

# TE OGH 2009/9/29 10Ob59/09p

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.09.2009

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schinko als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Fellinger, Dr. Hoch, Hon.-Prof. Dr. Neumayr und Dr. Schramm als weitere Richter in der Pflegschaftssache des minderjährigen Matteo T\*\*\*\*\*, über den Revisionsrekurs des Kindes, vertreten durch das Land Kärnten als Jugendwohlfahrtsträger (Magistrat der Stadt Villach, Jugendamt, Gerbergasse 6, 9500 Villach), gegen den Beschluss des Landesgerichts Klagenfurt als Rekursgericht vom 4. Juni 2009, GZ 2 R 108/09y U7, womit infolge Rekurses des Bundes, vertreten durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Graz, der Beschluss des Bezirksgerichts Villach vom 20. März 2009, GZ 10 P 28/09i-U2, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass der Beschluss des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

## Text

Begründung:

Der am 22. September 2005 geborene Matteo T\*\*\*\*\* ist der Sohn von Evelyn T\*\*\*\*\* und Reinhard H\*\*\*\*\*.

Am 25. 2. 2009 stellte das Kind, vertreten durch den Jugendwohlfahrtsträger, aufgrund des am 5. 7. 2006 vor dem Magistrat der Stadt Villach über einen monatlichen Unterhaltsbeitrag von 160 EUR geschlossenen Vergleich den „Antrag auf Gewährung von Unterhaltsvorschüssen gem. §§ 3, 4 Z 1 UVG (erfolglose Exekution)“. In der Begründung wird unter Hinweis auf die Vollständigkeit und Richtigkeit der Angaben angeführt: „Die zu 12E \*\*\*\*\* des Bezirksgerichts Villach geführte Fahrnisexecution hat, auch unter Anrechnung hereingebrachter Rückstände auf den laufenden Unterhalt, diesen für die letzten sechs Monate vor Antragstellung nicht gänzlich gedeckt.“ Mit dem Antrag legte der Jugendwohlfahrtsträger den Ausdruck einer „Auskunft über Vers.träger und Dienstgeber“ vom 24. 2. 2009 vor, in der als Versicherungsträger die SVA der gewerblichen Wirtschaft (Pflichtversicherung GSVG) aufscheint.

Mit Beschluss vom 20. 3. 2009 bewilligte das Erstgericht die Unterhaltsvorschüsse in Titelhöhe (160 EUR monatlich). Über Rekurs des Bundes hob das Rekursgericht den Beschluss des Erstgerichts auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung auf.

Bei einer selbständigen Erwerbstätigkeit des Unterhaltsschuldners, wie sie nach der mit dem Antrag vorgelegten Auskunft anzunehmen sei, sei grundsätzlich gemäß § 3 Z 2 2. Fall UVG Exekution zur Sicherstellung nach § 372 EO zu führen, außer es würden die Voraussetzungen des § 4 Z 1 UVG vorliegen. Der dem Verfahren zugrunde liegende Antrag stütze sich (auch) auf diesen Tatbestand. Im Hinblick auf die erfolglose Fahrnisexecution sei davon auszugehen, dass

ein Drittschuldner oder ausreichendes verwertbares Vermögen nicht bekannt seien, weshalb die Voraussetzungen der §§ 3, 4 Z 1 UVG im Zeitpunkt der Antragstellung am 25. 2. 2009 vorgelegen seien. Auch ausgehend vom Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz wären die Vorschussvoraussetzungen für den Monat Februar 2009 grundsätzlich gegeben, weil der Unterhaltsschuldner nach den zwischenzeitig durchgeführten Erhebungen (erst) ab 23. 2. 2009 als Unselbständiger tätig gewesen sei.

Dennoch könne der Vorschussantrag für Februar 2009 im Hinblick auf das Vorliegen begründeter Bedenken § 7 Abs 1 Z 1 UVG nicht sofort bewilligt werden. Der Unterhaltsvereinbarung vom 5. 7. 2006 sei ein monatliches Nettoeinkommen des Unterhaltsschuldners von 700 EUR bei einer Sorgepflicht für zwei Kinder zugrunde gelegt worden. Eine Fahrnissexekution im Frühjahr 2009 sei erfolglos gewesen; ein pfändbares laufendes Arbeitseinkommen des Vaters sei im Februar 2009 nicht vorhanden gewesen. Der Anschein spreche dafür, dass auch eine Sicherungsexekution nach § 372 EO von vornherein aussichtslos gewesen sei (nach Auskunft des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger seien auch die Beiträge nach dem BSVG, GSVG und FSVG vom 1. 4. 2008 bis 28. 2. 2009 nicht bezahlt worden). Bei diesem Sachverhalt bestünden begründete Bedenken, dass die mit 160 EUR vereinbarte Unterhaltpflicht des Vaters noch in dieser Höhe bestehe. Insbesondere sei auch unklar, ob der Vereinbarung vom 5. 7. 2006 Unterhaltpflichten für insgesamt zwei Kinder oder für zwei Kinder neben dem Antragsteller zugrunde gelegt worden seien. Die Bedenklichkeit der Titelverpflichtung ergebe sich sowohl für Februar 2009 als auch für die nachfolgende Zeit, zumal der Unterhaltsschuldner nach der Aktenlage ab 5. 3. 2009 nur mehr Krankengeld bezogen habe.

Im fortgesetzten Verfahren seien (ohne größere Verzögerungen durchzuführende) Erhebungen zum rechtmäßigen Bestand der Titelverpflichtung zu pflegen. Die für das ergänzende Verfahren in Anspruch genommene Zeit eröffne dem Antragsteller auch die Gelegenheit, Drittschuldnersexekution auf die laufenden Bezüge des Unterhaltsschuldners zu führen.

Der Revisionsrekurs sei zulässig, da eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu den Fragen fehle, ob im Fall eines selbständig erwerbstätigen Unterhaltsschuldners (§ 3 Z 2 2. Fall UVG) die Ergebnislosigkeit einer durchgeführten Fahrnissexekution als Bescheinigung der Voraussetzungen nach § 4 Z 1 UVG (Aussichtslosigkeit einer Sicherungsexekution nach § 372 EO) ausreiche und wie vorzugehen sei, wenn sich die Beschäftigungsverhältnisse des Unterhaltsschuldners in der Zeit zwischen Einbringung des Antrags und Fällung der Entscheidung erster Instanz (von selbständig auf unselbständig) ändern. Gegen die Entscheidung des Rekursgerichts richtet sich der Revisionsrekurs des Kindes mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn einer Wiederherstellung der antragsstattgebenden Entscheidung des Erstgerichts.

Der Bund, vertreten durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Graz, stellt den Antrag, dem Revisionsrekurs nicht Folge zu geben. Der Vater und die Mutter haben sich am Revisionsrekursverfahren nicht beteiligt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig und auch berechtigt. In den Rechtsmittelausführungen vertritt das Kind die Ansicht, dass bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 7 Abs 1 Z 1 UVG ein strenger Maßstab anzulegen sei. Im Bewilligungsverfahren seien amtswegige Erhebungen nur insoweit angemessen, als der Verdacht eines Versagungsgrundes augenfällig sei und die Erhebungen ohne große Verzögerungen durchführbar seien. Solche offenkundige Bedenken lägen nicht vor. Offensichtlich sei das Erstgericht bei Bewilligung der Vorschüsse von einer Anspannung des Unterhaltsschuldners ausgegangen. Im Übrigen reiche eine ergebnislos geführte Fahrnissexekution als Bescheinigung der Voraussetzungen des § 4 Z 1 UVG aus. Weiterer Erhebungen in Richtung einer allfälligen unselbständigen Tätigkeit habe es vor der Entscheidung erster Instanz nicht bedurft. Selbst nach Änderung des Beschäftigungsverhältnisses sei ein weiterer Exekutionsversuch vor Stellung des Vorschussantrags nicht notwendig. Dem hält die Revisionsrekursbeantwortung entgegen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach § 3 Z 2 und in der Folge auch nach § 4 Z 1 UVG nicht ausreichend bescheinigt worden seien. Ein Vorschussantrag und ein Bewilligungsbeschluss könnten sich nicht gleichzeitig auf die Tatbestandsmerkmale nach § 3 Z 2 UVG bzw § 4 Z 1 UVG stützen. Gründe für die Annahme der Aussichtslosigkeit der Exekutionsführung seien aber nicht vorgebracht worden.

Der Senat hat dazu erwogen:

1. Maßgeblicher Stichtag für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vorschussgewährung ist im Unterhaltsvorschussverfahren stets das Datum der Entscheidung erster Instanz (RIS-Justiz RS0076052 [T5]). Auch für

die Beurteilung, ob der Anschein der Aussichtslosigkeit der Exekutionsführung gegeben ist, ist die objektive Lage zur Zeit der Fassung des Beschlusses erster Instanz entscheidend (RIS-Justiz RS0076052 [T1]).

2. Nach § 11 Abs 2 2. Alternative UVG können die Vorschussvoraussetzungen (auch) durch eine der Wahrheit entsprechende, den entscheidungswesentlichen Sachverhalt vollständig anführende Erklärung des Vertreters des Kindes glaubhaft gemacht werden. Die Bestimmung soll dazu beitragen, das Verfahren rasch und ohne weitwendige Ermittlungen abzuwickeln (RIS-Justiz RS0088823 [T3]).

3. § 3 Z 2 UVG sieht als Grundfall eine Vorschussgewährung nach erfolgloser Exekutionsführung des Kindes vor. Davon unterscheidet sich der Tatbestand des § 4 Z 1 UVG nur dadurch, dass bei § 4 Z 1 UVG der Versuch einer Exekutionsführung wegen deren Aussichtslosigkeit entbehrlich ist (9 Ob 501/94). Aussichtslosigkeit einer Exekution im Sinne des § 4 Z 1 UVG bedeutet Aussichtslosigkeit einer Exekutionsführung nach § 3 Z 2 UVG (RIS-Justiz RS0076048).

3.1. § 3 Z 2 UVG setzt bei Geldunterhaltpflichtigen mit laufenden Entgeltansprüchen (Lohn, Gehalt, sonstige fortlaufende Bezüge) eine erfolglose Gehaltsexekution nach § 291c EO und bei Geldunterhaltpflichtigen mit selbständigen Einkünften eine erfolglose Exekution zur Sicherstellung nach § 372 EO voraus. Die Erfolglosigkeit wird dadurch dokumentiert, dass die Exekution zumindest „einen in den letzten sechs Monaten vor Stellung des Antrags auf Vorschussgewährung fällig gewordenen Unterhaltsbeitrag nicht voll gedeckt hat“. Innerhalb des sechsmonatigen Zeitraums vor Antragstellung muss eine wegen Uneinbringlichkeit erfolglose Exekutionsführung liegen. Diese eine erfolglose Exekution muss aufrecht in die sechsmonatige Frist hineinreichen und es muss der vom Gesetz definierte Misserfolg in diese Phase fallen (Knoll, Kommentar zum Unterhaltsvorschussgesetz, § 3 Rz 9). Eine zweite Exekutionsführung innerhalb des Beobachtungszeitraums ist nicht erforderlich, und zwar auch dann nicht, wenn der Unterhaltsschuldner in diesem Zeitraum das Beschäftigungsverhältnis wechselt oder zwischen einem Selbständigen- und einem Unselbständigenverhältnis wechselt (Neumayr in Schwimann, ABGB3 I § 3 UVG Rz 31 mwN).

3.2. Da der geldunterhaltpflichtige Vater im konkreten Fall im Beobachtungszeitraum vor Antragstellung der Gruppe der Selbständigen zuzurechnen war, war nach dem Grundfall des § 3 Z 2 UVG eine Exekution zur Sicherstellung gemäß § 372 EO erforderlich. Eine solche wurde nach der Erklärung im Vorschusantrag offensichtlich nicht versucht, sondern es wurde (nur) eine Befriedigungsexekution („Fahrnissexekution“) beantragt.

4. Dem Rekursgericht ist zu folgen, dass sich der Vorschusantrag - entgegen der Ansicht des Bundes - noch ausreichend auf den Vorschusstatbestand des § 4 Z 1 UVG stützt. Ist gegen einen selbständigen Unterhaltsschuldner ohne Erfolg eine Fahrnissexekution zur Hereinbringung der Unterhaltsforderungen versucht worden, kann gemäß § 4 Z 1 UVG die Aussichtslosigkeit einer Exekutionsführung nach § 3 Z 2 2. Fall UVG angenommen werden.

5. Zu Unrecht hat allerdings das Rekursgericht das Vorliegen „begründeter Bedenken“ § 7 Abs 1 Z 1 UVG angenommen.

5.1. Im Falle eines Titelvorschussantrags (§§ 3, 4 Z 1 UVG) sind die Vorschüsse nach § 7 Abs 1 Z 1 UVG ausnahmsweise zu versagen, wenn begründete Bedenken gegen den aufrechten materiellen Bestand des zu bevorschussenden gesetzlichen Unterhaltsanspruchs im titelmäßigen Ausmaß bestehen. Die §§ 19 und 20 UVG ergänzen diese Vorschrift durch die Möglichkeit, bereits bewilligte Vorschüsse aufgrund geänderter Verhältnisse herabzusetzen oder einzustellen.

Der aufgrund eines Exekutionstitels gewährte Vorschuss soll der jeweiligen materiellen gesetzlichen Unterhaltpflicht entsprechen und es soll der Staat vor der Gewährung zu hoher Unterhaltsvorschüsse geschützt werden, die offensichtlich nicht der gesetzlichen Unterhaltpflicht entsprechen (zB bei überhöhten Unterhaltstiteln, die auf einem Konsensergebnis oder auf Versäumungswirkungen beruhen). Bei der von Amts wegen vorzunehmenden Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 7 Abs 1 Z 1 UVG ist allerdings ein strenger Maßstab anzulegen. Die Bedenken müssen insofern eine spezielle Qualität aufweisen, als eine hohe Wahrscheinlichkeit für die materielle Unrichtigkeit der titelmäßigen Unterhaltsfestsetzung besteht. Eine „non-liquet“-Situation in Bezug auf die Voraussetzungen des § 7 Abs 1 Z 1 UVG geht zu Lasten des vorschussgewährenden Bundes (RIS-JustizRS0108443; Neumayr in Schwimann § 7 UVG Rz 1 und 4 f mwN). Begründete Bedenken müssen offenkundig oder aus der Aktenlage bescheinigt sein. Weitwendige Erhebungen zur Klärung begründeter Bedenken sind nicht zu führen. Bloß „objektiv gerechtfertigte Zweifel“ reichen für die gänzliche oder teilweise Versagung nach § 7 Abs 1 Z 1 UVG nicht aus. Materiellrechtliche Einwendungen gegen den Unterhaltstitel sind nach Möglichkeit im Unterhaltsbemessungsverfahren zu erledigen (Neumayr in Schwimann § 7 UVG Rz 7 mwN).

5.2. Im vorliegenden Fall hat sich der Vater in der Unterhaltsvereinbarung vom 5. 7. 2006 zu einem monatlichen Unterhalt von 160 EUR verpflichtet. Der Vereinbarung wurde ein monatliches Nettoeinkommen von 700 EUR und eine Sorgepflicht für „2 Kinder“ (ohne nähere Spezifizierung) zugrunde gelegt. Ein Einkommen in der angeführten Höhe bewegt sich in der Nähe des Unterhaltsexistenzminimums und ist niedriger als der aktuelle Ausgleichszulagenrichtsatz für alleinstehende Personen nach § 293 Abs 1 lit a sublit bb ASVG. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Unterhaltsschuldner im Entscheidungszeitpunkt erster Instanz Krankengeld bezog, kann nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass dieses so niedrig ist, dass es weit unter dem dem Unterhaltstitel zugrunde gelegten Einkommen liegt. Es liegen daher keine den Anforderungen für eine Versagung der Unterhaltsvorschüsse nach § 7 Abs 1 Z 1 UVG entsprechenden begründeten Bedenken vor. Wie die Möglichkeit der Titelschaffung auf der Grundlage des Anspannungsgrundsatzes zeigt, besteht im Übrigen kein zwingender Zusammenhang zwischen Aussichtslosigkeit einer Exekutionsführung (§ 4 Z 1 UVG) und begründeten Bedenken (§ 7 Abs 1 Z 1 UVG).

5.3. Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass nach herrschender Rechtsprechung für den Fall, dass das Gericht (aufgrund schon vorhandener Anhaltspunkte) unterhalb des Niveaus „begründeter Bedenken“ Zweifel am Vorhandensein der Bewilligungsvoraussetzungen hegt oder Erhebungen nicht ohne größere Verzögerung durchgeführt werden können, die Vorschüsse zu bewilligen und auf Antrag oder von Amts wegen Ermittlungen in Richtung Herabsetzung bzw Einstellung nach den §§ 19 und 20 UVG einzuleiten sind. Für dieses Verfahren gilt der Stoffsammlungsgrundsatz (Untersuchungsgrundsatz) nach § 16 AußStrG unbeschränkt (RIS-Justiz RS0088914 [T6]; Neumayr in Schwimann § 7 UVG Rz 34 mwN). Es besteht daher kein Widerspruch darin, dass das Gericht trotz schlüssig begründbarer Zweifel am Vorhandensein der Bewilligungsvoraussetzungen die beantragten Vorschüsse bewilligt, gleichzeitig aber von Amts wegen oder auf Antrag im Bewilligungsverfahren nicht durchführbare Erhebungen mit dem Ziel einer Herabsetzung oder Einstellung der Vorschüsse einleitet (vgl 2 Ob 555/94 mwN ua).

6. Das Gericht erster Instanz hat den Unterhaltsvorschuss daher zu Recht gewährt. Dem Revisionsrekurs ist Folge zu geben und die Entscheidung des Erstgerichts wiederherzustellen.

#### **Anmerkung**

E9239110Ob59.09p

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBLDiese Entscheidung wurde veröffentlicht iniFamZ 2010/13 S 22 - iFamZ 2010,22XPUBLEND

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

ECLI:AT:OGH0002:2009:0100OB00059.09P.0929.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

04.02.2010

**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)