

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/10/21 2004/06/0095

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.10.2004

## Index

14/01 Verwaltungsorganisation;  
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB);  
32/02 Steuern vom Einkommen und Ertrag;  
61/01 Familienlastenausgleich;  
63/02 Gehaltsgesetz;  
63/08 Sonstiges allgemeines Dienstrecht und Besoldungsrecht;

## Norm

ABGB §140;  
Aufgaben Organisation auswärtigen Dienstes - Statut 1999 §30;  
EStG 1988 §33;  
FamLAG 1967 §2;  
Frauenförderungsplan BMaA 2004 §15 Abs4;  
GehG 1956 §21 Abs1 Z2 idF 1992/314;  
GehG 1956 §21 Abs1 Z3 idF 1992/314;  
GehG 1956 §21 Abs2 idF 1992/314;  
GehG 1956 §21 Abs3 idF 1995/522;  
GehG 1956 §4;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Giendl und die Hofräte Dr. Bernegger, Dr. Waldstätten, Dr. Rosenmayr und Dr. Bayjones als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Gubesch, über die Beschwerde des R, zur Zeit in Auslandsverwendung in den USA, vertreten durch Dr. Walter Riedl, Rechtsanwalt in Wien 1, Franz Josefs-Kai 5, gegen den Bescheid der Bundesministerin für auswärtige Angelegenheiten vom 28. April 2004, Zl. EKB.2229/0002e-VI.2/2004, betreffend einen Auslandsaufenthaltszuschuss gemäß § 21 GehG, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Beschwerdeführer steht im Bereich der belangten Behörde in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund. Er übt als Botschaftssekretär (Verwendungsgruppe A 2) seit 1. August 2002 an der Österreichischen Botschaft in W die Funktion eines Kanzlers aus. Der Beschwerdeführer ist verheiratet und hat eine im Februar 2000 geborene Tochter, die mit ihm im gemeinsamen Haushalt wohnt.

In der verfahrenseinleitenden Eingabe vom 4. November 2003 brachte der Beschwerdeführer vor, dass seine Tochter nunmehr seit Anfang September 2003 halbtags den Kindergarten der Deutschen Schule in W besuche. Dies erfolge deshalb, um ihr eine ganzheitliche Ausbildung bzw. Erziehung angedeihen zu lassen, um sie möglichst frühzeitig auf den Besuch der Deutschen Schule vorzubereiten (es bestehe das Problem der mangelnden Deutschkenntnisse seiner Tochter, seine Ehefrau sei gebürtige Chinesin und spreche nur mangelhaft deutsch), schließlich, um seiner Ehefrau Freiraum für ihre persönliche Weiterbildung und eine allfällige Arbeitsaufnahme in den USA zu schaffen. Er beantrage daher, gestützt auf § 21 Abs. 2 GehG, den Ersatz der (näher aufgeschlüsselten) Kindergartenkosten von US-\$ 2.855,-- (= EUR 2.419, 49 zum Kassawert November 2003) abzüglich jener Kosten, die bei einem Besuch eines städtischen Kindergartens in Wien entstanden wären (EUR 590,45 für fünf Monate zu EUR 118,09). Daraus ergebe sich ein Restbetrag von EUR 1.829,04, dessen Ersatz er anspreche.

Ergänzend verwies der Beschwerdeführer ua. darauf, dass sich § 21 Abs. 3 GehG nicht nur auf die Ausbildung, sondern auch auf die Erziehung der Kinder beziehe. Der Besuch eines Kindergartens stelle einen nicht mehr wegzudenkenden Teil der Erziehung (Sozialisation des Kindes) dar. Die mangelnde Sprachkenntnisse seiner Tochter könnten im Hinblick auf den zukünftigen Besuch einer deutschsprachigen Schule nur durch den Besuch des Deutschen Kindergartens korrigiert werden, zumal seine Ehefrau nur "marginal" deutsch spreche und er selbst nur wenige Stunden täglich seinem Kind widmen könne. Die ausschließlich englischsprachige Umgebung in den USA zwinge ihn (im Sinne einer ganzheitlichen Ausbildung/Erziehung, dazu gehörten selbstverständlich auch ausgezeichnete Sprachkenntnisse), seine Tochter in den Kindergarten der Deutschen Schule zu schicken. Es sei nicht einsichtig, weshalb die Übernahme von Kindergartenkosten durch den öffentlich-rechtlichen Dienstgeber nicht möglich sein sollte. Aus seiner Sicht entspreche es der Billigkeit, dass er selbstverständlich die Kosten eines städtischen Wiener Kindergartens in Form eines Selbstbehaltes selbst zu tragen habe und ausschließlich die darüber hinausgehenden Kosten vom Dienstgeber übernommen werden sollten. (Angeschlossen war ein Konvolut an Unterlagen.)

Über Vorhalt der belangten Behörde legte der Beschwerdeführer weitere Unterlagen vor.

Mit Schreiben vom 12. März 2004 begehrte der Beschwerdeführer weiters den Ersatz der Kindergartenkosten für den Zeitraum vom Februar bis Juni 2004 im Ausmaß von US-\$ 2.245,-- (= EUR 1.767,71 zum Kassawert März 2004) abzüglich der fiktiven Kosten eines städtischen Kindergartens in Wien für fünf Monate (EUR 590,45, wie zuvor), sodass ein Betrag von EUR 1.177,26 zum Ersatz angesprochen werde. Er brachte in diesem Zusammenhang vor, seine Ehefrau sei seit 15. Februar 2004 lokal angestellt und berufstätig, und wiederholte im Übrigen im Wesentlichen sein bisheriges Vorbringen. Angeschlossen war ein Konvolut weiterer Unterlagen.

Über Vorhalt der belangten Behörde führte der Beschwerdeführer in einer weiteren Eingabe vom 7. April 2004 unter anderem aus, weder seine Ehefrau noch er hätten neben ihrer Unterhaltspflicht gegenüber der gemeinsamen Tochter weitere Unterhaltspflichten zu erfüllen. Seine Tochter verfüge über kein eigenes Einkommen bzw. Vermögen. Er habe bei seiner Antragstellung im Sinne der Billigkeit bereits einen zu leistenden Eigenanteil in Höhe der Kosten eines halbtägigen Kindergartens in Wien berücksichtigt. Er wolle nochmals unterstreichen, dass er seiner Tochter eine umfassende, in diesem Zusammenhang vor allem sprachliche Ausbildung angedeihen lasse wolle, um in späteren Jahren Klassenwiederholungen und dadurch weitere Folgekosten möglichst zu vermeiden. Mit der Wahl des Deutschen Kindergartens seien die Voraussetzungen für einen späteren Besuch der Deutschen Schule bedeutend besser.

Hierauf hat die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid die Anträge des Beschwerdeführers auf "Zuerkennung" eines Auslandsaufenthaltszuschusses gemäß § 21 Abs. 3 GehG zu den Kindergartenkosten seiner Tochter für die Monate September 2003 bis Juni 2004 abgewiesen. Soweit für das Beschwerdeverfahren erheblich, führte die belangte Behörde nach zusammengefasster Darstellung des Verfahrensganges begründend aus, die Tochter des Beschwerdeführers besuche seit dem 27. August 2003 halbtägig den Kindergarten der Deutschen Schule in W. Für den Besuch dieses Kindergartens seien als einmalige Gebühren angefallen:

a)

Einschreibegebühr von US-\$ 400,--,

b)

Verkehrspauschale von US-\$ 150,--

c)

Mitgliedsbeitrag zum Deutschen Schulverein W von US-\$ 60,--.

Als reine Kindergartenkosten für das gesamte Jahr (insgesamt 10 Monate von September 2003 bis Juni 2004) seien insgesamt (weitere) US-\$ 4.460,-- angefallen, somit monatlich US-\$ 446,--. (Auf Grundlage des Vorbringens des Beschwerdeführers nahm die belangte Behörde die - fiktiven - Kosten des Besuches eines wiener städtischen Kindergartens mit monatlich EUR 118,09 an). Den Beschwerdeführer und seine Ehefrau trafen Unterhaltpflichten nur gegenüber der gemeinsamen Tochter, die über kein eigenes Einkommen bzw. Vermögen verfüge.

Nach Wiedergabe einer Reihe von gesetzlichen Bestimmungen heißt es weiter, der Beschwerdeführer begründe seinen Anspruch auf Ersatz der Kindergartenkosten damit, dass die Unterbringung seiner Tochter in einem Kindergarten einen Teil der Erziehung darstelle und nach dem Wortlaut des § 21 Abs. 3 GehG bei der Bemessung der Auslandsverwendungszulage und des Auslandsaufenthaltszuschusses "auf die Kosten der Erziehung und Ausbildung" "billige Rücksicht" (Zitat im Original) zu nehmen sei.

Gemäß Art. 14 Abs. 4 lit. b B-VG sei das Kindergartenwesen (und auch das Hortwesen) in Österreich Landessache in Gesetzgebung und Vollziehung. Die Auslegung des Begriffes "Erziehung" im § 21 Abs. 3 GehG im Zusammenhang mit dem Begehr des Beschwerdeführers, Kindergartenkosten als Teil von Erziehungskosten zu ersetzen, habe daher im Lichte der einschlägigen Landesgesetzgebung der neun österreichischen Bundesländer zu erfolgen. Aufschlussreich sei hiebei vor allem der in den Landesgesetzen umschriebene Aufgabenbereich von Kindergärten. Alle einschlägigen Landesgesetze der neun Bundesländer (Anmerkung: die einzelnen Bestimmungen werden in der Folge wiedergegeben) nennen als gesetzliche Aufgaben von Kindergärten die Bereiche "Erziehung" und "Betreuung". In manchen Bundesländern kämen noch weitere Aufgaben wie "Beaufsichtigung", "Bildung", und "häusliche Erziehung" hinzu. Der Bereich "Erziehung" sei somit im Rahmen des österreichischen Kindergartenwesens nur eine Teilkomponente unter mehreren gesetzlich definierten Aufgaben von Kindergärten. § 21 Abs. 3 GehG decke jedoch nur den Bereich "Erziehung" ab, nicht jedoch auch die Aufgabenbereiche "Betreuung", "Bildung", "Beaufsichtigung" und "häusliche Erziehung". Unter Berufung auf § 21 Abs. 3 GehG könne der Beschwerdeführer daher, wenn überhaupt, nur für einen Teil der Kindergartenkosten einen Ersatz verlangen, und zwar für jenen, der sich auf die "Erziehung" im Rahmen des Kindergartens beziehe. Für die Bereiche "Betreuung", "Bildung", "Beaufsichtigung", bzw. "häusliche Erziehung" bietet diese Norm keine taugliche Rechtsgrundlage für den angestrebten Kostenersatz.

Ebenso wenig stelle die sich aus § 30 des Statutes des auswärtigen Dienstes, BGBl. I Nr. 129/1999, ergebende Verpflichtung des Dienststellenleiters, das Erlangen eines für das Kind des Bediensteten geeigneten Kindergartenplatzes im Rahmen seiner diesbezüglichen Möglichkeiten zu unterstützen, eine entsprechende Rechtsgrundlage zum Ersatz der angesprochenen Kosten dar. Vielmehr enthalte das Statut keinerlei besoldungsrechtlichen Bestimmungen. Auch aus der Verordnung der belangten Behörde betreffend den Frauenförderungsplan für das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten, BGBl. II Nr. 630/2003, ergebe sich keine Verpflichtung des Dienstgebers zu einem Ersatz von Kindergartenkosten, weil diese Verordnung (nur) der Erfüllung und Umsetzung des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes durch personelle Maßnahmen, durch organisatorische Maßnahmen und durch Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen diene.

Der Beschwerdeführer erhalte neben einem Monatsbezug von (brutto) EUR 2.021,70 noch folgende monatliche Zuwendungen, die vom öffentlichen-rechtlichen Dienstgeber zur Bedeckung von besonderen Ausgaben für Kinder vorgesehen seien: die Kinderzulage nach § 4 GehG von EUR 14,50, die Familienbeihilfe in Höhe von EUR 112,70, den Kinderabsetzbetrag nach § 33 EStG in Höhe von EUR 50,90, und den Kinderzuschlag als Teil der Auslandsverwendungszulage nach § 21 Abs. 1 Z 2 GehG iVm den Richtlinien des Bundeskanzleramtes für die Besoldung der im Ausland verwendeten Beamten in Höhe von EUR 138,--, was eine Summe von EUR 316,10 ergäbe. Dieser Betrag könne zur Deckung der Ausgaben des Beschwerdeführers für seine Tochter herangezogen werden. Ferner sei darauf zu verweisen, dass der Beschwerdeführer auch eine Auslandsverwendungszulage in näher beziffelter Höhe erhalte, ebenso eine näher bezifferte Kaufkraftausgleichszulage (auf Grundlage einer "Parität" von 105 (Österreich = 100)).

Im Rahmen der Prüfung der Rechtsgrundlagen für den Kostenersatzanspruch sei nach Auffassung der belangten Behörde auch § 140 ABGB (Unterhaltpflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern) heranzuziehen. Nach herrschender Rechtsprechung diene der Unterhalt der Deckung des gesamten Lebensbedarfes des Unterhaltsberechtigten, somit aller Aufwendungen, die mit der Lebensführung des Kindes verbunden seien (wie beispielsweise Nahrung, Kleidung, Hygiene, medizinische Betreuung), wozu aber auch Kindergarten- und Schulkosten gehörten. Es sei sicherzustellen, dass auf den öffentlich-rechtlichen Dienstgeber nicht Kosten überwälzt würden, die ihrer Rechtsnatur nach vom unterhaltpflichtigen Elternteil zu tragen wären.

Für den Monat Mai 2004 ergebe sich ein Nettogehalt des Beschwerdeführers in Höhe von EUR 1.560,80 (wird näher dargelegt). Als Höhe des Unterhaltsanspruches nehme die belangte Behörde als Orientierungshilfe im Einklang mit der Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte für ein Kind dieses Alters eine Quote von 16 % des Nettoinlandsgehaltes an, woraus sich ein Betrag von monatlich EUR 249,72 ergeben würde. Dieser Wert diene als Orientierungshilfe zur Abschätzung des Ausmaßes der Unterhaltpflicht des Beschwerdeführers gegenüber seiner Tochter im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung.

Daraus ergäben sich folgende Schlussfolgerungen:

Die Frage, ob die streitgegenständlichen Kosten unter dem Gesichtspunkt der Kausalität als Folge der Auslandsverwendung des Beschwerdeführers an seinem nunmehrigen Dienstort erwachsen und daher als Kosten im Sinne von § 21 Abs. 1 Z 3 GehG zu betrachten seien, sei zu bejahen. Das bedeute aber für sich allein noch nicht, dass diese Kosten nur deshalb, weil sie angefallen seien, auch vom Bund als öffentlich-rechtlichem Dienstgeber ganz oder teilweise zu tragen seien. Eine solche Überwälzung komme gemäß § 21 Abs. 3 GehG nur insoweit in Betracht, als dies der Billigkeit entspräche, wobei die Beurteilung aus der Gesamtschau unter Bedachtnahme auch auf die übrigen in dieser Gesetzesstelle umschriebenen Parameter vorzunehmen sei.

Der im § 21 Abs. 3 GehG verwendete Begriff der "Erziehung" treffe auf die in Kindergärten vermittelte Erziehung nur in einem wesentlich eingeschränkten Umfang zu. Die anderen gesetzlich definierten Tätigkeitsbereiche von Kindergärten wie beispielsweise "Betreuung", "Beaufsichtigung" und "Bildung" seien vom § 21 Abs. 3 GehG nicht erfasst. Es könne daher auf Basis dieser Gesetzesstelle kein vollständiger Kostenersatz angesprochen werden. Es wäre nur ein teilweiser Kostenersatz vorstellbar, der allerdings wegen der mehrfachen andersartigen gesetzlichen Tätigkeitsbereiche von Kindergärten deutlich unter 50 % der vom Beschwerdeführer geltend gemachten Kindergartenkosten liegen müsste.

Aber selbst ein teilweiser Kostenersatz würde im Beschwerdefall dem gesetzlichen geforderten Gebot der "billigen Rücksicht" (§ 21 Abs. 3 GehG) nicht entsprechen. Der Beschwerdeführer erhalte vom öffentlich-rechtlichen Dienstgeber regelmäßig und über einen längeren Zeitraum hinweg vier unterschiedliche Zulagen, nämlich die Kinderzulage, die Familienbeihilfe, den Kinderabsetzbetrag und den Kinderzuschlag, welcher zur Abdeckung der besonderen Kosten für Kinder vorgesehen seien. Hätte der Beschwerdeführer kein Kind, würde er alle diese Zulagen nicht beziehen. Er werde somit seitens des öffentlichrechtlichen Dienstgebers bereits jetzt mit jenen finanziellen Mitteln ausgestattet, mit welchen er die besonderen Ausgaben begleichen könne, die ihm durch den Kindergartenbesuch seiner Tochter an seinem Dienstort entstünden. Die Summe der vier monatlichen Zulagen mit EUR 316,10 monatlich decke bereits zu 86,5 % die von ihm geltend gemachten monatlichen Kindergartenkosten von durchschnittlich EUR 365,08 (Anmerkung:

Durchschnittswert für den Zeitraum von September 2003 bis einschließlich Jänner 2004). Da aber rechtlich nur ein Deckungsgrad von deutlich unter 50 % gerechtfertigt erscheine, käme es bei einer Übernahme der strittigen Kindergartenkosten durch den öffentlich-rechtlichen Dienstgeber zu einer Doppelversorgung, die gesetzlich nicht gedeckt sei und die auch der Billigkeit widersprechen würde.

Die belangte Behörde stimme der Auffassung des Beschwerdeführers nicht zu, wonach der gesetzlichen Unterhaltpflicht gegenüber seiner Tochter, die ihm gemäß § 140 ABGB obliege, kaum Bedeutung beizumessen sei. Eine bestehende gesetzliche Unterhaltpflicht sei vielmehr gerade dann zu berücksichtigen, wenn es sich wie im Beschwerdefall um eine Ermessensentscheidung handle. Der Beschwerdeführer könne daher nicht Ausgaben auf den öffentlich-rechtlichen Dienstgeber abwälzen, die von ihm nach bürgerlichem Recht zu tragen wären. Das Ausmaß einer gesetzlichen Unterhaltpflicht sei daher ebenfalls den von ihm geltend gemachten Kosten gegenüberzustellen. Bei einer "errechneten Unterhaltpflicht" in Höhe von monatlich EUR 249,72 wären die monatlichen Kindergartenkosten

von EUR 365,08 zu 68,4 % abgedeckt, was angesichts eines zulässigen Deckungsgrades von deutlich unter 50 % ebenfalls zu einer gesetzlich nicht gedeckten Doppelversorgung führen würde, für die ebenfalls keine Billigkeitsgründe geltend gemacht werden könnten.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Absätze 1 bis 3 des § 21 GehG lauten (im Wesentlichen in der Fassung der 53. GG-Novelle, BGBl. Nr. 314/1992, Abs. 3 Z 1 in der am 1. Jänner 1995 in Kraft getretenen FassungBGBl. Nr. 522/1995, Währungsbezeichnung gemäß BGBl. I Nr. 142/2000 (Budgetbegleitgesetz 2001, Art. 47, Abschnitt 47.2)):

"(1) Dem Beamten gebührt, solange er seinen Dienstort im Ausland hat und dort wohnen muss,

1. eine monatliche Kaufkraftausgleichszulage, wenn die Kaufkraft des Euro dort geringer ist als im Inland,
2. eine monatliche Auslandsverwendungszulage, wenn ihm durch die Ausübung des Dienstes oder aus Anlass der Ausübung des Dienstes im Ausland besondere Kosten entstehen, und
3. auf Antrag ein Auslandsaufenthaltszuschuss, wenn ihm durch den Aufenthalt im Ausland besondere Kosten entstanden sind.

Der Anspruch kann immer nur für Zeiträume bestehen, für die auch ein Anspruch auf Gehalt besteht.

(2) Die Kaufkraftausgleichszulage ist nach dem Verhältnis der Kaufkraft des Schillings im Inland zur Kaufkraft des Schillings im Gebiet des ausländischen Dienstortes des Beamten zu bemessen. Sie ist in einem Hundertsatz des Monatsbezuges, der Sonderzahlung und der Auslandsverwendungszulage festzusetzen.

(3) Bei der Bemessung der Auslandsverwendungszulage und des Auslandsaufenthaltszuschusses ist auf folgende Umstände billige Rücksicht zu nehmen:

1.

auf die dienstliche Verwendung des Beamten,

2.

auf seine Familienverhältnisse,

3.

auf die Kosten der Erziehung und Ausbildung seiner Kinder und

4.

auf die besonderen Lebensverhältnisse im ausländischen Dienst- und Wohnort. Die Bundesregierung kann die Bemessung durch Verordnung näher regeln."

Der Beschwerdeführer bringt zur behaupteten Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften vor, er mache diese nur vorsichtshalber geltend. Es bestehe eine Unvollständigkeit der Bescheidbegründung dahin, dass sich die belangte Behörde nicht explizit dazu äußere, ob sein Kind ohne den fraglichen Kindergartenbesuch erhebliche Nachteile bei der weiteren Ausbildung zu gewärtigen hätte. Sie setze sich auch nicht mit der Frage auseinander, inwieweit es sich hiebei um Mehrkosten handle, die ihn über jenes Maß hinaus trafen, welches ein Beamter gleicher Stellung und Besoldung, aber ohne eine entsprechende berufliche Stellung im Ausland zu tragen habe. Richtigerweise wäre dies ebenso zu bejahen gewesen, wie der seiner Tochter beim Nichtbesuch des Kindergartens zu erwartende Nachteil. Zu entsprechenden Feststellungen wäre auch die belangte Behörde gelangt, wenn sie sich mit dieser Thematik auseinander gesetzt hätte, allenfalls auch noch Erhebungen dazu gepflogen hätte, soweit nicht ohnehin schon aus der Lebenserfahrung iVm den anderen Beweismitteln die Gegebenheiten richtig erkannt werden könnten. Eine rechtliche Relevanz dieser Mängel könnte allenfalls deshalb zu verneinen sein, weil die belangte Behörde

ohnedies zugestehe, dass eine Auslandsverwendung kausal für die strittigen Mehraufwendungen sei. Soweit das mit den richtigen Gegebenheiten im zuvor dargelegten Sinne übereinstimmende Annahmen inkludiere, hätten die vorgetragenen verfahrensrechtlichen Mängel keine Auswirkungen auf den Inhalt der Entscheidung.

Zur inhaltlichen Rechtswidrigkeit sei vorweg zu bemerken, dass die belangte Behörde offensichtlich seine Hinweise im Verwaltungsverfahren auf § 30 des Statutes BGBI. I Nr. 129/1999 und die Verordnung betreffend den Frauenförderungsplan BGBI. II Nr. 630/2003 missverstanden habe. Er habe selbstverständlich nicht auf "unmittelbare Anwendungsfragen" dieser Normen gezielt, sondern darauf, dass sich aus ihnen im Sinne der Einheit der Rechtsordnung die positive Bewertung der Ermöglichung eines Kindergartenbesuches ergebe. Wenn und weil dies schon für den Normalfall gelte, ergebe sich im Beschwerdefall der nachhaltige Größenschluss, dass der strittige Kindergartenbesuch seiner Tochter ganz besonders im Sinne der in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertvorstellungen gelegen sei.

Von einer richtigen rechtlichen Überlegung gehe die belangte Behörde nur insoweit aus, als sie anfüre, dass die Verursachung des Mehraufwandes durch die Auslandsverwendung für die Bejahung des Anspruches nicht genüge, weil zusätzlich Billigkeitserwägungen anzustellen seien. Das entspreche dem Gesetz und der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes. Die weiteren Erwägungen der belangten Behörde seien aber verfehlt.

Primär argumentiere die belangte Behörde mit den Beträgen, die er monatlich speziell in Bezug auf seine Tochter erhalte, nämlich Familienbeihilfe, Kinderabsetzbetrag, Kinderzulage und Kinderzuschlag. Sie übersehe dabei zweierlei. Zum einen erhalte auch jeder Vater, der keine gleichartigen Mehraufwendungen für einen Kindergarten zu tragen habe, die betreffenden Beträge. Zum anderen verblieben neben einem Halbtagsbesuch im Kindergarten in fast voller Höhe (nämlich nur allenfalls abgesehen von einer Mahlzeit) jene Aufwendungen, die für den Unterhalt und die Pflege und die Erziehung eines Kindes dieses Alters erforderlich seien. Wegen dieser und nicht wegen der Kindergartenkosten würden die von der belangten Behörde angeführten Leistungen an die Eltern erbracht. Daraus irgendeine Billigkeitserwägung gegen den Ersatz des Mehraufwandes für den ganz speziellen gegenständlichen Kindergartenbesuch ableiten zu wollen, sei vom Wesen der Sache her völlig verfehlt.

Das zweite Argument der belangten Behörde bestehe darin, dass seine Unterhaltpflicht nach der Judikatur der Zivilgerichte monatlich nur EUR 249,72 betrage. Hier sei schon die rechnerische Ermittlung falsch, weil die belangte Behörde die Umrechnung des Bruttobezuges, der vierzehn Mal jährlich ausbezahlt werde, auf ein Jahreswölftel unterlassen habe (Anmerkung: sinngemäß zu ergänzen: wie dies der ständigen Judikatur der Zivilgerichte entspreche.) Berücksichtige man dies, so ergebe sich unter Anwendung des "Standardsatzes" von 16 % des Einkommens eine monatliche Unterhaltsverpflichtung in Höhe von EUR 286,10. In diesem Zusammenhang habe die belangte Behörde aber auch außer Betracht gelassen, dass hiezu selbstverständlich auch die Familienbeihilfe komme und unter Umständen eine erhöhte Unterhaltpflicht für den Fall eines Mehraufwandes, wie er beim fraglichen Kindergartenbesuch ohne Weiteres erblickt werden könne. Dass ein solcher den Unterhaltpflichtigen zusätzlich treffe, werde umso mehr anzunehmen sein, wenn er seinerseits von seinem Dienstgeber für eine besondere Lebenssituation, die auch das Kind treffe, besondere Leistungen erhalte. Im Beschwerdefall sei insbesondere an den Kinderzuschlag als Teil der Auslandsverwendungszulage zu denken.

Er sei allerdings nach wie vor vor allem der Auffassung, dass die unterhaltsrechtliche Betrachtungsweise im Beschwerdefall jedenfalls nicht ausschlaggebend sein könne, und zwar auch nicht im Rahmen von Billigkeitserwägungen. Gerade diese sprächen vielmehr dafür, dass nicht strikt schematisch beurteilt werde, sondern die Lebenswirklichkeit die Grundlage darstelle, ausgehend von einer Betrachtungs-, Wertungs- und Handlungsweise gehörig am Wohlergehen ihrer Kindern interessierter Eltern. Es gehe hier nicht entfernt um einen Luxusaspekt, sondern um die ganz fundamentale Zielsetzung eines Vaters, die Benachteiligung seines Kindes aus einer bei ihm gegebenen besonderen Lebenssituation hintanzuhalten.

Ausschließlich dazu diene der gegenständliche Kindergartenbesuch und die belangte Behörde könne selbst nicht den geringsten Ansatz für eine mögliche Alternative angeben.

Konsequenz ihres Standpunktes sei die Alternative: Entweder werde ein Nachteil für das Kind in Kauf genommen oder eine Einschränkung der Lebensqualität der Familie in ihrer Gesamtheit, also sowohl der Eltern wie auch des Kindes abgesehen vom Kindergartenbesuch selbst. Dass es nämlich gewiss nicht darum gehe, dass er sich als Folge der

Gewährung des Auslandsaufenthaltszuschusses speziell in Bezug auf die Kindergartenkosten "mehr auf die hohe Kante legen" (Zitat im Original) könne, sei wohl angesichts seines von der belangten Behörde festgestellten monatlichen Gesamtnettoeinkommens keine Frage.

Damit erweise sich aber das Argument aus der Unterhaltpflicht als geradezu sozial diskriminierend. Es laufe klar darauf hinaus, dass einem "Beamtenvater" mit größerem Einkommen und höherer Unterhaltpflicht eher zuzubilligen sein solle, dass er auch noch im Rahmen des Auslandsaufenthaltszuschusses den Ersatz für Ausbildungskosten seiner Kinder erhalte. Damit komme gewiss nicht ein Bemühen um Billigkeit sondern eine von Unbilligkeit geprägte Einstellung zum Ausdruck.

Völlig sachfern seien auch die Überlegungen der belangten Behörde zur Frage, welche Aufgabe ein Kindergarten habe. Der Zweck des Kindergartenaufenthaltes bestehne nicht darin, dass dem Kind dort die deutsche Sprache "gelehrt" (Zitat im Original) werde, sondern schlicht und einfach, dass es sich dort in einem deutschen Sprachumfeld befinden, dass diese Sprache dort von Betreuern und Kindern gesprochen werde, dass es sich ihrer selbst bedienen müsse, um kommunizieren zu können. Ob und inwieweit dabei auch noch eine explizite Belehrung stattfinde, sei sekundär. Die Argumentation der belangten Behörde laufe in etwa darauf hinaus, es könne nicht vorausgesetzt werden, dass die Kinder ihre Muttersprache von den Eltern lernten, weil dies nirgends in einem Gesetz ausdrücklich normiert sei.

Es könnte durchaus in Frage gestellt werden, ob unter sonst gleichen Voraussetzungen auch ein Kindergartenbesuch in Österreich vorauszusetzen sei. Die beschränkten Deutschkenntnisse der Mutter würden in einem deutschsprachigen Umfeld wesentlich weniger Rolle spielen. Nichts desto weniger habe er aus eigenem von vornherein nur die Aufwandsdifferenz zwischen dem fraglichen Kindergartenbesuch und einem solchen in Wien geltend gemacht. In diesem Umfang gebe es keine Billigkeitserwägungen, welche eine weitere Kürzung bei der Berücksichtigung im Rahmen des Auslandsaufenthaltszuschusses rechtfertigen könnten. Im Gegenteil müsse es als absolut im Sinne der für die Rechtsordnung gültigen Wertvorstellung gelegen angesehen werden, dass einerseits Kinder von Auslandsbeamten nicht ihrer Heimat durch ein Defizit in deutschen Sprachkenntnissen entfremdet würden, und dass zu diesem Zweck notwendige besondere Aufwendungen auch nicht zu Lasten der Familie in ihrer Gesamtheit gingen, sondern im Rahmen jenes öffentlichen Interesses zusätzlich ersetzt würden, welches der Staat an seiner Auslandsvertretung einerseits und an der Chancengleichheit der Kinder andererseits habe.

Die Beschwerde ist berechtigt.

Der Verwaltungsgerichtshof tritt der übereinstimmenden Auffassung der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens bei, dass es sich bei den beschwerdegegenständlichen Kindergartenkosten typologisch um solche im Sinne des § 21 Abs. 1 Z 3 GehG handelt (Auslandsaufenthaltszuschuss).

Wie die belangte Behörde zutreffend erkannt hat, bedeutet das aber für sich allein noch nicht, dass diese Kosten jedenfalls zur angestrebten höheren Bemessung dieses Zuschusses zu führen hätten, mit anderen Worten, dass sie schon deshalb, weil sie anfielen, letztlich zur Gänze vom Bund als öffentlich-rechtlichem Dienstgeber zu tragen wären. Es geht nicht darum, in die Beurteilung des Beschwerdeführers einzugreifen, welche Maßnahmen er für die zweckmäßigsten hielt und welcher Aufwand hierfür angemessen erscheint; vielmehr steht auch bei der Bemessung dieses Zuschusses in Frage, ob er diesen Aufwand aus eigenem zu tragen hat oder ihn (ganz oder zum Teil) auf den öffentlich-rechtlichen Dienstgeber überwälzen kann. Eine solche Überwälzung kommt gemäß § 21 Abs. 3 GehG nur insoweit in Betracht, als sie der Billigkeit entspricht, wobei die Beurteilung aus einer Gesamtschau unter Bedachtnahme auch auf die übrigen in dieser Gesetzesstelle umschriebenen Bemessungsparameter vorzunehmen ist. Es wird umso eher der Billigkeit entsprechen, derartige Kosten zu berücksichtigen, d.h., sie werden umso mehr geeignet sein, eine höhere Bemessung dieses Zuschusses zu bewirken, je weniger sich der Beamte dieser Kostenbelastung entziehen konnte. Zu unterstreichen ist, dass es stets auf die Umstände des Einzelfalles ankommt (ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 21 GehG beginnend mit dem hg. Erkenntnis vom 11. Mai 1994, ZI. 93/12/0181; siehe auch das hg. Erkenntnis vom 17. Februar 1999, ZI. 98/12/0114 (mwN), betreffend Ausbildungskosten).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 11. Dezember 2002, ZI. 99/12/0206, näher dargelegt, dass sich aus § 21 GehG selbst der Grundsatz der Präferenz für eine am ausländischen Dienst- und Wohnort angebotene deutschsprachige Schulausbildung ergebe (siehe dazu die nähere Darstellung der maßgeblichen Rechtslage und der Problematik im genannten Erkenntnis). Der Beschwerdeführer hat schon im Verwaltungsverfahren darauf verwiesen,

dass der Besuch des deutschsprachigen Kindergartens vorteilhaft für den späteren Besuch der Deutschen Schule sein werde. Diesem Argument kommt Berechtigung zu. Aus dieser sich aus § 21 GehG ergebenden Präferenz sind auch Vorwirkungen abzuleiten, die im Beschwerdefall von Bedeutung sind. Der Argumentation des Beschwerdeführers ist beizutreten, dass der Besuch eines deutschsprachigen Kindergartens in einer ansonsten nicht deutschsprachigen Umgebung vorteilhaft für den (vom Gesetzgeber gewünschten) späteren Besuch einer deutschsprachigen Schule ist.

Richtig ist freilich das Argument der belangten Behörde, dass der Besuch des Kindergartens nicht nur pädagogischen Zwecken diene, sondern auch schlichtweg der Betreuung des Kindes. Allerdings liegt hinsichtlich dieser verschiedenen Aufgaben des Kindergartens eine Art untrennbare Gemengelage vor, welche eine monetäre Quantifizierung der einzelnen Komponenten (und einer Aufteilung nach prozentuellen Anteilen) nicht in dem Sinn zulässt, dass man prüfen könnte, was nun der Kindergartenbesuch beispielsweise ohne die Teilkomponente "Betreuung" kosten würde.

Dass die konkret geltend gemachten Kosten angesichts der tatsächlichen Umstände am ausländischen Dienstort (Kostenniveau solcher bzw. vergleichbarer Einrichtungen) objektiv überhöht wären, hat die belangte Behörde nicht festgestellt (und es ergaben sich dafür auch keine Hinweise). Auch eine Alternative zum Kindergartenbesuch in Auseinandersetzung mit den vom Beschwerdeführer hiefür angeführten pädagogischen Gründen hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid nicht aufgezeigt.

Ergänzend ist in diesem Zusammenhang darauf zu verweisen, dass sich, wie die belangte Behörde zutreffend erkannt hat, weder aus dem von ihr richtig wiedergegebenen § 30 des Statutes des auswärtigen Dienstes, BGBl. I Nr. 129/1999, noch aus § 15 Abs. 4 des Frauenförderungsplanes für das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten, BGBl. II Nr. 630/2003 (wonach, soweit dem nicht zwingende dienstliche Erfordernisse entgegenstehen, im Rahmen des Mobilitätsprinzips des auswärtigen Dienstes Anliegen der Berufstätigkeit der Ehegattinnen und -gatten sowie der Ausbildung der Kinder zu berücksichtigen sind) besoldungsrechtliche Ansprüche auf Ersatz der fraglichen Kindergartenkosten ableiten lassen. Daraus ist daher für den Beschwerdefall nicht unmittelbar etwas zu gewinnen, sieht man von der dem § 30 des genannten Statutes zu unterlegenden Wertung ab, dass der Besuch eines Kindergartens nichts Außergewöhnliches ist.

Die weiteren Überlegungen der belangten Behörde, die vom Beschwerdeführer angesprochene monatliche Belastung durch die fraglichen Kindergartenkosten den Leistungen in Bezug auf das Kind (Kinderzulage, Familienbeihilfe, Kinderabsetzbetrag und Kinderzuschlag als Teil der Auslandsverwendungszulage) einerseits bzw. einem hypothetischen Unterhaltsbeitrag gegenüber zu stellen, sind allerdings in dieser Form nicht zutreffend. Vielmehr wären nicht nur diese geltend gemachten monatlichen Aufwendungen, sondern auch der vom Beschwerdeführer in Anschlag gebrachte "Selbstbehalt" (monatliche Kosten eines fiktiven Kindergartenbesuches in Wien) - also die gesamten monatlichen Kosten des Kindergartenbesuches am ausländischen Dienstort -, sowie der weitere Unterhaltsbedarf des Kindes den zuvor genannten Leistungen der öffentlichen Hand in Bezug auf das Kind bzw. dem (Netto-)Einkommen des Beschwerdeführers gegenüber zu stellen.

Klar ist allerdings, was die belangte Behörde auch zutreffend hervorgehoben hat, dass ein "Doppelersatz" von Aufwendungen nicht in Betracht kommt (siehe das hg. Erkenntnis vom 18. Juni 2003, Zlen. 2003/06/0020 und 0026), sodass die streitgegenständlichen Kindergartenkosten vorweg um allfällige zweckbestimmte, sachlich kongruente Leistungen der öffentlichen Hand (nur solche kommen hier in Betracht) zu kürzen wären. Das hat sich im Beschwerdefall aber nicht ergeben. Insbesondere hat die belangte Behörde nicht aufgezeigt, dass der Kinderzuschlag als Teil der Auslandsverwendungszulage nach den sogenannten Auslandsbesoldungsrichtlinien (die, wie der Verwaltungsgerichtshof mehrfach ausgesprochen hat, mangels Kundmachung im Bundesgesetzblatt keine für den Verwaltungsgerichtshof maßgebliche Rechtsquelle sind - siehe dazu beispielsweise das hg. Erkenntnis vom 29. September 1999, Zl. 98/12/0140, Slg. Nr. 15.240/A, mwN) gerade dazu bestimmt wäre, solche Kindergartenkosten abzudecken, bzw. im Beschwerdefall gerade im Hinblick auf die im Vergleich zu Österreich hohen Kindergartenkosten in dieser Höhe ausbezahlt wird. Vielmehr verweist der Beschwerdeführer schlüssig darauf, dass diese finanziellen Zuwendungen unabhängig von der Höhe der konkreten Kosten, um die es hier geht, geleistet werden.

Zum Hinweis der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid, dem Beschwerdeführer verbleibe im Monat Mai 2004 nach Abzug des Kinderzuschlags eine Auslandsverwendungszulage in näher beifester Höhe, ist allgemein zu bemerken, dass im Hinblick auf die Rechtsnatur der Auslandsverwendungszulage als Aufwandsersatz dieser verbleibende Teil der Auslandsverwendungszulage (von dem sich - unbestritten - nicht ergeben hat, dass er zur

Abdeckung von Bedürfnissen des Kindes bestimmt sei) von vornherein bei der hier strittigen Bemessungsproblematik unberücksichtigt zu bleiben hat (zum Wesen der Auslandsverwendungszulage siehe abermals das zuvor genannte hg. Erkenntnis Slg. Nr. 15.240/A). Das hat im Übrigen die belangte Behörde zutreffend erkannt und diese Leistungen in der Folge unberücksichtigt gelassen (der Vollständigkeit halber ist noch Folgendes zu bemerken: Da nach § 21 Abs. 2 GehG die Kaufkraftausgleichszulage auch zur Auslandsverwendungszulage gebührt, gilt das zuvor Gesagte sinngemäß auch für den auf den Kinderzuschlag bzw. auf die restlichen Anteile an der Auslandsverwendungszulage entfallende Kaufkraftausgleichszulage, was allerdings am Ergebnis obiger Überlegungen nichts ändert). Das hat die belangte Behörde richtig erkannt und zutreffend in den weiteren Überlegungen auf die nach Abzug des Kinderzuschlags verbleibende Auslandsverwendungszulage nicht weiter Bedacht genommen.

Der Beschwerdeführer spricht - bereits unter Berücksichtigung eines (allerdings bislang unüberprüft gebliebenen) "Selbstbehaltens" - den Ersatz von (restlichen) Kindergartenkosten von insgesamt rund EUR 3000,-- an, das ist rund das Doppelte des von der belangten Behörde festgestellten (reinen) Monatsnettoeinkommens (für Mai 2004).

Betrachtet man nun das (sehr beträchtliche) Ausmaß der fraglichen Kindergartenkosten und bedenkt man weiters, dass ja auch noch die weiteren Bedürfnisse des Kindes zu befriedigen sind, kann vor dem Hintergrund des festgestellten Einkommens des Beschwerdeführers (zu welchem allerdings, worauf er zutreffend verweist, noch die anteiligen Sonderzahlungen zu rechnen wären, im Übrigen aber auch der darauf entfallende Anteil an der Kaufkraftausgleichszulage) einschließlich der zuvor mehrfach genannten Leistungen der öffentlichen Hand in Bezug auf das Kind, der Beurteilung der belangten Behörde, auch unter Berücksichtigung des vom Beschwerdeführers angebotenen "Selbstbehaltens" gebühre keinerlei Ersatz der geltend gemachten Kosten, nicht beigetreten werden. Dieses Ergebnis führt nämlich zu einer unausgewogenen übermäßigen finanziellen Belastung des Beschwerdeführers und kann insbesondere nicht als "billig" im Sinne des § 21 Abs. 3 GehG angesehen werden. Denkbar wäre zwar, dass der Kindergartenbesuch insofern auch im Interesse des Beschwerdeführers selbst liegt, als dadurch (also durch die von der belangten Behörde angesprochene Betreuung des Kindes im Kindergarten) eine Erwerbstätigkeit der Ehefrau des Beschwerdeführers - und das damit verbundene Erwerbseinkommen - ermöglicht wird (auf eine solche Erwerbstätigkeit seiner Ehefrau, allerdings erst seit 15. Februar 2004, hat der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 12. März 2004 verwiesen), was allenfalls (als ersatzmindernd) berücksichtigt werden könnte (zur Berücksichtigung eines auch gegebenen Interesses des Beamten bei der Bemessung des Aufwandsatzes nach § 21 GehG siehe die Hinweise am Schluss des hg. Erkenntnisses vom 26. Mai 1999, Zl. 97/12/0122 (es ging dabei um Beiträge zur Pensionsversicherung des Ehegatten)). Dazu fehlt es aber an den entsprechenden Sachverhaltsfeststellungen.

Da die belangte Behörde die zuvor aufgezeigten Umstände verkannte, belastete sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb er gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben war.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBI. II Nr. 333/2003.

Wien, am 21. Oktober 2004

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2004060095.X00

**Im RIS seit**

19.11.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

11.02.2010

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>