

# TE OGH 2010/9/14 10Ob35/10k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.09.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Schinko als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Fellingner, Dr. Hoch, Hon.-Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Pflugschaftssache des minderjährigen Manuel S\*\*\*\*\*, geboren am 26. März 2001, \*\*\*\*\*, vertreten durch das Land Kärnten als Jugendwohlfahrtsträger (Bezirkshauptmannschaft Wolfsberg, Jugendwohlfahrt, Am Weiher 5-6, 9400 Wolfsberg), über den Revisionsrekurs des Bundes, vertreten durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Graz, gegen den Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt als Rekursgericht vom 18. März 2010, GZ 4 R 74/10i-17, womit infolge Rekurses des Bundes, vertreten durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Graz, der Beschluss des Bezirksgerichts Wolfsberg vom 1. Februar 2010, GZ 1 PU 43/10t-11, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Die Beschlüsse der Vorinstanzen werden aufgehoben. Dem Erstgericht wird die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen.

## Text

Begründung:

Der Minderjährige ist der Sohn von Birgit F\*\*\*\*\* und Adolf W\*\*\*\*\*. Letzterer ist aufgrund eines am 10. 7. 2008 vor der Bezirkshauptmannschaft W\*\*\*\*\* abgeschlossenen Vergleichs (gemäß § 214 Abs 2 ABGB) seit 1. 7. 2008 zu einem monatlichen Unterhalt von 200 EUR ab 1. 7. 2008 verpflichtet (ON U5).

Am 28. 1. 2010 brachte das Kind, vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger, bei Gericht einen Antrag auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen in Titelhöhe gemäß §§ 3, 4 Z 1 UVG mit folgender Begründung ein: „Die zu 6 E 4885/09m-2 des Bezirksgerichtes Wolfsberg geführte Lohnexekution wurde bewilligt. Es besteht ein Unterhaltsrückstand.“

Mit Beschluss vom 1. 2. 2010, GZ 1 PU 43/10t-11, bewilligte das Erstgericht dem Kind Unterhaltsvorschüsse gemäß §§ 3, 4 Z 1 UVG in der monatlichen Höhe von 200 EUR für den Zeitraum vom 1. 1. 2010 bis 31. 12. 2014. Zur Begründung wurde angegeben, dass der Unterhaltsschuldner nach der am 10. 7. 2008 eingetretenen Vollstreckbarkeit den laufenden Unterhalt nicht zur Gänze geleistet habe; beim Bezirksgericht Wolfsberg sei gegen den Unterhaltsschuldner am 19. 11. 2009 eine Lohnexekution eingebracht worden.

Das Rekursgericht gab dem Rekurs des Bundes nicht Folge. Den in§ 3 Abs 2 UVG normierten Erfordernissen sei durch die Einbringung des Lohnexekutionsantrags nach § 294 EO Genüge getan. Nach dem Versicherungsdatenauszug sei der Vater bei Stellung des Exekutionsantrags bei der Firma P\*\*\*\*\*-GmbH (im Zeitraum vom 12. 10. 2009 bis

17. 12. 2009) als Arbeiter beschäftigt gewesen. Dass der Unterhaltsschuldner im Zeitpunkt des Vorschussantrags (28. 1. 2010) bzw der Vorschussbewilligung bereits aus dem Rechtsverhältnis beim genannten Drittschuldner ausgeschieden sei und im Bezug von Arbeitslosengeld durch das AMS gestanden sei, schade nicht. Bei der Prüfung der Erfolgsaussichten einer Exekutionsführung, die der Antragstellung auf Unterhaltsvorschüsse vorausgehen müsse, sei nämlich auf den Zeitpunkt der Einbringung des Exekutionsantrags abzustellen. Ex ante betrachtet sei der „richtige“ Exekutionsschritt gewählt worden. Ein neuerlicher Exekutionsversuch bzw die zusätzliche Einbringung eines Fahrnisexekutionsantrags unmittelbar vor der Vorschussantragstellung sei zur Erfüllung der Bewilligungsvoraussetzungen nach den §§ 3, 4 Z 1 UVG nicht notwendig. Da dem Rekurs gegen die Vorschussbewilligung bereits aus diesen Erwägungen ein Erfolg versagt bleiben müsse, könne dahingestellt bleiben, ob sich der Jugendwohlfahrtsträger als Vertreter des Kindes im Hinblick auf die dem Versicherungsdatenauszug entnehmbare und wiederkehrende saisonale Arbeitslosigkeit des Unterhaltsschuldners auch auf das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale des § 4 Z 1 UVG (voraussichtliche Aussichtslosigkeit der Exekutionsführung) hätte stützen müssen.

Den Revisionsrekurs ließ das Rekursgericht mit der Begründung zu, dass zur teilweise novellierten Bestimmung des § 3 Z 2 UVG in der Fassung des FamRÄG 2009 keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege.

Gegen die Entscheidung des Rekursgerichts richtet sich der Revisionsrekurs des Bundes mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn einer Abweisung des Vorschussantrags; hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Das Kind, die Mutter und der Vater haben keine Revisionsrekursbeantwortungen erstattet.

### **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 auch nach der durch das FamRÄG 2009 geschaffenen neuen Rechtslage den „richtigen“ Exekutionsschritt setzen müsse. Zum Zeitpunkt der Vorschussantragstellung bzw -bewilligung sei der Vater bereits aus dem Rechtsverhältnis beim ursprünglichen Drittschuldner (P\*\*\*\*\*-GmbH) ausgeschieden gewesen und es habe ein neuer Drittschuldner (AMS Wolfsberg) existiert. Aus diesem Grund hätte der Forderungsexekution, auf die sich die Antragstellung und die Bewilligung der Vorschüsse stützte, von vornherein nicht mehr erfolgreich sein können. Das Kind hätte unmittelbar vor Stellung des Vorschussantrags eine aktuelle Forderungsexekution nach § 294a EO beantragen müssen, da die von § 3 Z 2 UVG nF geforderten tauglichen Exekutionsmaßnahmen in einem engen zeitlichen Verhältnis zum Vorschussantrag bzw der Bewilligung der Vorschüsse stehen müssten. Auf eine Aussichtslosigkeit der Exekutionsführung sei der Vorschussantrag nicht gestützt worden.

Der Senat hat dazu - wie bereits in der Entscheidung 10 Ob 47/10z - Folgendes erwogen:

Bis zum Inkrafttreten der Novellierung des UVG mit dem FamRÄG 2009, BGBl I 2009/75, 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“.

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“.

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 schwebte 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 BlgNR 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.

In den Gesetzesmaterialien (IA 673/A BlgNR 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 Drittschuldner 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.“

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 erfolversprechend in dem Sinn sein, dass damit die Möglichkeit besteht, den Geldunterhaltsanspruch auch zu lukrieren. 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 UVG 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 Schwimann I<sup>3</sup> § 4 UVG Rz 6 mit Hinweisen auf entsprechende zweitinstanzliche Rechtsprechung).

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.

Der Jugendwohlfahrtsträger hat sich jedoch auch in der Sachverhaltsdarstellung vom 3. 3. 2010 und im Schreiben vom 21. 5. 2010 (die zum Rekurs und zum Revisionsrekurs des Bundes erstattet wurden) darauf berufen, dass der Drittschuldner „bis heute“ (= 3. 3. 2010) nicht mitgeteilt habe, dass der Verpflichtete aus dem Dienstverhältnis ausgeschieden sei (ON 15), bzw ergänzend dazu mitgeteilt, dass der Vater laut Fax des Drittschuldners vom 16. 3. 2010 [erst] am 11. 2. 2010 aus dem Unternehmen ausgetreten sei.

Ob - wie der Revisionsrekurswerber weiterhin meint - zum Zeitpunkt der Vorschussantragstellung Ende Jänner 2010 bereits erkennbar war, dass die seinerzeit gegen den Unterhaltsschuldner eingeleitete Exekution nicht zum Erfolg führen konnte, weil der Vater schon seit einiger Zeit nicht mehr bei dem Arbeitgeber beschäftigt war, der als Drittschuldner in das Exekutionsverfahren einbezogen worden war, oder ob tatsächlich das Gegenteil der Fall ist, steht hier noch nicht fest. Nur im ersten Fall wäre das Kind aber gehalten gewesen, vor der Vorschussantragstellung nochmals einen Exekutionsantrag nach § 294a EO (oder nach § 294 EO) zu stellen oder die Aussichtslosigkeit der Exekutionsführung nachzuweisen bzw zumindest zu bescheinigen (10 Ob 47/10z).

Auch wenn nach § 11 Abs 1 UVG Unterhaltsvorschüsse nur auf Antrag zu gewähren sind, hat das Gericht im Rahmen der allgemeinen Anleitungs- und Belehrungspflicht (§ 14 AußStrG) auch gegenüber einem gesetzlichen Vertreter des Kindes die Verpflichtung, die Verbesserung eines ungenügenden Sachantrags zu veranlassen (10 Ob 40/10w mwN). Auch im vorliegenden Fall hätte daher der Jugendwohlfahrtsträger vom Erstgericht angeleitet werden müssen, den für die Beurteilung seines Antrags auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen gemäß §§ 3, 4 Z 1 UVG erforderlichen Sachverhalt vollständig zu behaupten. Da eine solche Anleitung unterblieb, ist eine verlässliche Beurteilung des Anspruchs des Minderjährigen auf Unterhaltsvorschüsse derzeit noch nicht möglich.

Es waren daher in Stattgebung des Revisionsrekurses die Entscheidungen der Vorinstanzen aufzuheben. Das Erstgericht wird im fortgesetzten Verfahren den Vertreter der Minderjährigen zur vollständigen Behauptung des für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalts anzuleiten und sodann zu klären und festzustellen haben, ob der Vater aus dem Unternehmen der Drittschuldnerin tatsächlich erst am 11. 2. 2010 ausgetreten ist (AS 93). Auf dieser Grundlage wird das Erstgericht neuerlich über den Vorschussantrag des Minderjährigen zu entscheiden haben.

#### **Textnummer**

E95238

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

ECLI:AT:OGH0002:2010:0100OB00035.10K.0914.000

#### **Im RIS seit**

29.10.2010

#### **Zuletzt aktualisiert am**

21.03.2012

**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)