

# TE OGH 2010/9/14 10Ob56/10y

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.09.2010

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Schinko als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Fellinger, Dr. Hoch, Hon.-Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Pflegschaftssache der minderjährigen Nadine S\*\*\*\*\*, geboren am 5. Oktober 1993, \*\*\*\*\*, vertreten durch das Land Steiermark (Bezirkshauptmannschaft Deutschlandsberg, Jugendwohlfahrtsreferat, Kirchengasse 12, 8530 Deutschlandsberg), über den Revisionsrekurs des Bundes, vertreten durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Graz, gegen den Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz als Rekursgericht vom 19. Mai 2010, GZ 1 R 137/10i-77, womit infolge Rekurses des Bundes, vertreten durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Graz, der Beschluss des Bezirksgerichts Deutschlandsberg vom 8. Februar 2010, GZ 1 PU 185/09b-71, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie insgesamt lauten:

Der am 26. 1. 2010 eingebrachte Antrag des Kindes, ihm Unterhaltsvorschüsse in Höhe von 350 EUR monatlich zu gewähren, wird abgewiesen.

## **Text**

Begründung:

Die am 5. Oktober 1993 geborene Nadine S\*\*\*\*\* ist die Tochter von Karin S\*\*\*\*\* und Wolfgang D\*\*\*\*\*. Mit Beschluss des Bezirksgerichts D\*\*\*\*\* vom 11. 12. 2009, 1 PU 185/09b-69, wurde der vom Vater zu leistende Geldunterhalt ab 1. 11. 2008 um 70 EUR monatlich auf 350 EUR monatlich erhöht. Der Beschluss wurde dem Vater durch Hinterlegung mit Beginn der Abholfrist am 22. 12. 2009 zugestellt. Die Rechtskraft wurde am 13. Jänner 2010 bestätigt.

Am 26. 1. 2010 brachte das Kind, vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger, bei Gericht einen Antrag auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen in Titelhöhe (350 EUR) gemäß §§ 3, 4 Z 1 UVG mit folgender Begründung ein: „Die zu 2 E 2413/09p-2, des Bezirksgerichtes S\*\*\*\*\* geführte Exekution auf das Arbeitseinkommen hat, auch unter Anrechnung hereingebrachter Rückstände auf den laufenden Unterhalt, diesen für die letzten sechs Monate vor Antragstellung nicht gedeckt.“

Mit Beschluss vom 8. 2. 2010, GZ 1 PU 185/09b-71, bewilligte das Erstgericht dem Kind Unterhaltsvorschüsse gemäß §§ 3, 4 Z 1 UVG in der monatlichen Höhe von 350 EUR für den Zeitraum vom 1. 1. 2010 bis 31. 10. 2011. Zur Begründung wurde angegeben, dass der Unterhaltsschuldner nach der am 19. 1. 2010 eingetretenen Vollstreckbarkeit

den laufenden Unterhalt nicht zur Gänze geleistet habe; beim Bezirksgericht S\*\*\*\*\* (2 E 2413/09p-2) sei gegen den Unterhaltsschuldner eine Exekution auf das Arbeitseinkommen eingebbracht worden.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Bundes nicht Folge. Es stellte fest, dass der Vater zum Zeitpunkt der Exekutionsbewilligung am 26. 11. 2009 bei der M\*\*\*\*\* GmbH beschäftigt war; wie nun aus dem Versicherungsdatenauszug ersichtlich, ist er dort am 11. 12. 2009 aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden und steht nun seit 30. 12. 2009 im Bezug von Arbeitslosengeld.

Im vorliegenden Fall habe das Kind alle zur Erreichung des Exekutionsziels erforderlichen Verfahrenshandlungen gesetzt und auch die Exekution auf das Arbeitseinkommen gegenüber dem damaligen Arbeitgeber des Unterhaltsschuldners eingebbracht. Dass der Vater in der kurzen Zeitspanne zwischen Exekutionsbewilligung und Stellung des Vorschussantrags sein Arbeitsverhältnis auflösen würde, sei für den Jugendwohlfahrtsträger als Vertreter des Kindes weder vorhersehbar noch erkennbar gewesen; der Exekutionsführung könne auch nicht von vornherein Erfolglosigkeit unterstellt werden.

Auch der Ansicht, dass die Anspruchsvoraussetzungen erst dann vorliegen würden, wenn der für Februar 2010 fällig werdende Unterhaltsbeitrag vom Unterhaltsschuldner nicht bezahlt werde, könne nicht gefolgt werden. Die Vollstreckbarkeit des Unterhaltstitels sei am 7. 1. 2010 eingetreten. Zum Zeitpunkt der Antragstellung am 26. 1. 2010 wäre der Unterhaltsbeitrag für Jänner 2010 bereits fällig gewesen und sei vom Unterhaltsschuldner nicht geleistet worden, weshalb die Voraussetzungen für die Bewilligung des Unterhaltsvorschusses auch für Jänner 2010 vorlägen.

Den Revisionsrekurs ließ das Rekursgericht nachträglich mit der Begründung zu, dass zu§ 3 Z 2 UVG in der Fassung des FamRÄG 2009 im Zusammenhang mit der hier strittigen Frage des Ausreichens der vom Kind zu 2 E 2413/09b des Bezirksgerichts S\*\*\*\*\* geführten Exekution keine höchstgerichtliche Judikatur vorliege.

Gegen die Entscheidung des Rekursgerichts richtet sich der Revisionsrekurs des Bundes mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn einer gänzlichen Abweisung des Vorschussantrags, in eventu einer Gewährung der Vorschüsse erst ab 1. 2. 2010. Hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Das Kind beantragt in seiner Revisionsrekursbeantwortung, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben. Die Mutter und der Vater haben sich am Revisionsrekursverfahren nicht beteiligt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist aus dem vom Rekursgericht genannten Grund zulässig; er ist auch berechtigt.

Die Rechtsmittelausführungen des Bundes lassen sich dahin zusammenfassen, dass das Kind die von§ 3 Z 2 UVG in der Fassung des FamRÄG 2009 geforderten tauglichen Exekutionsmaßnahmen in einem engen zeitlichen Verhältnis zum Vorschussantrag bzw zur Bewilligung der Vorschüsse setzen müsse. Das Kind hätte seinen Vorschussantrag nicht auf die zu 2 E 2413/09p des Bezirksgerichts S\*\*\*\*\* eingebrochene Exekution stützen dürfen, weil der Unterhaltsschuldner zu diesem Zeitpunkt nicht mehr beim Drittshuldner beschäftigt gewesen sei. Vom Ausscheiden des Unterhaltsschuldners beim Arbeitgeber bis zur Stellung des Vorschussantrags seien mehr als sechs Wochen vergangen, sodass dem Jugendwohlfahrtsträger als Vertreter des Kindes auch klar gewesen sein hätte müssen, dass sich der Vorschussantrag nicht auf diese Exekution stützen könne. Es erscheine zumutbar, dass der Jugendwohlfahrtsträger vor Stellung des Vorschussantrags eine aktuelle Abfrage der Daten des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger durchföhre.

Im Übrigen gebühre für den Monat, in dem die Vollstreckbarkeit des Titels eintrete, noch kein Unterhaltsvorschuss.

Der Senat hat dazu erwogen:

1. Im Hinblick auf die Antragstellung am 26. 1. 2010 ist auf den Vorschussgewährungsfall§ 3 Z 2 UVG in der Fassung des FamRÄG 2009, BGBI I 2009/75, anzuwenden (§ 37 Abs 2 UVG).

2. Bis zum Inkrafttreten der Novellierung des UVG mit dem FamRÄG 2009 setzte§ 3 UVG neben dem Bestehen eines im Inland vollstreckbaren Unterhaltstitels (Z 1) voraus, „dass eine wegen der laufenden Unterhaltsbeiträge geführte Exekution nach § 291c Abs. 1 EO oder, sofern der Unterhaltsschuldner offenbar keine Gehaltsforderung oder eine andere in fortlaufenden Bezügen bestehende Forderung hat, eine Exekution nach § 372 EO auch nur einen in den letzten sechs Monaten vor Stellung des Antrags auf Vorschußgewährung fällig gewordenen Unterhaltsbeitrag nicht voll gedeckt hat“.

2.1. Während § 3 Z 1 UVG unverändert blieb, wurde § 3 Z 2 UVG mit dem FamRÄG 2009 novelliert. Die Norm erhielt in ihrem ersten (auf Inlandsverhältnisse bezogenen) Teil folgende Fassung: „Vorschüsse sind zu gewähren, wenn ... 2. der Unterhaltsschuldner nach Eintritt der Vollstreckbarkeit den laufenden Unterhaltsbeitrag nicht zur Gänze leistet sowie das Kind glaubhaft macht (§ 11 Abs. 2), einen Exekutionsantrag nach § 294a EO oder, sofern der Unterhaltsschuldner offenbar keine Gehaltsforderung oder keine andere in fortlaufenden Bezügen bestehende Forderung hat, einen Exekutionsantrag auf bewegliche körperliche Sachen unter Berücksichtigung von § 372 EO eingebracht zu haben“.

2.2. Die Formulierung der novellierten Gesetzesstelle ist relativ allgemein gehalten; sie bringt insbesondere nicht eindeutig zum Ausdruck, ob ein gewisser zeitlicher und inhaltlicher Zusammenhang zwischen Exekutionsführung und Vorschussantrag bestehen muss. Ganz offensichtlich schwiebte dem Gesetzgeber als eine Art Leitlinie vor, dass der Vorschussantrag ab 1. 1. 2010 im Regelfall in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit dem Exekutionsantrag gestellt wird (Neumayr, Unterhaltsvorschuss neu, ÖJZ 2010, 164 [168]). Der erkennbare Zweck der Novellierung des § 3 Z 2 UVG, den Auszahlungszeitpunkt für die Vorschüsse vorzuverlagern (IA 673/A 24. GP 1 und 39), nicht aber die Anspruchsvoraussetzungen für die Vorschussgewährung zu verringern, deutet darauf hin, dass Exekutionsführung und Vorschussantrag nicht völlig losgelöst voneinander gesehen werden dürfen.

2.3. In den Gesetzesmaterialien (IA 673/A 24. GP 39) wird die Novellierung des § 3 Z 2 UVG mit folgenden Erwägungen erklärt:

„Durch die Neufassung dieser Bestimmung sollen die Voraussetzungen für die Gewährung von Unterhaltsvorschüssen geändert werden, sodass diese im Vergleich zur geltenden Rechtslage zu einem früheren Zeitpunkt an die Kinder ausgezahlt werden können. Die Gewährung von Unterhaltsvorschüssen nach § 3 setzt in der unverändert bleibenden Z 1 weiterhin einen im Inland vollstreckbaren Exekutionstitel für den gesetzlichen Unterhaltsanspruch voraus, in Z 2 jedoch nicht mehr das Kriterium der erfolglosen Exekutionsführung. Stattdessen soll es ausreichen, dass der Unterhaltsschuldner nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Titels den laufenden Unterhaltsbeitrag nicht zur Gänze leistet und das Kind „taugliche“ Exekutionsmaßnahmen eingeleitet hat. Ob allenfalls bestehende Unterhaltsrückstände nicht gezahlt werden, spielt für die Gewährung von Unterhaltsvorschuss keine Rolle. Damit wird der Charakter der Vorschussleistungen als Substitut für laufende Unterhaltsleistungen unterstrichen. Vorschussleistungen dienen in erster Linie dem Zweck, die Versorgung der Kinder bei Ausbleiben der Unterhaltszahlungen zu sichern. Die Bestimmung der Z 2 legt außerdem fest, welche Schritte der Exekutionsführung vorzunehmen und bei Antragstellung dem Gericht zu bescheinigen sind. Dabei orientiert sich das Gesetz an jenen exekutiven Maßnahmen, die im Regelfall zielführend sind, und legt einen Mindeststandard fest, dessen Erfüllung ausreicht, um die Bewilligung von Unterhaltsvorschuss zu erlangen. Jedoch soll der Unterhaltsgläubiger die Vollstreckung seines Unterhaltsanspruchs in jedem Fall ernsthaft verfolgen und allenfalls darüber hinausgehende Exekutionsmittel ergreifen, wenn diese im konkreten Fall zweckmäßig erscheinen. Wenn er etwa weiß, dass andere pfändbare Vermögenswerte, wie beispielsweise ein GmbH-Anteil oder Wertpapiere, beim Unterhaltsschuldner vorhanden sind, so ist er angehalten, entsprechende exekutive Maßnahmen zu setzen, selbst wenn die Gewährung des Unterhaltsvorschusses nicht davon abhängt. Für die Erlangung von Unterhaltsvorschuss reicht es aber aus, dass das Kind bei behauptetem Vorliegen von Forderungen des Verpflichteten im Sinn des § 290a EO (wiederkehrende Leistungen mit Entgelt- bzw. Entgeltersatzcharakter) im Sinn des § 11 Abs. 2 UVG glaubhaft macht, dass es die Exekution nach Maßgabe des § 294a EO beantragt hat. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass es eine Kopie des Exekutionsantrags dem Antrag auf Vorschussgewährung anschließt. Der Unterhaltsgläubiger hat dabei den Vorteil, dass er den Drittenschuldner im Exekutionsantrag nicht näher bezeichnen muss. Wenn der Unterhaltsschuldner jedoch offenbar keine Gehaltsforderung oder keine andere in fortlaufenden Bezügen bestehende Forderung hat, so muss gegen ihn (zumindest) Fahrnisexekution geführt werden. Dabei muss der Unterhaltsberechtigte überdies versuchen, den Unterhalt im Wege einer Exekution nach § 372 EO sicherzustellen. Auch dieses Vorgehen ist - etwa durch Beilage einer Kopie des entsprechenden Exekutionsantrags - im Antrag auf Vorschussgewährung zu bescheinigen.“

2.4. Im Sinne dieser Erwägungen ist der weite Wortlaut des § 3 Z 2 UVG in der novellierten Fassung teleologisch dahin zu reduzieren, dass sich das Kind nicht die Voraussetzungen des § 3 Z 2 UVG dadurch erhalten kann, dass es „irgendwann“, also ohne konkreten Zusammenhang mit einem Vorschussantrag, einen Exekutionsantrag gestellt hat. Vielmehr muss der Vorschussantrag - aufgrund der Subsidiarität der Vorschussgewährung gegenüber der Hereinbringung der Geldunterhaltsleistungen des Unterhaltsschuldners - grundsätzlich erfolgversprechend in dem Sinn sein, dass damit die Möglichkeit besteht, den Geldunterhaltsanspruch auch zu lukrieren (10 Ob 47/10z).

2.5. Für dieses Erfordernis sprechen vor allem zwei Erwägungen: Zum einen würde sonst der Vorschussgrund der Aussichtslosigkeit der Exekutionsführung (§ 4 Z 1 UVG) einen sehr großen Teil seines Anwendungsbereichs verlieren, ohne dass eine gesetzgeberische Absicht in diese Richtung erkennbar wäre. Zum anderen hat sich durch die Novellierung die Notwendigkeit, dass das Kind vor einem Vorschussantrag bei der Exekutionsführung den „richtigen Schritt“ setzt (2 Ob 64/03f; 10 Ob 14/10x), nicht geändert. Zusammenfassend orientiert sich das Gesetz in der novellierten Fassung an jenen exekutiven Maßnahmen, die im Regelfall zielführend sind (Gröger, Unterhaltsvorschuss nach dem FamRÄG 2009, EF-Z 2010, 16). Um der Subsidiarität der Vorschussgewährung zum Durchbruch zu verhelfen, muss die von § 3 Z 2 EO geforderte Exekutionsführung bis zur Vorschussantragstellung auch grundsätzlich zielführend bleiben (etwa weil der Geldunterhaltsschuldner noch immer beim selben Arbeitgeber beschäftigt ist); die bloße Tatsache einer Exekutionsführung allein führt nicht zu einer dauerhaften Möglichkeit, in Zukunft Vorschüsse auf der Grundlage von § 3 Z 2 UVG zu beantragen. Wechselt dagegen der Geldunterhaltsschuldner immer wieder seine Arbeit, um einen exekutiven Zugriff auf sein Einkommen zu verhindern, müsste nicht immer wieder neu ein Exekutionsantrag gestellt werden; hier wäre die Exekutionsführung als aussichtslos zu qualifizieren (ebenso Neumayr in Schwimann3 § 4 UVG Rz 6 mit Hinweisen auf entsprechende zweitinstanzliche Rechtsprechung).

2.6. Nach § 11 Abs 2 UVG hat das Kind die Voraussetzungen für die Vorschussgewährung nachzuweisen oder zumindest durch eine der Wahrheit entsprechende Erklärung des Vertreters zu bescheinigen, damit das Gewährungsverfahren rasch und ohne weitwendige Ermittlungen abgewickelt werden kann (RIS-Justiz RS0088823 [T3]). Maßgeblicher Stichtag für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vorschussgewährung ist dann stets das Datum der Entscheidung erster Instanz (RIS-Justiz RS0076052 [T5]). Auch für die Beurteilung, ob der Anschein der Aussichtslosigkeit der Exekutionsführung gegeben ist, wäre die objektive Lage zur Zeit der Fassung des Beschlusses erster Instanz entscheidend (RIS-Justiz RS0076052 [T1]); darauf hat sich das Kind allerdings im konkreten Fall nicht gestützt.

2.7. Zum Zeitpunkt der Vorschussantragstellung im Jänner 2010 wäre bereits ohne besonderen Aufwand, nämlich durch eine Hauptverbandsabfrage, erkennbar gewesen, dass die seinerzeit gegen den Unterhaltsschuldner eingeleitete Exekution nach § 294a EO nicht zum Erfolg führen konnte, weil der Vater schon seit einigen Wochen nicht mehr bei dem Arbeitgeber beschäftigt war, der als Drittschuldner in das Exekutionsverfahren einbezogen worden war. Das Kind wäre gehalten gewesen, vor der Vorschussantragstellung nochmals einen Exekutionsantrag nach § 294a EO (oder wohl auch nach § 294 EO) zu stellen oder die Aussichtslosigkeit der Exekutionsführung nachzuweisen bzw zumindest zu bescheinigen (ebenso 10 Ob 47/10z).

3. Da der Vorschussantrag aufgrund der dargestellten Erwägungen nicht berechtigt ist, ist dem Revisionsrekurs des Bundes Folge zu geben, ohne dass es noch eines Eingehens auf die Frage bedürfte, ob bereits in dem Monat, in dem die Vollstreckbarkeit des Unterhaltstitels eintritt, ein Vorschussanspruch besteht (dazu 10 Ob 40/10w im Zusammenhang mit einer pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung einer Unterhaltsvereinbarung).

## **Schlagworte**

Unterhaltsrecht

## **Textnummer**

E95333

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

ECLI:AT:OGH0002:2010:0100OB00056.10Y.0914.000

## **Im RIS seit**

09.11.2010

## **Zuletzt aktualisiert am**

20.03.2012

**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)