



## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Z. D., B., Gasse, vom 16. Juli 2012 gegen den Bescheid des Finanzamtes Baden Mödling, vom 20. Juni 2012 betreffend Abweisung eines Antrages auf Gewährung der Familienbeihilfe für Z. R. ab August 2009 und Z. M. ab November 2006 soweit über den Zeitraum Jänner 2010 bis April 2012 abgesprochen worden ist, wie folgt entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Der Berufungswerber (Bw.) Z. D., armenischer Staatsbürger, ist am 09.01.2005 und seine Gattin ist am 19.01.2006. nach Österreich eingereist.

Er brachte am 26. April 2012 den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine 2 Kinder Z. R., geb. am xx, ab 2009 und Z. M., geb. am xxx, ab 2006, beim Finanzamt ein.

Der Bw. legte Kopien seiner Rot-Weiss-Rot-Karte Plus, seiner Kinder und seiner Gattin, alle gültig bis 03.04.2013, vor.

Auf Grund des Versicherungsdatenauszuges der österreichischen Sozialversicherung ist ersichtlich, dass der Bw. vom 01.01.2007 **bis 10.04.2012 als Asylwerber** bzw. Flüchtling gemeldet war.

Auf Grund einer Anfrage des FA Mödling betreffend Anspruch auf Grundversorgung, gab das Amt der NÖ Landesregierung, Koordinationsstelle für Ausländerfragen, in einem Schreiben bekannt, dass der Bw. seit 09.01.2005 (Einreise) **bis 10.04.2012**, seine Gattin seit 19.01.2006 (Einreise) **bis 10.04.2012** und seine Kinder seit deren Geburt **bis 10.04.2012** **Grundversorgung** bezogen haben.

Am 13.03.2012 entschied der Asylgerichtshof, dass dem Bw., seiner Gattin und seinen Kindern in Österreich kein Asyl gewährt wird (§ 7 und § 8 Abs. 1 AsylG 1997), jedoch eine Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet in den Herkunftsstaat sich als unzulässig erweist.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für die Kinder Z. R. ab Aug. 2009 und Z. M. ab November 2006 mit Bescheid vom 20. Juni 2012 ab. Begründend wurde ausgeführt, dass Personen, denen der Status von subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, nur dann Familienbeihilfe gewährt wird, wenn sie oder ein anderes Familienmitglied keinen Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung bzw. Mindestsicherung haben und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht auch für jene Kinder, denen der Status der subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

Gegen den Abweisungsbescheid brachte der Bw. **Berufung** ein und beantragte den Bescheid zu beheben und rückwirkend für seine zwei Kinder **für den Zeitraum von Januar 2010 bis April 2012** zu gewähren. Den abweisenden Bescheid bekämpfte der Bw. wegen unrichtiger Feststellungen.

*"Was die hier genannte Feststellung, dass wir subsidiär Schutzberechtigte waren, trifft nicht zu, weil wir bis 3.4.2012 Asylwerber waren (siehe die Entscheidung des Asylgerichtshofes) und ab 3.4.2012 nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG-Karte) Aufenthaltstitel erteilt bekommen haben, womit auch der gegenständliche Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet ist.*

*Rechtslage:*

*Durch das "Fremdenrechtspaket 2005" BGBl. I Nr. 100/2005 hat der Gesetzgeber eine Änderung der Rechtslage auf dem Gebiet des Asyl- und Fremdenrechtes vorgenommen. Im Zuge dieser Reform wurde auch § 3 FLAG 1967 neu gefasst.*

*§ 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG 1967 in der Fassung des Fremdenrechtspaketes 2005 mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des Asylgesetzes 2005. Gemäß § 55 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (FLAG 67) tritt § 3 FLAG 1967 in der ab 1. Jänner 2006 gültigen Fassung nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 in Kraft.*

*In den Übergangsbestimmungen des Asylgesetzes 2005 wird somit angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind (§ 75 Abs. 1 Asylgesetz 1995). § 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 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.

Daher ist für Asylwerber, deren Asylverfahren vor dem 1.1.2006 anhängig ist, der Familienbeihilfenanspruch nach § 3 FLAG 1967 in der bis 2005 gültigen Fassung zu beurteilen. Demnach bestand für uns Anspruch auf Familienbeihilfe bei Vorliegen einer zumindest drei Monate andauernden unselbstständigen rechtmäßigen Beschäftigung oder ein ständiger Aufenthalt von 60 Kalendermonaten vorlag.

Kurzgefasst hat also der Verwaltungsgerichtshof so erwogen:

Wenn ein Asylverfahren am 31.12.2005 noch anhängig war, dann ist § 3 FLAG 1967 (alt) anzuwenden (VwGH 2007/15/0170).

FB-Anspruch, wenn länger als 3 Monate beschäftigt oder wenn mind. 5 Jahren ständigen Aufenthalt.

Dies wurde von VwGH (2009/16/0208) bestätigt: auch Asylwerberinnen können ständigen Aufenthalt haben und damit FB erhalten.

Weiterer Sachverhalt:

Wie auch vom Finanzamt festgestellt, steht in meinem Fall eindeutig fest, dass ich am 09.01.2005 Asylantrag gestellt habe und das Asylverfahren bis 03.04.2012 dauerte, womit ich im Januar 2010 mind. 5 Jahre ständigen Aufenthalt in Österreich hatte. Im Hinblick auf das am 31. Dezember 2005 anhängige Asylverfahren ist daher § 3 FLAG noch in der Fassung des Pensionsharmonisierungsgesetzes BGBI. I Nr. 142/2004 anzuwenden.

Ich und meine minderjährigen und in Österreich geborenen Kinder befanden uns in dem genannten Zeitraum in Österreich bzw. hielten uns ständig in Österreich auf, sowie wohnten wir im gemeinsamen Haushalt. Dies lässt sich durch die vorgelegten Unterlagen bestätigen. Wir bekamen ebenfalls nach Beendigung des Asylverfahrens auf Grund unseres ununterbrochenen ständigen Aufenthaltes in Österreich (siehe die Entscheidungen des Asylgerichtshofes nach dem Spruch III.; Ausweisung auf Dauer unzulässig) ab 3. April 2012 Aufenthaltstitel mit dem Zweck "Rot Weiß Rote Karte plus" nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes (NAG-Karte) erteilt.

Der Mittelpunkt unserer Lebensinteressen in Österreich ergibt auch wie oben beschrieben, aus der Intensität unserer persönlichen Beziehungen und wirtschaftlichen Interessen in Österreich.

Was den Bescheid für den Zeitraum – Januar 2010 bis April 2012 (innerhalb der fünf Jahre rückwirkend vom Beginn des Monats der Antragstellung) – anbelangt, trifft die Entscheidung der Behörde nicht zu, womit auch der gegenständliche Bescheid für den genannten Zeitraum mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet ist."

Der Bw. stellte den Antrag die Familienbeihilfe von Januar 2010 bis April 2012 zu gewähren.

Das Finanzamt wies die Berufung mit **Berufungsvorentscheidung** als unbegründet ab.

Begründend wurde ausgeführt:

"Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (in der bis 31.12.2005 geltenden Fassung) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus 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.

(3) Ist der Elternteil, der den Haushalt überwiegend führt (§ 2a Abs. 1), nicht österreichischer Staatsbürger, genügt für den Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn der andere Elternteil österreichischer Staatsbürger ist oder die Voraussetzungen nach Abs. 1 oder 2 erfüllt.

Gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (in der vom 1.1.2006 bis 30.6.2006 anzuwendenden Fassung) 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.

In der ab 1.7.2006 anzuwendenden Fassung:

(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.

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

(5) In den Fällen des Abs. 2, Abs. 3 letzter Satz und Abs. 4 letzter Satz wird für nachgeborene Kinder die Familienbeihilfe rückwirkend gewährt. Gleches 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.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt angesprochen hat, ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten.

Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist für die Familienbeihilfe, wie sie sich aus 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 Rechtslage von Monat zu Monat anders beurteilt sein.

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.

Für den vorliegenden Fall trat innerhalb des geltend gemachten Anspruchszeitraumes ab November 2006 bzw. August 2009 bis dato eine gesetzliche Änderung ein, als der § 3 Familienausgleichsgesetz idF des BGBl. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) im Rahmen des Fremdenrechtspaketes (BGBl. I Nr. 100/2005) eine neue Fassung erhielt.

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

Zum zeitlichen Geltungsbereich des AsylG 2005 bestimmt § 73 AsylG 2005, dass dieses Bundesgesetz mit 1. Jänner 2006 in Kraft tritt und das AsylG 1997 mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft tritt.

Für alle zu diesem Zeitpunkt anhängigen Verfahren regelt das AsylG 2005 in seinen Übergangsbestimmungen im § 75 Abs. 1 AsylG 2005, dass alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind.

In den Übergangsbestimmungen des AsylG 2005 wird somit angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind. § 55 FLAG idF BGBI. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG idF BGBI. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des AsylG 2005.

Laut Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 15.1.2008, 2007/15/0170) ist § 55 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idF BGBI. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG 1967 idF BGBI. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Abs.1 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 zunächst noch § 3 FLAG 1967 idF des BGBI. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) zur Anwendung.

Für Ihre Kinder R. und M. war am 31. Dezember 2005 kein Asylverfahren anhängig. Das Asylverfahren wurde nach dem AsylG 2005 abgeführt. Für den Anspruch auf Familienbeihilfe kommen daher keine Übergangsbestimmungen zur Anwendung. Es ist für M. die im November 2006 und für R., die im August 2009 geltende Rechtslage anzuwenden. Diese besagt, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann besteht, wenn sich die Kinder entweder Asyl gewährt wurde oder sie sich gemäß §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten."

Ihre Berufung für den Zeitraum Jänner 2010 bis April 2012 war daher abzuweisen."

Der Berufungswerber stellte einen Antrag die Berufung an die Abgabenbehörde II. Instanz vorzulegen. Er verwies auf die Begründung in der Berufung.

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

Der Entscheidung wird folgender Sachverhalt zu Grunde gelegt:

Der Berufungswerber (Bw.) Z. D. ist am 09.01.2005 und seine Gattin ist am 19.01.2006 nach Österreich eingereist.

Seine Tochter Z. M. wurde am xxx und sein Tochter Z. R. wurde am xx in Österreich geboren.

Der Bw., seine Gattin und seine Kinder sind armenische Staatsbürger.

Der Bw. stellte am 09.01.2005, seine Gattin am 19.01.2006 und seine Kinder mit Geburt Asylanträge. Am 13.03.2012 entschied der Asylgerichtshof, dass dem Bw., seiner Gattin und

seinen Kinder in Österreich kein Asyl gewährt wird (§ 7 und § 8 Abs. 1 AsylG 1997), jedoch eine Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet in den Herkunftsstaat sich als unzulässig erweist.

Der Bw. brachte am 26. April 2012 den Antrag auf Gewährung von Familienbeihilfe für seine 2 Kinder, Z. R. ab 2009 und Z. M. ab 2006, beim Finanzamt ein.

Der Bw. legte Kopien seiner Rot-Weiss-Karte Plus, seiner Kinder und seiner Gattin vor. Auf Grund des Versicherungsdatenauszuges der österreichischen Sozialversicherung ist ersichtlich, dass der Bw. vom 01.01.2007 bis 10.04.2012 als Asylwerber bzw. Flüchtling gemeldet war.

Auf Grund einer Anfrage des FA Mödling betreffend Anspruch auf Grundversorgung, gab das Amt der NÖ Landesregierung, Koordinationsstelle für Ausländerfragen, in einem Schreiben bekannt, dass der Bw. seit 09.01.2005 (Einreise) bis 10.04.2012, seine Gattin seit 19.01.2006 (Einreise) bis 10.04.2012 und seine Kinder seit deren Geburt bis 10.04.2012 Grundversorgung bezogen haben.

In der Berufung schränkte der Bw. den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für seine beiden Kinder für Jänner 2010 bis April 2012 mit der Begründung ein, dass er sich ab Jänner 2010 bereits 60 Monate ständig in Österreich aufhalte.

### **Die Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:**

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.

§ 2 FLAG 1967 legt die allgemeinen und besonderen Voraussetzungen fest, unter denen jemand Anspruch auf FB hat. § 3 FLAG 1967 stellt ergänzend für Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, weitere besondere Voraussetzungen auf.

§ 3 Abs. 1 FLAG 1967 idF BGBl 1977/646 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 Kalendermonate 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 ab 1.5.2004 bzw. 16.12.2004 (§ 50 Abs. 2, für bis dahin schon Asylberechtigte nach dem AsylG 1997) 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.

Auf Grund dieser Änderung entfiel zum einen die Verpflichtung der Beihilfenbehörde, selbst den Flüchtlingsstatus zu überprüfen, und knüpft den Anspruch auf FB nunmehr an die tatsächliche Asylgewährung an (nach damaliger Rechtslage: soweit nicht das Kriterium des mehr als sechzigmonatigen Aufenthalts im Inland erfüllt wurde), zum anderen aber entfiel der Anspruch auf FB für Asylwerber vor Zuerkennung des Asyls.

Im Gesetzgebungsverfahrens – die Regelung geht auf einen Abänderungsantrag zurück – wurde dies Änderung damit begründet, dass seit 1.5.2004 für alle Asylwerber für die Dauer des Asylverfahrens eine Grundversorgung sichergestellt sei, und daher für die Bedürfnisse des Asylwerber und deren Familienangehörigen aus Mitteln der öffentlichen Hand gesorgt werde (NR: XXII. GP StProt 87. Sitzung S 164) (Aigner/Wanke in Csaszar/Lenneis/Wanke, FLAG, § 3 RZ 22)

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 (in der vom 1.1.2006 bis 30.6.2006 anzuwendenden Fassung) 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.

Ab 1.7.2006 anzuwendenden Fassung wurde der Abs. 4 und Abs.5 eingefügt:

(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) ...

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt angesprochen hat, ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten.

Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum ist für die Familienbeihilfe, wie sie sich aus 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 Rechtslage von Monat zu Monat anders beurteilt sein.

Für die Beantwortung der Frage, ob Familienbeihilfe zusteht - wie auch bereits vom Finanzamt ausgeführt - muss daher zuerst geklärt werden, welche Fassung des § 3 FLAG 1967 für welche Anspruchsmonate zur Anwendung gelangt.

Für den vorliegenden Fall trat innerhalb des geltend gemachten Anspruchszeitraumes ab November 2006 bzw. August 2009 bis dato eine gesetzliche Änderung ein, als der § 3 Familienausgleichsgesetz idF des BGBI. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) im Rahmen des Fremdenrechtspaketes (BGBI. I Nr. 100/2005) eine neue Fassung erhielt.

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

Zum zeitlichen Geltungsbereich des AsylG 2005 bestimmt § 73 AsylG 2005, dass dieses Bundesgesetz mit 1. Jänner 2006 in Kraft tritt und das AsylG 1997 mit Ablauf des 31. Dezember 2005 außer Kraft tritt.

Für alle zu diesem Zeitpunkt anhängigen Verfahren regelt das AsylG 2005 in seinen Übergangsbestimmungen im § 75 Abs.1 AsylG 2005, dass alle am 31. Dezember 2005 anhängigen Verfahren nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind.

In den Übergangsbestimmungen des AsylG 2005 wird somit angeordnet, dass Asylverfahren, die am 31. Dezember 2005 bereits anhängig waren, noch nach den Bestimmungen des AsylG 1997 zu Ende zu führen sind. § 55 FLAG 1967 idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG 1967 idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) mit den Übergangsbestimmungen des NAG und jenen des AsylG 2005.

Laut Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 15.1.2008, 2007/15/0170) ist § 55 Familienlastenausgleichsgesetz 1967 idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) dahingehend zu verstehen, dass § 3 FLAG 1967 idF BGBl. I Nr. 100/2005 (Fremdenrechtspaket) für Personen, denen gegenüber gemäß § 75 Abs.1 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 zunächst noch § 3 FLAG idF des BGBl. I Nr. 142/2004 (Pensionsharmonisierungsgesetz) zur Anwendung.

Für den Bw. kommt der § 3 Abs.2 FLAG 1967 idF Pensionsharmonisierungsgesetz zum Zug, sein Asylverfahren wurde bereits vor 1.1.2006 eingeleitet, ist somit nach dem AsylG 1995 abzuführen und er war bereits im Jänner 2010 60 Monate ständig in Österreich.

Allerdings waren die die Familienbeihilfe anspruchsvermittelnden Kinder des Bw. vor dem 1.1.2006, somit zu dem Zeitpunkt, zu dem noch die Übergangsregelung zur Geltung gekommen ist, noch nicht geboren.

Das Asylverfahren des Bw. war zwar 2005 bereits eingeleitet worden, der Bw. hat seinen Asylantrag bereits am 09.01.2005 gestellt, über den erst 2012 vom Asylgericht entschieden worden ist.

Die die Familienbeihilfe vermittelnden Kinder sind erst im Jahr 2006 bzw. 2009 geboren. Somit waren am 31. Dezember 2005 noch keine Asylverfahren anhängig. Die für die Kinder gestellten Asylanträge wurden nach dem AsylG 2005 abgeführt.

Die gesetzlichen Regelungen des FLAG 1967 idF Fremdenrechtspaket 2005 (BGBl I 2005/100) kommt zur Anwendung.

Für den Anspruch auf Familienbeihilfe kommen daher keine Übergangsbestimmungen zur Anwendung. Es ist für M. die im November 2006 und für R., die im August 2009 geltende Rechtslage anzuwenden. Diese besagt, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe nur dann besteht, wenn sich die Kinder entweder Asyl gewährt wurde oder sie sich gemäß §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Die Berufung war daher abzuweisen.

Wien, am 12. Dezember 2012