

# TE OGH 2007/7/12 2Ob113/07t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.07.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Baumann als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Veith, Dr. Grohmann und Dr. Nowotny als weitere Richter in der Pflugschaftssache des mj. Marcel P\*\*\*\*\*, geboren am 2. Dezember 2004, \*\*\*\*\* vertreten durch die Bezirkshauptmannschaft Baden Jugendwohlfahrt, 2500 Baden, Schwartzstraße 50, als Unterhaltssachwalter, über den Revisionsrekurs des Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien gegen den Beschluss des Landesgerichtes Wiener Neustadt als Rekursgericht vom 31. Jänner 2007, GZ 16 R 27/07w-U37, womit infolge Rekurses des Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien der Beschluss des Bezirksgerichtes Ebreichsdorf vom 11. Dezember 2006, GZ 3 P 49/06f-U30, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben; die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie ersatzlos aufgehoben werden.

## Text

Begründung:

Der am 2. 12. 2004 geborene minderjährige Marcel ist der uneheliche Sohn der Sabine P\*\*\*\*\* und des Heimo M\*\*\*\*\*; er lebt bei seiner Mutter, der die Pflege und Erziehung zukommen.

Am 11. 5. 2006 beantragte der Jugendwohlfahrtsträger namens des Kindes, den Vater ab 1. 3. 2006 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von EUR 184 und zugleich mittels einstweiliger Verfügung gemäß § 382a EO zur Leistung eines vorläufigen Unterhalts von monatlich EUR 105,40 zu verpflichten. Mit Beschluss vom 15. 5. 2006 wurde die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Am 26. 6. 2006 beantragte der Minderjährige, wiederum vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger, Titelvorschüsse gemäß § 4 „Abs 1“ (richtig: Z 1) UVG auf Grundlage dieser einstweiligen Verfügung, welche das Erstgericht mit Beschluss vom selben Tag für die Zeit vom 1. 6. 2006 bis 31. 5. 2009 gewährte, wobei es mit weiterem Beschluss vom selben Tag aussprach, dass mit der Auszahlung dieser Vorschüsse mit Juni 2006 in Ansehung des monatlich EUR 94 übersteigenden Betrages innezuhalten sei. Am 6. 11. 2006 setzte das Erstgericht die monatliche Unterhaltspflicht des Vaters endgültig (und antragsgemäß) mit EUR 184 ab 1. 3. 2006 fest. Alle diese Beschlüsse sind unbekämpft in Rechtskraft erwachsen. Am 11. 5. 2006 beantragte der Jugendwohlfahrtsträger namens des Kindes, den Vater ab 1. 3. 2006 zu einer monatlichen Unterhaltsleistung von EUR 184 und zugleich mittels einstweiliger Verfügung gemäß Paragraph 382 a, EO zur Leistung eines vorläufigen Unterhalts von monatlich EUR 105,40 zu verpflichten. Mit Beschluss vom 15. 5. 2006 wurde die beantragte einstweilige Verfügung erlassen. Am 26. 6. 2006 beantragte der Minderjährige, wiederum vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger, Titelvorschüsse gemäß Paragraph 4, „Abs 1“ (richtig: Ziffer eins,) UVG auf Grundlage dieser einstweiligen Verfügung,

welche das Erstgericht mit Beschluss vom selben Tag für die Zeit vom 1. 6. 2006 bis 31. 5. 2009 gewährte, wobei es mit weiterem Beschluss vom selben Tag aussprach, dass mit der Auszahlung dieser Vorschüsse mit Juni 2006 in Ansehung des monatlich EUR 94 übersteigenden Betrages innezuhalten sei. Am 6. 11. 2006 setzte das Erstgericht die monatliche Unterhaltspflicht des Vaters endgültig (und antragsgemäß) mit EUR 184 ab 1. 3. 2006 fest. Alle diese Beschlüsse sind unbekämpft in Rechtskraft erwachsen.

Mit weiterem Beschluss vom 11. 12. 2006 erhöhte das Erstgericht hierauf die mit Beschluss vom 26. 6. 2006 gewährten Vorschüsse ab 1. 6. 2006 dem neuen Unterhaltstitel gemäß auf monatlich EUR 184 gemäß § 19 Abs 2 UVG. Mit weiterem Beschluss vom 11. 12. 2006 erhöhte das Erstgericht hierauf die mit Beschluss vom 26. 6. 2006 gewährten Vorschüsse ab 1. 6. 2006 dem neuen Unterhaltstitel gemäß auf monatlich EUR 184 gemäß Paragraph 19, Absatz 2, UVG.

Das Rekursgericht gab dem hiegegen vom Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien erhobenen Rekurs nicht Folge und sprach aus, dass der Revisionsrekurs zufolge divergenter Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes (3 Ob 147/00i gegenüber 4 Ob 137/99x) zulässig sei. Das Rekursgericht, das sich der Entscheidung des 3. Senates, der ein vergleichbarer Fall zugrunde gelegen sei, anschloss, führte (zusammengefasst) aus:

Bereits aufgrund der vorläufigen Unterhaltsfestsetzung nach § 382a EO sei ein Titelvorschuss gewährt worden und habe daher auch eine Prüfung der Voraussetzungen der Vorschussgewährung nach §§ 3, 4 Z 1 UVG stattgefunden. Mit § 19 Abs 2 UVG habe der Gesetzgeber, wie der Oberste Gerichtshof zu 3 Ob 147/00i bereits ausgeführt habe, einen Gleichlauf zwischen Unterhaltsvorschuss und Unterhaltstitel herstellen wollen, wenn während des Verfahrens der Vorschüsse der Unterhaltsbeitrag erhöht worden sei. Wenn nunmehr die erstmalige Festsetzung des Unterhalts nach § 140 ABGB während laufender Gewährung von vorläufigen Unterhaltsbeiträgen nach § 382a EO eine Erhöhung im Sinne des (zumindest analog anzuwendenden) § 19 Abs 2 UVG bedeute, dann erfordere es der dargelegte Zweck eines Gleichlaufs zwischen Vorschuss und Titel, auch eine rückwirkende Erhöhung der Vorschüsse zu billigen, in gleicher Weise wie dies bei Erhöhung der bereits einmal im außerstreitigen Verfahren festgesetzten Unterhaltsbeiträge nach § 19 Abs 2 UVG zu geschehen habe. Da im Gesetz eine zeitliche Begrenzung des vorläufigen Unterhalts nach § 382a EO nicht angeordnet werde, vielmehr nach § 399a Abs 2 Z 2 EO eine einstweilige Verfügung nach dieser Gesetzesstelle aufzuheben sei, wenn das Unterhaltsverfahren beendet sei, lasse sich aus dem Gesetz nicht (entgegen Neumayr in Schwimann<sup>2</sup>) ableiten, dass mit der endgültigen Unterhaltsfestsetzung der Titel für die Vorschussgewährung beseitigt werde. Schon der 3. Senat habe sich der „formalistischen Auffassung“ dieses Autors nicht angeschlossen, wonach eine Entscheidung, durch welche ein vorläufiger Unterhalt nach § 382a EO durch einen endgültigen ersetzt werde, nicht als Erhöhung des Unterhaltsbeitrags nach § 19 Abs 2 UVG aufgefasst werden könne, sei doch materielle Grundlage für den Unterhaltsanspruch des Kindes (ungeachtet der verfahrensrechtlichen Besonderheiten) jeweils und stets § 166 iVm § 140 ABGB. Für die (zumindest analoge) Anwendbarkeit des § 19 Abs 2 UVG könne es daher nicht darauf ankommen, in welcher Form es zu einer Erhöhung des nach dem maßgeblichen Exekutionstitel geschuldeten Unterhaltsbeitrages komme. Dem stehe auch nicht entgegen, dass nach § 382a EO der zuzuerkennende Unterhalt mit der Familienbeihilfe nach dem FLAG nach obenhin absolut begrenzt sei, weil auch dies an der Rechtsnatur des Unterhaltsanspruches nichts zu ändern vermöge. Bereits aufgrund der vorläufigen Unterhaltsfestsetzung nach Paragraph 382 a, EO sei ein Titelvorschuss gewährt worden und habe daher auch eine Prüfung der Voraussetzungen der Vorschussgewährung nach Paragraphen 3,, 4 Ziffer eins, UVG stattgefunden. Mit Paragraph 19, Absatz 2, UVG habe der Gesetzgeber, wie der Oberste Gerichtshof zu 3 Ob 147/00i bereits ausgeführt habe, einen Gleichlauf zwischen Unterhaltsvorschuss und Unterhaltstitel herstellen wollen, wenn während des Verfahrens der Vorschüsse der Unterhaltsbeitrag erhöht worden sei. Wenn nunmehr die erstmalige Festsetzung des Unterhalts nach Paragraph 140, ABGB während laufender Gewährung von vorläufigen Unterhaltsbeiträgen nach Paragraph 382 a, EO eine Erhöhung im Sinne des (zumindest analog anzuwendenden) Paragraph 19, Absatz 2, UVG bedeute, dann erfordere es der dargelegte Zweck eines Gleichlaufs zwischen Vorschuss und Titel, auch eine rückwirkende Erhöhung der Vorschüsse zu billigen, in gleicher Weise wie dies bei Erhöhung der bereits einmal im außerstreitigen Verfahren festgesetzten Unterhaltsbeiträge nach Paragraph 19, Absatz 2, UVG zu geschehen habe. Da im Gesetz eine zeitliche Begrenzung des vorläufigen Unterhalts nach Paragraph 382 a, EO nicht angeordnet werde, vielmehr nach Paragraph 399 a, Absatz 2, Ziffer 2, EO eine einstweilige Verfügung nach dieser Gesetzesstelle aufzuheben sei, wenn das Unterhaltsverfahren beendet sei, lasse sich aus dem Gesetz nicht (entgegen Neumayr in Schwimann<sup>2</sup>) ableiten, dass mit der endgültigen Unterhaltsfestsetzung der Titel für die Vorschussgewährung beseitigt werde. Schon der 3. Senat habe sich der

„formalistischen Auffassung“ dieses Autors nicht angeschlossen, wonach eine Entscheidung, durch welche ein vorläufiger Unterhalt nach Paragraph 382 a, EO durch einen endgültigen ersetzt werde, nicht als Erhöhung des Unterhaltsbeitrags nach Paragraph 19, Absatz 2, UVG aufgefasst werden könne, sei doch materielle Grundlage für den Unterhaltsanspruch des Kindes (ungeachtet der verfahrensrechtlichen Besonderheiten) jeweils und stets Paragraph 166, in Verbindung mit Paragraph 140, ABGB. Für die (zumindest analoge) Anwendbarkeit des Paragraph 19, Absatz 2, UVG könne es daher nicht darauf ankommen, in welcher Form es zu einer Erhöhung des nach dem maßgeblichen Exekutionstitel geschuldeten Unterhaltsbeitrages komme. Dem stehe auch nicht entgegen, dass nach Paragraph 382 a, EO der zuzuerkennende Unterhalt mit der Familienbeihilfe nach dem FLAG nach obenhin absolut begrenzt sei, weil auch dies an der Rechtsnatur des Unterhaltsanspruches nichts zu ändern vermöge.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der auf unrichtige rechtliche Beurteilung gestützte Revisionsrekurs des OLG-Präsidenten mit dem Antrag, in Stattgebung seines Rechtsmittels die bekämpfte Entscheidung ersatzlos zu beheben. Dem gleichzeitig gemäß § 16 Abs 2 und 3 UVG gestellten Antrag „an das Erst- bzw Rekursgericht bzw an den Obersten Gerichtshof“ auf „Innehaltung mit der Auszahlung der gesamten Vorschüsse“ hat das Erstgericht mit Beschluss vom 27. 3. 2007 mit Ablauf des Dezember 2006 stattgegeben; der hiegegen vom Minderjährigen erhobene Rekurs wurde vom Rekursgericht gemäß § 19 Abs 3 iVm § 16 UVG zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der auf unrichtige rechtliche Beurteilung gestützte Revisionsrekurs des OLG-Präsidenten mit dem Antrag, in Stattgebung seines Rechtsmittels die bekämpfte Entscheidung ersatzlos zu beheben. Dem gleichzeitig gemäß Paragraph 16, Absatz 2 und 3 UVG gestellten Antrag „an das Erst- bzw Rekursgericht bzw an den Obersten Gerichtshof“ auf „Innehaltung mit der Auszahlung der gesamten Vorschüsse“ hat das Erstgericht mit Beschluss vom 27. 3. 2007 mit Ablauf des Dezember 2006 stattgegeben; der hiegegen vom Minderjährigen erhobene Rekurs wurde vom Rekursgericht gemäß Paragraph 19, Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 16, UVG zurückgewiesen.

Der Minderjährige hat, wiederum vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger, auch eine Revisionsrekursbeantwortung erstattet, in welcher beantragt wird, dem gegnerischen Rechtsmittel nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom Rekursgericht formulierten Grund zulässig und auch berechtigt.

Der Rechtsmittelwerber argumentiert wie folgt:

Selbst eine endgültige Unterhaltsfestsetzung in Höhe der vorläufigen, der die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach § 382a EO folge, verwandle einen unechten Titelvorschuss nach § 4 Z 5 UVG keinesfalls in einen echten nach § 4 Z 1 UVG. Zu 3 Ob 147/00i sei übersehen worden, dass gemäß § 399a Abs 2 Z 2 EO eine einstweilige Verfügung nach § 382a EO zwingend aufzuheben sei, wenn das Unterhaltsverfahren beendet sei, was im vorliegenden Fall rechtsirrigerweise vom Erstgericht unterlassen worden sei. Gerade darin liege aber der wesentliche Unterschied im Vergleich zu einer „gewöhnlichen bloßen Unterhaltserhöhung“, wohingegen es hier um ein „Umstellen“ von einem bisherigen Exekutionstitel auf einen neuen gehe. Da mit der Festsetzung des endgültigen Unterhalts (zwingend) die Aufhebung der einstweiligen Verfügung verbunden sei, falle hiedurch die frühere Bewilligungsvoraussetzung weg; selbst wenn gleichzeitig ein neuer wirksamer Exekutionstitel entstehe, ändere dies nichts daran, dass der Vortitel (einstweilige Verfügung) grundsätzlich unwirksam geworden sei, wodurch ein Einstellungsgrund verwirklicht werde. In Wahrheit liege dann auch gar kein Anlass zu einer Vorschusserhöhung vor, sondern sogar ein Anlass zu einer amtswegigen Einstellung der auf Basis der einstweiligen Verfügung gewährten Unterhaltsvorschüsse, welche Beschlussfassung funktionell dem Erstgericht vorbehalten bliebe. Selbst eine endgültige Unterhaltsfestsetzung in Höhe der vorläufigen, der die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung nach Paragraph 382 a, EO folge, verwandle einen unechten Titelvorschuss nach Paragraph 4, Ziffer 5, UVG keinesfalls in einen echten nach Paragraph 4, Ziffer eins, UVG. Zu 3 Ob 147/00i sei übersehen worden, dass gemäß Paragraph 399 a, Absatz 2, Ziffer 2, EO eine einstweilige Verfügung nach Paragraph 382 a, EO zwingend aufzuheben sei, wenn das Unterhaltsverfahren beendet sei, was im vorliegenden Fall rechtsirrigerweise vom Erstgericht unterlassen worden sei. Gerade darin liege aber der wesentliche Unterschied im Vergleich zu einer „gewöhnlichen bloßen Unterhaltserhöhung“, wohingegen es hier um ein „Umstellen“ von einem bisherigen Exekutionstitel auf einen neuen gehe. Da mit der Festsetzung des endgültigen Unterhalts (zwingend) die Aufhebung der einstweiligen Verfügung verbunden sei, falle hiedurch die frühere Bewilligungsvoraussetzung weg; selbst wenn gleichzeitig ein neuer wirksamer Exekutionstitel entstehe, ändere dies nichts daran, dass der Vortitel

(einstweilige Verfügung) grundsätzlich unwirksam geworden sei, wodurch ein Einstellungsgrund verwirklicht werde. In Wahrheit liege dann auch gar kein Anlass zu einer Vorschusserhöhung vor, sondern sogar ein Anlass zu einer amtswegigen Einstellung der auf Basis der einstweiligen Verfügung gewährten Unterhaltsvorschüsse, welche Beschlussfassung funktionell dem Erstgericht vorbehalten bliebe.

Hiezu hat der erkennende Senat Folgendes erwogen:

In der bereits zitierten Entscheidung vom 23. 8. 2000, 3 Ob 147/00i, SZ 73/127, wurde bei gleichgelagertem Sachverhalt ausgesprochen, dass auf den titulierten Anspruch eines Minderjährigen auf vorläufigen Unterhalt gemäß § 382a EO bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen auch Unterhaltsvorschüsse gemäß § 4 Z 1 UVG gewährt werden können; allein die Erwirkung eines Unterhaltstitels im Hauptverfahren entziehe Unterhaltsvorschüssen, die einem Minderjährigen infolge eines Titels gemäß § 382a EO gewährt wurden, nicht die Grundlage; übersteige der Unterhaltsanspruch des Minderjährigen nach dem im Hauptverfahren erwirkten Titel den gemäß § 382a EO festgesetzten vorläufigen Unterhalt als bisherige Grundlage für Unterhaltsvorschüsse, so seien die Unterhaltsvorschüsse gemäß § 19 Abs 2 UVG - auch rückwirkend - zu erhöhen (vgl RIS-JustizRS0113996). In der bereits zitierten Entscheidung vom 23. 8. 2000, 3 Ob 147/00i, SZ 73/127, wurde bei gleichgelagertem Sachverhalt ausgesprochen, dass auf den titulierten Anspruch eines Minderjährigen auf vorläufigen Unterhalt gemäß Paragraph 382 a, EO bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen auch Unterhaltsvorschüsse gemäß Paragraph 4, Ziffer eins, UVG gewährt werden können; allein die Erwirkung eines Unterhaltstitels im Hauptverfahren entziehe Unterhaltsvorschüssen, die einem Minderjährigen infolge eines Titels gemäß Paragraph 382 a, EO gewährt wurden, nicht die Grundlage; übersteige der Unterhaltsanspruch des Minderjährigen nach dem im Hauptverfahren erwirkten Titel den gemäß Paragraph 382 a, EO festgesetzten vorläufigen Unterhalt als bisherige Grundlage für Unterhaltsvorschüsse, so seien die Unterhaltsvorschüsse gemäß Paragraph 19, Absatz 2, UVG - auch rückwirkend - zu erhöhen vergleiche RIS-Justiz RS0113996).

Der Entscheidung 4 Ob 137/99x (ÖA 1999, 263) lag insoweit ein abweichender Sachverhalt zugrunde, als anders als zu 3 Ob 147/00i (und auch im vorliegenden Verfahren) der dortige Kindesvater nur zu Unterhaltsvorschüssen nach § 4 Z 5 UVG - während laufenden Provisorialverfahrens - verpflichtet worden war und erst nach Schaffung eines rechtskräftigen Unterhaltstitels (samt Aufhebung der einstweiligen Verfügung) Unterhaltsvorschüsse nach §§ 3, 4 Z 1 UVG für die Zukunft bewilligt worden waren. Demgemäß hatte sich der 4. Senat sodann auch nur mit der Anpassung (Erhöhung) eines Unterhaltsvorschusses nach § 4 Z 5 UVG nach Gewährung eines vorläufigen Unterhalts nach § 382a EO zu befassen, wobei ausdrücklich auf dessen Unterschiede zu einem (echten) Unterhaltstitel(vorschuss) hingewiesen wurde. Demgemäß wurde die rückwirkende Gewährung eines Titelvorschusses bei einem reinen Unterhaltsvorschussbegehren nach § 4 Z 5 UVG für unzulässig und eine „Anpassung“ des Vorschusses nach § 4 Z 5 UVG an den (später) festgesetzten Unterhaltsbeitrag durch Erhöhung dieses Vorschusses (und nicht durch rückwirkende Gewährung eines Titelvorschusses) als ausgeschlossen erachtet, weil der vorläufige Unterhalt nach § 382a EO und damit auch der Vorschuss nach § 4 Z 5 UVG mit dem Grundbetrag der Familienbeihilfe begrenzt sei (RIS-Justiz RS0112087). Wenn der Differenzbetrag zwischen dem vorläufigen Unterhalt und dem endgültigen Unterhalt nachträglich bevorschusst würde, käme es zu einer (unzulässigen) rückwirkenden Gewährung des Titelvorschusses (RIS-Justiz RS0112086). Zu 7 Ob 194/01g, SZ 74/173, schließlich wurde ausgesprochen, dass für die Gewährung eines Vorschusses nach § 4 Z 5 UVG nicht erforderlich sei, dass die Entscheidung nach § 382a EO rechtskräftig sei, Exekution geführt oder ein Bedarf nachgewiesen werde; die endgültige Unterhaltsfestsetzung in Höhe der vorläufigen Festsetzung verwandle einen „unechten“ Titelvorschuss nach § 4 Z 5 UVG nicht in einen solchen nach Z 1 leg cit, sodass auch insoweit mangels Vergleichbarkeit kein Widerspruch zu 3 Ob 147/00i vorliege, weil dort (anders als zu 7 Ob 194/01g) Identität des Vorschussgrundes (nämlich des § 4 Z 1 UVG) gegeben gewesen sei. Der Entscheidung 4 Ob 137/99x (ÖA 1999, 263) lag insoweit ein abweichender Sachverhalt zugrunde, als anders als zu 3 Ob 147/00i (und auch im vorliegenden Verfahren) der dortige Kindesvater nur zu Unterhaltsvorschüssen nach Paragraph 4, Ziffer 5, UVG - während laufenden Provisorialverfahrens - verpflichtet worden war und erst nach Schaffung eines rechtskräftigen Unterhaltstitels (samt Aufhebung der einstweiligen Verfügung) Unterhaltsvorschüsse nach Paragraphen 3,, 4 Ziffer eins, UVG für die Zukunft bewilligt worden waren. Demgemäß hatte sich der 4. Senat sodann auch nur mit der Anpassung (Erhöhung) eines Unterhaltsvorschusses nach Paragraph 4, Ziffer 5, UVG nach Gewährung eines vorläufigen Unterhalts nach Paragraph 382 a, EO zu befassen, wobei ausdrücklich auf dessen Unterschiede zu einem (echten) Unterhaltstitel(vorschuss) hingewiesen wurde. Demgemäß wurde die rückwirkende Gewährung eines

Titelvorschusses bei einem reinen Unterhaltsvorschussbegehren nach Paragraph 4, Ziffer 5, UVG für unzulässig und eine „Anpassung“ des Vorschusses nach Paragraph 4, Ziffer 5, UVG an den (später) festgesetzten Unterhaltsbeitrag durch Erhöhung dieses Vorschusses (und nicht durch rückwirkende Gewährung eines Titelvorschusses) als ausgeschlossen erachtet, weil der vorläufige Unterhalt nach Paragraph 382 a, EO und damit auch der Vorschuss nach Paragraph 4, Ziffer 5, UVG mit dem Grundbetrag der Familienbeihilfe begrenzt sei (RIS-Justiz RS0112087). Wenn der Differenzbetrag zwischen dem vorläufigen Unterhalt und dem endgültigen Unterhalt nachträglich bevorschusst würde, käme es zu einer (unzulässigen) rückwirkenden Gewährung des Titelvorschusses (RIS-Justiz RS0112086). Zu 7 Ob 194/01g, SZ 74/173, schließlich wurde ausgesprochen, dass für die Gewährung eines Vorschusses nach Paragraph 4, Ziffer 5, UVG nicht erforderlich sei, dass die Entscheidung nach Paragraph 382 a, EO rechtskräftig sei, Exekution geführt oder ein Bedarf nachgewiesen werde; die endgültige Unterhaltsfestsetzung in Höhe der vorläufigen Festsetzung verwandle einen „unechten“ Titelvorschuss nach Paragraph 4, Ziffer 5, UVG nicht in einen solchen nach Ziffer eins, leg cit, sodass auch insoweit mangels Vergleichbarkeit kein Widerspruch zu 3 Ob 147/00i vorliege, weil dort (anders als zu 7 Ob 194/01g) Identität des Vorschussgrundes (nämlich des Paragraph 4, Ziffer eins, UVG) gegeben gewesen sei.

Neumayr lehnt in seiner ausführlichen Kommentierung des UVG in Schwimann<sup>3</sup> die Entscheidung 3 Ob 147/00i ausdrücklich ab (FN 392 zu § 4 und FN 124 zu § 19) und führt hiezu näher aus: Neumayr lehnt in seiner ausführlichen Kommentierung des UVG in Schwimann<sup>3</sup> die Entscheidung 3 Ob 147/00i ausdrücklich ab (FN 392 zu Paragraph 4 und FN 124 zu Paragraph 19,) und führt hiezu näher aus:

„Ganz allgemein ist dann, wenn aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach § 382a EO ein 'echter' Titelvorschuss nach §§ 3, 4 Z 1 bewilligt wird, im Auge zu behalten, dass die Grundlage der Vorschussgewährung eine einstweilige Verfügung ist, die in einem vereinfachten und beschleunigten Verfahren mit - zunächst - beschränktem rechtlichen Gehör des Gegners ergangen ist. Der damit zuerkannte Unterhalt ist aus diesem Grund auch betragsmäßig beschränkt. Unabhängig davon, ob nun aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach § 382a EO ein 'unechter' Titelvorschuss nach § 4 Z 5 oder ein 'echter' Titelvorschuss nach §§ 3, 4 Z 1 begehrt wird, ist der 'vorläufige Unterhalt' kein Vorgriff auf den 'erst festzusetzenden Unterhalt', der eine nachträgliche 'Anpassung' des auf einem Titel nach § 382a EO beruhenden Vorschusses an den endgültigen Unterhalt entsprechend § 19 Abs 2 rechtfertigen könnte, sobald dieser festgesetzt ist. Vielmehr kann erst dann, wenn der (endgültige) Unterhalt festgesetzt ist, erstmals auf dessen Basis ein Titelvorschuss beantragt werden, dessen Beginn und Dauer sich nach § 8 richten. Eine unterschiedliche Behandlung bei der Erhöhung je nachdem, ob auf der Grundlage der einstweiligen Verfügung Vorschüsse nach § 4 Z 5 oder nach §§ 3, 4 Z 1 beantragt wurden, wäre sachlich nicht zu rechtfertigen. Dies gilt auch dann, wenn die endgültige Unterhaltsfestsetzung in der Höhe des vorläufigen Unterhalts erfolgt.“ „Ganz allgemein ist dann, wenn aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach Paragraph 382 a, EO ein 'echter' Titelvorschuss nach Paragraphen 3,, 4 Ziffer eins, bewilligt wird, im Auge zu behalten, dass die Grundlage der Vorschussgewährung eine einstweilige Verfügung ist, die in einem vereinfachten und beschleunigten Verfahren mit - zunächst - beschränktem rechtlichen Gehör des Gegners ergangen ist. Der damit zuerkannte Unterhalt ist aus diesem Grund auch betragsmäßig beschränkt. Unabhängig davon, ob nun aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach Paragraph 382 a, EO ein 'unechter' Titelvorschuss nach Paragraph 4, Ziffer 5, oder ein 'echter' Titelvorschuss nach Paragraphen 3,, 4 Ziffer eins, begehrt wird, ist der 'vorläufige Unterhalt' kein Vorgriff auf den 'erst festzusetzenden Unterhalt', der eine nachträgliche 'Anpassung' des auf einem Titel nach Paragraph 382 a, EO beruhenden Vorschusses an den endgültigen Unterhalt entsprechend Paragraph 19, Absatz 2, rechtfertigen könnte, sobald dieser festgesetzt ist. Vielmehr kann erst dann, wenn der (endgültige) Unterhalt festgesetzt ist, erstmals auf dessen Basis ein Titelvorschuss beantragt werden, dessen Beginn und Dauer sich nach Paragraph 8, richten. Eine unterschiedliche Behandlung bei der Erhöhung je nachdem, ob auf der Grundlage der einstweiligen Verfügung Vorschüsse nach Paragraph 4, Ziffer 5, oder nach Paragraphen 3,, 4 Ziffer eins, beantragt wurden, wäre sachlich nicht zu rechtfertigen. Dies gilt auch dann, wenn die endgültige Unterhaltsfestsetzung in der Höhe des vorläufigen Unterhalts erfolgt.“

In Rz 29 zu § 19 UVG wird dies vom genannten Autor nochmals verdeutlicht. In Rz 29 zu Paragraph 19, UVG wird dies vom genannten Autor nochmals verdeutlicht:

„Bei Vorschüssen nach § 4 Z 5 ist eine Anpassung entsprechend § 19 Abs 2 UVG mit der endgültigen Unterhaltsfestsetzung nicht möglich, weil der Titel für die Vorschussgewährung, nämlich die einstweilige Verfügung damit beseitigt und nicht erhöht wird. Die fehlende Anpassungsmöglichkeit gilt auch dann, wenn aufgrund einer

einstweiligen Verfügung nach § 382a EO ein 'echter' Titelvorschuss nach §§ 3, 4 Z 1 gewährt wird. In beiden Fällen, also sowohl bei einem 'unechten' Titelvorschuss nach § 4 Z 5 als auch bei einem 'echten' Titelvorschuss nach §§ 3, 4 Z 1, ist der vorläufige Unterhalt kein Vorgriff auf den erst festzusetzenden Unterhalt. Vielmehr kann erst dann, wenn der (endgültige) Unterhalt festgesetzt ist, erstmals auf dessen Basis ein Titelvorschuss beantragt werden. Dies gilt auch dann, wenn die endgültige Unterhaltsfestsetzung in der Höhe des vorläufigen Unterhalts erfolgt." „Bei Vorschüssen nach Paragraph 4, Ziffer 5, ist eine Anpassung entsprechend Paragraph 19, Absatz 2, UVG mit der endgültigen Unterhaltsfestsetzung nicht möglich, weil der Titel für die Vorschussgewährung, nämlich die einstweilige Verfügung damit beseitigt und nicht erhöht wird. Die fehlende Anpassungsmöglichkeit gilt auch dann, wenn aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach Paragraph 382 a, EO ein 'echter' Titelvorschuss nach Paragraphen 3,, 4 Ziffer eins, gewährt wird. In beiden Fällen, also sowohl bei einem 'unechten' Titelvorschuss nach Paragraph 4, Ziffer 5, als auch bei einem 'echten' Titelvorschuss nach Paragraphen 3,, 4 Ziffer eins,, ist der vorläufige Unterhalt kein Vorgriff auf den erst festzusetzenden Unterhalt. Vielmehr kann erst dann, wenn der (endgültige) Unterhalt festgesetzt ist, erstmals auf dessen Basis ein Titelvorschuss beantragt werden. Dies gilt auch dann, wenn die endgültige Unterhaltsfestsetzung in der Höhe des vorläufigen Unterhalts erfolgt."

Diese Ausführungen sind überzeugend. Der erkennende Senat folgt daher nicht der zu 3 Ob 147/00i vertretenen Auffassung; diese ist angesichts der zitierten Entscheidungen des 4. und 7. Senats auch letztlich - wenngleich sich die Sachverhalte (geringfügig) unterschieden haben mögen - vereinzelt geblieben. Da keine „ununterbrochene Gewährung von Unterhaltsvorschüssen des gleichen Typs" vorliegt (Neumayr, aaO Rz 23 zu § 19), scheidet somit eine Vorschusserhöhung nach § 19 Abs 2 UVG aus. Daran ändert vorliegendenfalls auch nichts der Umstand, dass - entgegen § 399a Abs 1 Z 2 EO - die einstweilige Verfügung nach § 382a EO nach der Aktenlage vom Erstgericht noch nicht aufgehoben worden ist. Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren somit ersatzlos aufzuheben. Diese Ausführungen sind überzeugend. Der erkennende Senat folgt daher nicht der zu 3 Ob 147/00i vertretenen Auffassung; diese ist angesichts der zitierten Entscheidungen des 4. und 7. Senats auch letztlich - wenngleich sich die Sachverhalte (geringfügig) unterschieden haben mögen - vereinzelt geblieben. Da keine „ununterbrochene Gewährung von Unterhaltsvorschüssen des gleichen Typs" vorliegt (Neumayr, aaO Rz 23 zu Paragraph 19,), scheidet somit eine Vorschusserhöhung nach Paragraph 19, Absatz 2, UVG aus. Daran ändert vorliegendenfalls auch nichts der Umstand, dass - entgegen Paragraph 399 a, Absatz eins, Ziffer 2, EO - die einstweilige Verfügung nach Paragraph 382 a, EO nach der Aktenlage vom Erstgericht noch nicht aufgehoben worden ist. Die Entscheidungen der Vorinstanzen waren somit ersatzlos aufzuheben.

#### **Anmerkung**

E849212Ob113.07t

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBL - XBEITRDiese Entscheidung wurde veröffentlicht in Zak 2007/578 S 335 - Zak 2007,335 = EF-Z 2007/135 S 227(Gitschthaler) - EF-Z 2007,227 (Gitschthaler) = iFamZ 2007/140 S 284- iFamZ 2007,284 = ÖA 2007,207 U517 - ÖA 2007 U517 = JBI 2008,53 = RZ 2008,105 EÜ117 - RZ 2008 EÜ117 = EFSlg 117.693XPUBLEND

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

ECLI:AT:OGH0002:2007:0020OB00113.07T.0712.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

12.06.2009

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

© 2026 JUSLINE

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

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