

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

28.08.1997

Geschäftszahl

3Ob160/97v

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Hofmann als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Graf, Dr.Pimmer, Dr.Zechner und Dr.Sailer als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj. Benedikt Clemens H*****, geboren am 12.5.1988, vertreten durch die Mutter Cornelia H*****, diese vertreten durch Dr.Helene Klaar, Rechtsanwältin in Wien, wegen Unterhalts, infolge außerordentlichen Revisionsrekurses des ehelichen Vaters Mag.Othmar H*****, vertreten durch Dkfm.DDr.Gerhard Grone, Rechtsanwalt in Wien, gegen den Beschluß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgerichtes vom 14. Februar 1997, GZ 43 R 1124/96d-29, womit infolge Rekurses des Vaters der Beschluß des Bezirksgerichtes Josefstadt vom 8.November 1996, GZ 1 P 1264/95k-26, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden im Umfang der Festsetzung des laufenden Unterhalts ab 1.6.1996 bestätigt, im übrigen aber (Punkt 1a des erstgerichtlichen Beschlusses) aufgehoben.

Dem Erstgericht wird insoweit die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

Text**Begründung:**

Im Scheidungsvergleich vom 22.12.1992 verpflichtete sich der Vater zu einer monatlichen Unterhaltsleistung für den Minderjährigen von S 2.500,-- ab 1.1.1993. Damals gingen die Eltern von einer Bemessungsgrundlage von S 15.000,-- (14 x jährlich) aus.

Aufgrund einer abändernden Entscheidung des Rekursgerichtes vom 10.11.1994 (ON 17) wurde die Unterhaltsverpflichtung des Vaters ab 1.6.1994 auf S 3.800,-- monatlich erhöht.

Nunmehr beantragte das Kind, den Vater zu einer Unterhaltsnachzahlung von S 42.000,-- samt 4 % Zinsen seit 1.4.1994 für den Zeitraum vom 1.6.1993 bis 31.5.1994 zu verpflichten und darüber hinaus zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von S 5.000,-- ab 1.6.1996.

Der Vater trat beiden Anträgen entgegen.

Soweit für das Revisionsrekursverfahren noch von Bedeutung, führte er aus, daß die vom Antragsteller angesprochene Einkommenserhöhung infolge seiner Auslandsverwendung lediglich der Abdeckung besonderen

Mehraufwands gedient habe. Er habe monatlich eine Vergütung gemäß § 21 GehG in der Höhe von S 16.591,30 monatlich erhalten, die ausschließlich zum Ausgleich der höheren Lebenerhaltungskosten durch den Auslandsaufenthalt, unter anderem als Kaufkraftdisparitätsausgleich gewährt werde. Schon aus dem Gesetzestext ergebe sich, daß die Höhe der Vergütung exakt nach den tatsächlich erwachsenen Mehrkosten zu berechnen sei.

Der Antragsteller erwiderte, daß sämtliche Zulagen zumindest zu 50 % in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen seien. Sie seien nicht als Barauslagenersatz anzurechnen.

Das Erstgericht gab beiden Anträgen zur Gänze statt.

Dem dagegen erhobenen Rekurs des Vaters, mit dem er beantragte, den bekämpften Beschluß dahin abzuändern, daß das gesetzliche Ausmaß des Unterhalts festgestellt werde, gab das Rekursgericht mit dem nunmehr angefochtenen Beschluß nicht Folge.

Die Vorinstanzen gingen von folgendem Sachverhalt aus:

Der Vater war vom 1.6.1993 bis 31.5.1994 als Beamter im Ausland (Brüssel) beschäftigt und bezog eine Auslandszulage. Der Minderjährige befindet sich in Pflege und Erziehung seiner Mutter und ist einkommens- und vermögenslos. Außer für den Minderjährigen treffen den Unterhaltsverpflichteten keine weiteren gesetzlichen Sorgepflichten.

Das Rekursgericht setzte sich mit der Bestimmung des § 21 Abs 1 GehG auseinander und zitierte den Gesetzestext, wonach Beamten, die ihren Dienort im Ausland haben oder [richtig aber: und] dort wohnen müssen, eine monatliche Kaufkraftausgleichszulage, eine monatliche Auslandsverwendungszulage und (auf Antrag) ein Auslandsaufenthaltszuschuß gebührt. Davon ausgehend sprach es aus, daß die Auslandsverwendungszulage, auch wenn sie als Aufwandsentschädigung angesehen werde, dem Unterhaltspflichtigen eine Lebensführung erlaube, an welche das Kind nach § 140 Abs 1 ABGB angemessen teilnehmen könne. Sie sei daher im Sinne des § 140 Abs 1 ABGB angemessen zu berücksichtigen (EF 50.604). Wenn das Erstgericht die Auslandszulage demnach zur Hälfte in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einbezogen habe, so sei dies nicht zu beanstanden.

Das Rekursgericht sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der außerordentliche Revisionsrekurs des Vaters, mit dem er die Aufhebung der Entscheidung beider Vorinstanzen begehrt und weiters, daß dem Erstgericht die neue Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen werde.

Zur Frage der Zulässigkeit wird im Revisionsrekurs ausgeführt, daß eine oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, in welchem Verhältnis § 21 Abs 1 GehG zu § 140 Abs 1 ABGB steht, nicht bekannt oder zugänglich sei.

Der Vater habe ständig geltend gemacht, daß die Vergütung gemäß § 21 GehG aus der Beurteilungsgrundlage zu entfallen habe. Seiner Mitwirkungspflicht habe er durch die Abgabe seiner Stellungnahme vom 28.8.1996 mit Berechnungsbeispielen und Unterlagen mehr als entsprochen. Da alle diese Unterlagen aktenkundig seien und der erstinstanzliche Beschluß darauf nicht eingegangen sei, habe sich der Rekurswerber im Verfahren vor der zweiten Instanz darauf beschränkt, diese Unterlassung zu rügen. Die vom Rekursgericht zitierte Entscheidung sei auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Aus der Passage im § 21 Abs 1 GehG "... wenn die Kaufkraft des Schillings dort geringer ist als im Inland..." ergebe sich unzweifelhaft, daß es sich um eine Teuerungsabgeltung handle, die somit keinerlei Veränderung in der zur Verfügung stehenden Kaufkraft des Vaters bewirke. Ohne jede Erwähnung sei in beiden Entscheidungen sein Vorbringen betreffend die Unterhaltsverpflichtung der Kindesmutter geblieben.

Rechtliche Beurteilung

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

Nicht gefolgt werden kann ihm allerdings, was die Erhöhung des laufenden Unterhalts angeht (Pkt 1 b des erstgerichtlichen Beschlusses). Wie schon vom Rekursgericht zutreffend ausgeführt wurde, hat der Vater in seinem Rekurs, wenn man von den Ausführungen zu § 21 GehG absieht, in keiner Weise dargelegt, inwieweit er die rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes für unzutreffend halte. Es liegt daher keine gesetzmäßig ausgeführte

Rechtsrüge vor. Nach ständiger Rechtsprechung zu § 503 Z 4 ZPO kann nun eine in der Berufung versäumte (gesetzmäßige) Rechtsrüge in der Revision nicht nachgetragen werden (EF 57.835 und 57.836; weitere Nachweise bei Kodek in Rechberger ZPO Rz 5 zu § 503). Nach der seit der WGN 1989 völlig gleichen Rechtslage nach § 15 Z 4 AußStrG kann nun auch im Außerstreitverfahren nichts anderes gelten. Es ist somit dem Obersten Gerichtshof verwehrt, die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung, was den laufenden Unterhalt angeht zu überprüfen. Darüber hinaus sind vom Gericht zweiter Instanz verneinte Verfahrensmängel erster Instanz nicht mehr vom Obersten Gerichtshof zu überprüfen, was auch für § 15 Z 2 AußStrG gilt (EF 70.835; EF 76.511; ÖA 1995, 91/F 93; EF 79.677; zuletzt 9 Ob 103/97f).

Insoweit war daher dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben.

Was den für die Vergangenheit begehrten Unterhalt angeht, sind die Vorinstanzen zu Recht auf den Hinweis des Vaters in der Stellungnahme ON 22 auf Pichler in Rummel2 Rz 10 zu § 140 nicht eingegangen, weil es schon (für die hier allein in Frage kommende Konstellation) an Tatsachenbehauptungen fehlt, daß die Mutter des Minderjährigen in besseren Lebensverhältnissen leben würde als der geldunterhaltspflichtige Vater. Insoweit ist der Revisionsrekurs aber zulässig, weil (jedenfalls zu der seit BGBl 1992/314 geltenden Fassung des § 21 Abs 1 GehG) eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes noch nicht vorliegt.

Wie vom Rekursgericht richtig zitiert wurde, gebühren dem Beamten, solange er seinen Dienstort im Ausland hat und dort wohnen muß nach der angeführten Gesetzesstelle 1. eine monatliche Kaufkraftausgleichszulage, wenn die Kaufkraft des Schillings 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. Nach § 21 Abs 2 GehG ist die Kaufkraftausgleichszulage nach dem Verhältnis der Kaufkraft des Schillings im Inland zur Kaufkraft des Schillings im Gebiete des ausländischen Dienstortes des Beamten zu bemessen und in einem Hundertsatz des Monatsbezuges, der Sonderzahlung und der Auslandsverwendungszulage festzusetzen. Nach Abs 4 leg cit ist die Kaufkraftausgleichszulage ebenso wie die Auslandsverwendungszulage mit dem jeweiligen Monatsbezug im voraus auszuzahlen, während Abrechnungszeitraum für den Auslandsaufenthaltszuschuß der Kalendermonat ist, in dem die besonderen Kosten entstanden sind.

Was die beiden erstgenannten Zulagen angeht, hat der Oberste Gerichtshof bereits in seiner Entscheidung EF 61.760/5 - allerdings zur Rechtslage vor der 53. GehG-Nov - ausgesprochen, daß die Kaufkraftausgleichszulage (im Einklang mit VwGHSlgNF 10.390/A) als eine den Wertverhältnissen am Dienstort entsprechende Valorisierung des Bezuges zu verstehen und daher, soweit sie nicht auf den Gattinnen- oder Kinderanteil der Auslandsverwendungszulage gewährt werde, weil diese [im damals zu behandelnden Fall] im Inland leben, aus der Bemessungsgrundlage auszuschneiden sei. Dagegen könne es sich bei der Auslandsverwendungszulage anders verhalten, weil mit dieser eine Pauschalierung der Diäten bezweckt werde. Es sei nun gerichtsbekannt, daß derartige Pauschalierungen häufig mehr an Auslagenersatz enthielten, als tatsächlich aufgewendet werden müsse, und daß dieser Mehraufwand einen versteckten Gehaltsbestandteil darstellen könne.

Was zunächst den Auslandsaufenthaltszuschuß angeht, so kann nach den EB zur RV der 53. GehG-Nov (457 Beil./GP XVIII) kein Zweifel daran bestehen, daß es sich um einen reinen Aufwandsersatz handelt, somit um keinen Einkommensbestandteil des Vaters. Wenn auch der Gesetzgeber davon ausgeht, daß besondere Kosten nach § 21 Abs 1 Z 3 GehG bei einer Auslandsverwendung zwangsläufig entstehen müssen, wird doch - anders als bei der Kaufkraftausgleichszulage und der Auslandsverwendungszulage - ein solcher Zuschuß nur auf Antrag gewährt. Diese besonderen Kosten sind erst im nachhinein, und zwar jeweils für einen Monat als Abrechnungszeitraum auszuzahlen.

Was die Auslandsverwendungszulage angeht, so ist nach § 21 Abs 3 GehG idF der 53. GehG-Novelle ua auf die dienstrechtliche Stellung und dienstliche Verwendung des Beamten (seit 1.1.1995 gemäß Art II Z 3 des BG BGBl 1995/522 - im vorliegenden Fall noch nicht anwendbar - nur noch auf die dienstliche Verwendung des Beamten), seine Familienverhältnisse, auf die Erziehungs- und Ausbildungskosten seiner Kinder und auf die besonderen Lebensverhältnisse im ausländischen Dienst- und Wohnort Rücksicht zu nehmen. Wie sich auch aus § 21 Abs 7 GehG ergibt, ist die Auslandsverwendungszulage möglichst den konkreten Lebensverhältnissen im ausländischen Dienst- und Wohnort des Beamten anzupassen. Der erkennende Senat teilt davon ausgehend die Erwägung in EF 61.760/5, daß es sich hiebei um einen pauschalisierten Aufwandsersatz handle, bei dem nicht von vornherein gesagt werden kann, daß nur tatsächliche Auslagen ersetzt werden, nicht. Unter Bezugnahme auf VwSlg 10.390/A hat der VwGH in 92/12/0030, 0223 ausgesprochen, daß die Auslandsverwendungszulage nur dem Zweck diene, die dem Beamten durch die Ausübung des Dienstes oder aus Anlaß der Ausübung des Dienstes im Ausland entstehenden besonderen Kosten auszugleichen. Die dem Auslandsbeamten nach § 21 GehG zu bemessende Auslandsverwendungszulage berücksichtigt die aus der Tätigkeit im Ausland erwachsenden und für diese Tätigkeit im Ausland erwachsenden und für diese Tätigkeit typische

Aufwandskomponenten (ZfVB 1985/4/1371 und 5/1706). Sie ist nach einem ordnungsgemäßen Dienstrechtsverfahren, in dem alle rechtserheblichen Tatbestandsmerkmale zu erheben sind, mittels Bescheides festzustellen (ZfVB 1982/5/1628). Daß die zuständigen Verwaltungsbehörden entgegen dem Gesetz über § 21 Abs 1 Z 2 und Abs 3 GehG hinaus Verwendungszulagen, ist (entgegen EF 61.760/5) keineswegs gerichtsbekannt (siehe auch § 290 Z 1 EO). Demnach ist die Auslandsverwendungszulage nicht in die Unterhaltsbemessungsgrundlage einzubeziehen.

Auch die Ansicht, die Kaufkraftausgleichszulage sei zur Gänze aus der Bemessungsgrundlage auszuschneiden, kann nicht aufrechterhalten werden. Richtig ist, daß der VwGH (SlgNF 10.390/A) ausgesprochen hat, daß die Kaufkraftausgleichszulage den Beamten in den Stand setzen soll, mit seinen Bezügen an seinem Wohnsitz im fremden Währungsgebiet Waren und Leistungen in vergleichbarer Menge und Qualität erwerben bzw in Anspruch nehmen zu können, wie er das mit seinen in Schillingen ausgezahlten Bezügen im Inland könnte. Daß sich an diesen Grundsätzen durch die Novellierung des § 21 Abs 1 GehG etwas geändert hätte, ist nicht zu erkennen. Wenn man auch durchaus der Ansicht sein kann, es liege im wesentlichen ein Aufwandsentschädigung vor, weil eben die geringere Kaufkraft des in Schilling angewiesenen Bezugs des Beamten dazu führt, daß dieser (ohne diese Zulage) für die Aufrechterhaltung seines üblichen Lebensstandards Mehraufwendungen aus seinem Vermögen tätigen müßte, kann doch nicht davon ausgegangen werden, daß damit ausschließlich tatsächliche Mehraufwendungen abgegolten werden sollen. Die gänzliche Ausschaltung der Kaufkraftausgleichszulage aus der Bemessungsgrundlage wäre nämlich nur dann berechtigt, wenn der Rekurswerber das gesamte Einkommen ausschließlich für Verbindlichkeiten am (Erfüllungs-)Ort des Auslandseinsatzes verwendete. Gibt aber der Unterhaltsschuldner Teile seines Einkommens zur Bezahlung von Schulden mit anderem Erfüllungsort, so insbesondere mit Erfüllungsort in Österreich aus, so läge im Umfang solcher Zahlungen in der Gewährung der Kaufkraftausgleichszulage eine Erhöhung des Einkommens, der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und damit der Unterhaltsbemessungsgrundlage vor. Solche weiterhin in österreichischer Währung zu befriedigenden Schulden sind hier vor allem die Unterhaltsverpflichtung des Rekurswerbers aber auch die von ihm in ON 22 behaupteten Zahlungen für Kreditverbindlichkeiten und Auslagen für Lebens- und Krankenversicherungen, allenfalls auch Ausgaben für Haftpflichtversicherung und Mietaufwand in Österreich. Für solche Ausgaben kann die Abgeltung der Kaufkraftparität im Ausland keine Rolle spielen.

Ausgehend von dieser Rechtslage zeigt sich nun, daß die Entscheidungen der Vorinstanzen an sekundären Feststellungsmängeln leiden. Das Erstgericht hat im Rahmen seiner Tatsachenfeststellungen, die halbe "Auslandszulage" in die monatliche Bemessungsgrundlage von S 42.800,-- im Durchschnitt für den Zeitraum vom 1.6.1993 bis zum 31.5.1994 einbezogen. Wie dargestellt, gilt dies sowohl für den Auslandsaufenthaltzuschuß nach § 21 Abs 1 Z 3 GehG als auch für die Auslandsverwendungszulage; diese sind daher aus der Bemessungsgrundlage gänzlich auszuschneiden. Nun kann aber weder den Entscheidungen der Vorinstanzen noch den eingeholten Gehaltsauskünften entnommen werden, nach welcher Gesetzesstelle dem Vater während seiner Auslandsverwendung "Auslandszulagen" in welcher Höhe ausbezahlt wurden. Zum Beweis seines Vorbringens hat der Vater auch einen Einzelzahlungs- und Verrechnungsauftrag des BM für wirtschaftliche Angelegenheiten vorgelegt, wonach ihm eine monatliche Kaufkraftausgleichszulage von S 16.591,30 angewiesen worden wäre. Dieser Betrag deckt aber nur einen Teil der sich aus den Gehaltsauskünften des BM für wirtschaftliche Angelegenheiten ergebenden "Auslandszulage" ab.

Um beurteilen zu können, ob und inwieweit die "Auslandszulage" des Vaters in die Bemessungsgrundlage für den fraglichen Zeitraum einzubeziehen ist, ist es erforderlich, detaillierte Feststellungen darüber zu treffen, aus welchem Titel jeweils diese Zulagen bezahlt wurden. Dieser Feststellungsmangel erfordert die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung, was den Unterhalt für die Zeit vom 1.6.1993 bis zum 31.5.1994 angeht, und die Zurückverweisung der Unterhaltssache an die erste Instanz, die einerseits dem Vater Gelegenheit zu geben haben wird nachzuweisen, inwieweit - abgesehen vom laufenden Unterhalt für den Antragsteller - die Kaufkraftausgleichszulage tatsächlich für Mehraufwendungen benötigt wurde, und andererseits diesen darüber einzuvernehmen haben wird, welchen laufenden Verpflichtungen in Österreich er während seines Auslandsaufenthaltes weiter nachzukommen hatte.