

# TE OGH 2009/9/28 2Ob15/09h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.09.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und durch die Hofräte Dr. Veith, Dr. E. Solé, Dr. Schwarzenbacher und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Pflegschaftssache der minderjährigen C\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, geboren am \*\*\*\*\* 2000, wegen Unterhalts, über den Revisionsrekurs des Vaters E\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*, vertreten durch Proksch & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, gegen den Beschluss des Landesgerichts St. Pölten als Rekursgericht vom 15. Oktober 2008, GZ 23 R 290/08g-U-28, womit der Beschluss des Bezirksgerichts Ybbs an der Donau vom 25. August 2008, GZ 1 P 56/05x-U-22, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

## Text

Begründung:

Die minderjährige C\*\*\*\*\* ist die eheliche Tochter der B\*\*\*\*\* und des E\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\*. Die Ehe der Eltern wurde am 12. 12. 2005 einvernehmlich geschieden. Im pflegschaftsgerichtlich genehmigten Scheidungsvergleich wurde vereinbart, dass C\*\*\*\*\* ihren hauptsächlichen Aufenthalt bei der Mutter haben und die Obsorge weiterhin beiden Eltern zukommen soll. Der Vater verpflichtete sich zur Leistung eines monatlichen Unterhaltsbeitrags in Höhe von 200 EUR ab 1. 1. 2006. Gleichzeitig wurde festgehalten, dass eine weitere Sorgspflicht des Vaters für einen (aus einer früheren Beziehung stammenden) 17-jährigen Sohn in Höhe von 320 EUR monatlich besteht.

Seit dem Schuleintritt der Minderjährigen im September 2006 leistet der Vater aufgrund einer mit der Mutter getroffenen Vereinbarung für C\*\*\*\*\* monatlich 250 EUR an Unterhalt. Die weitere Sorgpflicht für den Sohn ist mit 1. 7. 2008 weggefallen.

Der Vater hat in Österreich keinen Wohnsitz. Er ist seit 1. 10. 2006 als Attachéunteroffizier im Innendienst bei der österreichischen Botschaft in \*\*\*\*\* tätig. Sein Gesamtnettoeinkommen belief sich seither auf folgende Beträge:

1. 10. 2006 bis 31. 12. 2006: 20.409,49 EUR inkl. anteiliger Sonderzahlungen sowie 1.631,91 EUR Kaufkraftausgleichszulage, 5.217,87 EUR Auslandsverwendungszulage, 43,80 EUR Aufwandsentschädigung und 4.777,08 EUR fallweise Auslandsverwendungszulage.

1. 1. 2007 bis 31. 12. 2007: 59.733,93 EUR inkl. anteiliger Sonderzahlungen sowie 4.151,16 EUR Kaufkraftausgleichszulage, 30.504,81 EUR Auslandsverwendungszulage, 1.053,50 EUR Ausstattungszuschuss, 175,20 EUR Aufwandsentschädigung und 16.429,52 EUR Wohnkostenzuschuss.

1. 1. 2008 bis 31. 3. 2008: 15.171,73 EUR inkl anteiliger Sonderzahlungen sowie 1.205,52 EUR Kaufkraftausgleichszulage, 7.841,23 EUR Auslandsverwendungszulage, 43,80 EUR Aufwandsentschädigung und 4.203,32 EUR Wohnkostenzuschuss.

Die durch die Bezirkshauptmannschaft Melk vertretene Minderjährige beantragte mit dem Hinweis auf das gestiegene Einkommen ihres Vaters, dessen monatliche Unterhaltsverpflichtung ab 1. 10. 2006 auf (zuletzt) 550 EUR zu erhöhen.

Der Vater sprach sich gegen die beantragte Unterhaltserhöhung aus. Die ihm gemäß §§ 21 ff GehG aus Anlass der MietSlg 61.dienstlichen Verwendung im Ausland gewährten Zulagen und Zuschüsse seien als Aufwandsentschädigung nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen.

Das Erstgericht gab dem Antrag der Minderjährigen statt. Es ging vom eingangs wiedergegebenen Sachverhalt aus und folgte rechtlich, seit der letzten Unterhaltsbemessung seien einerseits die Bedürfnisse der Minderjährigen, andererseits die Einkünfte des Vaters wesentlich gestiegen. Mit Ausnahme der „fallweisen Auslandsverwendungszulage für Wohnkosten“, der „Aufwandsentschädigung“ und des Wohnkostenzuschusses seien sämtliche Zulagen in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen. Daraus errechne sich im Zeitraum vom 1. 10. 2006 bis 31. 3. 2008 ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen des Vaters von 3.854 EUR, welches der Unterhaltsbemessung zugrunde zu legen sei. Davon ausgehend ermittelte das Erstgericht anhand der Prozentwertmethode (18 % abzüglich 2 % für die konkurrierende Sorgepflicht bis 30. 6. 2008) die monatlichen Unterhaltsansprüche der Minderjährigen, die es noch durch die teilweise Anrechnung der Transferleistungen kürzte. Danach ergaben sich rechnerisch monatlich 553 EUR für den Zeitraum 1. 10. 2006 bis 30. 6. 2008 und 612 EUR für den Zeitraum ab 1. 7. 2008. Der begehrte Unterhalt von monatlich 550 EUR entspreche somit dem Leistungsvermögen des Vaters.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

In rechtlicher Hinsicht pflichtete es dem Erstgericht zunächst darin bei, dass die „fallweise Auslandsverwendungszulage“ und der Ausstattungszuschuss (§ 21e GehG) nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen seien. Entgegen der Meinung des Erstgerichts sei aber auch die Kaufkraftausgleichszulage (§ 21b GehG), die ausschließlich der Abgeltung der höheren Lebenshaltungskosten am ausländischen Dienort diene, zur Gänze, die „Aufwandsentschädigung“ hingegen nur zur Hälfte aus der Unterhaltsbemessungsgrundlage auszuscheiden.

Die gänzliche Ausscheidung des Wohnkostenzuschusses (§ 21c GehG) könne nur dann gerechtfertigt sein, wenn der Unterhaltspflichtige infolge seiner Verwendung im Ausland gezwungen sei, zusätzlich zu seiner Wohnversorgung in Österreich eine weitere Wohnung am Dienort zu unterhalten. Könne der Unterhaltspflichtige seine in Österreich bestehende Wohnung nicht auflösen, etwa weil sie auch zur Wohnversorgung Angehöriger erforderlich sei, entstehe durch die zusätzlichen Wohnkosten im Ausland ein Mehraufwand, dessen Abgeltung der Wohnkostenzuschuss diene. Im vorliegenden Fall stehe aber fest, dass der Vater in Österreich keinen Wohnsitz habe. Aus den aktenkundigen Unterlagen über die Bemessung des Wohnkostenzuschusses gehe ferner hervor, dass sein Dienstgeber die gesamten Kosten der Wohnversorgung im Ausland trage. Im Vergleich zu anderen Unterhaltspflichtigen, die von ihrem Einkommen auch ihre Wohnversorgung finanzieren müssten, wäre der Vater damit aber besser gestellt. Im Ergebnis sei er daher nicht anders zu behandeln wie ein Dienstnehmer, der von seinem Dienstgeber eine Dienstwohnung unentgeltlich als Naturalleistung zur Verfügung gestellt erhalte. Grundsätzlich wäre daher der gesamte Wohnkostenzuschuss in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen. Da der Zuschuss infolge des Preisniveaus in \*\*\*\*\* aber überdurchschnittlich hoch ausfalle, sei lediglich der den Kosten einer angemessenen Wohnversorgung entsprechende Anteil zu berücksichtigen. Dieser werde für eine alleinstehende Person in der beruflichen Position des Unterhaltspflichtigen unter Anwendung des § 34 AußStrG mit monatlich rund 400 EUR festgesetzt.

Zur Auslandsverwendungszulage gemäß § 21 GehG aF habe der Oberste Gerichtshof zuletzt in der Entscheidung 2 Ob 173/03k die Auffassung vertreten, diese Zulage stelle einen echten Aufwandsersatz dar. Andererseits sei zur Auslandsverwendungszulage nach dem damaligen Auslandseinsatzzulagengesetz (AEZG) mehrmals ausgesprochen worden, dass es sich beim Sockelbetrag und dem Funktionszuschlag um fixe Gehaltsbestandteile handle, die mangels Ausgleichs eines tatsächlichen Mehraufwands ungekürzt in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen seien. Dies gelte ebenso für den Zonen-, den Klima- und den Krisenzuschlag. Infolge der Novellierung des § 21 GehG im Jahr 2004 seien an dessen Stelle die neu gefassten §§ 21 bis 21g getreten. § 21a GehG bestimme nun, dass sich die

Auslandsverwendungszulage aus Grundbetrag, Funktionszuschlag, Zonenzuschlag, Klimazuschlag, Härtezuschlag, Krisenzuschlag, Ehegattenzuschlag und Kinderzuschlag zusammensetze. Damit folge § 21a GehG nunmehr der Systematik der alten Bestimmungen des AEZG. Wie den vorliegenden Urkunden zu entnehmen sei, handle es sich bei Grundbetrag, Funktionszuschlag und Zonenzuschlag um jeweils innerhalb eines Jahres gleichbleibende Fixbeträge, ohne dass irgendeine Relation zu tatsächlichen Aufwendungen erkennbar sei. Der Vater habe einen konkreten Mehraufwand, den er während des Auslandsaufenthalts tragen müsste und der durch die ihm zuerkannten Pauschalsätze abzugelten wäre, weder behauptet noch dargelegt. Unter diesen Umständen müsse aber die Auslandsverwendungszulage zur Gänze als fester Gehaltsbestandteil angesehen und in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einbezogen werden.

In Anknüpfung an diese Rechtsausführungen errechnete das Rekursgericht die Unterhaltsbemessungsgrundlage mit 3.829,54 EUR und die sich daraus ergebenden Unterhaltsansprüche der Minderjährigen mit 612,73 EUR für den Zeitraum 1. 10. 2006 bis 30. 6. 2008 und mit 689,32 EUR ab 1. 7. 2008. Nach Berücksichtigung der steuerlichen Entlastung verblieben 557,97 EUR bzw 609,12 EUR, somit jeweils ein die begehrten 550 EUR übersteigender Betrag.

Der ordentliche Revisionsrekurs sei zulässig, weil das Rekursgericht hinsichtlich der Berücksichtigung der Auslandsverwendungszulage bei der Unterhaltsbemessung von der Entscheidung 2 Ob 173/03k abgewichen sei und sich seither auch die Gesetzeslage geändert habe. Zu den neu gefassten Bestimmungen des Gehaltsgesetzes liege noch keine einschlägige Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vor.

Gegen die zweitinstanzliche Entscheidung richtet sich der Revisionsrekurs des Vaters mit dem Antrag, die Beschlüsse der Vorinstanzen im Sinne der Abweisung des Unterhaltserhöhungsantrags abzuändern, hilfsweise, den monatlichen Unterhaltsbeitrag mit 250 EUR festzusetzen.

Die Minderjährige beantragt in ihrer Revisionsrekursbeantwortung dem Rechtsmittel des Vaters nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist aus den vom Rekursgericht genannten Gründen zulässig; er ist jedoch nicht berechtigt.

Der Vater macht geltend, die Auslandsverwendungszulage sei sowohl in § 21 Abs 5 GehG aF als auch in § 21g Abs 3 GehG nF ausdrücklich als Aufwandsentschädigung definiert. Es möge zwar richtig sein, dass dieser Zulage nicht unbedingt ein entsprechender finanzieller Mehraufwand gegenüber stehe. Würde sie aber als Entgeltbestandteil behandelt werden, stellte dies eine Missachtung des gesetzgeberischen Willens dar. Dazu komme, dass die Zulage dem Bezugsempfänger auf dessen Antrag in einem eigenen Verfahren bescheidmäßig zuerkannt werde. Mit der Verneinung des Charakters der Auslandsverwendungszulage als Aufwandsentschädigung nehme das Gericht eine Kompetenz für sich in Anspruch, die ihm nach dem Prinzip der Gewaltentrennung nicht zukomme. Es sei daher weiterhin die in der Entscheidung 2 Ob 173/03k geäußerte Rechtsansicht des Obersten Gerichtshofs maßgeblich, wonach die Auslandsverwendungszulage nach dem Gehaltsgesetz nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen sei. Dies gelte im Übrigen auch für den Wohnkostenzuschuss, weil dieser ebenfalls gesetzlich zur Aufwandsentschädigung erklärt worden sei.

Hiezu wurde erwogen:

1. Als Unterhaltsbemessungsgrundlage gemäß § 140 ABGB sind sämtliche tatsächlich erzielten Einnahmen des Unterhaltspflichtigen in Geld oder geldwerten Leistungen, über die er verfügen kann, heranzuziehen, soweit es sich nicht um die Abgeltung von effektiven Auslagen handelt (10 Ob 30/08x; RIS-Justiz RS0107262 [T1]). Bei unselbständig Erwerbstätigen fällt darunter das Arbeitsentgelt, also das, was der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft leistet, soweit damit nicht tatsächliche Aufwendungen abgegolten werden. Hiebei wird an den arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff angeknüpft (7 Ob 302/99h; vgl auch 10 Ob 30/08x; Neuhauser in Schwimann, ABGB<sup>3</sup> I § 140 Rz 52). Aufwandsentschädigungen (Diäten, Taggeld, Nächtigungsgeld, Reisekostenentschädigung u.dgl) werden im Zweifel zur Hälfte in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einbezogen, es sei denn, der Unterhaltspflichtige vermag nachzuweisen, dass diese darüber hinaus der Abdeckung berufsbedingter Mehrausgaben dienen (10 Ob 30/08x; vgl RIS-Justiz RS0047442; Neuhauser aaO Rz 61).

2. Im Sinne dieser Rechtsprechung war der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach mit der Prüfung der Frage befasst, ob die einem Unterhaltspflichtigen aus Anlass seiner beruflichen Tätigkeit im Ausland zusätzlich zu seinem Inlandsgehalt gewährten Zulagen und Zuschüsse die Unterhaltsbemessungsgrundlage erhöhen. So wurde in den

Entscheidungen 2 Ob 39/99w und 2 Ob 153/99k, bei denen jeweils die aus Sockelbetrag und diversen Zuschlägen (Zonenzuschlag, Klimazuschlag, Krisenzuschlag und Funktionszuschlag) bestehende Auslandseinsatzzulage im Sinne des - mit 31. 3. 1999 außer Kraft getretenen - Auslandseinsatzzulagengesetzes (AEZG), BGBl 1991/365, Gegenstand der Beurteilung war (vgl nunmehr die Auslandszulage nach dem Auslandszulagen- und -hilfeleistungsgesetz [AZHG], BGBl I 1999/66, bestehend aus einem Prozentsatz des Sockelbetrags und Zuschlägen [Zonenzuschlag, Klimazuschlag, Krisenzuschlag, Ersteinsatzzuschlag, Funktionszuschlag, Gefahrenzuschlag, Unterkunfts- und Verpflegungszuschlag]), die Auffassung vertreten, dass die gesamte Zulage mangels Ausgleichsfunktion für einen konkreten Mehraufwand in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen sei.

Die Entscheidung 2 Ob 318/99z betraf eine Entsendungszulage des Bediensteten einer Fluglinie, bei welcher noch nicht feststand, ob und in welchem Ausmaß ihr Ersatzcharakter für tatsächliche Mehraufwendungen zuzubilligen sei. Bei der Entscheidung 7 Ob 302/99h ging es um ein vom Dienstgeber gewährtes Taggeld, bei welchem noch zu klären war, inwieweit dieses zur Tragung der Wohnungskosten im Ausland und somit zur Abdeckung tatsächlicher Mehrkosten verwendet wurde.

All diesen Entscheidungen lag die gemeinsame Erwägung zugrunde, dass die gewährten Zulagen und Zuschüsse nur in jenem Umfang, als sie dem Ausgleich eines tatsächlichen Mehraufwands dienten, bei der Ermittlung der Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht zu berücksichtigen seien. Sollten derartige Zulagen aber auch nur zum Teil einen versteckten Gehaltsbestandteil darstellen, weil sie mehr als den Ersatz des dem Unterhaltspflichtigen durch den Auslandsaufenthalt tatsächlich entstandenen Mehraufwands enthalten, so sei der übersteigende Teil der Zulage in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen (vgl 2 Ob 318/99z; auch 9 ObA 101/03y; RIS-Justiz RS0110703).

3. § 21 Abs 1 GehG 1956 sah bis zur Neufassung dieser Bestimmung im Zuge der Dienstrechts-Novelle 2004, BGBl I 2004/176, vor, dass dem Beamten, der seinen Dienstort im Ausland hat und dort wohnen muss, eine Kaufkraftausgleichszulage (Z 1), eine Auslandsverwendungszulage (Z 2) und - in der ab 1. 7. 1991 geltenden Fassung - auf Antrag auch ein Auslandsaufenthaltszuschuss (Z 3) gebührt. Die Gewährung der Auslandsverwendungszulage war an die Voraussetzung geknüpft, dass dem Beamten durch die Ausübung des Dienstes oder aus Anlass der Ausübung des Dienstes im Ausland besondere Kosten entstehen. Der im Ausland verwendete Beamte sollte somit zusätzlich zu dem weitergebührenden Monatsbezug Zulagen erhalten, durch welche die höheren Lebenshaltungskosten und die mit der Auslandsverwendung verbundenen Aufwendungen abgegolten werden (so die Materialien zur 19. Gehaltsgesetz-Novelle: ErlRV 1168 BlgNR XI. GP 10). Die Kriterien ihrer Bemessung waren in § 21 Abs 3 GehG nur ganz allgemein umschrieben; von der ihr dort eingeräumten Ermächtigung, die Bemessung durch Verordnung näher zu regeln, machte die Bundesregierung damals keinen (ausdrücklichen) Gebrauch. Statt dessen wurden seitens des zuständigen Bundesministers „Richtlinien für die Besoldung der im Ausland verwendeten Beamten gemäß § 21 GehG 1956“ geschaffen und den nachfolgenden Behörden per Rundschreiben zur Kenntnis gebracht. Diese Richtlinien sahen für die Bemessung der Auslandsverwendungszulage einen Grundbetrag sowie mehrere Zuschläge (Funktionszuschlag, Zuschlag für Öffentlichkeitsarbeit und Kontaktpflege, Zonenzuschlag, Klimazuschlag, Härtezuschlag, Krisenzuschlag, Ehegattenzuschlag und Kinderzuschlag) vor (vgl VwGH 29. 9. 1999, 98/12/0140; VfGH 23. 6. 2004, V8/04). Es entsprach jedoch der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, dass diesen „Auslandsbesoldungsrichtlinien“ mangels gehöriger Kundmachung im Bundesgesetzblatt kein normativer Charakter zukam und als Rechtsquelle nicht beachtlich war (vgl VwGH 29. 9. 1999, 98/12/0140 und 21. 10. 2004, 2004/06/0095 je mwN).

4. Vor dem Hintergrund der soeben dargestellten Rechtslage vertrat der Oberste Gerichtshof unter Bezugnahme auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs in der Entscheidung 7 Ob 640/90 die Auffassung, die Auslandsverwendungszulage gemäß § 21 GehG (dessen Entscheidungserheblichkeit im damaligen Anlassfall allerdings noch nicht feststand) bezwecke eine Pauschalierung der Diäten. Es sei gerichtsbekannt, dass solche Pauschalierungen häufig mehr an Auslagenersatz enthielten, als tatsächlich aufgewendet werden müsse und dass der Mehrbetrag einen versteckten Gehaltsbestandteil darstellen könne.

Dem widersprach der 3. Senat in der Entscheidung 3 Ob 160/97v. Die Auslandsverwendungszulage gemäß § 21 GehG, die nach einem Dienstrechtsverfahren, in dem alle rechtserheblichen Tatbestandsmerkmale zu erheben seien, mittels Bescheids festzustellen sei, diene nach der gesetzlichen Regelung und der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs dem Ausgleich der im Ausland entstehenden besonderen Kosten und sei daher in die Unterhaltsbemessungsgrundlage nicht einzubeziehen.

In der Entscheidung 2 Ob 216/98v musste der Oberste Gerichtshof auf die Divergenz dieser beiden Entscheidungen nicht näher eingehen, weil dort außer Streit stand, dass der Unterhaltspflichtige mehr als den tatsächlichen Mehraufwand erhielt. In den Entscheidungen 3 Ob 144/99v und 2 Ob 173/03k folgte der Oberste Gerichtshof hingegen der Entscheidung 3 Ob 160/97v.

5. Mit dem bereits zitierten Erkenntnis V8/04 vom 23. 6. 2004 hob der Verfassungsgerichtshof das die damalige Fassung der „Auslandsbesoldungsrichtlinien“ enthaltende und als Verordnung zu wertende „Durchführungsrundschreiben“ des Bundesministers für öffentliche Leistung und Sport vom 25. 9. 2000 als gesetzwidrig auf. Dies führte zu der bereits angesprochenen Neuregelung im Rahmen der Dienstrechts-Novelle 2004. In den Gesetzesmaterialien wird dazu ausgeführt, dass die Regelung die Übernahme des bisher lediglich im Verwaltungsweg geübten Vollzugs des § 21 GehG in den Rechtsbestand (§§ 21 bis 21h GehG) unter klarer Definition der Ansprüche bezweckt (685 BlgNR XXII. GP 3).

Gemäß § 21 GehG nF hat der Beamte, solange er einer im Ausland gelegenen Dienststelle zur dauernden Dienstleistung zugewiesen ist und dort wohnen muss, nach Maßgabe der §§ 21a bis 21h GehG Anspruch auf den Ersatz der besonderen Kosten, die ihm durch die Verwendung im Ausland notwendigerweise entstehen und entstanden sind. In den folgenden Bestimmungen enthält das Gesetz Regelungen über die Auslandsverwendungszulage (§ 21a), die Kaufkraftausgleichszulage (§ 21b), den Wohnkostenzuschuss (§ 21c), Zuschüsse für Familienangehörige (§ 21d), den Ausstattungszuschuss (§ 21e) und den Folgekostenzuschuss (§ 21f), gemeinsame Bestimmungen zu den §§ 21a bis 21f (§ 21g) und besondere Auszahlungsbestimmungen (§ 21h).

Gemäß § 21a GehG besteht die dem Beamten gebührende Auslandsverwendungszulage aus 1. einem Grundbetrag, 2. einem Funktionszuschlag nach Maßgabe seiner dauernden dienstlichen Verwendung, 3. einem Zonenzuschlag nach Maßgabe der kürzesten geografischen Entfernung seines ausländischen Dienst- und Wohnorts von Wien, sofern diese Entfernung mehr als 200 km beträgt und der Dienstort nicht als Grenzort im Sinne des § 25 der Reisegebührenvorschrift 1955, BGBl Nr 133, gilt, 4. einem Klimazuschlag, wenn die klimatischen Verhältnisse am ausländischen Dienst- und Wohnort wesentlich von denen in Wien abweichen, 5. einem Härtezuschlag, wenn am ausländischen Dienst- und Wohnort im Vergleich zu Wien dauernd besonders schwierige Lebensverhältnisse in Form von politischer oder kultureller Isolation, Umweltbelastung, Sicherheits-, Versorgungs- oder Infrastrukturmängeln vorliegen, 6. einem Krisenzuschlag auf die begrenzte Dauer außerordentlicher Ereignisse am ausländischen Dienst- und Wohnort wie Krieg, Bürgerkrieg, Aufruhr und Terror sowie Katastrophen, wenn diese Ereignisse dem Beamten zusätzliche besondere Kosten verursachen, 7. einem Ehegattenzuschlag, solange sich der Ehegatte bei gemeinsamer Haushaltsführung mit dem Beamten ständig am ausländischen Dienst- und Wohnort aufhält, und 8. einem Kinderzuschlag für jedes a) eheliche Kind, b) legitimierte Kind, c) Wahlkind, d) uneheliche Kind, e) Stiefkind des Beamten, für das er gemäß § 4 GehG Anspruch auf Kinderzulage hat, so lange es sich ständig am ausländischen Dienst- und Wohnort des Beamten aufhält.

Detailliertere Regelungen zur Bemessung der Auslandsverwendungszulage enthält die aufgrund der Verordnungsermächtigung des § 21g Abs 3 Satz 2 GehG erlassene und am 22. 4. 2005 in Kraft getretene Auslandsverwendungsverordnung (AVV), BGBl II 2005/107. Aus den §§ 1 f AVV ergibt sich, dass der Grundbetrag und - mit Ausnahme des Funktionszuschlags (je nach Funktion sind fixe Beträge vorgesehen) - alle weiteren Zuschläge nach mit einem bestimmten Betrag dotierten Werteinheiten festzusetzen sind. So bestimmt etwa § 2 Abs 2 AVV, dass der Grundbetrag acht Werteinheiten beträgt.

6. Im Gegensatz zur früheren Rechtslage, bei der die Gewährung der Auslandsverwendungszulage noch von der Voraussetzung besonderer Kosten (im Sinne einer Bedingung) abhängig war („... wenn ihm durch die Ausübung des Dienstes ... besondere Kosten entstehen ...“), wird das Entstehen solcher Kosten in § 21 GehG nF nunmehr schlechthin unterstellt. Die Gewährung der Auslandsverwendungszulage ist, sieht man von den „zusätzlichen besonderen Kosten“ als Anspruchsvoraussetzung für den Risikozuschlag ab, nicht mehr an einen konkreten finanziellen Mehraufwand („besondere Kosten“) geknüpft. Dies gesteht auch der Vater, der in erster Instanz keine solchen Aufwendungen zu nennen vermochte, in seinem Revisionsrekurs letztlich zu. Damit hat die Auslandsverwendungszulage aber (aus unterhaltsrechtlicher Perspektive) den Charakter als reine Aufwandsentschädigung eingebüßt.

Dem Rekursgericht ist beizupflichten, dass das Bemessungsschema für diese Zulage nun jenem gleicht, welches den - obwohl zu „andersartigen“ Auslandszulagen ergangenen - Entscheidungen 2 Ob 39/99w und 2 Ob 153/99k zugrunde

lag und nach welchen die Zulage mangels Nachweises konkreter Aufwendungen zur Gänze in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen sei.

Unter diesen Umständen kann die zur früheren Rechtslage ergangene Rechtsprechung nicht fortgeschrieben werden. Dies führt zu dem Ergebnis, dass die Auslandsverwendungszulage gemäß § 21a GehG als Bestandteil des vom unterhaltspflichtigen Vater bezogenen und ihm zur freien Verfügung stehenden Entgelts in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen ist. Es wäre Sache des Unterhaltspflichtigen gewesen, zu behaupten und zu beweisen, dass die Zulage im Einzelfall der Abdeckung eines konkreten finanziellen Mehraufwands diene. Diesen Beweis hat der Vater im vorliegenden Fall nicht erbracht.

7. Dieser Beurteilung steht auch die Regelung des § 21g Abs 3 Satz 1 GehG nicht entgegen, wonach die Zulagen und Zuschüsse nach den §§ 21a bis 21f GehG (also auch die Auslandsverwendungszulage) als Aufwandsentschädigung gelten. Diese Regelung, die mit der 19. Gehaltsgesetz-Novelle, BGBl 1969/198, eingeführt wurde und zunächst in § 21 Abs 5, dann in § 21 Abs 12 GehG aF enthalten war, kommt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nur dienstrechtliche und - hinsichtlich der Beitragsfreiheit - sozialversicherungsrechtliche Bedeutung zu (VwGH 28. 3. 2008, 2005/12/0187). Auch der Oberste Gerichtshof hat bereits klargestellt, dass die Beurteilung, ob die Auslandsverwendungszulage in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen sei, nicht allein auf die - als lediglich steuerrechtlich bedeutsam angesehenen - Bestimmung des § 21 Abs 12 GehG aF gestützt werden könne, weil für das zivilrechtliche Unterhaltsbemessungsverfahren die Steuerbemessungsgrundlage, wenn erforderlich, nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu korrigieren sei (3 Ob 144/99v mWN). Damit steht die Rechtsprechung im Einklang, wonach für die Beurteilung, ob eine bestimmte Leistung des Dienstgebers unter den Begriff des „Entgelts“ fällt oder aber als Aufwandsentschädigung anzusehen ist, weder auf die Bezeichnung noch auf die steuer- oder sozialrechtliche Beurteilung der Leistung abzustellen ist (9 ObA 101/03y).

Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber der 19. Gehaltsgesetz-Novelle privatrechtliche, insbesondere unterhaltsrechtliche Gesichtspunkte vor Augen hatte, lassen sich jedenfalls weder dem Gesetzestext noch den zum Zweck der Regelung schweigenden Gesetzesmaterialien (vgl ErlRV 1168 BlgNR XI. GP 10) entnehmen. § 21g Abs 3 Satz 1 GehG ist daher dahin zu verstehen, dass diese Bestimmung bei der Beantwortung der ausschließlich nach unterhaltsrechtlichen Grundsätzen zu lösenden Frage, ob die in den §§ 21a bis 21f GehG geregelten Zulagen und Zuschüsse Entgelt oder Aufwandsentschädigung sind, nicht anzuwenden ist. Ein Eingriff in die verwaltungsbehördliche Entscheidungskompetenz findet durch diese Auslegung nicht statt.

8. Den zweitinstanzlichen Erwägungen zur teilweisen Berücksichtigung des Wohnkostenzuschusses (§ 21c GehG) hält der Vater in seinem Revisionsrekurs im Wesentlichen nur entgegen, dass auch dieser Zuschuss gemäß § 21g Abs 3 GehG als Aufwandsentschädigung gilt. Hiezu kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Sein weiteres Argument, der Zuschuss bezwecke schon nach dem Gesetzeswortlaut nicht die Abdeckung der gesamten Wohnkosten, sodass der im Ausland tätige Beamte einen Teil dieser Kosten aus Eigenem tragen müsse, geht nicht auf die Überlegung des Rekursgerichts ein, dass aus Gründen der Gleichbehandlung aller Unterhaltspflichtigen die teilweise Einbeziehung des Wohnkostenzuschusses in die Unterhaltsbemessungsgrundlage zur Erzielung eines sachgerechten Ergebnisses im Anlassfall geboten sei. Es genügt daher der Hinweis auf die überzeugend begründete und vom erkennenden Senat geteilte Rechtsansicht des Rekursgerichts, wonach bei einem im Ausland in Verwendung stehenden unterhaltspflichtigen Beamten, der im Inland keinen Wohnsitz unterhält, jedenfalls der einer angemessenen Wohnversorgung im Inland entsprechende Anteil des Wohnkostenzuschusses gemäß § 21c GehG in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen ist (§ 71 Abs 3 Satz 2 AußStrG).

9. Aus den dargelegten Erwägungen war dem Revisionsrekurs ein Erfolg zu versagen.

#### **Textnummer**

E92229

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2009:0020OB00015.09H.0928.000

#### **Im RIS seit**

28.10.2009

#### **Zuletzt aktualisiert am**

19.09.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)