



Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat hat über die Berufung des Bw., X, vertreten durch Dr. Peter Kolb, Rechtsanwalt, 3430 Tulln, Hauptplatz 3/2/20, gegen den Bescheid des Finanzamtes L. betreffend Rückforderung von Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträgen für den Zeitraum 1. Dezember 2006 bis 31. März 2007 entschieden:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Der angefochtene Bescheid bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe

Strittig ist, ob die Rückforderung der vom Berufungswerber (Bw.) für seine drei mj. Kinder A, C und B im Streitzeitraum Dezember 2006 bis März 2007 bezogenen Familienbeihilfen- und Kinderabsetzbeträge zu Recht erfolgte.

Der Bw. ist seit 14. Juli 2005 geschieden. In dem anlässlich der Ehescheidung abgeschlossenen Vergleich wurde vereinbart, dass die Obsorge für die mj. Kinder A, B und C allein dem Vater verbleibt.

Am 21. November 2006 wurde beim Bezirksgericht N. mit der Kindesmutter I. S. und mit der väterlichen Großmutter, M S., ein Protokoll aufgenommen, in dem diese angaben, dass der Bw. in U eine neue Freundin habe und die Kinder dorthin mitnehmen wolle, was aber von den Kindern abgelehnt worden sei. Um den Kindern den Verbleib in der gewohnten Umgebung zu ermöglichen und sie von den momentan auf ihnen lastenden Druck zu befreien, stellten die Kindesmutter und die väterliche Großmutter den Antrag auf Entziehung der Obsorge des Vaters und Übertragung der Obsorge bezüglich aller drei Kinder auf die väterliche Großmutter.

Mit Beschluss des Bezirksgerichtes N. vom 13. Dezember 2006 wurde schließlich diesem Antrag entsprochen. Im Jänner 2007 stellte die väterliche Großmutter den Antrag auf Gewährung der Familienbeihilfe für ihre Enkelkinder, und zwar ab November 2006.

Mit dem am 16. März 2007 erlassenen Bescheid forderte das Finanzamt vom Bw. die von ihm für den Zeitraum Dezember 2006 bis März 2007 bezogenen Beträge mit der Begründung zurück, dass Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nur für haushaltsgehörige Kinder bestehe.

Der steuerliche Vertreter des Bw. brachte mit Schreiben vom 28. März 2007 mit folgender Begründung Berufung ein:

„Das Finanzamt L. begeht die Rückzahlung eines Betrages in der Höhe von € 2.262,- mit der Begründung, dass der Anspruch auf Familienbeihilfe und Kinderabsetzbetrag nur für haushaltsgehörige Kinder besteht.“

Diesbezüglich verwundert es, dass das einschreitende Finanzamt den Bescheid an die Adresse U., 3061 O., übermittelt, wohingegen der Bezugsberechtigte, Bw., in D. 31, XX A., aufrecht hauptwohnsitzgemeldet ist, an dieser Adresse Alleineigentümer eines Einfamilienhauses ist, und sich die Kinder A, C und B S. in diesem Haus aufhalten...

Es wird außer Streit gestellt, dass hinsichtlich dieser drei Kinder ein Obsorgestreit anhängig ist, welcher jedoch noch nicht rechtskräftig entschieden ist, sodass Herr Bw. grundsätzlich noch obsorgeberechtigt ist, und auch an dieser Adresse hauptwohnsitzgemeldet ist, sohin diese Kinder als haushaltsgehörig zu gelten haben.“

Das Finanzamt erließ am 10. Mai 2007 folgenden Mängelbehebungsauftrag:

- „Formerfordernis einer Berufung ist eine Begründung, weshalb Änderungen beantragt werden. Diesem Erfordernis wurde in der Berufung nicht Rechnung getragen.“
- Im Rückforderungsbescheid wurde die Rückforderung damit begründet, dass die Kinder beim Kindesvater nicht haushaltsgehörig sind.
- In der Berufungsschrift wird lediglich darauf verwiesen, dass der Kindesvater aufrecht hauptwohnsitzgemeldet in D. 31 ist. Dem ist entgegen zu halten, dass Wohnsitzmeldungen lediglich Indizcharakter entwickeln; die tatsächlichen Verhältnisse werden damit nicht widergespiegelt.
- Weiters wird in der Berufungsschrift angeführt, dass der Kindesvater Alleineigentümer eines Einfamilienhauses ist, das die Kinder bewohnen. Aus diesem Sachverhalt ist nicht erkennbar, ob die Kinder beim Kindesvater haushaltsgehörig sind.
- Dem Finanzamt L. liegen keine Aktenteile vor, aus denen hervorgeht, dass noch ein Obsorgestreit anhängig ist und noch nicht rechtskräftig ist, wie in der Berufungsschrift angeführt. Diesbezüglich wären die Unterlagen vorzulegen.
- Die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen im Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) lauten (auszugsweise):
 - § 2 (2) Anspruch auf Familienbeihilfe für ein im Abs. 1 genanntes Kind hat 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.
 - (5) Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt...
- Ein Kind gilt bei beiden Elternteilen als haushaltsgehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.
- Eine Begründung im Sinne der obigen gesetzlichen Bestimmungen (= Grundvoraussetzung für die Gewährung der Familienbeihilfe) wäre daher nachzureichen bzw. nachzuweisen.
- Die angeführten Mängel sind beim Finanzamt L. gemäß § 275 BAO zu beheben.“

Der steuerliche Vertreter ergänzte seine Berufungsschrift wie folgt:

„...Dem Formerfordernis der Berufung, welche eine Begründung zu enthalten hat, weshalb die Änderung beantragt wird, ist zwar nach Ansicht des Berufungswerbers entsprochen worden, wird jedoch dies dahingehend präzisiert, dass das zuständige Finanzamt von der Rückforderung des Betrages in der Höhe von € 2.262,-- deshalb Abstand zu nehmen hat, da die minderjährigen Kinder haushaltsgleichig in dem im Alleineigentum des Berufungswerbers stehenden Einfamilienhaus wohnen.

Somit sind sämtliche Voraussetzungen nach dem Familienlastenausgleichsgesetz gegeben.

Die Behörde erster Instanz hatte sich vor Erlassung des entsprechenden Bescheides von Amts wegen mit den Verhältnissen vor Ort vertraut zu machen gehabt. Es ist nach Ansicht des Berufungswerbers nicht dessen Aufgabe laufende Obsorgeverfahren darzustellen, zumal dies im Zuge der amtsweigigen Wahrheitsfindung bereits die Behörde erster Instanz vor Bescheiderlassung zu tun gehabt hätte.

Es wird jedoch dem Finanzamt zur Kenntnis gebracht, dass die Mutter des Berufungswerbers, offensichtlich über Anraten der Betreuer des Jugendamtes, einen Antrag eingebracht hat, dass ihr die Kinderbeihilfe zugeordnet und ausbezahlt wird.

Zum Stand des gegenständlichen Verfahrens ist festzuhalten, dass eine rechtsunrichtige Obsorgeentscheidung des Bezirksgerichtes N. durch das Berufsgericht in P. zur GZ ... behoben wurde, und der Kindsvater nach wie vor obsorgeberechtigt ist, und offensichtlich nun auch die Minderjährigen durch ihre Aussage sich freiwillig der Obsorge des Kindsvaters unterstellen.

Die Wirnisse, welche zur Verpflichtung der Rückführung des vorgenannten Betrages geführt haben, dürften ausschließlich auf das Verhalten der Mutter des Berufungswerbers zurückzuführen sein, welches jeglicher Grundlage entbehrt...

Wenn das Finanzamt ausführt, dass dem Berufungsvorbringen, dass der Berufungswerber in D. 31 hauptwohnsitzgemeldet ist, entgegenzuhalten ist, dass Wohnsitzmeldungen lediglich Indizcharakter entwickeln, so ist der Berufungsbehörde entgegenzuhalten, dass ein Indiz noch allenfalls besser als Beweismittel dient, als keine Beweisbarkeit des Vorbringens, und gegebenenfalls auch dieser Indizcharakter hinreicht, um das Vorbringen des Berufungswerbers zu begründen.

Gemäß § 2 Abs. 2 FLAG erfüllt der Berufungswerber sohin alle Voraussetzungen die Familienbeihilfe für sich in Anspruch zu nehmen, zumal die genannten Kinder im Haus des Berufungswerbers leben und von ihm erhalten bzw. auch Unterhaltskosten getragen werden, und er daher als anspruchsberechtigt gilt..."

Mit Ergänzungersuchen vom 31. Juli 2007 ersuchte das Finanzamt den Bw. um Beantwortung folgender Fragen:

„Wer hat für die Kinder die Essenszubereitung durchgeführt?
 Wer hat für die Kinder die Wäschereinigung durchgeführt?
 Wer hat den Kindern bei den Hausaufgaben geholfen?
 Wer hat die Kinder für den Schulbesuch geweckt?
 Wer hat die Kinder am Schulweg begleitet?
 Es möge der zeitliche Ablauf dargestellt werden und auch der Zeitaufwand.“

Das Ergänzungersuchen wurde wie folgt beantwortet:

„...Aus diesem Grund wird meine Tochter A S., geboren am 30. April 1992, seit 9. Mai 2007 in U. wohnhaft, folgende Angaben zu dem Schreiben vom 31. Juli 2007 tätigen.

Die Angaben betreffen den Zeitraum Dezember 2006 bis 8. Mai 2007:

„Ich habe meine Oma bei der Essenszubereitung unterstützt. Das Frühstück und die Mittagsmahlzeit wurde unter der Woche von ihr allein durchgeführt, da wir Kinder die Schule besuchen mussten. Am Wochenende haben wir sie unterstützt. Die Abendmahlzeiten habe zum Großteil ich schon übernommen. Meine Geschwister haben sich auch selbstständig etwas zu essen genommen.

„Die Wäschereinigung der Waschmaschine hat hauptsächlich meine Oma getätigt. Aber beim Trocknen, Wäsche aufhängen oder Bügeln habe ich sie kräftig unterstützt und auch alleine gemacht.

...Da ich die Älteste von uns 3 Kindern bin, habe ich meine Hausaufgaben selbst erledigt. Meine Oma und ich haben meinen Geschwistern bei der Fertigstellung und richtigen Ausarbeitung geholfen. Bei meinem Bruder, der die Hauptschule besucht hat, habe ich ihm hauptsächlich helfen müssen. Bei meiner Schwester tat dies meine Oma, weil diese immer früher nach Hause kam und es meine Oma gleich erledigen wollte. Aber auch meiner Schwester hab ich hin und wieder geholfen.

...Mein Bruder und ich sind alleine aufgestanden, weil wir eigene Zimmer und Wecker besitzen. meine Schwester hat auf einem aufklappbaren Gästebett bei meiner Oma im Zimmer geschlafen, sodass diese von ihr geweckt wurde. Außerdem stand sie erst auf, wenn wir schon auf dem Schulweg waren.

...Auf dem Schulweg (ca. 200 m) vom Wohnhaus bis zur Bushaltestelle sind wir von keiner Person begleitet worden..."

Das Finanzamt erließ am 11. September 2007 eine Berufungsvorentscheidung und wies die Berufung vom 29. März 2007 mit folgender Begründung ab:

„Mit Beschluss des Bezirksgericht N. (...) vom 13. Dezember 2006 wurde die Obsorge für die Kinder A ..., B geb. ... und C ... der Großmutter S. M ... übertragen (Gegenteiliges liegt dem Finanzamt nicht vor). Im Übrigen ist die Obsorge keine Voraussetzung für den Anspruch auf Familienbeihilfe.

Laut Meldebestätigung aus dem lokalen Melderegister der Marktgemeinde A. vom 10.1.2007 sind die oben angeführten Kinder in D. 31, XX A., jeweils seit Geburt amtlich gemeldet. An dieser Adresse ist der Kindesvater S. M. seit 29.7.1983 mit Hauptwohnsitz gemeldet und mit Nebenwohnsitz seit 14.6.2006 in U., ... O. bei XY gemeldet. An der Adresse D. 31, XX A., ist die Großmutter seit 28.4.1992 mit Hauptwohnsitz gemeldet. Anzumerken ist noch, dass nach telefonischer Rückfrage am Gemeindeamt A. die Adresse D. 31 in 1 umbenannt wurde.

Dem Ersuchen um Ergänzung der Berufung vom 31.7.2007 wurde mit Schreiben vom 9.8.2007, eingelangt am 16.8.2007, nachgekommen.

Darin wird ausgeführt, dass die Tochter A S., geboren am 123, seit 9. Mai 2007 in U. wohnhaft, folgende Angaben zu dem Schreiben vom 31. Juli 2007 tätigt.

Die Angaben betreffen den Zeitraum Dezember 2006 bis 8. Mai 2007 (Anmerkung: Im Ersuchen um Ergänzung wurde der Zeitraum mit Dezember 2006 bis März 2007 genannt):

1. Frage

Antwort: Ich habe meine Oma bei der Essenszubereitung unterstützt. Das Frühstück und die Mittagsmahlzeit wurde unter der Woche von ihr allein durchgeführt da wir Kinder die Schule besuchen mussten. Am Wochenende haben wir sie unterstützt. Die Abendmahlzeiten habe zum Großteil ich schon übernommen. Meine Geschwister haben sich auch selbstständig etwas zu essen genommen.

2. Frage

Antwort: Die Wäschereinigung der Waschmaschine hat hauptsächlich meine Oma getätig.

Aber beim Trocknen, Wäsche aufhängen oder Bügeln habe ich sie kräftig unterstützt und auch allein gemacht.

3. Frage

Antwort: Da ich die Älteste von uns 3 Kindern bin habe ich meine Hausaufgaben selbst erledigt.

Meine Oma und ich haben meinen Geschwistern bei der Fertigstellung und richtigen Ausarbeitung geholfen. Bei meinem Bruder, der die Hauptschule besucht hat, habe ich ihm hauptsächlich helfen müssen. Bei meiner Schwester tat dies meine Oma, weil diese immer früher nach Hause kam und es meine Oma gleich erledigen wollte. Aber auch meiner Schwester hab ich hin und wieder geholfen.

4. Frage

Antwort: Mein Bruder und ich sind alleine aufgestanden, weil wir eigenen Zimmer und Wecker besitzen. Meine Schwester hat auf einem aufklappbaren Gästebett bei meiner Oma im Zimmer geschlafen sodass diese von ihr geweckt wurde. Außerdem stand sie erst auf wenn wir schon auf dem Schulweg waren.

5. Frage

Antwort: Auf dem Schulweg (ca. 200 m) vom Wohnhaus bis zur Bushaltestelle sind wir von keiner Per-

son begleitet worden.

Diese Ausführungen der Tochter des Berufungswerbers (BW) erscheinen dem Finanzamt glaubhaft, weil einerseits es den allgemeinen Lebenserfahrungen entspricht, dass Kinder bei Ehestreitigkeiten häufig von Großeltern betreut werden und andererseits der BW selbst anführt, dass die Angaben von der Tochter getätigten werden.

Gemäß § 2 Abs. 1 des Familienlastenausgleichsgesetzes (FLAG) 1967 haben Personen, die im Bundesgebiet einen Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, Anspruch auf Familienbeihilfe (unter anderem) für minderjährige Kinder.

Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind hat nach dessen Abs. 2 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. Nach § 2 Abs. 5 FLAG 1967 gehört ein Kind dann zum Haushalt einer Person, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung ein Wohnung mit dieser Person teilt. Das Gesetz sieht für den Fall, dass Kinder bei 2 Personen als haushaltsgleichig gelten in § 2a Familienlastenausgleichsgesetz 1967 vor, dass der Anspruch Desjenigen, der den Haushalt überwiegend führt dem Anspruch des Anderen vorgeht.

Auszug aus den Durchführungsrichtlinien zum Familienlastenausgleichsgesetz 1967 (BGBl 376/1967 in der Fassung BGBl 1 Nr. 168/2006):

Unter Haushalt ist eine Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft zu verstehen, wobei es für die Frage nach der Haushaltsgleichigkeit eines Kindes unerheblich ist, wer den Haushalt führt, dem das Kind angehört.

Eine einheitliche Wirtschaftsführung setzt voraus, dass die Kinder im Rahmen der dem Haushalt zur Verfügung stehenden Mittel entsprechend bedacht und damit noch der elterlichen Obsorge teilhaftig werden.

Für die Beurteilung der Haushaltsgleichigkeit ist ausschließlich die Tatsache der Wohn- und Wirtschaftsgemeinschaft von Bedeutung, nicht dagegen das Erziehungsrecht. Unter Eltern sind nicht nur die leiblichen Eltern zu verstehen; für die Auslegung des Begriffs „Eltern“ ist vielmehr § 2 Abs. 3 FLAG analog heranzuziehen. Demnach gelten als Eltern auch die Großeltern, Wahlertern, Stiefeltern und Pflegeeltern.

Unter Zugrundelegung der bisherigen Ausführungen kann davon ausgegangen werden dass die Großmutter der Kinder den Haushalt überwiegend geführt hat.

Erhärtert wird dies durch die Angaben der Tochter A in der Fragenbeantwortung:

Unterstützung der Oma bei der Essenszubereitung.

Frühstück und Mittagessen wurden von der Oma allein durchgeführt. Wäschereinigung hat hauptsächlich die Oma getätigten.

A und die Oma haben den anderen Kindern bei den Hausaufgaben geholfen. Bei der jüngeren Schwester hat nur die Oma bei den Hausaufgaben geholfen. Die Schwester von A hat bei der Oma im Zimmer geschlafen.“

Der steuerliche Vertreter des Bw. stellte am 12. Oktober 2007 – ohne weitere Begründung – den Antrag auf Vorlage der Berufung an die Abgabenbehörde zweiter Instanz.

Über die Berufung wurde erwogen:

1. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 2 Abs. 2 Familienlastenausgleichsgesetz (FLAG) hat diejenige Person Anspruch auf Familienbeihilfe für ein Kind, 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.

Zum Haushalt einer Person gehört ein Kind nach § 2 Abs. 5 FLAG dann, wenn es bei einheitlicher Wirtschaftsführung eine Wohnung mit dieser Person teilt. Nach dem letzten Satz des § 2 Abs. 5 FLAG gilt ein Kind bei beiden Elternteilen als haushaltszugehörig, wenn diese einen gemeinsamen Haushalt führen, dem das Kind angehört.

§ 10 Abs. 2 FLAG normiert, dass die Familienbeihilfe vom Beginn des Monats zu gewähren ist, in dem die Voraussetzungen für den Anspruch erfüllt werden. Der Anspruch auf Familienbeihilfe erlischt mit Ablauf des Monats, in dem eine Anspruchsvoraussetzung wegfällt oder ein Ausschließungsgrund hinzukommt.

Die Familienbeihilfe gebührt gemäß § 10 Abs. 4 FLAG für einen Monat nur einmal.

Nach § 167 Abs. 2 BAO hat die Abgabenbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Abgabenverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht.

2. Angenommener Sachverhalt

Fest steht, dass die drei Kinder des Bw. nach der Scheidung am 14. Juli 2005 bei ihm im gemeinsamen Haushalt gelebt und er für sie Familienbeihilfe und Kinderabsetzbeträge bis März 2007 bezogen hat. Mit im Haushalt lebte auch die Mutter des Bw.

Der Bw., seine drei Kinder sowie die Großmutter sind bis dato an der Adresse XX D. 1 in XX A. mit einem Hauptwohnsitz gemeldet. Seit 14. Juni 2006 ist der Bw. weiters mit einem Nebenwohnsitz bei seiner nunmehrigen Freundin gemeldet.

Unbestritten ist ferner, dass die Mutter des Bw. im Streitzeitraum in dem im Alleineigentum des Bw. stehenden Haus gemeinsam mit den drei Enkelkindern gewohnt und diese betreut hat (Essen kochen, Wäsche waschen etc.). Die Berufungsbehörde nimmt es allerdings als erwiesen an, dass der Bw. selbst nicht in diesem Haus gewohnt hat. Diese Annahme gründet sich auf folgende in freier Beweiswürdigung beurteilten Umstände:

Zunächst ist auf das Protokoll vom 21. November 2006 zu verweisen, in dem die Kindesmutter und die väterliche Großmutter angeben, der Bw. wolle die Kinder unbedingt zum Wohnsitz seiner Freundin (an dem er bereits vor dem Streitzeitraum gemeldet war) mitnehmen. Auch die Ausführungen im Beschluss des Bezirksgerichtes vom 13. Dezember 2006, demzufolge die vom Vater vorgeschlagene Regelung, die Obsorge zu behalten, obwohl die Kinder bei der Großmutter leben, nicht praktikabel sei, spricht eindeutig gegen einen gemeinsamen Haushalt mit den Kindern.

In seiner Berufung sowie in der Berufungsergänzung bringt der Rechtsvertreter zwar mehrfach vor, der Bw. sei hauptwohnsitzgemeldet, behauptet selbst aber nicht, er sei auch im Streitzeitraum tatsächlich in seinem Haus wohnhaft gewesen. Den Ausführungen des Finanzamtes im Mängelbehebungsauftrag, einer Meldung komme bloß Indizcharakter zu, hatte der Rechtsvertreter nur ausweichend entgegenzusetzen, ein Indiz diene noch allenfalls besser als Beweismittel als keine Beweisbarkeit eines Vorbringens. Angaben über den tatsächlichen Wohnsitz seines Mandanten hat er auch hier nicht getroffen.

Zuletzt fehlt auch in der Aussage der Tochter des Bw. vom 9. August 2007 jeder Hinweis auf einen Aufenthalt des Vaters im gemeinsamen Haushalt von Großmutter und Kindern.

3. Rechtliche Würdigung

Damit ist der Berufungsfall auch schon entschieden: Teilen nämlich die Kinder iSd § 2 Abs. 5 FLAG eine Wohnung bei einheitlicher Wirtschaftsführung mit einer potentiell anspruchsberichtigten Person (im Berufungsfall ihrer Großmutter), so geht deren Anspruch nach § 2 Abs. 2 FLAG demjenigen einer nur den Unterhalt leistenden Person (im Berufungsfall des Bw.) vor. Da es nur auf die tatsächlichen Verhältnisse ankommt, ist es daher ohne jede Bedeutung, an welcher Adresse der Bw. hauptwohnsitzgemeldet ist und ob ihm die Obsorge zusteht. Daher war auch der Beweisantrag auf Einvernahme des Bw. als unerheblich nach § 183 Abs. 3 BAO abzulehnen.

Doch selbst wenn der Bw. tatsächlich im Streitzeitraum mit seinen Kindern im gemeinsamen Haushalt gewohnt hätte, wäre der Berufung kein Erfolg beschieden gewesen. Wie oben ausgeführt, ist nämlich unbestritten, dass die Großmutter in diesem Zeitraum den Haushalt geführt hat. Das FLAG enthält keine Regelung, wie bei einer Anspruchskonkurrenz zwischen zwei haushaltszugehörigen Personen, die nicht Vater und Mutter des Kindes sind, vorzugehen ist. Deshalb muss hilfsweise auf § 2a Abs. 1 FLAG zurückgegriffen werden; dieser Bestimmung zufolge geht der Anspruch des Elternteiles, der den Haushalt überwiegend führt, dem Anspruch des anderen Elternteils vor. In Analogie hierzu muss dies auch dann gelten, wenn die Großmutter den Haushalt führt. Selbst wenn also der Bw. eine Wohnung mit seinen Kindern geteilt hätte – was nach dem oben Gesagten allerdings keinesfalls anzunehmen ist – ginge der Anspruch der Großmutter seinem Anspruch vor.

Dass die obigen Sachverhaltsannahmen zutreffend sind, ergibt sich auch schon daraus, dass der Bw. den Feststellungen der Berufungsvorentscheidung – der nach Einbringung des Vorlageantrages der Charakter eines Vorhaltes zukommt (sh. zB VwGH 21.12.1992, 91/13/0256) – nicht entgegen getreten ist.

Wien, am 7. März 2008