

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Bundesfinanzgericht hat durch die Richterin Silvia Gebhart in der Beschwerdesache ***Bf1***, ***Bf1-Adr***, vertreten durch Mag. Željko Mijatović, Gregorygasse 39//9/10, 1230 Wien, über die Beschwerde vom 31. Mai 2023 gegen den Bescheid des Finanzamtes Österreich vom 22. Mai 2023, betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe 01.2019-03.2021, Ordnungsbegriff 60 978 981, zu Recht erkannt:

I. Der Beschwerde wird gemäß § 279 BAO Folge gegeben. Der angefochtene Bescheid wird aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) zulässig.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

Strittig ist nach dem Beschwerdevorbringen, ob – wie die belangte Behörde vertritt - ein Beihilfenbezieher für sein Pflegekind mit Erreichen dessen Volljährigkeit keinen Anspruch auf die Familienbeihilfe hat, weil mit Volljährigkeit die Eigenschaft als Pflegekind erlischt, oder ob volljährige Pflegekinder den leiblichen, Adoptiv- und Stiefkindern zivilrechtlich gleichgestellt sind, sodass die Volljährigkeit nicht schaden könne, wie die steuerliche Vertretung vorträgt. Die belangte Behörde kann ihre Rechtsprechung auf BFG-Erkenntnisse stützen.

Mit dieser Begründung forderte die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid vom Beschwerdeführer (Bf) für den Zeitraum Januar 2019 - März 2021 Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für das Kind ***PK*** sowie die Korrekturbeträge der Kindesstaffel wegen des zweiten Kindes ***LK*** (Anm BFG: leibliches Kindes des Bf mit der Lebensgefährtin) zurück (gesamter Rückforderungsbetrag EUR 6.518,30). Zuvor war für ***PK*** als Pflegekind des Bf Familienbeihilfe gewährt worden.

Bescheidbeschwerde vom 31. Mai 2023 (über Finanzonline)

Dagegen erhob die steuerliche Vertretung unter Berufung auf die erteilte Vollmacht frist- und formgerecht Beschwerde, mit der der Bescheid zur Gänze angefochten sowie dessen Aufhebung begehrt wurden. Konkret wurde Folgendes vorgetragen:

„... das Finanzamt geht fälschlicherweise automatisch von der Annahme aus, dass die Pflegeeltern/-kindereigenschaft automatisch mit dem Erreichen der Volljährigkeit des Pflegekindes untergeht.

Gemäß UFS RV/2025-W/08 (siehe unter Anlage II) dauert allerdings die Pflegeelterneigenschaft/Pflegekindeseigenschaft auch nach Erreichen der Volljährigkeit des Kindes fort, nämlich in Abhängigkeit davon, wann diese begründet wurde.

Genauer gesprochen interpretiert der UFS die Pflegeelterneigenschaft so, dass diese aus zwei Teilen besteht, einerseits aus dem Teil hinsichtlich Erziehung und Aufsicht des Pflegekindes und andererseits aus der Pflege des Kindes betreffend materiellen Unterhalt.

Solange also die Eigenschaft eines Pflegeelternteiles noch vor Erreichen der Volljährigkeit des Pflegekindes begründet wurde, dauert sie auch nach dem Erreichen der Volljährigkeit des Pflegekindes fort, solange dieses noch (materiell) unselbständig ist, da es zB studiert.

Verbindet nämlich der Gesetzgeber im § 2 Abs 3 lit d FLAG nach der Methode der rechtlichen (formalen) Anknüpfung abgabenrechtliche Folgen unmittelbar mit Kategorien und Institutionen anderer Rechtsgebiete (zB mit § 184 ABGB idF BGBl I 2013/15), so übernimmt er auch den Bedeutungsinhalt, der den Begriffen in der Heimatdisziplin zukommt (vgl VwGH 20.4.1995, 95/13/0071).

*Im konkreten Fall wurde die Eigenschaft [des Bf] als Pflegevater des Pflegesohnes ***PK*** noch vor Erreichen der Volljährigkeit des Pflegekindes begründet und besteht so lange fort, bis das Pflegekind (wirtschaftlich) selbständig wird.*

*Die Entstehung der Eigenschaft des Pflegevaters/-sohnes zwischen dem [Bf als] Pflegevater und dem Pflegesohn ***PK*** wurde zu einem Zeitpunkt begründet, in welche der Pflegesohn ***PK*** noch nicht volljährig war. Zum Nachweis übermitteln wir dem Finanzamt die Information über den Bezug von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag für die Jahre 2014 bis 2018 (Anlage III). In diesem Zeitraum war der Pflegesohn ***PK*** noch nicht volljährig (Eintritt der Volljährigkeit erst am tt.12.2018). Das Vorliegen des Pflegeverhältnisses hat das Finanzamt bereits bei der Gewährung der Familienbeihilfe für 2014 bis 2018 eingehend geprüft, denn wäre dieses nicht vorhanden, hätte das Finanzamt die Familienbeihilfe nicht gewährt.“*

Beschwerdevorentscheidung vom 11. September 2023

Mit dieser wies die belangte Behörde die Beschwerde als unbegründet ab:

*„Das ABGB enthält keine Definition des Begriffs „Pflegekind“. Dieser Begriff ergibt sich jedoch aus dem Begriff „Pflegeeltern“, welcher in § 184 ABGB geregelt ist. [...] Seit dem KindRAG 2013 findet sich der Begriff der „Pflegeelternschaft“ im § 184 ABGB. Dieser Begriff ist für die Auslegung des „Pflegekinderbegriffes“ des § 2 Absatz 3 lit. d heranzuziehen. Nach Rechtsansicht des OGH (OGH 04.09.1991, 7Ob577/91) endet die Pflegeelternschaft gemäß § 184 ABGB und damit auch die Pflegekindeigenschaft des FLAG mit dem Eintritt der Volljährigkeit des Kindes. Volljährige Kinder/Jugendliche können somit keine Pflegekinder im Sinne des § 2 Absatz 3 lit. d FLAG sein. Mit Eintritt der Volljährigkeit des Pflegekindes erlischt somit der Anspruch des Pflegeelternteils auf Familienbeihilfe. Da das Kind [***PK***] ab 1. Jänner 2019 bereits volljährig war, kann dieses Kind nicht als Pflegekind angesehen werden. [...]“*

Vorlageantrag vom 18. Oktober 2023 (Finanzonline)

Mit form- und fristgerecht elektronisch eingebrachtem Schriftsatz führte die steuerliche Vertretung ergänzend zum bisherigen Beschwerdevorbringen aus wie folgt:

„Das Finanzamt argumentiert in seiner Beschwerdevorentscheidung mit einer OGH-Entscheidung, im Rahmen von welcher der OGH die mögliche Lückenschließung der Eintrittsberechtigung gern § 14 Abs 3 MRG durch Analogie untersucht und zum Ergebnis gelangt, dass Pflegekinder für diesen Zweck nicht eintrittsberechtigt sind, da einerseits die Aufzählung des § 14 Abs 3 MRG taxativ ist und andererseits das Vertretungsrecht der Pflegekinder durch ihre Pflegeeltern im Rahmen der Geschäftsfähigkeit der Pflegekinder mit dem Erreichen der Volljährigkeit des (Pflege-)Kindes untergeht (vgl Vierter Abschnitt des ABGB beginnend mit dem „Inhalt der Obsorge“ lt § 158 ABGB und mit „Pflegeeltern“ lt §§ 184f ABGB fortsetzend).

Durch seine Interpretation verkennt das Finanzamt die Rechtslage völlig, denn seine Interpretation der Rechtsvorschrift und des gegenständlichen Judikats würde bedeuten, dass lediglich leibliche Kinder, wenn diese ihr Studium ordentlich betreiben, Anspruch auf Familienbeihilfe haben, sämtlichen Kindern, die in Patchworkfamilien aufwachsen und erzogen werden, ab dem Tag der Erreichung ihrer Volljährigkeit die Familienbeihilfe jedoch nicht mehr zusteht, obwohl diese genauso wie die leiblichen Kinder anderer Eltern weiterhin uU schulpflichtig sind oder zB ihr Universitätsstudium ordentlich betreiben.

[...]

Vor dem geschilderten Hintergrund würde das Finanzamt im Rahmen seiner Gesetzesanwendung Gleiches ungleich behandeln und dadurch das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht des Antragstellers verletzen, denn ein Kind hat selbst keinen Einfluss darauf, ob es im Laufe der Zeitperiode zwischen seinem nullten und 18. Lebensjahr unfreiwillig zum Pflegekind wird. Um dem Pflegekind und den Pflegeeltern, trotz der Tatsache, dass das Kind nicht ihr leibliches ist, sie es aber trotzdem pflegen, erziehen, für dieses sorgen und für dieses auch die Unterhaltskosten tragen, die Lebenssituation „noch einfacher“ zu machen, möchte das Finanzamt die, nach eingehender vorheriger Prüfung und Zuerkennung des Anspruches auf und der darauf folgenden Auszahlung der Familienbeihilfe für den Zeitraum 01/2019 bis 03/2021, gewährten Beträge rückwirkend aberkennen und zurückfordern.

Die Eigenschaft der Pflegeelternschaft im Sinne des FLAG erlischt durch die immerwährende Erfüllung der notwendigen Voraussetzungen (Pflege, Erziehung, Tragung der Unterhaltskosten, Teilung des gemeinsamen Haushaltes, Beziehung zwischen Eltern und Kind, die einem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommen) durch das Erreichen der Volljährigkeit des (Pflege-)Kindes nicht, wenn das Kind weiterhin schulpflichtig ist oder sein (Universitäts-)Studium ordentlich betreibt, die Pflegeeltern auch nach Erreichen der Volljährigkeit des (Pflege-)Kindes das Kind pflegen, seine Unterhaltskosten tragen, das Kind im Haushalt der Eltern lebt und eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung weiterhin vorhanden ist.

Auf diese angeführten Voraussetzungen für die Eigenschaft als Pflegeelternteil hat das Erreichen der Volljährigkeit des (Pflege-)Kindes keinen Einfluss.

Vor dem geschilderten Hintergrund wird beantragt den Rückforderungsbescheid vom 22. Mail 2023 ersatzlos aufzuheben.

*Weiters kommt betreffend diesen konkreten Fall hinzu, dass das Finanzamt im ersten Schritt, beim Erstantrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für den Pflegesohn ***PK***, nach eingehender Prüfung der vorgelegten Unterlagen, den Anspruch auf Familienbeihilfe für den Pflegesohn ***PK*** zuerkannt.*

*Dabei hat das Finanzamt gewusst, dass es sich bei ***PK*** um ein Pflegekind [des Bf] handelt und hat trotz gleicher, jedoch aktuell neu ausgelegter, Rechtslage die Familienbeihilfe ausbezahlt (vgl rechtliche Würdigung des Finanzamtes in der Beschwerdeentscheidung, in welcher das Finanzamt auf das KindRÄG 2013 und dessen In-Kraft-Treten am 1. Februar 2013 Bezug nimmt, sodass zum Zeitpunkt der ursprünglichen Zuerkennung des Anspruches auf Familienbeihilfe für den Zeitraum 01/2019 - 03/2021 die Rechtslage, wie auch immer diese vom Finanzamt interpretiert wird, bereits gegolten hat).*

[...]

Gemäß § 272 Abs 2 lit b) BAO beantragen wir die Entscheidung durch den gesamten Senat.

[...]“

Vorlagebericht vom 11. April 2024

Mit diesem legte die belangte Behörde dem BFG die Bescheidbeschwerde mitsamt Bezug habenden Aktenteilen in elektronischer Form vor. Sie legte ergänzte darin unstrittigen Sachverhalt und rechtliche Ausführungen wie folgt:

Sachverhalt:

*„[Der Bf] ist gemäß Sozialversicherungsdatenauszug seit 17.02.2014 in Österreich beschäftigt und wohnt in Tschechien, an der Adresse ***1***, im gemeinsamen Haushalt mit seiner Lebensgefährtin Frau ***2***, seinem leiblichen Kind ***LK***, SVNr xxxx/xxxx15, und dem leiblichen Kind seiner Lebensgefährtin, ***PK***, geb. tt.12.2000. Gemäß der Beantwortung des Anspruchsüberprüfungsschreibens vom 31.05.2023 geht die Lebensgefährtin des Beschwerdeführers in Tschechien keiner Beschäftigung nach. [Dem Bf] wurde für das „Pflegekind“ ***PK*** und für das leibliche Kind ***LK*** laufend Familienbeihilfe ausbezahlt. [...]“*

„Im folgenden Fall liegt aufgrund des gemeinsamen Haushaltes in Tschechien und der Beschäftigung des Beschwerdeführers in Österreich ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor. Es ist daher die EU-VO 883/2004 anzuwenden.

[...]

Aufgrund der Beschäftigung in Österreich seit Februar 2014, die aus dem Sozialversicherungsdatenauszug ersichtlich ist, unterliegt der Beschwerdeführer gemäß Art 11 Abs 3 lit a EU-VO 883/2004 den österreichischen Rechtsvorschriften, die Lebensgefährtin den Tschechischen.

[...]

Nach Rechtsansicht des OGH (04.09.1991, 7Ob577/91,) endet die Pflegeelternschaft gemäß § 184 ABGB und damit auch die Pflegekindeigenschaft des FLAG mit dem Eintritt der Volljährigkeit des Kindes. Volljährige Kinder können somit grundsätzlich keine Pflegekinder im Sinne des § 2 Abs 3 lit d FLAG sein. Mit Eintritt der Volljährigkeit des „Pflegekindes“ erlischt somit im Regelfall der Anspruch des Pflegeelternteils auf Familienbeihilfe.

Es ergibt sich bereits aus § 178 ABGB und der Gegenüberstellung von Eltern einerseits und Pflegeeltern andererseits die Abgrenzung zueinander, dass nur ein minderjähriges Kind von Pflegeeltern tatsächlich gepflegt und erzogen werden kann; dies ergibt sich aus dem ex-lege

Erlöschen der Obsorge (und damit der Verpflichtung zur Pflege und Erziehung) mit dem Eintritt der Volljährigkeit nach § 183 ABGB (vgl. Weitzenböck in Schwimann/Kodek [Hrsg], ABGB Praxiskommentar, 5. Aufl. 2018, § 184 ABGB, Seite 720). Wie den Regelungen der §§ 186 und 186a ABGB (alt) entnommen werden kann, hatte der Gesetzgeber bei diesen Bestimmungen nämlich den Schutz Minderjähriger im Auge. Nachdem das ABGB die Bestimmungen betreffend Pflegekinder gerade im Rahmen jenes Teiles des Personenrechts regelt, das vor allem den besonderen Schutz Minderjähriger beabsichtigt, beziehen sich auch die Bestimmungen betreffend Pflegeverhältnisse auf minderjährige Kinder, die in Pflege und Erziehung genommen werden (UFS 09.03.2009, RV/2025-W/08).

Volljährige Personen sind auch dann nicht als Pflegekinder zu betrachten, wenn im Übrigen ein familienähnliches Verhältnis zwischen ihnen und den Lebensgefährten eines leiblichen Elternteils besteht. Durch die erbrachten finanziellen Leistungen im Rahmen eines gemeinsamen Haushaltes wird keine Eigenschaft als Pflegekind begründet (vgl. RV/7102827/2017).

*Das leibliche Kind der Lebensgefährtin des Beschwerdeführers, ***PK*** (geboren am tt.12.2000) ist für den Beschwerdeführer ein Pflegekind. Mit Vollendung des 18. Lebensjahres, am tt.12.2018 besteht im Sinne des FLAG 1967 zwischen ***PK*** und dem Beschwerdeführer kein Familienangehörigenverhältnis mehr. Die Beschäftigung in Österreich löst daher ab 01/2019 in Österreich keinen Anspruch mehr auf Familienleistung iSd EU-VO 883/2004 aus. Es liegt daher ab 01/2019 nur mit dem eigenen Sohn, ***LK*** (geboren am tt.01.2015) ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor.*

[...]“

Schließlich wird beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Die steuerliche Vertretung hat auf den Vorlagebericht nicht repliziert.

II. Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Bescheidbeschwerde und Vorlageantrag sind form- und fristgerecht. Die Beschwerde ist überdies berechtigt. Die Abhaltung einer Senatsverhandlung wurde im Vorlageantrag formgerecht beantragt.

1. Sachverhalt

Der Bf ist Staatsangehöriger der tschechischen Republik und seit 17.02.2014 in Österreich nichtselbständig beschäftigt. Der Bf ist nicht verheiratet. Der Familienwohnsitz mit seiner Lebensgefährtin Frau ***2***, deren leiblichem Kind ***PK*** (geboren tt.12.2000) sowie

dem gemeinsamen Sohn ***LK*** (geboren tt.01.2015) befindet sich in ***1***. Sämtliche Familienmitglieder besitzen die tschechische Staatsangehörigkeit.

In Österreich verfügt der Bf nicht über einen Wohnsitz.

Seit Beginn seiner Beschäftigung in Österreich wurden dem Bf für beide Kinder die österreichischen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) gewährt. Dabei wurde das von der Lebensgefährtin in die Lebensgemeinschaft mitgebrachte Kind von der belangten Behörde als Pflegesohn anerkannt.

Das Rückforderungsverfahren betrifft nur den leiblichen Sohn der Lebensgefährtin des Bf, der von der belangten Behörde und von der steuerlichen Vertretung als Pflegesohn angesehen wird. Als Rückforderungsgrund wurde ins Treffen geführt, die Volljährigkeit des Pflegesohnes bringe den Beihilfenanspruch zum Erlöschen.

2. Beweiswürdigung

Obige Sachverhaltsfeststellung ergab sich widerspruchsfrei aus dem Vorlagebericht der belangten Behörde und dem Beschwerdevorbringen und ist zwischen den Parteien unstrittig.

3. Rechtsgrundlagen

Unionsrecht

Art 47 GRC (Grundrechtcharta) ist betitelt „*Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht*“ und lautet auszugsweise:

„Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, nach Maßgabe der in diesem Artikel vorgesehenen Bedingungen bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen.

Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Sache von einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Jede Person kann sich beraten, verteidigen und vertreten lassen.“

Art 1 der VO 883/2004 gibt folgende Begriffe vor:

„i) ‚Familienangehöriger‘

1. i) jede Person, die in den Rechtsvorschriften, nach denen die Leistungen gewährt werden, als Familienangehöriger bestimmt oder anerkannt oder als Haushaltsangehöriger bezeichnet wird;

[...]

z) ‚Familienleistungen‘ alle Sach- oder Geldleistungen zum Ausgleich von Familienlasten, mit Ausnahme von Unterhaltsvorschüssen und besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen nach Anhang I.

Artikel 2 der VO 883/2004 - Persönlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

Artikel 3 der VO 883/2004 - Sachlicher Geltungsbereich

(1) Diese Verordnung gilt für alle Rechtsvorschriften, die folgende Zweige der sozialen Sicherheit betreffen:

[...]

j) Familienleistungen.

Artikel 4 der VO 883/2004 - Gleichbehandlung

Sofern in dieser Verordnung nichts anderes bestimmt ist, haben Personen, für die diese Verordnung gilt, die gleichen Rechte und Pflichten aufgrund der Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats wie die Staatsangehörigen dieses Staates.

TITEL II

BESTIMMUNG DES ANWENDBAREN RECHTS

Artikel 11 der VO 883/2004 - Allgemeine Regelung

„(1) Personen, für die diese Verordnung gilt, unterliegen den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats. Welche Rechtsvorschriften dies sind, bestimmt sich nach diesem Titel.

(2) Für die Zwecke dieses Titels wird bei Personen, die aufgrund oder infolge ihrer Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit eine Geldleistung beziehen, davon ausgegangen, dass sie diese Beschäftigung oder Tätigkeit ausüben. [...]

(3) Vorbehaltlich der Artikel 12 bis 16 gilt Folgendes:

a) eine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung oder selbstständige Erwerbstätigkeit ausübt, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats;

[...]

TITEL III - BESONDERE BESTIMMUNGEN ÜBER DIE VERSCHIEDENEN ARTEN VON LEISTUNGEN

KAPITEL 8 - Familienleistungen

Artikel 67 der VO 883/2004 - Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen

Eine Person hat auch für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des zuständigen Mitgliedstaats, als ob die Familienangehörigen in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Ein Rentner hat jedoch Anspruch auf Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften des für die Rentengewährung zuständigen Mitgliedstaats.

Artikel 68 der VO 883/2004 - Prioritätsregeln bei Zusammentreffen von Ansprüchen

(1) Sind für denselben Zeitraum und für dieselben Familienangehörigen Leistungen nach den Rechtsvorschriften mehrerer Mitgliedstaaten zu gewähren, so gelten folgende Prioritätsregeln:

a) Sind Leistungen von mehreren Mitgliedstaaten aus unterschiedlichen Gründen zu gewähren, so gilt folgende Rangfolge: an erster Stelle stehen die durch eine Beschäftigung oder eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausgelösten Ansprüche, darauf folgen die durch den Bezug einer Rente ausgelösten Ansprüche und schließlich die durch den Wohnort ausgelösten Ansprüche.

[...]

(2) Bei Zusammentreffen von Ansprüchen werden die Familienleistungen nach den Rechtsvorschriften gewährt, die nach Absatz 1 Vorrang haben. Ansprüche auf Familienleistungen nach anderen widerstreitenden Rechtsvorschriften werden bis zur Höhe des nach den vorrangig geltenden Rechtsvorschriften vorgesehenen Betrags ausgesetzt; erforderlichenfalls ist ein Unterschiedsbetrag in Höhe des darüber hinausgehenden Betrags der Leistungen zu gewähren. Ein derartiger Unterschiedsbetrag muss jedoch nicht für Kinder gewährt werden, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch den Wohnort ausgelöst wird.

Österreichisches Recht

Gemäß § 2 Abs 1 FLAG 1967 haben Anspruch auf Familienbeihilfe Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben für minderjährige und volljährige Kinder (letzteres durch Erfüllung weiterer Voraussetzungen, zB erfolgreiche Berufsausbildung).

Gemäß § 2 Abs 2 FLAG hat Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind die Person, zu deren Haushalt das Kind gehört. Eine Person, zu deren Haushalt das Kind nicht gehört, die jedoch die Unterhaltskosten für das Kind überwiegend trägt, hat dann Anspruch auf Familienbeihilfe, wenn keine andere Person nach dem ersten Satz anspruchsberechtigt ist.

Teilausschnitt historische Entwicklung des § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 seit Einführung des Pflegekindbegriffes im FLAG

Der Begriff der Pflegekinder wurde mit Bundesgesetz vom 27.07.1972, BGBl 284/1972, mit folgendem Wortlaut in den § 2 Abs 3 lit d FLAG aufgenommen: *„d) deren Pflegekinder (§ 186 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).“* Davor waren Kostkinder vom Kinderbegriff des FLAG erfasst. Die Ergänzung im Verweis um *„§ 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches“* erfolgte mit BG 29.12.1989, BGBl 652/1989 iVm mit 1. KindRÄG 1989.

§ 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 idFd BG 29.12.1989, BGBl 652/1989 lautet seither unverändert:

„Im Sinne dieses Abschnittes sind Kinder einer Person deren Pflegekinder (§§ 186 und 186a des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches).“

Das Familienlastenausgleichsgesetz hat die Umordnung der Normen für das Pflegschaftsverhältnis von §§ 186, 186a ABGB nach §§ 184, 185 ABGB, BGBl I 15/2013, nicht nachvollzogen.

Teilausschnitt der historischen Entwicklung der das Pflegschaftsverhältnis regelnden Normen des ABGB:

§ 186 ABGB idFd BG 15.03.1989, BGBl 162/1989 (1. KindRÄG 1989), gültig vom 01.07.1989 bis 30.06.2001, lautete:

„(1) Pflegeeltern üben ihre Rechte auf Grund einer Ermächtigung durch die unmittelbar Erziehungsberechtigten (§ 137a) oder durch den Jugendwohlfahrtsträger (§ 176a) aus.“

„(2) Pflegeeltern haben das Recht, in den die Person des Kindes betreffenden Vormundschafts- und Pflegschaftsverfahren Anträge zu stellen“

Mit dem 1. KindRÄG 1989 wurde nach § 186 folgender § 186a eingefügt:

„§ 186 a. Das Gericht hat Pflegeeltern auf ihren Antrag die Obsorge für das Kind ganz oder teilweise zu übertragen, wenn eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahekommende Beziehung besteht, das Pflegeverhältnis nicht nur für kurze Zeit beabsichtigt ist und die Übertragung dem Wohl des Kindes entspricht. Die Regelungen über die Obsorge gelten dann für die Pflegeeltern.“

Haben die Eltern oder Großeltern die Obsorge oder haben sie diese gehabt und stimmen sie der Übertragung nicht zu, so darf diese nur verfügt werden, wenn ohne sie das Wohl des Kindes gefährdet wäre.

Die Übertragung ist aufzuheben, wenn dies dem Wohl des Kindes entspricht. Gleichzeitig hat das Gericht unter Beachtung des Wohles des Kindes auszusprechen, auf wen die Obsorge übergeht.

Das Gericht hat vor seiner Entscheidung die Eltern, den gesetzlichen Vertreter, weitere Erziehungsberechtigte, den Jugendwohlfahrtsträger und jedenfalls das bereits zehnjährige Kind zu hören. § 181 a Abs. 2 gilt sinngemäß."

§ 186 ABGB und § 186a ABGB, jeweils idF BG 29.1.2000, BGBl I 135/2000 (2. KindRÄG 2001), gültig ab 01.07.2001, lauteten:

§ 186 ABGB, „Pflegeeltern sind Personen, die die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise besorgen und zu denen eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahekommende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll. Sie haben das Recht, in den die Person des Kindes betreffenden Verfahren Anträge zu stellen.

§ 186a ABGB „Das Gericht hat einem Pflegeelternpaar (Pflegeelternteil) auf seinen Antrag die Obsorge für das Kind ganz oder teilweise zu übertragen, wenn das Pflegeverhältnis nicht nur für kurze Zeit beabsichtigt ist und die Übertragung dem Wohl des Kindes entspricht. Die Regelungen über die Obsorge gelten dann für dieses Pflegeelternpaar (diesen Pflegeelternteil).

[...]“

§§ 186, 186a ABGB wurden mit BG 11.01.2013, BGBl I 15/2013, unverändert in die §§ 184, 185 ABGB übernommen.

§ 183 ABGB idF BGBl I 15/2013 (zuvor § 172 (Abs 1) ABGB) lautet:

„(1) Die Obsorge für das Kind erlischt mit dem Eintritt seiner Volljährigkeit.

(2) Der gesetzliche Vertreter hat dem volljährig gewordenen Kind dessen Vermögen sowie sämtliche dessen Person betreffenden Urkunden und Nachweise zu übergeben.“

Leg.cit. gehört zum Dritten Hauptstück des ABGB, der die §§ 137 bis 203 ABGB umfasst und die Überschrift „Rechte zwischen Eltern und Kindern“ trägt.

Der erste Satz des Art 7 Abs 1 B-VG lautet:

„(1) Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich.“

RVEB in 296 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXI. GP zum KindRÄG 2001 (auszugsweise)

„Zu Z 34 (§ 186):

Das geltende Recht enthält bisher keine Definition des Begriffs „Pflegeeltern“. Dieser Umstand hat in der Praxis zu Problemen geführt, [...] Der Entwurf umschreibt daher Pflegeeltern als Personen, die die Pflege und Erziehung des Kindes (zumindest im Innenverhältnis) tatsächlich ganz oder teilweise besorgen und zu denen eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll. Auch diese Definition deckt sich zwar nicht mit dem Verständnis, das dem (seinerseits nicht selbstständig definierten) Pflegeelternbegriff des Jugendwohlfahrtsgesetzes beigemessen wird, jedoch sind diese Begriffe von ihrer Funktion her auch nicht zur Deckung zu bringen.

[...] enthält § 186 Abs. 1 keine inhaltliche Regelung des Pflegeverhältnisses, sondern nur Hinweise darauf, auf welche Weise Pflegeverhältnisse mit verschiedener Ausgestaltung (vgl. Pichler in Rummel, Kommentar zum ABGB², Rz 1 zu § 186, Klein, ÖA 1992, 135ff) zustande kommen können, § 137a ABGB bleibt dadurch unberührt. Der bloße Hinweis, auf welcher Rechtsgrundlage Pflegeverhältnisse beruhen können, als Anknüpfungspunkt für den Begriff der „Pflegeeltern“ ist entbehrlich.

*Eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung verlangt vor allem eine weitgehende Eingliederung in Haushalt und Lebensablauf der Pflegeeltern. Weiters muss zumindest beabsichtigt sein, eine emotionale Bindung des Kindes (vergleichbar der zu den leiblichen Eltern) aufzubauen. **Die Grundsätze, die Lehre und Rechtsprechung zu § 180a Abs. 1 erster Satz ABGB entwickelt haben, können zur Interpretation des § 186 durchaus herangezogen werden.** Demnach scheiden etwa Betreuungen durch Nachbarn oder Verwandte, die sich auf urlaubs-, berufs- oder krankheitsbedingte Abwesenheiten der Eltern oder eines Elternteils beschränken, aus dem Pflegeelternbegriff ebenso aus wie Einrichtungen der Tagesbetreuung („Tagesmütter und Tagesväter“) oder Betreuer in einem Internat. Dagegen können Verwandte, die – auch ohne formelle Begründung eines vertraglichen Pflegeverhältnisses – etwa nach einem tödlichen Unfall der Eltern ein Kind bei sich aufnehmen, schon kraft Gesetzes die Erfordernisse des Pflegeelternbegriffs erfüllen, wenn sie das Kind in ihren Haushalt aufnehmen und der Aufbau einer emotionalen Beziehung zumindest beabsichtigt ist. **Auch Stiefelternteile fallen – im Gegensatz zum bisher geltenden Recht – bei Erfüllung der Voraussetzungen unter den Begriff der Pflegeeltern.** Dieser ist daher einerseits enger, andererseits aber auch weiter als nach geltendem Recht. Allfällige vertragliche Beziehungen der mit der Obsorge betrauten Personen mit den Pflegeeltern können Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob Pflegeelterneigenschaft besteht, liefern, sind aber nicht unbedingt erforderlich.*

An das Vorliegen der Pflegeelternschaft knüpft das ABGB weiterhin nur die Antragslegitimation in allen das Kind betreffenden Pflegschaftsverfahren (das Antragsrecht des § 186 zweiter Satz wird durch § 176 Abs. 2 idF des Entwurfs erweitert, § 186 zweiter Satz aber zur Klarstellung, dass Pflegeeltern auch in nicht von ihnen eingeleiteten Verfahren eine Antragslegitimation zukommt, in Geltung belassen). Andere Befugnisse können den Pflegeeltern nur vertraglich durch die mit der Obsorge betrauten Personen übertragen werden (dazu Schwimann in Schwimann, Praxiskommentar², Rz 6 zu § 186), es sei denn, das Gericht überträgt ihnen ganz oder teilweise die Obsorge (§ 186a).

Zu Z 35 (§ 186a Abs. 1 und 2):

Da nach dem vorgeschlagenen § 186 bereits der Begriff der Pflegeelternschaft das Bestehen (oder zumindest den geplanten Aufbau) einer dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahekommenden Beziehung voraussetzt, kann diese Voraussetzung für die Übertragung der Obsorge auf Pflegeeltern in § 186a Abs. 1 entfallen. Die Aufrechterhaltung der Voraussetzung des geltenden Rechts, wonach diese Beziehung bereits bestehen muss, würde die sofortige Obsorgeübertragung an die Verwandten im zu Z 34 genannten Fall (tödlich verunglückte Eltern) verhindern. Die Übertragung der Obsorge auf Pflegeeltern soll aber weiterhin nur dann erfolgen, wenn nicht von vornherein feststeht, dass die Eingliederung in den Haushalt der Pflegeeltern nur vorübergehend erfolgen soll. Dieser Umstand wird zwar in der Regel auch dem Aufbau einer emotionalen Beziehung (und damit bereits der Erfüllung des Pflegeelternbegriffs) im Wege stehen. Dennoch können im Einzelfall – nämlich wenn zum Zeitpunkt, in dem die Eingliederung in den Haushalt erfolgt, eine solche Beziehung bereits aus anderen Gründen besteht – die Voraussetzungen für die Erfüllung des Pflegeelternbegriffs gegeben sein. Die zeitliche Dimension in § 186a Abs. 1 hat daher nach wie vor eigenständige Bedeutung, selbst wenn die Verwandten im Fall der tödlich verunglückten Eltern als Pflegeeltern iSd § 186 anzusehen sind, wird ihnen die Obsorge nur dann zu übertragen sein, wenn die Aufnahme in ihren Haushalt für längere Zeit geplant ist.

In Abs. 2 soll das eingeschränkte „Vetorecht“ leiblicher Verwandter in aufsteigender Linie, die irgendwann einmal die Obsorge gehabt haben, entfallen. Das Kriterium, wer die Obsorge einmal gehabt hat, sagt über emotionale und soziale Nähe zum Kind nichts aus, eine heftige Diskussion (vgl. Pichler in Rummel, Kommentar zum ABGB², Rz 2 zu § 186a) zum geltenden Recht wird dadurch entschärft.

Zu Z 36 und 37 (Randschriften und Überschriften zu den §§ 187 bis 189):

Das neue System der Betrauung verschiedener Personengruppen mit der Obsorge ist dadurch gekennzeichnet, dass nur mehr zwischen der **Obsorge von Eltern, Großeltern und Pflegeeltern einerseits** und der Obsorge durch andere Personen (die Jugendwohlfahrtsträger, andere Verwandte oder nahestehende Personen, fremde Personen) andererseits unterschieden wird. **Für Erstere gelten ausschließlich die Bestimmungen des Dritten Hauptstücks, die**

Bestimmungen des Vierten Hauptstücks sind nur auf die zweitgenannten Personengruppen anwendbar. Die Rechtsinstitute der Vormundschaft und der Sachwalterschaft für Minderjährige gehen in der Obsorge durch andere Personen auf, daneben bleiben das Rechtsinstitut der Sachwalterschaft für volljährige psychisch kranke oder behinderte Menschen und das Rechtsinstitut der Kuratel für die Sonderfälle der Kollision, für Ungeborene und für Abwesende und unbekannte Teilnehmer an einem Geschäft bestehen.“

Weisung des zuständigen Bundesministeriums als dessen Rechtsansicht

Punkt 02.03. Ziffer 2 der **Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967**; Neufassung (Teil I) **vom 1. Jänner 2001**, AÖF 2001/44 (RDB Manz online, FLAG-Kommentar, Papierausgabe, Hrsg Lenneis/Wanke, 2. Auflage, Lindeverlag, Seite 1090) weist die Beihilfenbehörde an:

*„Bei Auslegung des Begriffes "Pflegekinder" ist vor allem auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage in 310 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XIII. GP zu verweisen, worin ausdrücklich festgehalten ist, dass die Neufassung bestehende Härten beseitigen und die Pflegekinder den übrigen Kindern völlig gleichstellen soll. Diese Neufassung verfolgt offenkundig die Absicht, den Kreis der anspruchsvermittelnden Kinder auszuweiten und weitgehend für jedes Kind, für dessen Pflege und Erziehung innerhalb einer Familie gesorgt wird, eine Familienbeihilfe zu gewähren. Aus dem Hinweis auf § 186 ABGB kann nicht gefolgert werden, dass ein in Pflege genommenes Kind die Eigenschaft als Pflegekind verliert, wenn Fürsorgeleistungen oder Alimentationsleistungen der Unterhaltspflichtigen erbracht werden. **Das Pflegekindschaftsverhältnis wird nicht durch den Eintritt der Volljährigkeit des Pflegekindes aufgehoben. Bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen (insbesondere § 2 Abs 1 und 2) besteht daher auch für volljährige Pflegekinder Anspruch auf Familienbeihilfe.** Wird für einen nahen Familienangehörigen, der kein Kind im Sinne des § 2 Abs 3 lit a bis c ist (zB Geschwister), wie für ein Pflegekind gesorgt, so bestehen keine Bedenken, das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 2 Abs 3 lit d anzunehmen; dies gilt auch für volljährige Kinder im Sinne des § 2 Abs 1 lit c.“* (Hervorhebung durch BFG)

Die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (DR), Stand September 2010, Abschnitt 02.03, treffen zum "Kindesbegriff" folgende Aussagen:

*"2. Bei Auslegung des Begriffes "Pflegekinder" ist vor allem auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage in 310 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XIII. GP zu verweisen, worin ausdrücklich festgehalten ist, **dass die Neufassung bestehende Härten beseitigen und die Pflegekinder den übrigen Kindern völlig gleichstellen soll.** Diese Neufassung verfolgt offensichtlich die Absicht, den Kreis der anspruchsvermittelnden Kinder auszuweiten und **weitgehend für jedes Kind, für dessen Pflege und Erziehung innerhalb einer Familie gesorgt wird, eine Familienbeihilfe zu gewähren ... Wird für einen nahen***

Familienangehörigen, der kein Kind im Sinne des § 2 Abs. 3 lit a bis c FLAG 1967 ist (zB Geschwister), wie für ein Pflegekind gesorgt, so bestehen keine Bedenken, das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 2 Abs. 3 lit d FLAG 1967 anzunehmen ...

3. Familienbeihilfe kann auch bei einem nur vorübergehenden Pflegekindschaftsverhältnis gewährt werden ...". (Hervorhebung durch BFG)

Im RIS, Kundmachungen/Erlässe, Erlässe der Bundesministerien, werden die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (BGBl. Nr. 376/1967 i.d.g.F.) (Stand September 2005), des Bundesministeriums für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz vom 1.9.2005, GZ BMSG-510104/0001-V/1/2005, öffentlich angezeigt (kurz: DRL-FLAG 2005).

4. Rechtliche Beurteilung

4.1. Zu Spruchpunkt I. (Stattgabe)

Die – zulässige – Bescheidbeschwerde ist berechtigt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die Rückforderung von österreichischen Familienleistungen (Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag) für einen Zeitraum ausgesprochen, in dem der Bf in Österreich nichtselbständig beschäftigt war. Der Beschwerdefall betrifft den Bf, seine Lebensgefährtin, den Stiefsohn (Pflegesohn) des Bf und das gemeinsame Kind. Alle Familienangehörigen sind Staatsbürger der tschechischen Republik. Damit fiel der Sachverhalt in persönlicher (Art 2 VO 883/2204), sachlicher (Art 3 VO 883/2004) und räumlicher Hinsicht (Art 11 VO 883/2004) in den Geltungsbereich der zitierten Verordnung. Die rückgeforderten Familienleistungen wurden dem Bf tatsächlich ausbezahlt. Folglich fällt auch die Rückforderung unter das Unionsrecht.

Das Unionsrecht bestimmt als vorrangig anwendbare Rechtsvorschriften das FLAG 1967. § 2 Abs 3 lit c und d FLAG 1967 zählt Stiefkinder und Pflegekinder (§§ 186, 186a ABGB bzw §§ 184, 185 ABGB) zu den begünstigten Kindern (vgl VwGH 2012/16/0054, 27.09.2012). Der Rückforderungsstreit (§ 26 Abs 1 FLAG 1967) geht um den Stiefsohn *****PK*****, den die Lebensgefährtin in die Lebensgemeinschaft mitgebracht hat. Diesen Sohn hat die belangte Behörde als Pflegesohn betrachtet und auch für Zeiten, als dieser volljährig war, zunächst die österreichische Familienbeihilfe geleistet. Mit dem angefochtenen Bescheid vertritt sie davon abweichend die Rechtsansicht, dass für volljährige Pflegekinder kein Anspruch auf die Familienbeihilfe besteht.

Dass mit Eintritt der Volljährigkeit die Pflegekindeigenschaft endet, war herrschende des Obersten Gerichtshofs und war bzw ist Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sowie

von UFS/BFG. Der Bf wird mit dieser Rechtsansicht einem Inländer gleichgestellt (Art 7 VO 883/2004).

Der Fall wirft Rechtsfragen auf, die ausschließlich das inländische Recht betreffen, und zwar zunächst, ob – wie die belangte Behörde vertritt - ein Beihilfenbezieher für das Pflegekind mit Erreichen dessen Volljährigkeit keinen Anspruch auf die Familienbeihilfe hat, weil mit Volljährigkeit die Eigenschaft als Pflegekind erlischt, oder ob volljährige Pflegekinder den leiblichen, Stief- und Adoptivkindern zivilrechtlich gleichgestellt sind, sodass die Volljährigkeit nicht schaden könne, wie die steuerliche Vertretung vorträgt.

Darüber hinaus wirft der Beschwerdefall die Rechtsfrage auf, wie die rechtliche Falllösung aussieht, wenn ein Kind den Stiefkindbegriff und den Pflegekindbegriff gleichermaßen erfüllt.

Die Anberaumung einer Senatsverhandlung wurde form- und fristgerecht mit Vorlageantrag gestellt.

Anders als bei der richtlinienbasierten Umsatzsteuer fällt ein Familienbeihilfenfall nur dann unter das Unionsrecht und damit unter die GRC (insbes Art 47 GRC), wenn im Einzelfall durch den verwirklichten Sachverhalt der Anwendungsbereich der VO (EG) 883/2004 und VO (EU) 987/2009 in persönlicher, sachlicher und räumlicher Hinsicht eröffnet wird. Das ist im Beschwerdefall gegeben. Die beantragte mündliche Senatsverhandlung wäre daher zwingend durchzuführen.

Mit Schriftsatz vom 20.02.2025, hg eingelangt am 27.02.2025, wurde der Antrag auf Senatsverhandlung zurückgezogen.

4.1.1. Pflegekind gemäß § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 iVm §§ 184, 185 ABGB

Beschwerdeeinwand zu OGH 04.09.1991, 7Ob577/91

Die Beschwerde wendet sich gegen die Anwendbarkeit von OGH 04.09.1991, 7Ob577/91, auf den Beschwerdefall.

Im OGH-Fall (OGH 04.09.1991, 7Ob577/91) wurde die Frage aufgeworfen, ob Pflegekinder im Wege der Analogie dem § 14 Abs 3 MRG unterfallen, was voraussetzte, dass die in leg.cit. nicht genannten Pflegekinder eine planwidrige Lücke darstellt. Eintrittsberechtigt in den Mietvertrag eines (verstorbenen) Mieters sind nach der *taxativen* Aufzählung des § 14 Abs 3 MRG der Ehegatte, der Lebensgefährte, Verwandte in gerader Linie einschließlich der Wahlkinder und Geschwister des bisherigen Mieters, sofern diese Personen ein dringendes Wohnbedürfnis haben und schon bisher im gemeinsamen Haushalt mit dem Mieter in der Wohnung gewohnt haben. Da Pflegekinder nicht im taxativen Katalog des § 14 Abs 3 MRG genannt sind, konnte der Pflegesohn nicht in den Mietvertrag des verstorbenen Pflegeelternteiles eintreten.

Erkennbar folgt § 14 Abs 3 MRG dem Kreis der gesetzlich erbberechtigten Personen, regelt leg.cit. doch das Eintrittsrecht in einen Mietvertrag, was mit Rechtsnachfolge vergleichbar ist. Nach dem ABGB erbberechtigte Kinder sind nur leibliche Kinder (und deren Nachkommen) und Wahl(Adoptiv)kinder. Der OGH hob daher hervor, dass *„[sich aus] einem Pflegeverhältnis [...] nach wie vor keinerlei verwandtschaftliche Beziehungen zwischen Pflegeeltern und Pflegekindern [ergäben]“*. Das trifft auf minderjährige Pflegekinder ebenso zu. Das Erbrecht ist vom Alter unabhängig. Weder haben Stiefkinder gegenüber ihrem Stiefelternteil noch Pflegekinder gegenüber ihren/ihrem Pflegeeltern(teil) gesetzliche Unterhalts- oder gesetzliche Erbensprüche, dennoch steht unbestreitbar für minderjährige Stief- und Pflegekinder – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – und bei Stiefkindern auch bei deren Volljährigkeit die Familienbeihilfe zu. Aus einem Rechtsstreit wegen Eintritts in den Mietvertrag eines verstorbenen Pflegeelternteils durch das volljährige Pflegekind ist für die Kindeseigenschaft nach § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 nichts gewonnen.

Die vom OGH **im Jahr 1991** getätigte Aussage *„[Das Pflegschaftsverhältnis sei] auch weiterhin nur auf Zeit ausgelegt; die rechtlichen Beziehungen zwischen den Pflegeeltern und Pflegekindern erlöschen mit der Großjährigkeit des Kindes“*, bezog sich auf eine Zivilrechtslage, die für den Rückforderungszeitraum nicht mehr in Geltung ist. Auf obig dargestellten § 186 ABGB idF BG 29.1.2000, BGBl I 135/2000 (2. KindRÄG 2001), gültig ab 1.7.2001, wird verwiesen. Die Umordnung im ABGB von §§ 186, 186a ABGB hin zu §§ 184, 185 ABGB hatte nach VfGH 13.06.2023, E2174/2022, keine inhaltliche Änderung zur Folge.

Mit dem 2. KindRÄG 2001 ist eine wesentliche Änderung des Pflegekindbegriffes §§ 184, 185 ABGB dahin erfolgt, dass dieser nach seinem Wortlaut unzweifelhaft nicht mehr als zeitlich begrenzt ausgelegt werden kann, weil er nicht mehr auf das Erlöschen einer Ermächtigung bei Volljährigkeit abstellt (s ausführlich BFG 23.02,2025, RV/7103871/2023).

Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs

Zur für den Rückforderungszeitraum gültigen Zivilrechtslage § 184 ABGB idF KindNamRÄG 2013, BGBl I Nr 15/2013, tätigt der Oberste Gerichtshof folgende Rechtsprechung.

Die Pflegeelterneigenschaft nach [§ 184 ABGB idF KindNamRÄG 2013, BGBl I Nr 15/2013] ist kraft Gesetzes gegeben, wenn die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale, nämlich die geforderte persönliche, emotionale Beziehung einerseits und die tatsächliche (gänzliche oder teilweise) Besorgung der Pflege und Erziehung andererseits vorliegen. Maßgebend sind die faktischen Verhältnisse. Ein Anspruch auf „Bestätigung bzw Feststellung der Pflegeelterneigenschaft“ kann weder aus § 184 ABGB noch aus § 186 AußStrG abgeleitet werden (OGH 13.12.2022, 8Ob62/12v ua).

Feststellung, dass die in § 184 ABGB bzw § 186 ABGB aF angeführten Tatbestandsmerkmale im Rückforderungszeitraum nicht erfüllt wurden, wurden im angefochtenen Bescheid nicht getroffen.

Dass die Volljährigkeit den Pflegekindern beihilfenrechtlich nicht schadet, ergab sich bereits aus der FLAG-Novelle 1972, wie sich aus den nachfolgend zitierten Gesetzesmaterialien ergibt.

EBRV 310 BlgNR 13. GP, 6, zur FLAG-Novelle 1972, BGBl 284/1972

Nach den Materialien wurde mit der Novelle des Familienlastenausgleichsgesetzes im Jahr 1972 bezweckt, mit Einführung des Pflegekinderbegriffes in § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 die zivilrechtliche Gleichstellung aller Varianten von Kinder beihilfenrechtlich umzusetzen. Die DR 2001, P 02.03. Z 2, beziehen sich mit ihrer Aussage, dass „[das] *Pflegekindschaftsverhältnis nicht durch den Eintritt der Volljährigkeit des Pflegekindes aufgehoben [wird und dass] bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen (insbesondere § 2 Abs 1 und 2) daher auch für volljährige Pflegekinder Anspruch auf Familienbeihilfe [besteht]*“, auf die Gesetzesmaterialien zu einer im 1972 erfolgten FLAG-Novelle.

Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes

In ständiger Rechtsprechung erkennt der Verwaltungsgerichtshof zu Gesetzesverweisen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten zu Recht:

„Verbindet der Gesetzgeber - wie hier - nach der Methode der rechtlichen (formalen) Anknüpfung abgabenrechtliche Folgen unmittelbar mit Kategorien und Institutionen anderer Rechtsgebiete, so übernimmt er, wenn sich nichts anderes aus dem Gesamtzusammenhang ergibt, auch den Bedeutungsinhalt, der den Begriffen in der Heimatdisziplin zukommt“ (zB VwGH 20.04.1995, 95/13/0071).

Der Begriff des Pflegekindes stammt aus dem Familienrecht. Als formalrechtlicher bürgerlich-rechtlicher Begriff ist er nach den Grundsätzen des Zivilrechts auszulegen und mit dem zivilrechtlichen Begriffsinhalt in § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 zu übernehmen. Dabei ist jene Zivilrechtslage heranzuziehen, die für den Zeitraum gilt, über den der Antrag geht oder über den ein Bescheid abspricht.

Zu § 2 Abs 3 lit d FLAG iVm §§ 186, 186a ABGB idF des 1. KindRÄG 1989 erkannte der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung zu Recht: *„Pflegekinder iSd § 2 Abs 3 lit d FamLAG idF 1989/652 sind nur solche Personen, bei denen die Pflegeeltern ihre Rechte auf Grund einer Ermächtigung durch die unmittelbar Erziehungsberechtigten oder durch den Jugendwohlfahrtsträger ausüben oder bei denen das Gericht der Pflegeeltern auf ihren Antrag die Obsorge über das Kind ganz oder teilweise übertragen hat (vgl VwGH 14.09.1993, 93/15/0120; VwGH 20.04.1995, 95/13/0071).*

Die Pflegeelternschaft wurde nach alter Zivilrechtslage mit individuellem Rechtsakt bewirkt, dessen es mit Volljährigkeit des Pflegekindes nicht mehr bedarf.

Im ersten Beschwerdefall VwGH 14.09.1993, 93/15/0120, hat der Verwaltungsgerichtshof darüber hinaus ausgeführt: *„Bedenken gegen die in Rede stehende Gesetzesstelle des FLAG vor dem Hintergrund des auch den Gesetzgeber bindenden Gleichheitssatzes sind beim Verwaltungsgerichtshof nicht entstanden, weil die Einbeziehung (nur) der unter die §§ 186 und 186a ABGB fallenden Kinder als Pflegekinder iS des § 2 Abs. 3 FLAG idF der Novelle BGBl. Nr. 652/1989 durchaus sachlich erscheint.“*

Der Verwaltungsgerichtshof hatte keine Bedenken, dass eine Verletzung des aus dem Gleichheitssatz resultierenden Sachlichkeitsgebots vorliegen könnte, wenn der Anspruch auf die Familienbeihilfe auch für volljährige leibliche Kinder und deren Nachkommen, Wahlkinder und Stiefkinder (§ 2 Abs 3 lit a - c FLAG) besteht, jedoch bei Pflegekindern (§ 2 Abs 3 lit d FLAG) nur auf die Dauer deren Minderjährigkeit begrenzt ist.

Zu § 2 Abs 3 lit d FLAG iVm §§ 186, 186a ABGB idFd 2. KindRÄG 2001, die bereits für den Beschwerdefall Geltung hat (da inhaltlich unverändert in § 184 ABGB), erkannte der VwGH zu Recht:

„Nach § 186 ABGB sind Pflegeeltern Personen, die die Pflege und Erziehung des Kindes ganz oder teilweise besorgen und zu denen eine dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahe kommende Beziehung besteht oder hergestellt werden soll. Demnach schreibt das Gesetz zwei Tatbestandsvoraussetzungen der Pflegeelternschaft vor, nämlich die tatsächliche Betreuung und eine bestimmte Qualität der Bindung. Bei Vorliegen beider Komponenten ist die Pflegeelternschaft kraft Gesetzes ohne Notwendigkeit eines rechtsgeschäftlichen oder gerichtlichen Begründungsaktes gegeben (vgl. Barth/Neumayr, in Klang3, § 186, Tz. 3). Auch Einzelpersonen kann die Pflegeelterneigenschaft zuteil werden (§ 186a Abs. 1 ABGB). Dass die mit einem leiblichen Elternteil in Lebensgemeinschaft lebende Person bei Übernahme von Betreuungsleistungen und bei Vorliegen einer § 186 ABGB entsprechenden emotionalen Bindung als Pflegeelternteil gilt, entspricht der herrschenden Auffassung (vgl. Klang, a.a.O., Tz. 15)“ (VwGH 04.03.2009, 2008/15/0314, zu § 2 Abs 3 lit d FLAG bei einem minderjährigen Pflegekind).

„Die Pflegeelternschaft nach § 184 ABGB ist kraft Gesetzes - auf die Art des Begründungsakts oder die Rechtsgrundlage dafür kommt es nicht an - gegeben, wenn die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale, nämlich einerseits die tatsächliche (gänzliche oder teilweise) Besorgung der Pflege und Erziehung im Sinn einer rechtmäßigen und regelmäßigen Betreuung, andererseits die geforderte persönliche Beziehung im Sinn des Bestehens oder zumindest der Absicht zum Aufbau einer dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern vergleichbaren emotionalen Bindung vorliegen (vgl. OGH RIS-Justiz RS0127991 sowie den dg. Beschluss vom 14. Dezember 2011, 3 Ob 165/11b). Beide Begriffselemente setzen in der Regel eine

weitgehende Eingliederung des Kindes in den Haushalt und Lebensablauf der Pflegeeltern voraus (vgl. die Materialien zum Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, BGBl. I Nr. 135/2000, ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 69 f; EFSlg. 141.271; Hopf in KBB4, § 184 Rz 1 mwN)“ (VwGH 21.03.2017, Ra 2015/22/0160, zu einem minderjährigen Pflegekind mit Drittstaatsangehörigkeit).

„Die Pflegeelterneigenschaft nach § 184 ABGB idF KindNamRÄG 2013, BGBl. I Nr. 15/2013, ist kraft Gesetzes gegeben, wenn die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale, nämlich die geforderte persönliche, emotionale Beziehung einerseits und die tatsächliche (gänzliche oder teilweise) Besorgung der Pflege und Erziehung andererseits vorliegen. Maßgebend sind die faktischen Verhältnisse (vgl. die in RIS-Justiz RS0127991 wiedergegebene Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes; zur Frage des Eintrittes der Volljährigkeit vgl. Weitzenböck in Schwimann/Kodek5 unter FN 5 zu § 184 ABGB) (VwGH 17.06.2024, Ra 2021/16/0098, § 26a Abs. 1 Z 1 GGG, § 4 Abs 2 GrEStG, für das volljährige Pflegekind wurde die Volljährigkeit nicht entgegengehalten).

Demnach hat der Verwaltungsgerichtshof die Volljährigkeit eines Pflegekindes nicht als schädlich iZm dem begünstigten Personenkreis nach §26a Abs 1 Z 1 GGG iVm § 4 Abs 2 GrEStG gesehen.

Zum Begriff des volljährigen Pflegekindes idF 2. KindRÄG ab 1.7.2001 fehlt, die im hier interessierenden Kontext durch die nachfolgenden Änderungsgesetze nach wie vor unverändert ist, soweit festgestellt werden konnte, eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967.

Erkenntnis VfGH 13.06.2023, E2174/2022

Ein zu VfGH 13.06.2023, E2174/2022, vergleichbarer Beihilfenfall eines volljährigen Pflegekindes mit Bezug der erhöhten Familienbeihilfe (§ 2 Abs 1 lit c iVm § 8 Abs 4 FLAG 1967) konnte in der findok nicht festgestellt werden.

Mit Erkenntnis VfGH 13.06.2023, E2174/2022, erkannte nunmehr der Verfassungsgerichtshof zu Recht, dass „[seit der Novelle BGBl 284/1972] *Anspruch auf Familienbeihilfe auch für bereits volljährige behinderte Pflegekinder besteht.*“ Dabei zog der Verfassungsgerichtshof eine Stellungnahme des Verfassungsdienstes (Teil I, Rn 5 des zitierten Erkenntnisses) heran, in der Folgendes ausgeführt wurde (auszugsweise):

„5.1. Zur einschlägigen Rechtslage und zu deren Entwicklung führt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst unter anderem aus, dass die Aufnahme des Begriffes Pflegekinder in § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 auf die Novelle BGBl 284/1972 zurückgehe. Den Gesetzesmaterialien dazu (RV 310 BlgNR 13. GP, 6) sei zu entnehmen, dass die bis dahin enthaltene Umschreibung des Begriffes Kind vielfach bei Pflegekindern zu Härten geführt habe. Die vorgeschlagene Fassung

solle diese Härten beseitigen und die Pflegekinder den übrigen Kindern (§ 2 Abs 3 lit a bis c leg cit) völlig gleichstellen.

Zum Verweis auf die §§ 186 und 186a ABGB in § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 führt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst aus, dass dieser auf Grund einer Umnummerierung dieser Paragraphen im ABGB im Rahmen des Kindschafts- und Namensrechts-Änderungsgesetzes 2013, BGBl I 15, als Bezugnahme auf die §§ 184 und 185 ABGB zu deuten sei. Die Nennung der §§ 186 und 186a ABGB sei ansonsten nämlich sinnlos: § 186 leg cit treffe gar keine Regelung über Pflegeeltern und §186a leg cit existiere nicht einmal mehr. Die Umnummerierung im ABGB sei im FLAG 1967 bis jetzt nicht nachvollzogen worden.

5.2. Zur Bedeutung des Begriffes Pflegekinder in § 2 Abs3 lit d FLAG 1967 und dem Verhältnis zwischen § 184 und § 185 ABGB legt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst dar, dass gemäß § 184 leg cit die Pflegeelternschaft ex lege gegeben sei, wenn die beiden gesetzlichen Tatbestandsmerkmale vorlägen, nämlich die tatsächliche - gänzliche oder teilweise - Besorgung der Pflege und Erziehung sowie das Bestehen einer dem Verhältnis zwischen leiblichen Eltern und Kindern nahekommenden persönlichen Beziehung oder die Absicht, eine solche herzustellen. Zu beachten sei allerdings auch § 185 ABGB, in dem die gerichtliche Betrauung von Pflegeeltern mit der Obsorge für das Pflegekind geregelt werde. Es liege daher die Vermutung nahe, dass es neben Pflegeeltern gemäß § 184 leg cit auch solche Pflegeeltern gebe, die gemäß § 185 leg cit vom Gericht zusätzlich mit der Obsorge betraut würden. Für die Beantwortung der Frage nach der Begründung der Pflegekindeigenschaft im Sinne des § 2 Abs 3 litd FLAG 1967 komme es auf das Verhältnis zwischen § 184 und § 185 ABGB allerdings nicht an. Denn es gebe keinen Hinweis darauf, dass mit der Bezugnahme auf das ABGB in § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 auf die gerichtliche Übertragung der Obsorge an die Pflegeeltern abgestellt werden solle. Das ungeklärte Verhältnis zwischen § 184 und § 185 ABGB schlage aber auf die Beantwortung der Frage nach der Beendigung der Eigenschaft als Pflegeeltern und Pflegekinder durch. Entscheidend sei dafür die Auslegung des § 183 Abs 1 ABGB, wonach die Obsorge ex lege mit dem Eintritt der Volljährigkeit erlösche. Denkbar sei einerseits die Auffassung, wonach sich diese Anordnung nur auf die gemäß § 185 leg cit übertragene Obsorge beziehe und die von einer solchen Obsorgeübertragung unabhängige, auf die bloße faktische Besorgung von Pflege und Erziehung abstellende Pflegeelternschaft im Sinne des § 184 leg cit unberührt lasse. Andererseits könne man argumentieren, dass die in § 183 Abs1 ABGB getroffene Anordnung sämtliche Bereiche der Obsorge - somit auch die für die Eigenschaft der Pflegeelternschaft konstitutiven Teilbereiche Pflege und Erziehung - erfasse und dass mit dem Eintritt der Volljährigkeit des Pflegekindes somit auch die Pflegeelternschaft erlösche. Zu entsprechend unterschiedlichen Ergebnissen gelange man auch bei der Auslegung des § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 und bei den sich daraus ergebenden Rechtsfolgen.

Ausdrücklich werde auf diese Frage in den Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 des damaligen Bundesministeriums für soziale Sicherheit,

Generationen und Konsumentenschutz eingegangen: Dort werde explizit die Auffassung vertreten, dass das Pflegekindschaftsverhältnis durch den Eintritt der Volljährigkeit des Pflegekindes nicht aufgehoben werde. Ein Hinweis auf eine unterschiedliche Behandlung von Eltern, Groß-, Adoptiv- und Stiefeltern einerseits und Pflegeeltern andererseits abhängig vom Alter des Pflegekindes finde sich auch nicht in der Kommentierung zu § 18a ASVG (Pfeil, § 18a ASVG, in: Mosler/Müller/Pfeil [Hrsg.], Der SV-Komm, 216. Lfg. 2018, Rz 4 und 5).

[...]“

Im Erwägungsteil (III.) führt der Verfassungsgerichtshof aus:

*„5.1. Der Gesetzgeber regelt in § 2 Abs 1 lit b bis l FLAG 1967, unter welchen Voraussetzungen Personen Anspruch auf Familienbeihilfe für volljährige Kinder haben. Es fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber mit dem Verweis auf §§ 186 und 186a ABGB in § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 darüber hinaus unter Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz bei Eintritt der Volljährigkeit eines Pflegekindes einen Anspruch auf Familienbeihilfe grundsätzlich ausschließen wollte. **Im Gegenteil hat er bei der Novelle BGBl 284/1972 des FLAG 1967 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass im Rahmen des § 2 Abs 3 FLAG 1967 die völlige Gleichstellung von Pflegekindern mit den übrigen Kindern erreicht werden soll (RV 310 BlgNR 13. GP, 6).***

*5.2. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst legt in seiner Stellungnahme eingehend dar, dass der Verweis in § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 auf die §§ 186 und 186a ABGB (nunmehr §§ 184 und 185 ABGB) und das Verhältnis zu § 183 Abs 1 ABGB einige Auslegungsfragen aufwirft. In der vorliegenden Konstellation ist jedoch vor dem Hintergrund der dargelegten **ausdrücklichen Absicht des Gesetzgebers** sowie nach dem **Zweck der maßgeblichen Bestimmungen** eine **Auslegung zugrunde zu legen, wonach es sich auch nach Eintritt der Volljährigkeit eines behinderten Pflegekindes um ein Pflegekind iSv § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 handeln kann und** sohin - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - ein Anspruch auf Familienbeihilfe und die Möglichkeit einer Selbstversicherung nach § 18a ASVG bestehen kann (in diesem Sinne auch die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967). Einem derartigen Ergebnis steht auch der Gesetzeswortlaut nicht entgegen: **Der Hinweis auf §§ 186 und 186a ABGB (nunmehr §§ 184 und 185 ABGB) in § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 kann - und muss daher - in verfassungskonformer Auslegung so gelesen werden, dass behinderte Pflegekinder nicht schon alleine auf Grund des Eintrittes der Volljährigkeit keine Kinder mehr iSv § 2 Abs 3 FLAG 1967 sind.**“ (Hervorhebung durch BFG)*

Im VfGH-Verfahren war nicht das Bundesfinanzgericht belangte Behörde, sondern das Bundesverwaltungsgericht wegen § 18a ASVG. Der Verfassungsgerichtshof hat zum Kinderbegriff des § 2 Abs 3 FLAG 1967 eine konkrete Aussage getroffen.

Im Zeitpunkt der FLAG-Novelle 1972 fiel die Vollziehung des FLAG in die Zuständigkeit des Bundesministers für Finanzen. Das Bundesministerium für soziale Sicherheit, Generationen und Konsumentenschutz wurde erst mit Bundesgesetz, BGBl 617/1983, geschaffen. Gemäß seinem Artikel XI ist dieses Bundesgesetz am 1. Jänner 1984 in Kraft getreten. Die Weisung in DR P 02.03. Z 2 dürfte daher auf das Bundesministerium für Finanzen zurückgehen.

Nach der im VfGH-Erkenntnis zitierten Stellungnahme des BKA-Verfassungsdienst hat dieses die von UFS/BFG (zum Teil) vertretene Rechtsansicht, dass mit Eintritt der Volljährigkeit die Eigenschaft als Pflegekind erlösche, für vertretbar angesehen. Der VfGH hat demgegenüber zu Recht erkannt, dass gegen die Intentionen des historischen Gesetzgebers keine anderslautende Auslegung zulässig ist.

Mit VfGH 13.06.2023, E2174/2022, ist klargestellt, dass seit Einführung der Pflegekinder in § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 mit Novelle BGBl 284/1972 der Anspruch auf Familienbeihilfe – bei Erfüllung der übrigen Tatbestandsmerkmale - auch für volljährige Pflegekinder besteht. Begründend führte der VfGH zu einem im Jahr 2023 verwirklichten Sachverhalt und einer Rechtslage des FLAG und des ABGB des Jahres 2023 die Gesetzesmaterialien zur Novelle BGBl 284/1972, RV 310 BlgNR 13. GP, 6, ins Treffen. Das kann nur dahin verstanden werden, dass seit der FLAG-Novelle BGBl 284/1972 für volljährige Pflegekinder der Anspruch auf Familienbeihilfe bestanden hat und besteht.

Eine differenzierte Auslegung der Kinderbegriffe des § 2 Abs 3 lit a bis d FLAG 1967 müsste im Hinblick auf Art 7 Abs 1 B-VG aus besonderen Gründen sachlich gerechtfertigt sein. Derartige Gründe sind dem VfGH nicht ersichtlich. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber in den EBRV 310 BlgNR 13. GP, 6, bei der Novelle BGBl 284/1972 des FLAG 1967 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass im Rahmen des § 2 Abs 3 FLAG 1967 die völlige Gleichstellung von Pflegekindern mit den übrigen Kindern erreicht werden soll. Nach Wortlaut und Zweck ist § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 dahin auszulegen, dass die Gewährung von Familienbeihilfe auch nach Eintritt der Volljährigkeit des Pflegekindes möglich ist (vgl VfGH 13.06.2023, E2174/2022).

Die Pflegekindeigenschaft nach §§ 184, 185 ABGB (alt §§ 186, 186a ABGB) wird bereits seit der FLAG-Novelle BGBl 284/1972, RV 310 BlgNR 13. GP, 6, nicht durch den Eintritt der Volljährigkeit des Pflegekindes aufgehoben. Bei Zutreffen der übrigen Voraussetzungen (insbesondere § 2 Abs 1 und 2 FLAG) besteht daher auch für volljährige Pflegekinder Anspruch auf Familienbeihilfe (VfGH 13.06.2023, E2174/2022; BFG 23.02.2025, RV/7103871/2023).

Die abweislichen Entscheidungen von UFS/BFG (zB UFS 17.12.2010, RV/0635-L/07; BFG 08.06.2017, RV/7102827/2017; BFG 16.01.2020, RV/7100699/2019; BFG 20.04.2023, RV/4100086/2023; BFG 22.04.2024, RV/7100710/2024), die die belangte Behörde ins Treffen geführt hat, sind daher als überholt zu betrachten. Soweit festgestellt werden konnte, hat der Verwaltungsgerichtshof noch nicht im Fall eines volljährigen Pflegekindes, das bereits als minderjähriges Kind bei Pflegeeltern gelebt hat, wegen § 2 Abs 3 lit d FLAG entschieden.

„Die tatsächliche Besorgung der Pflege und Erziehung ist bei einem minderjährigen Pflegekind zu bejahen, wenn das Pflegekind mit seinen Pflegeeltern (seinem Pflegeelternteil) in einem gemeinsamen Haushalt lebt“ (OGH 13.12.2022, 10Ob57/22p). Liegt dieser Sachverhalt vor, wird damit in aller Regel auch die Haushaltszugehörigkeit nach § 2 Abs 2 1. Fall FLAG 1967 erfüllt sein. Der leibliche Sohn der Lebensgefährtin des Bf erfüllt daher sämtliche Voraussetzungen des § 184 ABGB und unterfällt auch als volljähriges Pflegekind dem § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967. Aufgrund der erfüllten Haushaltsgemeinschaft durch alle Familienangehörigen ist die tatsächliche Betreuung des Pflegekindes gegeben. Auch die emotionale Bindung wird aufgrund der seitens der zuvor getätigten Gewährung der Familienbeihilfe als erfüllt anzusehen sein. Gegenteilige Feststellungen hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid nicht getroffen.

Im Beschwerdefall geht es um eine Rückforderung nach § 26 Abs 1 FLAG 1967, sodass die belangte Behörde bei Antragsbewilligung die Haushaltszugehörigkeit und den Studienerfolg des Pflegekindes geprüft haben muss. Den tatbestandlichen Merkmalen der §§ 184, 185 ABGB widersprechende Feststellungen wurden im angefochtenen Bescheid nicht getroffen.

4.1.2. Stiefkind gemäß § 2 Abs 3 lit c FLAG 1967

Die Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (BGBl. Nr. 376/1967 i.d.g.F.) (Stand September 2005) sehen in P 02.03., Z 1 vor:

„1. Unter Stiefkindern einer Person sind - dem allgemeinen Sprachgebrauch folgend - die aus einer früheren Ehe stammenden Kinder des Ehegatten dieser Person und die unehelichen Kinder dieses Ehegatten zu verstehen (VfGH-Erkenntnis vom 18. März 1966, Zl. G 15/65).“ Ebenso Reinalter in *Lenneis/Wanke* (Hrsg) - FLAG | Familienlastenausgleichsgesetz § 2 Tz 20, und zB BFG 09.12.2021, RV/7106500/2016.

Nach jüngerer Rechtsprechung des OGH erfüllt der Sohn *****PK***** auch die Eigenschaft als Stiefkind.

Gemäß § 90 Abs 3 ABGB [hat] jeder Ehegatte [...] dem anderen in der Ausübung der Obsorge für dessen Kinder in angemessener Weise beizustehen. Soweit es die Umstände erfordern, vertritt er ihn auch in den Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens.

§ 139 Abs 2 ABGB lautet:

Eine mit einem Elternteil und dessen minderjährigem Kind nicht nur vorübergehend im gemeinsamen Haushalt lebende volljährige Person, die in einem familiären Verhältnis zum Elternteil steht, hat alles den Umständen nach Zumutbare zu tun, um das Kindeswohl zu schützen. Soweit es die Umstände erfordern, vertritt sie den Elternteil auch in Obsorgeangelegenheiten des täglichen Lebens.

Laut OGH 25.02.2009, 3Ob 6/09t mwN, „[sind] Kriterien für die Annahme einer Lebensgemeinschaft [...] die Eheähnlichkeit, das Zusammenspiel der Elemente Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft und schließlich eine gewisse Dauer im Sinn der Einrichtung der Gemeinschaft auf eine gewisse zeitliche Dauer. Es muss ein Verhältnis vorliegen, das dem typischen Erscheinungsbild des ehelichen Zusammenlebens entspricht, also mit dem aus einer seelischen Gemeinschaft resultierenden Zusammengehörigkeitsgefühl.“

Seit VfGH 04.12.2017, G258/2017 ua, steht die Ehe auch gleichgeschlechtlichen Partnern offen. Sowohl Ehe als auch Partnerschaft nach dem EPG können von gleichgeschlechtlichen und heterosexuellen Personen eingegangen werden. Von einer nicht ehelichen Lebensgemeinschaft spricht man dann, wenn zwei (heterosexuelle oder gleichgeschlechtliche) Personen länger andauernd in einer Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft zusammenleben und diese nicht verheiratet oder verpartnert sind.

Für eine dauerhafte Lebensgemeinschaft spricht jedenfalls, wenn die Lebensgefährten ein gemeinsames Kind haben. Hat einer von ihnen ein Kind in die Beziehung mitgebracht, so wird es ab dem Zeitpunkt eines gemeinsamen Kindes zum Stiefkind des anderen.

Zur zivilrechtlichen Gleichstellung von Stiefkindern mit Pflegekindern hatte der OGH bereits Gelegenheit zur Äußerung seiner Rechtsansicht. Mit Urteil OGH 21.10.2014, 10ObS68/14v, Rn 2.2., bezeichnete der OGH in einer Angelegenheit des Kinderbetreuungsgeldgesetzes die mit einem leiblichen Elternteil (ohne Belang, ob verheiratet oder nicht, gleichgeschlechtlich oder heterosexuell) in Lebensgemeinschaft lebenden Personen als Stiefelternteile (BFG 25.10.2022, RV/3100222/2022 zu einem mj Stief/Pflegekind). Der in den DR verwendete Stiefkindbegriff ist seit dem 2. KindRÄG 2001, spätestens seit dem zitierten OGH-Urteil überholt (unzutreffend daher BFG 09.12.2021, RV/7106500/2016).

Seit wann der Bf und seine Lebensgefährtin in Tschechien eine Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft führen, ist nicht aktenkundig. Laut Sachverhalt haben der Bf und seine Lebensgefährtin seit tt.01.2015 ein gemeinsames Kind, nämlich ***LK***, und spätestens seit diesem Zeitpunkt ist von einer dauerhaften Lebensgemeinschaft auszugehen. Der von der Lebensgefährtin in die Beziehung mitgebrachte Sohn aus einer früheren Ehe/Beziehung ist seit diesem Zeitpunkt (auch) als Stiefkind des Bf anzusehen.

Laut BFG 25.10.2022, RV/3100222/2022, ist ein Kind der Lebensgefährtin, das im Familienhaushalt in der Slowakei lebt, "Pflegekind" gem. § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967. Mit zitiertem Erkenntnis hat sich das BFG dem Urteil OGH 21.10.2014, 10ObS68/14v, angeschlossen. Im OGH-Fall 10ObS68/14v ging es um die Anspruchsberechtigung eines Stiefelternteiles nach dem Kinderbetreuungsgeldgesetz (KBGG). Gemäß § 2 KBGG [hat] Anspruch auf Kinderbetreuungsgeld [...] ein Elternteil (Adoptivelternteil, Pflegeelternteil) für sein Kind (Adoptivkind, Pflegekind) bzw. eine Krisenpflegeperson für ein Krisenpflegekind, [...].

Da § 2 KBGG Stiefelternteile nicht als anspruchsberechtigte Personen nennt, hat der OGH mit Urteil OGH 21.10.2014, 10ObS68/14v, ausgesprochen, dass Stiefelternteile bei Zutreffen der Voraussetzungen nach §§ 184, 185 ABGB als Pflegeelternteile anzusehen sind und mit dieser rechtlichen Stellung dem § 2 KBGG unterfallen. Von dieser Rechtslage unterscheidet sich jene des § 2 Abs 3 FLAG 1967, in dem alle Formen von Kindern, einschließlich Stiefkinder, genannt sind.

Ist eine nicht eheliche Lebensgemeinschaft (gleichgeschlechtlich oder heterosexuell) als dauerhaft angelegt anzusehen, so kann das von einem Lebensgefährten in die Lebensgemeinschaft mitgebrachte Kind sowohl den Stiefkindbegriff als auch den Pflegekindbegriff erfüllen (OGH 21.10.2014, 10ObS68/14v). Da mit Erkenntnis VfGH 13.06.2023, E2174/2022, klargestellt ist, dass auch für volljährige Pflegekinder Anspruch auf Familienbeihilfe besteht (ausführlich s BFG 23.02.2025, RV/7103871/2023), ist es rechtlich unerheblich, ob das Kind als Stief- oder Pflegekind in § 2 Abs 3 lit c und lit d FLAG eingeordnet wird. Werden sachverhaltsbezogen sowohl der Stiefkindbegriff als auch der Pflegekindbegriff erfüllt, können § 2 Abs 3 lit c und lit d FLAG als alternative Tatbestände aufgefasst werden. Ein „Subsumtionsfehler“ verletzt nicht in subjektiven Rechten.

Entstehen beim Bundesfinanzgericht zwei oder mehrere Judikaturlinien, ist die belangte Behörde im verfassungsrechtlichen Gefüge zur Erhebung der Amtsbeschwerde (§ 28 Abs 2 VwGG) verpflichtet, um für die Normunterworfenen Rechtssicherheit herbeizuführen sowie um für sich selbst die Voraussetzungen zu schaffen, dem Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG durch einheitliche Gesetzesanwendung entsprechen zu können. Das Rechtsinstitut der Amtsbeschwerde ist nicht auf jene Fälle beschränkt, in denen die Verwaltungsbehörde gegen das Verwaltungsgericht zu obsiegen erhofft (BFG 23.02.2025, RV/7103871/2023).

4.2. Zu Spruchpunkt II. (Revision)

Gegen ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes ist die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Im Beschwerdefall des zitierten VfGH-Erkenntnisses, VfGH 13.06.2023, E2174/2022, wurde die erhöhte Familienbeihilfe für ein volljähriges Pflegekind gewährt. Aufgrund der Stellungnahme des BKA-Verfassungsdienstes, das auf die DR 2001, Punkt 02.03., verwies, gingen offenbar BKA und VfGH davon aus, dass der Eintritt der Volljährigkeit des Pflegekindes im Beihilfenverfahren keine Fragen aufwirft.

Soweit festgestellt werden konnte, fehlt eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zum volljährigen Pflegekind iSv § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967.

Dem VwGH ist im Beschwerdefall insbesondere im Hinblick auf das zitierte Judikat Gelegenheit zu geben, sich zum volljährigen (gesunden) Pflegekind iSv §§ 184, 185 ABGB iVm § 2 Abs 3 lit d FLAG 1967 zu äußern. Auf BFG 23.02.2025, RV/7103871/2023, wird in diesem Zusammenhang hingewiesen.

Die ordentliche Revision war aber auch wegen der Ausführungen zum Stiefkindbegriff des § 2 Abs 3 lit c FLAG 1967 zuzulassen.

Wien, am 28. Februar 2025