internationalen Schutz bezüglich der Zuerkennung des Status als subsidiär Schutzberechtigten in Bezug auf Ihren Herkunftsstaat Ukraine abgewiesen.

III. Ihre Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet ist gemäß § 10 Absatz 2 Ziffer 2 und Absatz 5 AsylG auf Dauer unzulässig.

Begründung:

#### A) Verfahrensgang

- Sie sind am 30.03.2003 illegal zusammen mit Ihrer gesetzlichen Vertreterin in das Bundesgebiet eingereist.
- Am 01.04.2003 hat Ihre gesetzliche Vertreterin für Sie einen Asylerstreckungsantrag Zl. ... gestellt. Dieser Asylantrag wurde mit Entscheidung des Bundesasylamtes vom 26.09.2005 abgewiesen. Ihre gesetzliche Vertreterin brachte dagegen fristgerecht Berufung ein. Diese Berufung wurde zurückgezogen, sodass der Bescheid mit 03.05.2011 in Rechtskraft erwuchs.
- Am 25.07.2011 haben Sie neuerlich einen, den gegenständlichen Asylantrag gestellt.
- Anlässlich der niederschriftlichen Befragung vor der PI Traiskirchen, EAST gab Ihre gesetzliche Vertreterin folgendes an:  
Sie gab an, Sie hätten keine eigenen Fluchtgründe. Der gegenständliche Antrag wäre gestellt worden, weil Sie denselben Schutz, wie ihre gesetzliche Vertreterin, beantragen würden.

...

#### E) Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 73 Abs. 1 AsylG 2005 tritt dieses Gesetz am 01.01.2006 in Kraft. Es ist gemäß § 75 Abs. 1 auf alle Verfahren anzuwenden, die am 31.12.2005 noch nicht anhängig waren. Das vorliegende Verfahren war am 31.12.2005 noch nicht anhängig, sodass das AsylG 2005 Anwendung findet. Gemäß Art. II Abs. 2 lit. C. Z. 34 EGVG hat das Bundesasylamt das AVG anzuwenden.

#### Zu Spruchpunkt I

Gemäß § 3 Abs. 1 AsylG 2005 ist einem Fremden, der in Österreich einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, soweit dieser Antrag nicht wegen Drittstaatssicherheit oder Zuständigkeit eines anderen Staates zurückzuweisen ist, der Status des Asylberechtigten zuzuerkennen, wenn glaubhaft gemacht wird, dass ihm im Herkunftsstaat Verfolgung iS des Art 1 Abschnitt A Z 2 Genfer Flüchtlingskonvention droht.

Als Flüchtling ist lt. der Genfer Flüchtlingskonvention anzusehen, wer sich aus wohlbegründeter Furcht aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder der politischen Gesinnung verfolgt zu werden, außerhalb seines Heimatlandes befindet und nicht in der Lage oder im Hinblick auf diese Furcht nicht gewillt ist, sich des Schutzes dieses Landes zu bedienen. Gleiches gilt bei den Staatenlosen im Hinblick auf das Land ihres gewöhnlichen Aufenthaltes. Die Aufzählung dieser Gründe ist abschließend.

§ 34 Abs. 1 Zif. 3 normiert, dass wenn eine Familienangehöriger (§ 2 Z 22) eines Asylwerbers einen Antrag auf internationalen Schutz stellt, dies als Antrag auf denselben Schutz gilt.

...

Ihre gesetzliche Vertreterin hat keine Verfolgung Ihrer Person oder eine wohlbegründete Furcht vor einer Verfolgung in keiner Weise vorgebracht. Da auch sonst nichts zu erkennen war, das auf eine Verfolgungsgefahr im gegenständlichen Fall hindeuten könnte, war der Asylantrag aufgrund des Fehlens der Flüchtlingseigenschaft abzuweisen.

Auch aus dem sonstigen Ergebnis des Ermittlungsverfahrens ergaben sich bei Berücksichtigung sämtlicher bekannter Tatsachen keine Hinweise auf das Vorliegen eines Sachverhaltes, welcher gem. Art. 1 Abschnitt A Ziffer 2 zur Gewährung von Asyl führen würde.

#### Zu Spruchpunkt II

Wird ein Antrag auf internationalen Schutz in Bezug auf die Zuerkennung des Status des Asylberechtigten abgewiesen, so ist dem Asylwerber gemäß § 8 Abs. 1 Z 1 AsylG der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuzuerkennen, wenn eine Zurückweisung, Zurückschiebung der Abschiebung des Fremden in sein Herkunftsland eine reale Gefahr einer Verletzung von Art. 2 EMRK, Art. 3 EMRK oder der Protokolle Nr. 6 oder Nr. 13 zur Konvention bedeuten würde oder für ihn als Zivilperson eine ernsthafte Bedrohung des Lebens oder Unversehrtheit infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes mit sich bringen würde. Gemäß § 8 Abs. 3 AsylG ist der Antrag auf internationalen Schutz bezüglich der Zuerkennung des Status des subsidiär Schutzberechtigten abzuweisen, wenn eine innerstaatliche Fluchtalternative (§ 11 AsylG) offen steht.

Eine aktuelle Bedrohung Ihrer Person im Herkunftsland konnte daher nicht erkannt werden.

Sonstige Abschiebungshindernisse, wie etwa das Vorliegen einer lebensbedrohenden Erkrankung, haben Sie nicht behauptet und liegen hiefür auch keine Anhaltspunkte vor.

Die Behörde gelangt somit zur Ansicht, dass keine stichhaltigen Gründe für die Annahme bestehen, dass Sie im Falle einer Zurückweisung, Zurückschiebung der Abschiebung Gefahr laufen, in der Ukraine einer unmenschlichen Behandlung oder Strafe oder der Todesstrafe unterworfen zu werden, womit festzustellen war, dass eine Zurückweisung, Zurückschiebung der Abschiebung zulässig ist.

Auch aus dem sonstigen Ergebnis des Ermittlungsverfahrens ergeben sich bei Berücksichtigung sämtlicher bekannter Tatsachen keine Hinweise auf das Vorliegen eines Sachverhaltes welcher gemäß § 8 AsylG zur Gewährung von subsidiärem Schutz führen würde.

#### Zu Spruchpunkt III

§ 75 AsylG 2005 idF BGBl. 29/2009 normiert die Geltung der bisherigen Rechtslage mit der Maßgabe, dass die Ausweisungsentscheidung nach § 10 AsylG 2005 idF BGBl. 29/2009 getroffen werden muss.

Eine Ausweisung darf nicht verfügt werden, wenn dadurch das Recht auf Schutz des Privat- und Familienlebens des Auszuweisenden verletzt würde (vgl. etwa VfSlg. 17.340/2004 und die ständige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte [EGMR]).

...

Die Beschwerden der Spruchpunkte I. und II. Ihrer Mutter (der Bw.) und Ihres Bruders ... KindA wurden zurückgezogen und erwuchsen in Rechtskraft. Mit Entscheidung des Asylgerichtshofes vom 09.05.2011 (Zl. ...) wurde der Beschwerde gegen Spruchpunkt III stattgegeben und der Spruchpunkt III. dahingehend abgeändert, dass die Ausweisung als unzulässig zu erklären ist. Es hatte in Ihrem Verfahren somit eine gleich lautende Entscheidung zu ergehen.

Die Niederlassungsbehörde hat einen Aufenthaltstitel gemäß §§ 43 Abs. 2 oder 44 Abs. 3 von Amts wegen zu erteilen, wenn eine Ausweisung des Drittstaatsangehörigen gemäß § 10 AsylG 2005 oder gemäß § 66 FPG rechtskräftig auf Dauer für unzulässig erklärt wurde. Diese Ausweisungsentscheidung stellt für sich genommen somit keinen Aufenthaltstitel dar.

Es war daher insgesamt spruchgemäß zu entscheiden."

Am *22. November 2011* wurde vom Amt der Wiener Landesregierung betreffend das Kind KindB der Aufenthaltstitel ROT-WEISS-ROT KARTE PLUS, gültig bis: 27.07.2012, ausgestellt.

Zeitraum Jänner 2006 bis Februar 2008:

Im Vorlageantrag wird Folgendes vorgebracht:

"Unabhängig vom Zeitpunkt der Antragstellung ist jedoch § 3 Familienlastenausgleichsgesetz in der Fassung I Nr. 142/2004 anzuwenden. Dies ergibt sich ausschließlich aus der Tatsache, dass die Asylanträge aller Familienangehörigen am 31.12.2005 anhängig waren.

Die Erstbehörde hätte daher richtigerweise zum Ergebnis kommen müssen, dass der Berufungswerberin für ihren Sohn KindA sowie für ihren Sohn KindB spätestens ab März 2008 durchgehend Familienbeihilfe zu gewähren ist."

Auf Grund dieses Vorbringens kann nicht von einer Einschränkung der Berufung – sodass mit der Berufungsentscheidung lediglich betreffend den Zeitraum ab März 2008 abzusprechen ist – ausgegangen werden.

Gemäß der Inkrafttretensregel des § 50y Abs. 2 FLAG 1967 zu § 3 Abs. 2 FLAG in der Fassung BGBl. I Nr. 142/2004 traten die §§ 3 Abs. 2 und 38a Abs. 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 mit 1. Mai 2004 in Kraft. Ausgenommen waren jene Fälle, in denen bis einschließlich des Tages der Kundmachung dieses Bundesgesetzes Asyl nach dem Asylgesetz 1997 gewährt wurde.



Nach der derzeitigen Rechtslage haben Asylwerber – anders als bis zum Pensionsharmonisierungsgesetz – vor der Zuerkennung des Asyls in Österreich weder selbst einen Anspruch auf Familienbeihilfe noch vermittelt ein asylwerbendes Kind einen derartigen Anspruch, es sei denn, es handelt sich um subsidiär Schutzberechtigte.

Seit dem Pensionsharmonisierungsgesetz (ab 1.5.2004) stellt § 3 seinen klaren Wortlaut nach für die Anspruchsvoraussetzungen der Familienbeihilfe darauf ab, ob tatsächlich bereits Asyl gewährt worden ist.

Stellt ein Fremder aus humanitären Gründen (§§ 72-74 NAG) einen Antrag auf Erteilung eines Aufenthaltstitels, liegt seit 1.1.2006 der für den Anspruch auf Familienbeihilfe erforderliche Aufenthaltstitel erst mit Erteilung der Niederlassungsbewilligung vor, nicht bereits mit der Stellung des darauf abzielenden Antrages.

Seit 1.5.2004 wird Personen, denen Asyl gewährt wurde, Familienbeihilfe – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – ab dem Monat gewährt, in dem ihnen mit Bescheid Asyl nach dem AsylG 1997 bzw. nach dem AsylG 2005 zuerkannt worden ist.

Besteht bei negativem Ausgang des Asylverfahrens kein gültiger Aufenthaltstitel, ist eine Gewährung der Familienbeihilfe auch dann nicht möglich, wenn der Abschiebungsbescheid von der Sicherheitsdirektion aufgehoben worden ist, sofern dem Asylwerber nicht der Status des subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wurde.

Maßgebend ist der Zeitpunkt der tatsächlichen Asylgewährung, ob durch das Bundesasylamt oder durch den Unabhängigen Bundesasylsenat (UBAS) bzw. nunmehr durch den Asylgerichtshof, auch wenn im Instanzenzug einer Berufung bzw. Beschwerde gegen einen abweisenden Erstbescheid Folge gegeben wird (Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3, Rz 263ff).

Wie den auszugsweise wiedergegebenen Asylbescheiden, Spruchpunkte I. und II. zu entnehmen ist, wurde weder der Bw. noch ihren Kindern Asyl gewährt ("I. Der Asylantrag (der Bw.) vom 01.04.2003 wird gemäß § 7 Asylgesetz 1997 ... abgewiesen. II. Die Zurückweisung, Zurückschiebung oder Abschiebung (der Bw.) in die Ukraine ist gemäß § 8 Absatz 1 Asylgesetz 1997 ... zulässig."). Die im zweitvoranstehenden Absatz angeführte Ausnahme kommt daher nicht zum Tragen.

Im Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, 2007/15/0170, führte der Verwaltungsgerichtshof aus: § 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 AsylG 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.

Im gegenständlichen Fall steht fest, dass der Beschwerdeführer im Jahr 2002 einen Asylantrag gestellt hat und das Asylverfahren noch nicht abgeschlossen ist. ...

Im Hinblick auf das am 31. Dezember 2005 anhängige Asylverfahren war daher § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 anzuwenden.

Somit ist im nächsten Schritt Folgendes zu beurteilen: Mit 1. Jänner 2006 trat gemäß der oben wiedergegebenen Bestimmung des § 55 Abs. 1 FLAG u.a. § 3 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2005, 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.

Das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 12.10.2009, 2009/26/0208, erging wie folgt:

Der Beschwerde und dem dieser in Ablichtung angeschlossenen angefochtenen Bescheid ist folgendes zu entnehmen:

Die Mitbeteiligte hatte am 26. Juni 2001 Asyl beantragt und hielt sich seither in Österreich auf. Sie bezog zumindest für die Monate Juli 2006 und Februar 2007 bis März 2009 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge für ihre drei minderjährigen Kinder.

Mit Bescheid vom 23. März 2009 forderte das Finanzamt die Familienbeihilfe und die Kinderabsetzbeträge u.a. für die genannten Monate zurück. Personen, die bereits vor 2006 ein anhängiges und noch laufendes Asylverfahren hätten, hätten Anspruch auf Familienbeihilfe nur für Zeiträume einer durchgehenden unselbständigen rechtmäßigen Beschäftigung oder eines Krankengeldbezuges von zumindest mehr als drei Monaten. In den Rückforderungszeiträumen habe eine derartige Beschäftigung oder ein Krankengeldbezug nicht vorgelegen.

In der dagegen erhobenen Berufung brachte die Mitbeteiligte vor, sie habe sich nach ihrem Antrag auf Asyl vom 26. Juni 2001 ab Juli 2006 fünf Jahre, somit 60 Kalendermonate, im Bundesgebiet aufgehalten. Dabei spiele eine Beschäftigung keine Rolle mehr.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde der Berufung Folge und hob den vor ihr bekämpften Bescheid des Finanzamtes für die Monate Juli 2006 und Februar 2007 bis März 2009 auf. Da das Asylverfahren der Mitbeteiligten vor dem 31. Dezember 2005 eingeleitet worden und somit noch nach dem Asylgesetz 1997 unter Berücksichtigung der in § 75 Abs. 1 Asylgesetz 2005 angeführten Bestimmungen abzuführen sei, komme gemäß § 55 FLAG die Bestimmung des § 3 FLAG idF des Fremdenrechtspaketes 2005 noch nicht zur Anwendung, sondern sei § 3 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004 noch anzuwenden. Da sich die Mitbeteiligte unbestritten seit Juni 2001 in Österreich aufhalte, erfülle sie im in Rede stehenden Zeitraum (Juli 2006 und Februar 2007 bis März 2009) die

Voraussetzungen für die Gewährung der Familienbeihilfe nach § 3 Abs. 2 FLAG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 142/2004.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

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

§ 3 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 646/1977 lautete:

"§ 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; 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 für Flüchtlinge im Sinne des Art. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28. Juli 1951, BGBl. Nr. 55/1955, und des Protokolls über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, BGBl. Nr. 78/1974."

Mit Art. 22 des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004, wurde § 3 Abs. 2 FLAG geändert und lautete dann:

"(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."

Mit Art. 12 des Fremdenrechtspakets 2005, BGBl. I Nr. 100/2005, wurde § 3 neuerlich geändert und lautete sodann:

"§ 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."

§ 55 Abs. 1 FLAG lautet:

"§ 55 (1) Die in §§ 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."

Mit dem Bundesgesetz BGBl. I Nr. 168/2006 wurden dem § 3 FLAG die Absätze 4 und 5 angefügt, welche lauten:

"(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 ..."

Der Verwaltungsgerichtshof hat im hg. Erkenntnis vom 15. Jänner 2008, 2007/15/0170, auf dessen Gründe nach § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, eingehend dargelegt, weshalb § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für Personen, die vor dem 1. Jänner 2006 einen Asylantrag gestellt haben und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, noch nicht anzuwenden ist. An dieser Auffassung hat der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 24. September 2008, 2008/15/0199, festgehalten. Der Beschwerdefall bietet keinen Anlass, von dieser Auffassung abzuweichen.

Damit ist im Beschwerdefall auf die Mitbeteiligte, deren Asylantrag vor dem 1. Jänner 2006 gestellt wurde und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

Nach dieser Bestimmung gilt § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten. Der Verwaltungsgerichtshof hat zur insoweit gleichen Rechtslage des § 3 Abs. 2 FLAG idF des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 646/1977 bereits im Erkenntnis vom 7. Juni 2001, 98/15/0025, dargelegt, dass der in § 3 Abs. 2 FLAG geforderte ständige Aufenthalt im Bundesgebiet dem ständigen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht und es dabei auf die körperliche Anwesenheit ankommt. Damit wird auf die tatsächlichen Verhältnisse und nicht auf einen "berechtigten Aufenthalt" abgestellt, weshalb es in jenem Beschwerdefall auf das Fehlen einer Aufenthaltsgenehmigung nicht ankam.

Erst jüngst hat der Verwaltungsgerichtshof mit hg. Erkenntnis vom 21. September 2009, 2009/16/0178, zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthaltes in § 5 Abs. 3 FLAG wieder klargestellt, dass auch dieser ständige Aufenthalt dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd § 26 Abs. 2 BAO entspricht, dass es bei der Frage dieses Aufenthaltes um objektive Kriterien geht, und dass eine Berechtigung zum dauernden Aufenthalt (in jenem

Beschwerdefall war lediglich eine befristete Aufenthaltsbewilligung erteilt worden) nicht ausschlaggebend ist.

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.

Da somit bereits der Inhalt der Beschwerde erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt, war die Beschwerde ohne weiteres Verfahren gemäß § 35 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen."

Im Erkenntnis vom 24.9.2008, 2008/15/0199, führte der Verwaltungsgerichtshof aus:

"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, auf welches gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, 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 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 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 in der Fassung des Bundesgesetzes, BGBl. 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, BGBl. I 2005/100

oder bereits BGBl. 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, BGBl. I 2004/142."

Stellte die Bw. laut der diesbezüglichen Sachverhaltsfeststellung ihren Asylantrag am 1. April 2003 und *erwuchs der Bescheid des Bundesasylamtes vom 26. September 2005 wegen Zurückziehung der Beschwerde gegen die Spruchpunkte I. und II. des Bescheides im Mai 2011 in Rechtskraft*, war deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig und war gemäß den Erwägungen des Verwaltungsgerichtshofes § 3 FLAG in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 für die Bw. noch nicht anzuwenden. Damit war nach dem zitierten Erkenntnis auf die Bw., deren Asylantrag vor dem 1. Jänner 2006 gestellt wurde und deren Asylverfahren am 31. Dezember 2005 noch anhängig war, § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes anzuwenden.

Nach dieser Bestimmung gilt § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten.

Seit mindestens 60 Kalendermonaten hielt sich die am 30. März 2003 eingereiste Bw. im Bundesgebiet mit Beginn des Kalendermonats April 2008 auf.

Somit gilt gemäß § 3 Abs. 2 FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 für die Bw. Abs. 1, wonach die Bw. nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe hat, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt ist und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet bezieht, nicht. Der Umstand, dass die Bw. die in § 3 Abs. 1 FLAG FLAG in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes, BGBl. I Nr. 142/2004 normierten Voraussetzungen nicht erfüllte, schadet nach Abs. 2 dieser Gesetzesstelle nicht.

Dem in der Berufungsvorentscheidung angeführten Umstand, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Gewährung der Familienbeihilfe kein offenes Asylverfahren anhängig war, kommt auf Grund der zitierten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes keine entscheidungswesentliche Bedeutung zu.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 6. August 2013