

# TE OGH 2003/6/30 7Ob295/02m

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.06.2003

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schenk, Dr. Schaumüller und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Pflegschaftssache der mj Shantel Sch\*\*\*\*\*\*, geboren am 4. März 1996, \*\*\*\*\* Großbritannien, vertreten durch den Unterhaltssachwalter Magistrat der Stadt Wien, Amt für Jugend und Familie, Rechtsfürsorge, Bezirke 17 bis 19, 1190 Wien, Gatterburggasse 14, über den Revisionsrekurs des Unterhaltssachwalters gegen den Beschluss des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Rekursgericht vom 13. September 2002, GZ 43 R 557/02h-60, womit infolge Rekurses des Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien der Beschluss des Bezirksgerichtes Döbling vom 4. Juli 2002, GZ 1 P 90/01m-50, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird keine Folge gegeben.

## **Text**

Begründung:

Die am 4. 3. 1996 geborene mj Shantel ist österreichische Staatsbürgerin und entstammt der nach der Aktenlage noch aufrechten Ehe ihrer aus Jamaika stammenden Mutter, welche mit dem Mädchen zunächst in ihrer Heimat Jamaika verbrachte (ON 46) und derzeit (offenbar) in Großbritannien lebt (ON 49). Der Vater ist Österreicher, er lebt derzeit (offenbar immer noch: Gendarmeriebericht ON 81) in Brasilien. Aus diesem Grunde wurde für ihn bereits mit Beschluss vom 18. 9. 2001 eine Rechtsanwältin zur Kuratorin gemäß § 116 ZPO für das gesamte Pflegschaftsverfahren bestellt (ON 23). Die am 4. 3. 1996 geborene mj Shantel ist österreichische Staatsbürgerin und entstammt der nach der Aktenlage noch aufrechten Ehe ihrer aus Jamaika stammenden Mutter, welche mit dem Mädchen zunächst in ihrer Heimat Jamaika verbrachte (ON 46) und derzeit (offenbar) in Großbritannien lebt (ON 49). Der Vater ist Österreicher, er lebt derzeit (offenbar immer noch: Gendarmeriebericht ON 81) in Brasilien. Aus diesem Grunde wurde für ihn bereits mit Beschluss vom 18. 9. 2001 eine Rechtsanwältin zur Kuratorin gemäß Paragraph 116, ZPO für das gesamte Pflegschaftsverfahren bestellt (ON 23).

Mit rechtskräftigem Beschluss des Erstgerichtes vom 16. 1. 2002 wurde der Vater zu Unterhaltszahlungen von EUR 198 für die Zeit vom 1. 2. 2000 bis 28. 2. 2002 sowie EUR 223 ab 1. 3. 2002, jeweils zu Handen des Unterhaltssachwalters, verpflichtet und ein darüber hinausgehendes Mehrbegehren abgewiesen (ON 35).

Über - unter Hinweis auf die Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) C-255/99 einerseits sowie des Obersten Gerichtshofes zu 7 Ob 39/02i und 1 Ob 289/01h andererseits gestellten - Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers vom 26. 6. 2002 bewilligte das Erstgericht mit Beschluss vom 4. 7. 2002 monatliche Unterhaltsvorschüsse in Höhe von EUR 223 nach §§ 3, 4 Z 1 UVG (im Sinne des Titelbeschlusses vom 16. 1. 2002), da

die Führung einer Exekution aussichtslos scheine, "weil nach wie vor kein pfändbares sozialversicherungspflichtiges Einkommen vorhanden ist" (ON 50). Dem hiegegen vom Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien erhobenen Rekurs wurde vom Rekursgericht Folge gegeben und der Antrag auf Unterhaltsvorschussgewährung abgewiesen; weiters wurde ausgesprochen, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei (ON 60). Nach Auffassung des Rekursgerichtes sei grundsätzlich Voraussetzung für die Gewährung von Ansprüchen nach dem UVG der Aufenthalt des minderjährigen Kindes im Inland, ausgenommen bei Aufenthalten von EU-Bürgern in anderen Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates vom 14. 6. 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige (im rekursgerichtlichen Beschluss unrichtig: Unselbständige) sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (im Folgenden kurz: Wanderarbeitnehmerverordnung). Im vorliegenden Fall bestehe jedoch kein Anspruch auf Unterhaltsbevorschussung, weil der zu Unterhaltszahlungen verpflichtete Elternteil (Vater) in dem die Leistung erbringenden Mitgliedstaat (Österreich) aktenkundig weder tätiger noch arbeitsloser Arbeitnehmer sei, und die Minderjährige auch nach den Bestimmungen der Wanderarbeitnehmerverordnung (iVm den hiezu ergangenen Entscheidungen des EuGH bzw OGH) keinen Anspruch auf Unterhaltsvorschüsse habe. Es könne daher auch ungeklärt bleiben, ob die Mutter überhaupt Staatsbürgerin eines Mitgliedstaates und ob (auch) sie tätiger oder arbeitsloser Arbeitnehmer sei. Über - unter Hinweis auf die Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) C-255/99 einerseits sowie des Obersten Gerichtshofes zu 7 Ob 39/02i und 1 Ob 289/01h andererseits gestellten - Antrag des Jugendwohlfahrtsträgers vom 26. 6. 2002 bewilligte das Erstgericht mit Beschluss vom 4. 7. 2002 monatliche Unterhaltsvorschüsse in Höhe von EUR 223 nach Paragraphen 3., 4 Ziffer eins, UVG (im Sinne des Titelbeschlusses vom 16. 1. 2002), da die Führung einer Exekution aussichtslos scheine, "weil nach wie vor kein pfändbares sozialversicherungspflichtiges Einkommen vorhanden ist" (ON 50). Dem hiegegen vom Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien erhobenen Rekurs wurde vom Rekursgericht Folge gegeben und der Antrag auf Unterhaltsvorschussgewährung abgewiesen; weiters wurde ausgesprochen, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei (ON 60). Nach Auffassung des Rekursgerichtes sei grundsätzlich Voraussetzung für die Gewährung von Ansprüchen nach dem UVG der Aufenthalt des minderjährigen Kindes im Inland, ausgenommen bei Aufenthalten von EU-Bürgern in anderen Mitgliedstaaten im Rahmen der Verordnung (EWG) Nr 1408/71 des Rates vom 14. 6. 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige (im rekursgerichtlichen Beschluss unrichtig: Unselbständige) sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (im Folgenden kurz: Wanderarbeitnehmerverordnung). Im vorliegenden Fall bestehe jedoch kein Anspruch auf Unterhaltsbevorschussung, weil der zu Unterhaltszahlungen verpflichtete Elternteil (Vater) in dem die Leistung erbringenden Mitgliedstaat (Österreich) aktenkundig weder tätiger noch arbeitsloser Arbeitnehmer sei, und die Minderjährige auch nach den Bestimmungen der Wanderarbeitnehmerverordnung in Verbindung mit den hiezu ergangenen Entscheidungen des EuGH bzw OGH) keinen Anspruch auf Unterhaltsvorschüsse habe. Es könne daher auch ungeklärt bleiben, ob die Mutter überhaupt Staatsbürgerin eines Mitgliedstaates und ob (auch) sie tätiger oder arbeitsloser Arbeitnehmer sei.

Der ordentliche Revisionsrekurs wurde zunächst für nicht zulässig erklärt, weil die vom Rekursgericht zugrundegelegte Rechtsansicht der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zu 1 Ob 289/01h entsprochen habe.

Über Antrag des Unterhaltssachwalters gemäß § 14a AußStrG (ON 63) wurde dieser Ausspruch vom Rekursgericht dahin abgeändert, dass der ordentliche Revisionsrekurs doch zulässig sei, weil der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 4 Ob 417/02p ausgesprochen habe, dass jede Person als Arbeitnehmer anzusehen sei, die, ob sie nun eine Erwerbstätigkeit ausübe oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitze. Da - soweit überblickbar - zum hier vorliegenden Fall, in dem als Anknüpfungspunkt für die Arbeitnehmereigenschaft nach der Wanderarbeitnehmerverordnung dem Vorbringen der Minderjährigen zufolge auf früher erworbene sozialversicherungsrechtliche Ansprüche abgestellt werden solle, keine Judikatur des Obersten Gerichtshofes vorliege, sei der Ausspruch über die Zulässigkeit des Revisionsrekurses abzuändern gewesen. Über Antrag des Unterhaltssachwalters gemäß Paragraph 14 a, AußStrG (ON 63) wurde dieser Ausspruch vom Rekursgericht dahin abgeändert, dass der ordentliche Revisionsrekurs doch zulässig sei, weil der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung 4 Ob 417/02p ausgesprochen habe, dass jede Person als Arbeitnehmer anzusehen sei, die, ob sie nun eine Erwerbstätigkeit ausübe oder nicht, die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitze. Da - soweit überblickbar - zum hier vorliegenden Fall, in dem als Anknüpfungspunkt für die Arbeitnehmereigenschaft nach der Wanderarbeitnehmerverordnung dem Vorbringen der Minderjährigen zufolge auf früher erworbene

sozialversicherungsrechtliche Ansprüche abgestellt werden solle, keine Judikatur des Obersten Gerichtshofes vorliege, sei der Ausspruch über die Zulässigkeit des Revisionsrekurses abzuändern gewesen.

Der mit dem Abänderungsantrag verbundene ordentliche Revisionsrekurs mündet im Antrag, den bekämpften Beschluss des Rekursgerichtes dahin abzuändern, dass dem Rekurs des Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien nicht Folge gegeben (und sohin die erstinstanzliche Entscheidung wiederhergestellt) werde.

Die Abwesenheitskuratorin des Vaters hat - da dieser weiterhin unbekannten Aufenthaltes, vermutlich in Brasilien, ist (ON 81) - von der ihr eingeräumten Gelegenheit, zum gegnerischen Rechtsmittel Stellung zu nehmen (ON 76), Gebrauch gemacht und beantragt, das Rechtsmittel als unzulässig zurückzuweisen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig, jedoch nicht berechtigt. Nach Auffassung der Rechtsmittelwerberin habe der Vater als seinerzeit in Österreich tätig gewesener Arbeitnehmer aufgrund der erwiesenen Beschäftigungszeiten in Österreich sozialversicherungsrechtliche Ansprüche erworben (wie Anrechnung von Pensionszeiten und Anspruch auf Arbeitslosengeld), welche ihn als tätigen oder arbeitslosen Arbeitnehmer im Sinne der Wanderarbeitnehmerverordnung qualifizierten, auch wenn er zum konkreten Zeitpunkt der Antragstellung auf Unterhaltsvorschuss kein Arbeitslosengeld oder Notstandshilfe bezogen habe oder einer gemeldeten Beschäftigung nachgegangen sei. Es genüge vielmehr, dass er die materiellen Voraussetzungen hiefür und damit des Begriffs als Anspruchsberechtigter erfüllt habe. Wenn ein unterhaltpflichtiger Kindesvater, aus welchen Motiven auch immer, seine aus der Arbeitslosenversicherung resultierenden Ansprüche nicht wahrnehme und daraus folgend die Einlösung des Anspruches seiner Tochter auf Unterhaltsvorschuss verhindere, so konterkariere dies Sinn und Funktion des UVG im Sinne einer Familienentlastung, welche dazu dienen solle, Schaden auszugleichen, der daraus resultiere, dass ein Elternteil keinen Unterhalt leiste und die Kosten einer möglichen zwangsweisen Eintreibung desselben in einem Verfahren zu bestreiten seien, was sich auch noch nachteilig auf das Familienleben auswirken könne.

Hiezu hat der Oberste Gerichtshof Folgendes erwogen:

Zunächst ist vorauszuschicken, dass aufgrund der vom Erstgericht im Sinne des Rückleitungsbeschlusses des Obersten Gerichtshofes vom 15. 1. 2003 (ON 70) gepflogenen ergänzenden Erhebungen die Rechtzeitigkeit des vorliegenden Revisionsrekurses feststeht. Im Sinne der - jeweils vom Obersten Gerichtshof initiierten - Urteile des EuGH vom 15. 3. 2001, C-85/99 (dort ging es um die Frage, ob in Österreich lebende Kinder von EWR-Bürgern nicht österreichischer Staatsbürgerschaft durch das UVG diskriminiert werden), und vom 8. 2. 2002, C-255/99 (dort ging es um die Frage, ob Kinder österreichischer Staatsbürger mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland entgegen § 2 Abs 1 UVG Ansprüche auf Vorschüsse geltend machen können), ist davon auszugehen, dass eine Leistung wie der Unterhaltsvorschuss nach dem UVG eine Familienleistung im Sinne des Art 4 Abs 1 lit h der eingangs zitierten Wanderarbeitnehmerverordnung in der durch die Verordnung (EG) Nr 118/97 des Rates vom 2. 12. 1996 geänderten und aktualisierten Fassung ist; daher haben die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnenden Personen, für die diese Verordnung gilt, gemäß deren Art 3 unter denselben Voraussetzungen wie (österreichische) Inländer Anspruch auf eine solche im Recht dieses Mitgliedstaates vorgesehene Leistung (C-85/99). Eine Person, die zumindest einen Elternteil hat, der tätiger oder arbeitsloser Arbeitnehmer ist, fällt als Familienangehöriger eines Arbeitnehmers im Sinne von Art 2 Abs 1 iVm Art 1 lit f Z i der Verordnung Nr 1408/71 ebenfalls in den persönlichen Geltungsbereich dieser Verordnung, sodass deren Art 73 und 74 so auszulegen sind, dass ein minderjähriges Kind, das zusammen mit dem sorgeberechtigten Elternteil in einem anderen als dem die Leistung erbringenden Mitgliedstaat wohnt und dessen anderer, zu Unterhaltszahlungen verpflichteter Elternteil in dem die Leistung erbringenden Mitgliedstaat tätiger oder arbeitsloser Arbeitnehmer ist, insoweit Anspruch auf eine Familienleistung wie den Unterhaltsvorschuss nach dem UVG hat (C-255/99; siehe hiezu auch Stockart-Bernkopf, Die EU und der österreichische Unterhaltsvorschuss - [un]erwartete Folgen, ÖA 2002, 5; Frischenschlager, Anm zum Urteil des EuGH in der Sache Humer, ÖA 2002, 7; Neumayr, Das Unterhaltsvorschussrecht nach den EuGH-Entscheidungen, ÖA 2002, 53). Zunächst ist vorauszuschicken, dass aufgrund der vom Erstgericht im Sinne des Rückleitungsbeschlusses des Obersten Gerichtshofes vom 15. 1. 2003 (ON 70) gepflogenen ergänzenden Erhebungen die Rechtzeitigkeit des vorliegenden Revisionsrekurses feststeht. Im Sinne der - jeweils vom Obersten Gerichtshof initiierten - Urteile des EuGH vom 15. 3. 2001, C-85/99 (dort ging es um die Frage, ob in Österreich lebende Kinder von EWR-Bürgern nicht österreichischer Staatsbürgerschaft durch das UVG diskriminiert werden), und vom 8. 2. 2002, C-255/99 (dort ging es um die Frage, ob Kinder österreichischer Staatsbürger mit gewöhnlichem Aufenthalt im

Ausland entgegen Paragraph 2, Absatz eins, UVG Ansprüche auf Vorschüsse geltend machen können), ist davon auszugehen, dass eine Leistung wie der Unterhaltsvorschuss nach dem UVG eine Familienleistung im Sinne des Artikel 4, Absatz eins, Litera h, der eingangs zitierten Wanderarbeitnehmerverordnung in der durch die Verordnung (EG) Nr 118/97 des Rates vom 2. 12. 1996 geänderten und aktualisierten Fassung ist; daher haben die im Gebiet eines Mitgliedstaates wohnenden Personen, für die diese Verordnung gilt, gemäß deren Artikel 3, unter denselben Voraussetzungen wie (österreichische) Inländer Anspruch auf eine solche im Recht dieses Mitgliedstaates vorgesehene Leistung (C-85/99). Eine Person, die zumindest einen Elternteil hat, der tätiger oder arbeitsloser Arbeitnehmer ist, fällt als Familienangehöriger eines Arbeitnehmers im Sinne von Artikel 2, Absatz eins, in Verbindung mit Artikel eins, Litera f, Z i der Verordnung Nr 1408/71 ebenfalls in den persönlichen Geltungsbereich dieser Verordnung, sodass deren Artikel 73 und 74 so auszulegen sind, dass ein minderjähriges Kind, das zusammen mit dem sorgeberechtigten Elternteil in einem anderen als dem die Leistung erbringenden Mitgliedstaat wohnt und dessen anderer, zu Unterhaltszahlungen verpflichteter Elternteil in dem die Leistung erbringenden Mitgliedstaat tätiger oder arbeitsloser Arbeitnehmer ist, insoweit Anspruch auf eine Familienleistung wie den Unterhaltsvorschuss nach dem UVG hat (C-255/99; siehe hiezu auch Stockart-Bernkopf, Die EU und der österreichische Unterhaltsvorschuss - [un]erwartete Folgen, ÖA 2002, 5; Frischenschlager, Anmerkung zum Urteil des EuGH in der Sache Humer, ÖA 2002, 7; Neumayr, Das Unterhaltsvorschussrecht nach den EuGH-Entscheidungen, ÖA 2002, 53).

Der Oberste Gerichtshof folgte aus dieser Rechtsprechung (zusammengefasst in RIS-JustizRS0115509) zunächst in der Entscheidung 1 Ob 86/01f (ÖA 2001, 314 = ZfRV 2002, 77), dass auch deutsche Staatsangehörige (entgegen§ 2 Abs 1 UVG) Anspruch auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen wie Inländer haben. Zu 1 Ob 289/01h sprach er aus, dass eine Antragstellerin trotz fehlenden gewöhnlichen Aufenthalts in Österreich (sondern stattdessen in Griechenland) entgegen § 2 Abs 1 UVG Anspruch auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen hat, sofern auch nur ein Elternteil (in casu: der Vater) in Österreich berufstätig ist oder aber arbeitslos ist und Arbeitslosengeld bezieht (so auch - diese Entscheidung zustimmend referierend - jüngst 4 Ob 260/02t), auch wenn die Mutter nach dem Aktenstand weder berufstätig noch arbeitslos war; Voraussetzung sei nicht eine berufliche Tätigkeit oder Beschäftigungslosigkeit des in einen Mitgliedstaat der Gemeinschaft verzogenen obsorgeberechtigten Elternteils, sondern es genüge, dass der im Inland verbleibende andere Elternteil berufstätig oder beschäftigungslos ist. Da nach der Aktenlage bloß verlässlich feststand, dass der Vater arbeitslos war, nicht jedoch auch, dass er tatsächlich auch Arbeitslosengeld bezieht oder bezog, wurde das Verfahren insoweit vom Obersten Gerichtshof noch für ergänzungsbedürftig erachtet und zur Verfahrensfortsetzung an das Erstgericht zurückverwiesen; nur wenn er Arbeitslosengeld bezog, bestünde - so der erkennende erste Senat weiter - gegen die Gewährung von Unterhaltsvorschüssen kein Hinderungsgrund. Zu 4 Ob 117/02p (RZ 2002/41; RIS-JustizRS0116469) wurde in einem Fall, in dem sowohl das in Österreich lebende Kind als auch sein in Deutschland lebender Vater deutsche Staatsbürger waren, der Anspruch des Kindes auf Vorschüsse nach dem UVG bejaht, zumal die (in Österreich lebende) Mutter Arbeitnehmerin im Sinne der genannten Verordnung war. Zu 7 Ob 39/02i wurde ausgesprochen, dass die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes eines Kindes, dessen Eltern beide Arbeitnehmer sind, gemeinsam mit seiner Mutter nach Deutschland keinen Einstellungsgrund zuvor gewährter Unterhaltsvorschüsse nach § 20 Abs 1 Z 4 lit a UVG darstellt. Die weiteren - ebenfalls auf die Verordnung Nr 1408/71 Bezug nehmenden - Entscheidungen (in chronologischer Reihenfolge) 6 Ob 132/02h (Vorabentscheidungsersuchen), 4 Ob 260/02t, 3 Ob 50/03d und 2 Ob 130/03m (Vorabentscheidungsersuchen) sind für den vorliegenden Fall nicht einschlägig, weil sie - anders als im vorliegenden Fall - allesamt die Gewährung von sog Haftvorschüssen gemäß § 4 Z 3 UVG betreffen. Der Oberste Gerichtshof folgte aus dieser Rechtsprechung (zusammengefasst in RIS-JustizRS0115509) zunächst in der Entscheidung 1 Ob 86/01f (ÖA 2001, 314 = ZfRV 2002, 77), dass auch deutsche Staatsangehörige (entgegen Paragraph 2, Absatz eins, UVG) Anspruch auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen wie Inländer haben. Zu 1 Ob 289/01h sprach er aus, dass eine Antragstellerin trotz fehlenden gewöhnlichen Aufenthalts in Österreich (sondern stattdessen in Griechenland) entgegen Paragraph 2, Absatz eins, UVG Anspruch auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen hat, sofern auch nur ein Elternteil (in casu: der Vater) in Österreich berufstätig ist oder aber arbeitslos ist und Arbeitslosengeld bezieht (so auch - diese Entscheidung zustimmend referierend - jüngst 4 Ob 260/02t), auch wenn die Mutter nach dem Aktenstand weder berufstätig noch arbeitslos war; Voraussetzung sei nicht eine berufliche Tätigkeit oder Beschäftigungslosigkeit des in einen Mitgliedstaat der Gemeinschaft verzogenen obsorgeberechtigten Elternteils, sondern es genüge, dass der im Inland verbleibende andere Elternteil berufstätig oder beschäftigungslos ist. Da nach der Aktenlage bloß verlässlich feststand, dass der Vater arbeitslos war, nicht jedoch auch, dass er tatsächlich auch Arbeitslosengeld bezieht oder bezog, wurde das Verfahren insoweit vom Obersten

Gerichtshof noch für ergänzungsbedürftig erachtet und zur Verfahrensfortsetzung an das Erstgericht zurückverwiesen; nur wenn er Arbeitslosengeld bezog, bestünde - so der erkennende erste Senat weiter - gegen die Gewährung von Unterhaltsvorschüssen kein Hinderungsgrund. Zu 4 Ob 117/02p (RZ 2002/41; RIS-JustizRS0116469) wurde in einem Fall, in dem sowohl das in Österreich lebende Kind als auch sein in Deutschland lebender Vater deutsche Staatsbürger waren, der Anspruch des Kindes auf Vorschüsse nach dem UVG bejaht, zumal die (in Österreich lebende) Mutter Arbeitnehmerin im Sinne der genannten Verordnung war. Zu 7 Ob 39/02i wurde ausgesprochen, dass die Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes eines Kindes, dessen Eltern beide Arbeitnehmer sind, gemeinsam mit seiner Mutter nach Deutschland keinen Einstellungsgrund zuvor gewährter Unterhaltsvorschüsse nach Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 4, Litera a, UVG darstellt. Die weiteren - ebenfalls auf die Verordnung Nr 1408/71 Bezug nehmenden - Entscheidungen (in chronologischer Reihenfolge) 6 Ob 132/02h (Vorabentscheidungsersuchen), 4 Ob 260/02t, 3 Ob 50/03d und 2 Ob 130/03m (Vorabentscheidungsersuchen) sind für den vorliegenden Fall nicht einschlägig, weil sie - anders als im vorliegenden Fall - allesamt die Gewährung von sog Haftvorschüssen gemäß Paragraph 4, Ziffer 3, UVG betreffen.

Im vorliegenden Fall steht unstrittig fest, dass der Vater weder vor noch nunmehr seit seinem Verlassen des österreichischen Staatsgebietes (ins außereuropäische Ausland) je Arbeitslosengeld (Leistungen der Arbeitslosenversicherung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz [AlVG] 1977 idGf) bezog. Der bloße Umstand, arbeitslos gewesen zu sein (ohne jedoch solche - ihm allenfalls gesetzlich zustehenden, jedoch aus welchen Gründen immer nicht beanspruchte - Leistungen tatsächlich zu lukrieren) ist für den Anspruchserwerb des Kindes nicht ausreichend (siehe nochmals 1 Ob 289/01h und 4 Ob 260/02t). Wie der Oberste Gerichtshof in der zuletzt genannten Entscheidung ausführte - welcher sich jüngst auch der dritte Senat zu 3 Ob 50/03d vollinhaltlich anschloss -, ist Normzweck des Art 42 EG und der aufgrund dieser Bestimmung ergangenen Wanderarbeitnehmerverordnung Nr 1408/71 nur die Koordinierung, nicht jedoch die Harmonisierung der verschiedenen sozialrechtlichen Systeme der Mitgliedstaaten für Personen mit grenzüberschreitendem Berufsverlauf; es soll nicht ein einheitliches, gemeinschaftsweit gültiges Sozialversicherungssystem geschaffen, sondern durch Koordinierung nationaler Regeln bloß die Freizügigkeit sichergestellt werden (Langer in Fuchs, Kommentar zum Europäischen Sozialrecht<sup>2</sup> Art 42 EGV Rz 1, 13). Es kann daher weder aus der Verordnung Nr 1408/71 noch aus den hier vom Rechtsmittelwerber bei seiner Argumentation herangezogenen Entscheidungen des EuGH der Schluss gezogen werden, ein Mitgliedstaat wäre dazu verpflichtet, nationale Normen zu schaffen, wonach Familienleistungen nach Art des Unterhaltsvorschusses nach dem österreichischen UVG im Rahmen eines lückenlosen Systems für jeden nur denkbaren Fall des Entfalls einer Unterhaltsleistung gewährt werden - also etwa auch für den Fall, dass ein geldunterhaltspflichtiger Kindesvater, der seine Unterhaltspflicht nicht erfüllt, zwar nicht (mehr) berufstätig (und damit arbeitslos) ist, jedoch keine Leistungen der (österreichischen) Arbeitslosenversicherung bezieht. Soweit die Revisionsrekurswerberin argumentiert, der unterhaltspflichtige Vater nehme "seine aus der Arbeitslosenversicherung resultierenden Ansprüche" nicht wahr, was nicht zu ihren Lasten gehen dürfe, wird hiebei auch - spekulativ - unterstellt, dass dieser - antragsabhängig (§ 46 Abs 1 AlVG) - tatsächlich alle (auch sonstigen) hiefür erforderlichen gesetzlichen Leistungsvoraussetzungen (§ 7 leg cit) erfüllt hätte (bzw weiterhin erfülle), was jedoch nach der Aktenlage keineswegs verlässlich feststeht (ausführlich Dirschmied, AlVG [Loseblattsammlung], Erl zu § 7; als Anspruchsvoraussetzung obliege es dem Antragsteller, diese Voraussetzungen nicht nur zu behaupten, sondern auch - zumindest ansatzweise - zu bescheinigen). Da hier - anders als zu 1 Ob 289/01h - feststeht, dass der seit Jahren ins Ausland verzogene Vater tatsächlich kein Arbeitslosengeld bezog (und nur ungewiss ist, ob er dafür überhaupt die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllte), bedarf es insoweit auch nicht (anders als in der zitierten Entscheidung des ersten Senates) einer Verbreiterung des diesbezüglichen Sachverhaltes samt Zurückverweisung der Pflegschaftssache an das Erstgericht. Mangels einer Verpflichtung des österreichischen Gesetzgebers, jeden nur denkbaren Fall des Entfalles einer Unterhaltsleistung sogleich durch eine Gewährung von Unterhaltsvorschüssen zu substituieren, muss es - wie der Oberste Gerichtshof zu 4 Ob 260/02t abschließend ausführte - tatsächlich dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten bleiben, an welche Tatbestände er die Auszahlung von Unterhaltsvorschüssen knüpft; Ziel der Wanderarbeitnehmerverordnung ist es allein, dem Recht auf Freizügigkeit zum Durchbruch zu verhelfen und sicherzustellen, dass die (im nationalen Recht) nach den anwendbaren Rechtsvorschriften vorgesehenen Familienleistungen unterschiedslos davon zur Auszahlung gelangen, in welchem Land der für die Leistung bezugsberechtigte Familienangehörige wohnt. Würde die vom rechtsmittelwerbenden Unterhaltssachwalter vertretene Ansicht zutreffen, würde die Geltendmachung des Anspruches auf Arbeitslosengeld auf den bloßen Formalakt einer (möglichen) Antragstellung durch den arbeitslosen Unterhaltspflichtigen reduziert

werden, was aber mit dem sonstigen (strengen) System der Leistungsvoraussetzungen nach dem AIVG nicht vereinbar wäre. Der Umstand allein, irgendwann einmal in der Vergangenheit sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer in Österreich gewesen zu sein, kann dafür sohin nicht ausreichen. Im vorliegenden Fall steht unstrittig fest, dass der Vater weder vor noch nunmehr seit seinem Verlassen des österreichischen Staatsgebietes (ins außereuropäische Ausland) je Arbeitslosengeld (Leistungen der Arbeitslosenversicherung nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz [AIVG] 1977 idGf) bezog. Der bloße Umstand, arbeitslos gewesen zu sein (ohne jedoch solche - ihm allenfalls gesetzlich zustehenden, jedoch aus welchen Gründen immer nicht beanspruchte - Leistungen tatsächlich zu lukrieren) ist für den Anspruchserwerb des Kindes nicht ausreichend (siehe nochmals 1 Ob 289/01h und 4 Ob 260/02t). Wie der Oberste Gerichtshof in der zuletzt genannten Entscheidung ausführte - welcher sich jüngst auch der dritte Senat zu 3 Ob 50/03d vollinhaltlich anschloss -, ist Normzweck des Artikel 42, EG und der aufgrund dieser Bestimmung ergangenen Wanderarbeitnehmerverordnung Nr 1408/71 nur die Koordinierung, nicht jedoch die Harmonisierung der verschiedenen sozialrechtlichen Systeme der Mitgliedstaaten für Personen mit grenzüberschreitendem Berufsverlauf; es soll nicht ein einheitliches, gemeinschaftsweit gültiges Sozialversicherungssystem geschaffen, sondern durch Koordinierung nationaler Regeln bloß die Freizügigkeit sichergestellt werden (Langer in Fuchs, Kommentar zum Europäischen Sozialrecht<sup>2</sup> Artikel 42, EGV Rz 1, 13). Es kann daher weder aus der Verordnung Nr 1408/71 noch aus den hier vom Rechtsmittelwerber bei seiner Argumentation herangezogenen Entscheidungen des EuGH der Schluss gezogen werden, ein Mitgliedstaat wäre dazu verpflichtet, nationale Normen zu schaffen, wonach Familienleistungen nach Art des Unterhaltsvorschusses nach dem österreichischen UVG im Rahmen eines lückenlosen Systems für jeden nur denkbaren Fall des Entfalls einer Unterhaltsleistung gewährt werden - also etwa auch für den Fall, dass ein geldunterhaltpflichtiger Kindesvater, der seine Unterhaltpflicht nicht erfüllt, zwar nicht (mehr) berufstätig (und damit arbeitslos) ist, jedoch keine Leistungen der (österreichischen) Arbeitslosenversicherung bezieht. Soweit die Revisionsrekurswerberin argumentiert, der unterhaltpflichtige Vater nehme "seine aus der Arbeitslosenversicherung resultierenden Ansprüche" nicht wahr, was nicht zu ihren Lasten gehen dürfe, wird hiebei auch - spekulativ - unterstellt, dass dieser - antragsabhängig (Paragraph 46, Absatz eins, AIVG) - tatsächlich alle (auch sonstigen) hiefür erforderlichen gesetzlichen Leistungsvoraussetzungen (Paragraph 7, leg cit) erfüllt hätte (bzw. weiterhin erfülle), was jedoch nach der Aktenlage keineswegs verlässlich feststeht (ausführlich Dirschmied, AIVG [Loseblattsammlung], Erl zu Paragraph 7 ;, als Anspruchsvoraussetzung obliege es dem Antragsteller, diese Voraussetzungen nicht nur zu behaupten, sondern auch - zumindest ansatzweise - zu bescheinigen). Da hier - anders als zu 1 Ob 289/01h - feststeht, dass der seit Jahren ins Ausland verzogene Vater tatsächlich kein Arbeitslosengeld bezog (und nur ungewiss ist, ob er dafür überhaupt die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllte), bedarf es insoweit auch nicht (anders als in der zitierten Entscheidung des ersten Senates) einer Verbreiterung des diesbezüglichen Sachverhaltes samt Zurückverweisung der Pflegschaftssache an das Erstgericht. Mangels einer Verpflichtung des österreichischen Gesetzgebers, jeden nur denkbaren Fall des Entfalls einer Unterhaltsleistung sogleich durch eine Gewährung von Unterhaltsvorschüssen zu substituieren, muss es - wie der Oberste Gerichtshof zu 4 Ob 260/02t abschließend ausführte - tatsächlich dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten bleiben, an welche Tatbestände er die Auszahlung von Unterhaltsvorschüssen knüpft; Ziel der Wanderarbeitnehmerverordnung ist es allein, dem Recht auf Freizügigkeit zum Durchbruch zu verhelfen und sicherzustellen, dass die (im nationalen Recht) nach den anwendbaren Rechtsvorschriften vorgesehenen Familienleistungen unterschiedslos davon zur Auszahlung gelangen, in welchem Land der für die Leistung bezugsberechtigte Familienangehörige wohnt. Würde die vom rechtsmittelwerbenden Unterhaltsachwalter vertretene Ansicht zutreffen, würde die Geltendmachung des Anspruches auf Arbeitslosengeld auf den bloßen Formalakt einer (möglichen) Antragstellung durch den arbeitslosen Unterhaltpflichtigen reduziert werden, was aber mit dem sonstigen (strengen) System der Leistungsvoraussetzungen nach dem AIVG nicht vereinbar wäre. Der Umstand allein, irgendwann einmal in der Vergangenheit sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer in Österreich gewesen zu sein, kann dafür sohin nicht ausreichen.

Mangelt es aber an einer inländischen Norm, welche die Gewährung eines Unterhaltsvorschusses auch dann aufträgt, wenn der Unterhaltpflichtige bloß arbeitslos ist (was schon im Hinblick auf seinen Aufenthalt in Brasilien seit seiner Auswanderung dorthin überhaupt fraglich ist), ohne jedoch einen Anspruch auf Arbeitslosengeld je geltend gemacht zu haben und auch ohne dass dessen Voraussetzungen feststehen, so muss ein entsprechender Antrag mangels nationaler Anspruchsgrundlage scheitern. Das Rekursgericht hat daher zutreffend erkannt, dass ein Zuspruch von Unterhaltsvorschussleistungen hier nicht in Betracht kommt, weshalb dem hiegegen ankämpfenden Revisionsrekurs ein Erfolg versagt bleiben muss.

**Anmerkung**

E70205 7Ob295.02m-2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:0070OB00295.02M.0630.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20030630\_OGH0002\_0070OB00295\_02M0000\_000

**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)