



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufungen der Bw., X.,

1.) gegen den Abweisungsbescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend Familienbeihilfe für die Kinder G. B. und G. A. soweit dieser über den Zeitraum Februar 2008 bis Mai 2008 sowie über den Zeitraum Februar 2010 bis September 2010 abspricht, entschieden:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben.

Die Berufung wird insofern stattgegeben, als sie den Zeitraum Februar 2008 bis Mai 2008 betrifft.

Die Berufung wird insofern abgewiesen, als sie den Zeitraum Februar 2010 bis September 2010 betrifft.

2.) Die Berufung gegen den Zurückweisungsbescheid des Finanzamtes Baden Mödling betreffend den Zeitraum Oktober 2010 bis November 2012 wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufungswerberin (Bw.) Bw., ihr Gatte und ihre beiden Kinder, armenische Staatsbürger, sind am 03.02.2003 illegal nach Österreich eingereist. Die Bw. stellte am selben Tag einen Asylantrag, die Kinder einen Asylerstreckungsantrag.

Die Berufung der Bw. gegen den abweisenden Asylbescheid wurde vom unabhängigen Bundesasylsenat gemäß [§ 10 AsylG](#) und 11 AsylG 1997 mit 20.05.2008 abgewiesen. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof wurde mit Beschluss vom 17.07.2008 abgelehnt.

Die Asylerstreckungsanträge betreffend die beiden Kinder sind laut Auskunft des Bundesasylamtes vom 03.02.2011 seit 11.08.2008 gemäß § 11 AsylG in zweiter Instanz negativ rechtskräftig abgeschlossen.

Am 1.Juli 2008 brachte die Bw. einen Antrag auf internationalen Schutz ein, der bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 2 Abs.1 Zif.13 AsylG 2005 und Zuerkennung des subsidiär Schutzberechtigten gem. § 8 Abs. 1 iVm [§ 2 Abs. 1 Zif 13 AsylG 2005](#) vom Bundesasylamt mit Bescheid vom 5. Februar 2010 abgewiesen wurde.

...Die Ausweisung aus dem Österreichischen Bundesgebiet ist jedoch gemäß § 10 Abs. 2 Zif.2 und Absatz 5 Asylgesetz 2005 auf Dauer unzulässig....

...Auf [§ 44a Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz](#) (NAG) und darauf, dass eine Erteilung des Aufenthaltstitels nach dem NAG erst nach Rechtskraft des Asylverfahrens erfolgt, wird hingewiesen.

Zur rechtlichen Beurteilung wurde ausgeführt, dass gemäß [§ 73 Abs. 1 AsylG 2005](#) dieses Gesetz am 01.01.2006 in Kraft getreten ist. 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.

Am 22. Februar 2012 wurde vom Asylgerichtshof auf Grund einer Beschwerde gegen den vorstehenden Bescheid vom 5. Feb. 2010 der Bw. der Status einer subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt und ihr eine befristete Aufenthaltsberechtigung als subsidiär Schutzberechtigte bis 21.02.2013 erteilt.

Am 13. Oktober 2010 stellte die Bw. einen Antrag auf Gewährung Familienbeihilfe für ihre beiden Kinder.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Familienbeihilfe **ab Oktober 2010** – Antragszeitpunkt wurde nicht genannt - mit dem abweisenden **Bescheid vom 9. März 2011** mit der Begründung ab, dass die Bw. und ihre Kinder keine Aufenthaltsberechtigungskarte haben. Der Bescheid erwuchs in Rechtskraft.

Die (Bw.) stellte am **9. Jänner 2013 neuerlich einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe rückwirkend ab Jänner 2008** für ihre Kinder A., geb. 1990, und Tochter B., geb. 1996, über den im gegenständlichen Verfahren abzusprechen ist.

Vorgelegt wurde das Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 22. Februar 2012 in dem der Bw. eine befristete Aufenthaltsberechtigung als subsidiär Schutzberechtigte bis 21.02.2013 erteilt wurde.

Für Ihren Gatten und ihre Kinder legte die Bw. Rot-Weiss-Rot-Karten Plus vom 18.12.2012 gültig bis 18.12.2013 vor.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Familienbeihilfe vom 9. Jänner 2013 für den Zeitraum Jänner 2008 bis September 2010 nach Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen mit Bescheid vom 5. Februar 2013 mit folgender Begründung ab:

"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.

Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 (AsylG 2005), BGBl. I Nr. 100/2005, gewährt wurde, haben Anspruch auf Familienbeihilfe auch für jene Kinder, denen ebenfalls Asyl nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde.

Maßgebend für den Beginn des Beihilfenanspruchs ist jener Monat, in dem sowohl die antragstellende Person als auch das Kind über den Asylstatus verfügen. Dieser muss durch Vorlage positiver Asylbescheide dokumentiert werden.

Laut vorliegenden Unterlagen haben Sie per 22.2.2012 subsidiären Schutz erhalten. Der Anspruch auf Familienbeihilfe ist daher dann gegeben, wenn sowohl der Antragsteller als auch die Kinder subsidiären Schutz erhalten haben und eine Beschäftigung ausgeübt wird.

Da die Kinder im Zeitraum bis 22.2.2012 bis zur Erteilung der Rot-Weiß-Rot plus Karte nicht unter subsidiären Schutz standen, war Ihr Antrag abzuweisen.

Zu G. B. :

[§ 3 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz 1967](#) (FLAG 1967) nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach [§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) rechtmäßig in Österreich aufhalten.

Personen, denen der Status von subsidiär Schutzberechtigten nach dem [Asylgesetz 2005](#) zuerkannt wurde, wird nur dann Familienbeihilfe gewährt, wenn sie oder ein anderes Familienmitglied keinen Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung haben und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht auch für jene Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem [Asylgesetz 2005](#) zuerkannt wurde.

Zu G. A.:

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

Personen, denen der Status von subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, wird nur dann Familienbeihilfe gewährt, wenn sie oder ein anderes Familienmitglied keinen Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung haben und unselbstständig oder selbstständig erwerbstätig sind. Anspruch auf Familienbeihilfe besteht auch für jene Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde."

Gleichzeit wies das Finanzamt mit Bescheid desselben Datums, 5. Februar 2013, die Eingabe der Bw. vom 9. Jänner 2013 auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum Oktober 2010 bis November 2012 mit der Begründung zurück, dass für diesen Zeitraum bereits mit Bescheid vom 9. März 2011 rechtskräftig abgesprochen worden ist.

Die Bw. erhab gegen den Bescheid "Abweisung des Familienbeihilfenantrages vom 09.01.2013" betreffend Jänner 2008 – Sept. 2010 und den Zurückweisungsbescheid vom 5.2.2013 betreffend Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 1.10.2010 bis 30.11.2012 Berufung und beantragte die Familienbeihilfe rückwirkend für den Zeitraum vom **Februar 2008 bis Mai 2008 und weiters für den Zeitraum Februar 2010 bis Dezember 2012.**

Begründend wurde ausgeführt:

"Mit dem oben bezeichneten Bescheid wurde mein Antrag auf rückwirkende Gewährung der Familienbeihilfe für meine obigen minderjährigen Kinder der belangten Behörde mit folgender Begründung abgewiesen:

Begründet wurde die Abweisung damit, dass

a) gemäß § 3 Abs. 1 Familienlastenausgleichsgesetz Anspruch auf Familienbeihilfe für Kinder, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann bestehe, sofern sie sich nach §§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgegesetzes rechtmäßig in Österreich aufhalten bzw.

b) Personen, denen Asyl nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt worden ist, Anspruch auf Familienbeihilfe haben.

c) Personen, denen der Status von subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde, wird nur dann Familienbeihilfe gewährt, wenn sie oder ein anderes Familienmitglied keinen Anspruch auf eine Leistung aus der Grundversorgung bzw. Mindestsicherung haben und unselbständig oder selbständig erwerbstätig sind. Anspruch auf Familienbeihilfe bestehe auch für jene Kinder, denen der Status des subsidiär Schutzberechtigten nach dem Asylgesetz 2005 zuerkannt wurde."

Da wir per 22.2.2012 subsidiären Schutz erhalten haben und Zeitraum 22.2.2012 bis zur Erteilung der Rot Weiß Rote Plus Karten unter keinem subsidiären Schutz gestanden sind, sei kein Anspruch auf Familienbeihilfe gegeben.

Den oben angeführten Bescheid bekämpfe ich aber nur wegen unrichtiger Feststellung und der rechtlich falschen Schlussfolgerung.

Weitere Rechtslage:

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

§ 55 FLAG verknüpft das Inkrafttreten des § 3 FLAG 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 2005](#)).

§ 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 [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 in der bis 2005 gültigen Fassung zu beurteilen.

Demnach besteht für uns Anspruch auf Familienbeihilfe bei Vorliegen einer zumindest drei Monate andauernden unselbständigen rechtmäßigen Beschäftigung oder eines ständigen Aufenthaltes von 60 Kalendermonaten in Österreich.

Kurzgefasst hat also der Verwaltungsgerichtshof so erwogen:

- 1.) Wenn ein Asylverfahren am 31.12.2005 noch anhängig war, dann ist § 3 FLAG (alt) anzuwenden (VwGH [2007/15/0170](#)), dh:
- 2.) FB-Anspruch, wenn länger als 3 Monate beschäftigt oder wenn mind. 5 Jahre ständiger Aufenthalt
- 3.) Dies wurde von VwGH (2009/16/0208) bestätigt: auch Asylwerberinnen können ständigen Aufenthalt haben und damit FB erhalten.

Sachverhalt:

Aufenthaltsmäßig:

In unserem Fall steht Folgendes nachweislich mit beiliegenden Bescheiden fest, dass wir am 03.02.2003 Asylanträge gestellt haben.

Das Asylverfahren dauerte vom 03.02.2003 bis 50.05.2008 und in der Folge vom 01.07.2008 bis 23.02.2012 unter dem Status als Asylwerber, an.

Am 23.02.2012 wurde mir vom Asylgerichtshof gemäß § 8 Asylgesetz der Status einer subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt eine dementsprechende Aufenthaltsberechtigung erteilt.

In weiterer Folge bekamen meine Kinder auf Grund des unter angeführten Bescheides des Bundesasylamtes vom 10.02.2010 ab 28.12.2012 nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz Rot Weiß Rot Plus Karten.

Wichtig ist, dass wir während des ganzen Verfahrens mit dem Bescheid vom 10.02.2010 des Bundesasylamtes nach dem Spruchpunkt III. die Entscheidung gemäß § 10 Abs. 2 Ziffer 2 und Abs. 5 Asylgesetz "Ausweisung aus Österreich auf Dauer unzulässig" in der Schlussfolgerung subsidiären Schutz und Bleiberecht bekommen haben.

Verfahrensschritte (siehe Beilage):

1. Asylantragstellung: 03.02.2003
2. Der Unabhängige Bundesasylsenat hat folglich die Asylanträge am 20.05.2008 abgewiesen.
3. Folgeanträge wurden am 01.07.2008 eingebbracht.
4. Mit dem Bescheid des Bundeasylamtes vom 10.02.2010 – nach dem Spruch "Ausweisung aus Österreich auf Dauer unzulässig" wurde uns subsidiärer Schutz und Bleiberecht gewährt.
5. Nach Etablierung des Asylgerichtshofes wurde ab 23.02.2012 die subsidiäre Schutzberechtigung anerkannt.
6. Erteilung des Aufenthaltstitels "Rot Weiß Rote Karte Plus": ab 28.12.2012

Beschäftigungsmäßig:

Wie aus dem beigelegten Versicherungsdatenauszug ersichtlich, bin ich seit 18.06.2010 angemeldet beschäftigt.

Laut des Amtes der niederösterreichischen Landesregierung sind wir mit Wirkung vom 23. Juni 2008 aus der Grundversorgung entlassen worden.

Da ich und meine Familie mit Februar 2008 mind. 5 Jahre ständigen Aufenthalt in Österreich haben.

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, womit auch der gegenständliche Bescheid erstens für den Zeitraum Februar 2008 bis Mai 2008 mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet ist.

Wir bekamen nach Beendigung des Asylverfahrens auf Grund unseres ununterbrochenen sowie ständigen Aufenthaltes in Österreich (Begründung: Ausweisung auf Dauer unzulässig) ab 28.12.2012 Aufenthaltstitel mit dem Zweck "Rot Weiß Rote Karte Plus" nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG-Karte) erteilt.

Ich und meine minderjährigen Kinder befanden uns in dem genannten Zeitraum rechtmäßig und durchgehend in Österreich.

Wir halten uns nach wie vor ständig in Österreich auf, sowie wohnen im gemeinsamen Haushalt. Dies lässt sich durch die vorgelegten Unterlagen bestätigen.

der Mittelpunkt unserer Lebensinteressen in Österreich ergibt sich aus der Intensität unserer persönlichen Beziehungen und wirtschaftlichen Interessen in Österreich.

Was die in dem Bescheid genannten Feststellungen, dass wir unter keinen subsidiären Schutz gestanden haben, trifft eindeutig nicht zu, weil wir bis 10.02.2010 Asylwerber waren, ab diesem Datum unter dem subsidiären Schutz standen und in der Folge meine Kinder und mein Mann am 18.12.2012 Aufenthaltstitel mit dem Niederlassungszweck "Rot Weiß Rote Karte Plus" nach dem Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG-Karte) erteilt bekommen haben, womit auch der gegenständliche Bescheid auch für den Zeitraum Februar 2010 bis Dezember 2012 mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastete ist.

Antrag

Den angefochtenen Bescheid aufzuheben und die beantragte Familienbeihilfe für G. B.: **VSNR:xx**

G. A.: **VSNR:xxx,**

(genau nach 5 Jahren bis zur Beendigung des Asylverfahrens) für den Zeitraum Februar 2008 bis Mai 2008 und weiters für den Zeitraum Februar 2010 bis Dezember 2012 zu gewähren.

Zu meiner Berufung wird bezüglich des ständigen Aufenthaltes folgender Rechtssatz ergänzt:

Nach § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes gilt § 3 Abs. 1 FLAG nicht für Personen, die sich seit mindestens 60 Kalendermonaten ständig im Bundesgebiet aufhalten. Der Verwaltungsgerichtshof hat zu insoweit gleichen Rechtslage des § 3 Abs. 2 FLAG idF des Bundesgesetzes [BGBI. Nr. 646/1977](#) bereits in dem 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 in jenem Beschwerdefall auf das Fehlen einer Aufenthaltsgenehmigung nicht ankam.

Erst jüngst hat der Verwaltungsgerichtshof mit dem hg. Erkenntnis vom 21. September 2009, 2009/16/0178, zum insoweit vergleichbaren Tatbestand des ständigen Aufenthaltes in § 5 Abs. 3 FLAG wieder klargestellt, dass 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. Die im hier vorliegenden Fall vertretene Ansicht, ein ständiger Aufenthalt der Asylwerberin im Bundesgebiet sei nicht gegeben, weil der Aufenthalt der Asylwerberin nicht auf einem zu dauerndem Aufenthalt berechtigenden Aufenthaltstitel beruhe, trifft nicht zu.

Der Verwaltungsgerichtshof vertritt demgegenüber die Auffassung, dass das Tatbestandsmerkmal ständigen Aufenthaltes in § 3 Abs. 2 FLAG idF des Pensionsharmonisierungsgesetzes ebenfalls dem gewöhnlichen Aufenthalt iSd [§ 26 Abs. 2 BAO](#) entspricht und daher das Argument des Fehlens eines zu dauernden Aufenthalt berechtigten Aufenthaltstitels unerheblich ist.

Beachte: Serie (erledigt im gleichen Sinn):

2009/16/0215 E 5. November 2009

Da die belangte Behörde somit in Bezug auf das Inkrafttreten des § 3 FLAG in der Fassung BGB I Nr. 100/2005 die Rechtslage verkannt hat, erweist sich der angefochtene Bescheid als mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet und sei somit gem. [§ 42 Abs. 2 Z 1 VwGG](#) aufzuheben. (Siehe VwGH Entscheidung: 12.10.2009 Geschäftszahl: 2009/16/0208)."

Über die Berufung wurde erwogen:

Folgender Sachverhalt ist der Aktenlage zu entnehmen und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Die Bw., ihr Gatte und die beiden damals noch mj. Kinder sind am 3. Februar 2003 illegal nach Österreich eingereist. Die Bw. stellte einen Asylantrag, ihr Gatte und die Kinder einen Asylerstreckungsantrag.

Die Anträge wurden vom Asylamt abgewiesen. Die Berufung der Bw. gegen den abweisenden Asylbescheide wurden vom unabhängigen Bundesasylsenat gemäß [§§ 10, 11 AsylG](#) 1997 mit 20.05.2008 abgewiesen. Die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof wurde mit Beschluss vom 17.07.2008 abgelehnt.

Die Asylerstreckungsanträge betreffend die beiden Kinder sind laut Auskunft des Bundesasylamtes vom 03.02.2011 seit 11.08.2008 gemäß [§ 11 AsylG](#) in zweiter Instanz negativ rechtskräftig abgeschlossen.

Am 1. Juli 2008 brachte die Bw. einen Antrag auf internationalen Schutz ein, der bezüglich der Zuerkennung des Status des Asylberechtigten gemäß § 3 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Zif. 13 AsylG 2005 und Zuerkennung des subsidiär Schutzberechtigten gem. § 8 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 Zif. 13 AsylG 2005 vom Bundesasylamt mit Bescheid vom 5. Februar 2010 abgewiesen wurde.

...Die Ausweisung aus dem Österreichischen Bundesgebiet ist jedoch gemäß § 10 Abs. 2 Zif.2 und Absatz 5 Asylgesetz 2005 auf Dauer unzulässig....

...Auf [§ 44a Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz](#) (NAG) und darauf, dass eine Erteilung des Aufenthaltstitels nach dem NAG erst nach Rechtskraft des Asylverfahrens erfolgt, wird hingewiesen.

Auf Grund einer Beschwerde gegen den vorstehend eingebrachten Bescheid entschied der Asylgerichtshof mit **Erkenntnis vom 23.Februar 2012**, dass Bw. der Status einer subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt wird.

Am 13. Oktober 2010 stellte die Bw. einen (den ersten) Antrag auf Gewährung Familienbeihilfe für ihre beiden Kinder.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Familienbeihilfe ab Oktober 2010 – Antragszeitpunkt wurde nicht genannt - mit dem abweisenden Bescheid vom 9. März 2011 mit der Begründung ab, dass die Bw. und ihre Kinder keinen Aufenthaltstitel haben. Der Bescheid erwuchs in Rechtskraft.

Die Bw. stellte am 9. Jänner 2013 neuerlich einen Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe rückwirkend ab Jänner 2008 für ihre Kinder.

Vorgelegt wurde das oa. Erkenntnis des Asylgerichtshofes vom 23. Februar 2012 in dem der Bw. eine befristete Aufenthaltsberechtigung als subsidiär Schutzberechtigte bis 21.02.2013 erteilt wurde.

Für Ihren Gatten und ihre Kinder legte die Bw. Rot-Weiss-Rot-Karten Plus vom 18.12.2012 gültig bis 18.12.2013 vor.

Das Finanzamt wies den Antrag auf Familienbeihilfe vom 9. Jänner 2013 für den Zeitraum Jänner 2008 bis September 2010 mit Bescheid 5. Feb. 2013 ab.

Für den Zeitraum Oktober 2010 bis November 2012 wies das Finanzamt den Antrag mit Bescheid vom 5. Feb. 2013 zurück, da bereits mit oa, Bescheid vom 9. März 2011 über den Zeitraum entschieden worden ist.

Gegen diese Bescheide brachte die Bw. Berufung ein und stellte den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Zeitraum **Februar 2008 bis Mai 2008** und weiters für den Zeitraum **Februar 2010 bis Dezember 2012**.

Für Dezember 2012 wurde bereits Familienbeihilfe gewährt.

Der vorstehende Sachverhalt ist unstrittig.

Die Rechtsgrundlagen stellen sich wie folgt dar:

1) Zeitraum Februar 2008 bis Mai 2008:

Gemäß § 3 Abs. 1 FLAG idF BGBI 2004/142 (ab 1.Mai 2004) haben Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie im Bundesgebiet bei einem Dienstgeber beschäftigt sind und aus dieser Beschäftigung Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit oder zufolge einer solchen Beschäftigung Bezüge aus der

gesetzlichen Krankenversicherung im Bundesgebiet beziehen; 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.

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

Eine grundsätzliche Änderung erfolgte mit dem Fremdenrechtspaket 2005 BGBI I 2005/100 (ab 1.1.2006)

§ 3 FLAG [Familienbeihilfebezug durch und für andere als österreichische Staatsbürger]

(1) Personen, die nicht österreichische Staatsbürger sind, haben nur dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn sie sich nach [§§ 8 und 9 des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes](#) (NAG), BGBI. I Nr 100/2005, rechtmäßig in Österreich aufhalten.

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

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

Mit der Nov BGBI I 2006/168 wurden § 3 Abs. 4 und 5 angefügt und damit erhielt § 3 (ab 1.7.2006, § 55 Abs.3) seine heutige Fassung.

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

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

des Asylberechtigten oder subsidiär Schutzberechtigten an den zusammenführenden Fremden geboren werden.

Die Bw., ihr Gatte und die beiden damals noch mj. Kinder sind am 3. Februar 2003 illegal nach Österreich eingereist. Die Bw. stellte einen Asylantrag, ihr Gatte und die Kinder einen Asylerstreckungsantrag.

Der Antrag der Bw. wurde am 5. Mai 2008 vom Asylsenat abweisend entschieden. Eine Beschwerde wurde vom Verwaltungsgerichtshof abgelehnt.

Da der Asylantrag vor dem 1.1.2006 gestellt wurde, war das Verfahren nach dem Asylgesetz 1997 abzuführen.

Betreffend die Familienbeihilfe kam daher der § 3 Abs. 2 FLAG idF BGBI 2004/142 (Pensionsharmonisierungsgesetz) zum Zug. Da sich die Bw. und ihre Kinder bereits im Februar 2008 5 Jahre in Österreich aufhielten, war ihnen bis zum (negativen) Abschluss des Asylverfahrens nach dem AsylG 1997 im Mai 2008, wie auch beantragt, die Familienbeihilfe zu gewähren.

2.) Zeitraum Februar 2010 bis November 2012

Für den strittigen Zeitraum Februar 2010 bis November 2012 (Feb. 2010-September 2010 Abweisungsbescheid, Oktober 2010 bis November 2012 Zurückweisungsbescheid) war kein Aufenthaltstitel gegeben. Für den Zeitraum Oktober 2010 bis November 2012 hat das Finanzamt bereits mit Bescheid vom 9. März 2011 abgesprochen.

Der Asylantrag des Bw. vom 3.Feb. 2003 ist - wie bereits vorstehend ausgeführt - im Mai 2008 rechtskräftig negativ entschieden worden.

Die Asylerstreckungsverfahren ihrer beiden Kinder waren seit 11.08.2008 gemäß [§ 11 AsylG](#) in zweiter Instanz rechtskräftig (negativ) abgeschlossen.

Über den Antrag auf internationalen Schutz, den die Bw. am 1. Juli 2008 eingebracht hat, hat das Bundesasylamt am 05.Feb. 2010 entschieden, dass der Bw. kein Status des subsidiär Schutzberechtigten zusteht.

Die Ausweisung aus dem österreichischen Bundesgebiet ist gemäß § 10 Abs. 2 Zif. 2 und Abs. 5 AsylG auf Dauer unzulässig.

Gegen diesen Bescheid erhob die Bw. Beschwerde. Der Asylgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 22. Februar 2012 der Bw. den Status der subsidiär Schutzberechtigten zuerkannt.

Ihre beiden Kinder erhielten am 18.12.2012 die Rot-Weiß Rot Plus Karte, gültig bis 18.12.2013.

Für den Zeitraum Februar 2010 bis September 2010 ebenso für den Zeitraum Oktober 2010 bis November 2012, hatten die Kinder keinen Aufenthaltstitel. Familienbeihilfe stand daher nicht zu.

Ergänzend wird ausgeführt:

Im VwGH-Erkenntnis vom 29.9.2004, [2000/13/0103](#) hat der Verwaltungsgerichtshof zur geänderten Sach- und Rechtslage Folgendes ausgeführt:

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat, ist die Frage, ob für einen bestimmten Zeitraum Familienbeihilfe zusteht, anhand der rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten im Anspruchszeitraum zu beantworten (siehe die hg. Erkenntnisse vom 24. September 2002, 96/14/0125, vom 27. März 2002, 2000/13/0104, vom 21. Februar 2001, 96/14/0139, und vom 24. Oktober 2000, 95/14/0119). Der gesetzlich festgelegte Anspruchszeitraum für die Familienbeihilfe ist, wie sich dies den Regelungen des § 10 Abs. 2 und 4 FLAG 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 zu beurteilen sein (siehe das hg. Erkenntnis vom 28. November 2001, 96/13/0076).

Die zeitliche Wirksamkeit des den Beihilfenantrages "ab Oktober 2010" abweisenden Bescheides erstreckte sich auf den Zeitraum bis zum Eintritt einer Änderung der Sach- oder Rechtslage (siehe das hg. Erkenntnis vom 10. Mai 1994, 92/14/0022).

Erst am 18. Dezember 2012 hat sich mit Ausstellung der "Rot Weiß Rot Plus Karte" für die Kinder die Sach- und Rechtslage geändert. Sie hatten ab diesem Zeitpunkt den gesetzlich geforderten Aufenthaltstitel.

Wien, am 25. September 2013