

## 170 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP

Ausgedruckt am 23. 6. 1987

# Regierungsvorlage

## Bundesgesetz vom xxxxxxxxxxxx über den vorläufigen Unterhalt für Minderjährige

Der Nationalrat hat beschlossen:

### Artikel I

#### Änderungen der Exekutionsordnung

Das Gesetz vom 27. 5. 1896, BGBl. Nr. 79, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung), zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. 71/1986, wird wie folgt geändert:

1. Nach dem § 382 wird folgende Bestimmung eingefügt:

**„§ 382 a.** Ein Antrag eines Minderjährigen auf Gewährung vorläufigen Unterhalts durch den Elternteil, in dessen Haushalt der Minderjährige nicht betreut wird, ist zu bewilligen, wenn der Elternteil dem Kind nicht bereits aus einem vollstreckbaren Unterhaltstitel zu Unterhalt verpflichtet ist und ein Verfahren zur Bemessung des Unterhalts des Minderjährigen gegen den Elternteil anhängig ist oder zugleich anhängig gemacht wird.

Vorläufiger Unterhalt gemäß Abs. 1 kann höchstens bis zum Grundbetrag der Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz bewilligt werden.

Großeltern können nach Abs. 1 nicht zu vorläufigem Unterhalt verpflichtet werden, der Vater eines unehelichen Minderjährigen nur, wenn seine Vaterschaft festgestellt ist.

Das Vorbringen des Minderjährigen ist für bescheinigt zu halten, soweit sich aus den Pflegschaftsakten, die ihn betreffen, nichts anderes ergibt. Über den Antrag ist ohne Anhörung des Elternteils unverzüglich zu entscheiden.

Die Möglichkeit der Anordnung einer einstweiligen Verfügung nach § 382 Z 8 lit. a bleibt unberührt.“

2. Dem § 390 wird folgender weiterer Absatz angefügt:

„Die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung nach dem § 382 Z 8 lit. a oder dem § 382 a kann nicht von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.“

3. Dem § 397 Abs. 1 wird folgender Satz angefügt: „Gegen eine einstweilige Verfügung nach § 382 a ist ein Widerspruch unzulässig.“

4. Nach dem § 399 werden folgende §§ 399 a und 399 b eingefügt:

„§ 399 a. Eine einstweilige Verfügung nach § 382 a ist von dem Gericht, das die einstweilige Verfügung bewilligt hat, soweit einzuschränken, als sich aus den Pflegschaftsakten ergibt oder der Gegner bescheinigt, daß er dem Minderjährigen offenbar nicht in dieser Höhe zu Unterhalt verpflichtet ist.

Eine einstweilige Verfügung nach § 382 a ist von dem Gericht, das die einstweilige Verfügung bewilligt hat, aufzuheben:

1. wenn sich aus den Pflegschaftsakten ergibt oder der Gegner bescheinigt, daß er dem Minderjährigen zu Unterhalt nicht verpflichtet ist oder eine Bewilligungsvoraussetzung nach § 382 a Abs. 1 nicht vorliegt;
2. wenn das Unterhaltsverfahren beendet ist.

Die Aufhebung oder Einschränkung der einstweiligen Verfügung nach § 382 a wirkt ab der Verwirklichung des Aufhebungs- beziehungsweise Einschränkungsgrundes. Dieser Zeitpunkt ist im Beschuß über die Aufhebung oder Einschränkung der einstweiligen Verfügung festzustellen.

Der § 399 ist nicht anzuwenden.

**§ 399 b.** Im Fall der Aufhebung oder Einschränkung der einstweiligen Verfügung nach § 382 a kann der Gegner den Ersatz der Beträge verlangen, die er nach Wirksamwerden der Aufhebung oder Einschränkung dem Minderjährigen zu Unrecht geleistet hat. Über den Grund und die Höhe des Ersatzanspruchs sowie die Leistungsfrist ist nach Billigkeit zu entscheiden. Dabei sind besonders die Bedürfnisse des Minderjährigen und des Gegners

auf eigenen angemessenen Unterhalt sowie seine Sorgepflichten abzuwegen; es ist auch zu berücksichtigen, ob der Minderjährige oder sein gesetzlicher Vertreter wußte oder ohne weitere Erhebungen wissen mußte, daß der Gegner zu Unterhaltsleistung nicht oder nicht in der bewilligten Höhe verpflichtet ist.

Das Gericht kann die Aufrechnung des Ersatzanspruchs gegen künftig fällig werdende Unterhaltsbeiträge nach Billigkeit bewilligen.

Das Gericht kann sich die Entscheidung über den Antrag auf Ersatz und Aufrechnung bis zur Beendigung des Unterhaltsverfahrens vorbehalten.“

### **Artikel II**

#### **Änderungen des Unterhaltsvorschußgesetzes**

Das Bundesgesetz über die Gewährung von Vorschüssen auf den Unterhalt von Kindern (Unterhaltsvorschußgesetz 1985-UVG), BGBl. Nr. 451/1985, wird wie folgt geändert:

1. Im § 4 wird der Punkt am Ende der Z 4 durch einen Strichpunkt ersetzt und folgende Z 5 angefügt:

„5. der Unterhaltsschuldner den vorläufigen Unterhalt nach § 382 a EO nicht innerhalb eines Monats ab Zustellung der einstweiligen Verfügung an ihn voll erbringt.“

2. Der erste Absatz des § 26 hat zu lauten:

„(1) Vorschüsse nach den §§ 3 und 4 Z 1, 4 und 5 hat das Kind insoweit zurückzuzahlen, als diese

Beträge vom Unterhaltsschuldner hereingebracht werden.“

### **Artikel III**

#### **Änderungen des Rechtspflegergesetzes**

Das Bundesgesetz betreffend die Besorgung gerichtlicher Geschäfte durch Rechtspfleger (Rechtspflegergesetz — RpflG), BGBl. Nr. 560/1985, wird wie folgt geändert:

1. Im § 19 Abs. 1 wird der Punkt am Ende der Z 2 durch einen Strichpunkt ersetzt und folgende Z 3 angefügt:

„3. die Entscheidung über die Bewilligung, Aufhebung oder Einschränkung einer einstweiligen Verfügung nach § 382 a EO.“

2. Im § 19 Abs. 2 hat die Z 5 zu lauten:

„5. die Entscheidungen über den Ersatz zu Unrecht geleisteten vorläufigen Unterhalts gemäß § 399 b EO sowie über den Ersatz zu Unrecht gewährter Unterhaltsvorschüsse auf Antrag des Präsidenten des Oberlandesgerichtes und über die unmittelbare Rückzahlungspflicht an den Bund.“

### **Artikel IV**

#### **Schlußbestimmungen**

**§ 1.** Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 1988 in Kraft.

**§ 2.** Mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes ist der Bundesminister für Justiz betraut.

## 170 der Beilagen

3

**VORBLATT****Problem:**

Manchmal dauert ein Verfahren zur Bemessung des Unterhalts eines Kindes länger. Unter bestimmten ungünstigen Umständen bekommt es während des Verfahrens weder Unterhaltsbeiträge noch Unterhaltsvorschüsse, sodaß seine finanzielle Lebensgrundlage bedroht sein kann.

**Ziel:**

Die finanzielle Lebensgrundlage minderjähriger Kinder soll frühzeitig, schon zu Beginn eines Unterhaltsverfahrens, im erforderlichen Mindestmaß gesichert sein.

**Inhalt:**

Der Entwurf sieht die Schaffung einer besonderen einstweiligen Verfügung für den Unterhalt minderjähriger Kinder vor. Diese ist unter erleichterten Voraussetzungen bis zur Höhe der Familienbeihilfe zu bewilligen. Unterhaltsvorschüsse sollen auf diesen Titel schon dann gewährt werden, wenn der vorläufige Unterhalt nicht innerhalb eines Monats ab Zustellung der einstweiligen Verfügung gezahlt wird.

**Kosten:**

Kosten werden hauptsächlich durch die von den Voraussetzungen her großzügige Bevorschussung entstehen. Sie werden wegen der relativ geringen Höhe, der kurzen Laufzeit und weil die Vorschüsse häufiger als sonst Unterhaltsvorschüsse hereingebracht werden können, im Ergebnis eine ca. 2,5%ige Steigerung der Aufwendungen des Familienlastenausgleichsfonds für Unterhaltsvorschüsse und eine dieser Steigerung entsprechende Erhöhung des Verwaltungsaufwandes ausmachen.

2

## Erläuterungen

### I. Allgemeiner Teil

1. Besteht für den Unterhalt eines Kindes kein vollstreckbarer Titel und ist das Kind gezwungen, den Unterhalt — erstmals — gerichtlich geltend zu machen, so kann es während des Unterhaltsverfahrens weder Unterhaltsbeiträge hereinbringen noch Vorschüsse erlangen. Während des Verfahrens ist ein nicht selbsterhaltungsfähiges Kind also auf Hilfe anderer angewiesen und entbehrt einer finanziellen Lebensgrundlage. Zwar kann nach § 382 Z 8 lit. a EO in solchen Fällen eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des Unterhalts erlassen werden, doch hat sich in der Praxis gezeigt, daß eine solche einstweilige Verfügung im außerstreitigen Unterhaltsverfahren oft nicht sofort bewilligt wird und damit nicht zu dem erwünschten Ergebnis, nämlich zu sofortigen Unterhaltsleistungen, führt; daher wird sie auch nur selten beantragt.

Dieses Problem ist wiederholt an das Bundesministerium für Justiz herangetragen worden und auch auf der von der Bundesregierung veranstalteten Arbeitstagung „Politik für Frauen“ am 27. Mai 1986 erörtert worden. Es ist angeregt worden, das BMJ möge einen entsprechenden Gesetzentwurf ausarbeiten. Bei der Abfassung dieses Entwurfs wurde den Standpunkten des BMFJK (jetzt BMUFJ) Rechnung getragen.

2. Um dieses Problem mit möglichst geringem legislatischen Aufwand zu lösen, sieht der Entwurf geringfügige Änderungen der Exekutionsordnung, des Unterhaltsvorschußgesetzes und des Rechtspflegergesetzes vor:

Kernpunkt des Entwurfs ist § 382 a EO. Er regelt eine besondere Art der Unterhaltssicherung, die neben die Sicherung durch eine einstweilige Verfügung nach § 382 Z 8 lit. a EO tritt. Die einstweilige Verfügung nach § 382 a EO soll dem minderjährigen Kind rasch zu einer vorläufigen finanziellen Lebensgrundlage verhelfen. Im wesentlichen wird folgendes bestimmt:

- Das Vorbringen des Kindes (seines Vertreters), soweit es für die Gewährung des vorläufigen Unterhalts wichtig ist, ist vom Gericht für bescheinigt anzusehen, der Gegner ist vor Erlassung dieser einstweiligen Verfügung nicht zu hören;

- das Gericht hat über den Antrag unverzüglich zu entscheiden, was auch möglich ist, weil der Entscheidung keine Ermittlungen vorangehen müssen;
- auf Grund einer derartigen einstweiligen Verfügung können Unterhaltsvorschüsse gewährt werden.

Gegen ungerechtfertigte Forderungen ist der Schuldner geschützt:

- Die einstweilige Verfügung kann nur bis zu einem relativ geringen fixen Betrag, nämlich bis zur Höhe des Grundbetrages der Familienbeihilfe gewährt werden;
- die einstweilige Verfügung kann nur im Zusammenhang mit einem Unterhaltsverfahren erlassen werden;
- der Unterhaltschuldner kann in einem besonderen, vereinfachten Verfahren die Aufhebung oder die Einschränkung der einstweiligen Verfügung beantragen. Dazu genügt die Bescheinigung, daß er zu Unterhalt offenbar nicht oder nicht in dieser Höhe verpflichtet ist oder sonst Aufhebungsgründe vorliegen.

Die einstweilige Verfügung ist aber auch von Amts wegen einzuschränken oder aufzuheben, wenn sich Aufhebungs- oder Einschränkungsgründe aus den Pflegschaftsakten ergeben.

Stellt sich nachträglich heraus, daß das Kind einen Unterhaltsanspruch gegen den Schuldner nicht oder nicht in der Höhe des vorläufigen Unterhalts hat, so kann der Schuldner den Ersatz der zu Unrecht geleisteten Unterhaltsbeiträge fordern. Der Ersatzanspruch ist nach Billigkeit auszumessen. Ist die einstweilige Verfügung eingeschränkt worden, so kann das Gericht die Aufrechnung mit künftig fällig werdenden Unterhaltschulden bewilligen.

- 3. a) Die Bewilligung der vorgeschlagenen einstweiligen Verfügung wird keine erhebliche Mehrbelastung der Gerichte mit sich bringen, weil dafür keine Ermittlungen erforderlich sind. Soweit das Gericht für andere Entscheidungen im Zusammenhang mit der einstweiligen Verfügung (Einschränkung, Aufhebung, Ersatz zu Unrecht geleisteten vorläufigen Unterhalts) Sachverhalte ermitteln muß, wird dies regelmäßig kein zusätzlicher Auf-

## 170 der Beilagen

5

wand sein, weil die Feststellungen sich entweder aus dem bisherigen Unterhaltsverfahren ergeben oder für dieses verwendet werden können.

b) Die rasche Bevorschussung des vorläufigen Unterhalts wird hauptsächlich den Familienlastenausgleichsfonds belasten. Doch wird die einstweilige Verfügung nicht in allen Fällen bevorschußt werden müssen und aus folgenden weiteren Gründen der Aufwand für die Bevorschussung nicht übermäßig ansteigen: Der Vorschuß wird nur höchstens bis zur Höhe der Familienbeihilfe und nur für die Dauer des Verfahrens gewährt. Auch wird die Einbringungsquote höher sein als sonst für Unterhaltsvorschüsse. In vielen Fällen wird der Unterhaltsschuldner nämlich nicht unfähig sein, den Unterhalt zu zahlen, oder sich nicht seiner Unterhaltpflicht — in diesem geringen Ausmaß — entziehen wollen.

Der Mindestunterhalt kann nur in Fällen beansprucht werden, in denen noch kein Unterhaltstitel besteht, wenn er also erstmals bemessen wird. Wie viele solche Fälle jährlich anfallen, ist statistisch nicht erfaßt. Auf lange Sicht gesehen, werden es jedenfalls nicht mehr sein, als der Neuanfall in Pflegschaftssachen beträgt, also weniger als 40 000 Fälle pro Jahr. Berücksichtigt man, daß nicht in allen neu anfallenden Pflegschaftssachen der Unterhalt bemessen werden muß (etwa weil die Vaterschaft noch nicht feststeht, der Unterhalt durch Vergleich festgesetzt worden ist oder es sich um eine Adoptionssache oder um die Bewilligung eines Rechtsgeschäfts handelt), und berücksichtigt man weiter, daß nicht in allen Fällen erstmaliger gerichtlicher Unterhaltsbemessung eine einstweilige Verfügung nach § 382 a EO beantragt wird (etwa weil der Unterhaltsschuldner ohnehin mehr als die Familienbeihilfe leistet und nur über die Höhe gestritten wird), so wird es vielleicht 15 000 Anträge nach § 382 a EO jährlich geben, von denen wohl höchstens 10 000 Fälle bevorschußt werden müssen. Geht man davon aus, daß ein Unterhaltsbemessungsverfahren durchschnittlich fünf Monate dauert und von den auf den vorläufigen Mindestunterhalt geleisteten Vorschüssen 70% innerhalb kürzerer Zeit wieder hereingebracht werden, so bedeutet dies einen Aufwand von etwa 1 500 Schilling pro Fall. Insgesamt wären dies etwa 15 Millionen Schilling pro Jahr. Dies sind etwa 2,5% der Ausgaben für Unterhaltsvorschüsse. Die Annahme der vergleichsweise hohen Einbringungsquote erscheint deswegen gerechtfertigt, weil, anders als sonst bei der Unterhaltsbevorschussung, die Exekution vor der Bevorschussung noch nicht versucht worden ist und der Schuldner seltener als in den — regelmäßig notleidenden — sonstigen Vorschußfällen versuchen wird, sich der Unterhaltsleistung — noch dazu in dieser geringen Höhe — zu entziehen.

4. Die Zuständigkeit des Bundes, dieses Gesetz zu erlassen, ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen).

## II. Besonderer Teil

## Zu Art. I Z 1 (§ 382 a):

Diese Bestimmung ist der Kernpunkt des Entwurfs. Sie regelt nicht nur die Voraussetzungen, unter denen diese einstweilige Verfügung zu bewilligen ist, sondern auch das Verfahren zur Bewilligung.

1. Die Bewilligung einer solchen einstweiligen Verfügung setzt folgendes voraus:

- Antragsteller muß ein minderjähriges Kind sein;
- der vorläufige Unterhalt muß von einem Elternteil verlangt werden; die einstweilige Verfügung kann sich nicht etwa gegen die Großeltern richten. Ein nichteheliches Kind kann den vorläufigen Unterhalt von seinem Vater nur verlangen, wenn dieser als Vater festgestellt ist (Abs. 2);
- die einstweilige Verfügung kann sich nur gegen jenen Elternteil richten, in dessen Haushalt das Kind nicht betreut wird;
- es darf noch kein vollstreckbarer Unterhaltstitel gegen den Elternteil vorliegen.

2. Verfahrensrechtlich ist diese einstweilige Verfügung folgendermaßen ausgestaltet:

- Der Unterhaltsberechtigte muß die einstweilige Verfügung beantragen;
- mit dem Antrag auf einstweilige Verfügung muß entweder zugleich ein Unterhaltsverfahren anhängig gemacht werden oder es muß ein Verfahren zur Unterhaltsbemessung bereits anhängig sein;
- das Vorbringen des Unterhaltsschuldners ist für bescheinigt zu halten, außer das wesentliche Vorbringen ist aktenkundig unrichtig; ein Ermittlungsverfahren ist der Bewilligung also nicht vorgeschaltet;
- das Gericht muß bei Vorliegen der Voraussetzungen die einstweilige Verfügung unverzüglich bewilligen;
- der auf vorläufigen Unterhalt in Anspruch genommene Elternteil ist vor der Bewilligung nicht zu hören;
- die Bewilligung des vorläufigen Unterhalts liegt nicht im Ermessen des Gerichts.

Unter den Voraussetzungen des § 382 a besteht im Regelfall einerseits ein Unterhaltsanspruch des Kindes gegen den Elternteil zumindest in der Höhe der Familienbeihilfe, und andererseits kann angenommen werden, daß das Kind ein dringendes Bedürfnis nach Unterhaltszahlungen hat, da die meisten Minderjährigen vermögens- und einkommenslos sind und daher auf den gesetzlichen Unterhalt zur Sicherung ihrer materiellen Existenz angewiesen sind. Diese Umstände rechtfertigen ein vereinfachtes Verfahren mit — zunächst — beschränktem rechtlichem Gehör des Gegners.

Da das Vorbringen des Kindes für bescheinigt gilt, bedarf es keines Bescheinigungsverfahrens und der Antrag kann rasch (sofort) bewilligt werden.

Dem Kind bleibt es unbenommen, eine einstweilige Verfügung nach § 382 Z 8 lit. a zu beantragen (auch neben einer einstweiligen Verfügung nach § 382 a). Es kann so etwa höhere Unterhaltsbeiträge beantragen oder eine einstweilige Verfügung gegen die Großeltern erwirken. Allerdings trägt es dann die Bescheinigungslast. Eine einstweilige Verfügung nach § 382 Z 8 lit. a kann auch nicht so rasch bevorschußt werden wie der vorläufige Unterhalt nach § 382 a (siehe Art. II Z 1).

Zuständig zur Bewilligung ist stets nur das Gericht, das auch für das Unterhaltsverfahren zuständig ist. Fälle des § 397 Abs. 2 können nicht eintreten, weil die Anhängigkeit eines Unterhaltsverfahrens Voraussetzung für die einstweilige Verfügung nach § 382 a ist. Ohne Unterhaltsverfahren kann es eine solche einstweilige Verfügung nicht geben.

#### **Zu Art. I Z 2 (§ 390 Abs. 4):**

Begeht das minderjährige Kind eine einstweilige Verfügung nach § 382 a, so wird es in der Regel außer dem Unterhaltsanspruch kein Vermögen haben. Da es um die finanzielle Existenz des Kindes geht, kann ihm naturgemäß eine Sicherheitsleistung nicht auferlegt werden.

Aber auch in allen anderen Fällen einer einstweiligen Verfügung zur Sicherung des Unterhalts widerspräche die Auferlegung einer Sicherheitsleistung der Natur dieser einstweiligen Verfügung. Die Gerichtspraxis sieht von der Auferlegung einer solchen Sicherheitsleistung auch regelmäßig ab. Dies wird nun festgeschrieben.

#### **Zu Art. I Z 3 (§ 397 Abs. 1):**

Im Hinblick auf die besondere, erleichterte Aufhebungs- und Einschränkungsmöglichkeit nach § 399 a (siehe unten) kann der Rechtsbehelf des Widerspruchs für die einstweilige Verfügung nach § 382 a ausgeschlossen werden.

#### **Zu Art. I Z 4 (§ 399 a Abs. 1 und 2):**

Zwar kann der Unterhaltsschuldner die Aufhebung oder Einschränkung der einstweiligen Verfügung durch den Nachweis im Unterhaltsverfahren erreichen, daß er auf Grund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse, wegen anderer Sorgepflichten oder aus sonstigen Gründen (Selbsterhaltungsfähigkeit des Minderjährigen oder Verwirkung des Unterhaltsanspruchs) zur Unterhaltsleistung nicht oder nicht in diesem Umfang verpflichtet ist. Dennoch muß ihm als Ausgleich dafür, daß er vor der Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht gehört worden ist und das Vorbringen der gefährdeten Partei für bescheinigt zu halten war, die Möglichkeit eingeräumt werden, einfacher, rascher und unabhängig vom Unterhaltsverfahren, in welchem die Bescheinigung nicht ausreicht, zu einer Einschränkung oder Aufhebung der einstweiligen Ver-

fügung zu gelangen. Statt des Nachweises soll daher wie für die Einschränkungs- und Aufhebungsgründe des § 399 die Bescheinigung der angeführten Umstände genügen (Gegenbescheinigung). Die derart erleichterte Aufhebungs- oder Einschränkungsmöglichkeit macht den an strengere Voraussetzungen geknüpften Widerspruch (Frist, mündliche Verhandlung) als Rechtsbehelf zum Schutz des Schuldners überflüssig (Art. I Z 3).

Der vorläufige Unterhalt ist nicht nur auf Antrag einzuschränken oder aufzuheben, sondern auch von Amts wegen, wenn dem Gericht aus den Pflegschaftsakten bekannt wird, daß ein Einschränkungs- oder Aufhebungsgrund vorliegt. Besonders wenn der vorläufige Unterhalt bevorschußt wird, kann nämlich der Fall eintreten, daß der Verpflichtete sich weiter um die Unterhaltsangelegenheit nicht kümmert und es unterläßt, die Aufhebung oder Einschränkung der zu Unrecht angeordneten einstweiligen Verfügung zu beantragen. Damit kein übermäßiger Rückabwicklungsaufwand entsteht, soll möglichst bald eine nicht durch den tatsächlichen Unterhaltsanspruch gedeckte einstweilige Verfügung eingeschränkt oder aufgehoben werden.

Auch für die amtswegige Aufhebung oder Einschränkung genügt es, wenn nach dem Akteninhalt ein Aufhebungs- oder Einschränkungsgrund als bescheinigt anzusehen ist.

So ist die einstweilige Verfügung aufzuheben, wenn eine Bewilligungsvoraussetzung nach § 382 Abs. 1 nicht vorliegt, wenn also das Vorbringen des Minderjährigen nicht gestimmt hat und weiterhin nicht zutrifft (zB wenn ein Exekutionstitel bereits bestanden hat) oder wenn nach der Bewilligung eine oder mehrere der Bewilligungsvoraussetzungen wegfallen sind (zB bei Pflegewechsel, wenn das Kind nun im Haushalt des Gegners betreut wird).

Diese Aufhebungsmöglichkeit kann aber auch einen Rekurs erübrigen. War etwa schon nach dem Vorbringen des Minderjährigen der vorläufige Unterhalt nicht zu bewilligen oder hat das Gericht übersehen, daß sich aus den Pflegschaftsakten ergibt, daß der Gegner nicht zu Unterhalt verpflichtet ist, so liegen ebenfalls die Bewilligungsvoraussetzungen nicht vor, sodaß es auf Antrag oder von Amts wegen die einstweilige Verfügung selbst aufheben kann.

Weiter ist die einstweilige Verfügung aufzuheben, wenn der Gegner überhaupt nicht zu Unterhalt verpflichtet ist.

Die Beendigung des Unterhaltsverfahrens führt ebenfalls zur Aufhebung der einstweiligen Verfügung. In erster Linie ist unter „Beendigung“ die rechtskräftige Beendigung des Unterhaltsverfahrens, also vor allem die rechtskräftige Festsetzung des Unterhalts zu verstehen, aber auch, wenn das

## 170 der Beilagen

7

Verfahren dadurch endet, daß das Kind den Unterhaltsfestsetzungsantrag zurückzieht.

**(§ 399 a Abs. 3):**

Da die Aufhebung oder Einschränkung auf Gründen beruhen kann, die bereits bei der Bewilligung der einstweiligen Verfügung vorgelegen sind, und dieser Rechtsbehelf Ausgleich dafür ist, daß der Gegner nicht angehört worden ist, muß die Aufhebung oder Einschränkung auch rückwirkend möglich sein. Dies ist vor allem für den Ersatz nach § 399 b Abs. 1 von Bedeutung.

Ab wann die Aufhebung oder Einschränkung wirkt, hängt vom Zeitpunkt der Verwirklichung der Aufhebungs- beziehungsweise Einschränkungsgründe ab. Hat ein Unterhaltsanspruch des Kindes von Anfang an nicht bestanden, so ist eine Bewilligungsvoraussetzung von Anfang an nicht vorgelegen, und der Aufhebungsgrund war also im Zeitpunkt der Bewilligung der einstweiligen Verfügung verwirklicht. Die einstweilige Verfügung ist in diesem Fall von Beginn an, also rückwirkend, aufzuheben.

**(§ 399 a Abs. 4):**

Die Aufhebungsgründe des § 399 a gehen viel weiter als die des § 399. Die Anwendbarkeit des § 399 konnte daher ausgeschlossen werden.

**(§ 399 b Abs. 1):**

1. Während nach herrschender Ansicht der Unterhalt, der auf Grund einer einstweiligen Verfügung nach § 382 Z 8 lit. a geleistet worden ist, nicht mehr zurückgefordert werden kann (OGH 19. 5. 1976, JBl. 1976, S 653 ua.; **Holzhammer** Zwangsvollstreckung, 301), sieht diese Bestimmung den Rückersatz des zuviel Empfangenen in den Fällen vor, in denen eine einstweilige Verfügung nach § 382 a eingeschränkt oder aufgehoben worden ist. Diese Sonderregelung ist ebenfalls ein Ausgleich für das rigorose Bewilligungsverfahren.

2. Ein solcher Ersatzanspruch kann allerdings dazu führen, daß die finanzielle Lebensgrundlage des Unterhaltsberechtigten wiederum gefährdet ist. Das Gericht hat daher nach Billigkeit über den Ersatz zu entscheiden, und zwar nicht nur über Grund und Höhe, sondern auch über die Leistungsfrist. Es kann also auch eine Ratenzahlung anordnen. Bei dieser Entscheidung ist in erster Linie auf die Bedürfnisse der gefährdeten Partei und des Unterhaltsschuldners Rücksicht zu nehmen; das Gericht hat aber auch subjektive Gesichtspunkte zu berücksichtigen, nämlich, ob die gefährdete Partei wußte oder wissen mußte, daß ihr Gegner zu Unterhalt in der bewilligten Höhe nicht verpflichtet ist. Dabei dürfen an das Kind (den Vertreter des

Kindes) jedoch nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden, weil ein zu großes Risiko, ersatzpflichtig zu werden, dazu führt, daß vorläufiger Unterhalt entweder überhaupt nicht oder erst spät, nach Erhebungen, beantragt wird, was wieder zu einer Bedrohung der finanziellen Existenz des Kindes führen kann.

**(§ 399 b Abs. 2):**

Das Gericht hat auch die Möglichkeit, die Aufrechnung des Ersatzanspruchs gegen künftige Unterhaltsbeiträge zu bewilligen. Auch die Aufrechnung ist nach Billigkeit und den in Abs. 1 angeführten Kriterien zu entscheiden.

**(§ 399 b Abs. 3):**

Der Ersatz kann zugleich mit der Aufhebung oder Einschränkung beantragt werden. Oft wird aber darüber nicht zugleich entschieden werden können, weil der Aufhebungsgrund nur bescheinigt sein muß, während die Grundlagen für die Entscheidung über den Ersatz zu beweisen sind. Damit durch die Entscheidung das Unterhaltsverfahren nicht verzögert wird, kann sich das Gericht die Entscheidung bis zur endgültigen Unterhaltsfestsetzung oder bis zur Beendigung des Unterhaltsverfahrens vorbehalten.

**Zu Artikel II:**

Die einstweilige Verfügung nach § 382 a EO ist ein Titel, der nach den gleichen Voraussetzungen wie andere Unterhaltstitel bevorschußt werden könnte. Um aber den vorläufigen Unterhalt noch wirksamer zu machen, ist auch die Gewährung von Unterhaltsvorschüssen erleichtert. Das Kind muß nicht erst die Exekution der einstweiligen Verfügung versuchen, sondern kann nach einem Monat nach der Zustellung des Titels an den Gegner Unterhaltsvorschüsse beantragen, wenn der Gegner innerhalb dieser Frist nicht vorläufigen Unterhalt leistet.

Dieser Vorschußgrund besteht neben dem allgemeinen des § 3. Hat das Kind die Exekution des vorläufigen Unterhalts erfolglos versucht und sind die Voraussetzungen des § 3 erfüllt, so können Vorschüsse bewilligt werden, auch wenn § 4 Z 5 nicht verwirklicht ist.

**Zu Artikel III:**

Der Rechtspfleger ist zur Unterhaltsbemessung zuständig, ebenso soll er zu allen Entscheidungen im Zusammenhang mit der einstweiligen Verfügung nach § 382 a EO zuständig sein. Mit einer solchen Regelung wird eine Verzögerung des Unterhaltsverfahrens dadurch, daß für bestimmte Entscheidungen der Richter, für andere der Rechts-

## 170 der Beilagen

pfleger zuständig ist, vermieden. Wegen der ausdrücklichen Anführung der einstweiligen Verfügung nach § 382 a im § 19 Abs. 1 RpflG kann die Frage, ob die Bewilligung einer solchen einstweiligen Verfügung eine Pflegschaftssache ist oder nicht, dahinstehen.

Die Entscheidung über den Ersatz nach § 399 b EO bleibt als Billigkeitsentscheidung dem Richter vorbehalten. Dies verzögert das Unterhaltsverfahren nicht, weil die Entscheidung über den Ersatz in der Regel erst nach Abschluß des Verfahrens zu treffen ist.

## Textgegenüberstellung

### Geltende Fassung

#### **Ezekutionsordnung**

**§ 390.** Das Gericht kann bei nicht ausreichender Bescheinigung des von der antragstellenden Partei behaupteten Anspruches eine einstweilige Verfügung anordnen, wenn die dem Gegner hieraus drohenden Nachteile durch Geldersatz ausgeglichen werden können und vom Antragsteller zu diesem Zwecke eine vom Gerichte nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird.

Das Gericht kann die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung nach Lage der Umstände von einer solchen Sicherheitsleistung abhängig machen, wenngleich die antragstellende Partei die ihr obliegenden Bescheinigungen in genügender Art beigebracht hat.

In diesen Fällen darf mit dem Vollzuge der Verfügung nicht vor Nachweis des gerichtlichen Erlages der zu leistenden Sicherheit begonnen werden.

### Entwurf

#### **Ezekutionsordnung**

**§ 382 a.** Ein Antrag eines Minderjährigen auf Gewährung vorläufigen Unterhalts durch den Elternteil, in dessen Haushalt der Minderjährige nicht betreut wird, ist zu bewilligen, wenn der Elternteil dem Kind nicht bereits aus einem vollstreckbaren Unterhaltstitel zu Unterhalt verpflichtet ist und ein Verfahren zur Bemessung des Unterhalts des Minderjährigen gegen den Elternteil anhängig ist oder zugleich anhängig gemacht wird.

Vorläufiger Unterhalt gemäß Abs. 1 kann höchstens bis zum Grundbetrag der Familienbeihilfe nach dem Familienlastenausgleichsgesetz bewilligt werden.

Großeltern können nach Abs. 1 nicht zu vorläufigem Unterhalt verpflichtet werden, der Vater eines unehelichen Minderjährigen nur, wenn seine Vaterschaft festgestellt ist.

Das Vorbringen des Minderjährigen ist für bescheinigt zu halten, soweit sich aus den Pflegschaftsakten, die ihn betreffen, nichts anderes ergibt. Über den Antrag ist ohne Anhörung des Elternteils unverzüglich zu entscheiden.

Die Möglichkeit der Anordnung einer einstweiligen Verfügung nach § 382 Z 8 lit. a bleibt unberührt.

**§ 390.** Das Gericht kann bei nicht ausreichender Bescheinigung des von der antragstellenden Partei behaupteten Anspruches eine einstweilige Verfügung anordnen, wenn die dem Gegner hieraus drohenden Nachteile durch Geldersatz ausgeglichen werden können und vom Antragsteller zu diesem Zwecke eine vom Gerichte nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird.

Das Gericht kann die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung nach Lage der Umstände von einer solchen Sicherheitsleistung abhängig machen, wenngleich die antragstellende Partei die ihr obliegenden Bescheinigungen in genügender Art beigebracht hat.

In diesen Fällen darf mit dem Vollzuge der Verfügung nicht vor Nachweis des gerichtlichen Erlages der zu leistenden Sicherheit begonnen werden.

Die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung nach den §§ 382 Z 8 lit. a und 382 a kann nicht vom Erlag einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden.

10

170 der Beilagen

**Geltende Fassung**

**§ 397.** Gegen die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung kann der Gegner der gefährdeten Partei, falls er nicht bereits vor der Beschußfassung einvernommen wurde, Widerspruch erheben.

**Entwurf**

**§ 397.** Gegen die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung kann der Gegner der gefährdeten Partei, falls er nicht bereits vor der Beschußfassung einvernommen wurde, Widerspruch erheben. Gegen eine einstweilige Verfügung nach § 382 a ist ein Widerspruch unzulässig.

**§ 399 a.** Eine einstweilige Verfügung nach § 382 a ist von dem Gericht, das die einstweilige Verfügung bewilligt hat, soweit einzuschränken, als sich aus den Pflegschaftsakten ergibt oder der Gegner bescheinigt, daß er dem Minderjährigen offenbar nicht in dieser Höhe zu Unterhalt verpflichtet ist.

Eine einstweilige Verfügung nach § 382 a ist von dem Gericht, das die einstweilige Verfügung bewilligt hat, aufzuheben:

1. wenn sich aus den Pflegschaftsakten ergibt oder der Gegner bescheinigt, daß er dem Minderjährigen zu Unterhalt nicht verpflichtet ist oder eine Bewilligungsvoraussetzung nach § 382 a Abs. 1 nicht vorliegt;
2. wenn das Unterhaltsverfahren beendet ist.

Die Aufhebung oder Einschränkung der einstweiligen Verfügung nach § 382 a wirkt ab der Verwirklichung des Aufhebungs- beziehungsweise Einschränkungsgrundes. Dieser Zeitpunkt ist im Beschuß über die Aufhebung oder Einschränkung der einstweiligen Verfügung festzustellen.

Der § 399 ist nicht anzuwenden.

**§ 399 b.** Im Fall der Aufhebung oder Einschränkung der einstweiligen Verfügung nach § 382 a kann der Gegner den Ersatz der Beträge verlangen, die er nach Wirksamwerden der Aufhebung oder Einschränkung dem Minderjährigen zu Unrecht geleistet hat. Über den Grund und die Höhe des Ersatzanspruchs sowie die Leistungsfrist ist nach Billigkeit zu entscheiden. Dabei sind besonders die Bedürfnisse des Minderjährigen und des Gegners auf eigenen angemessenen Unterhalt sowie seine Sorgepflichten abzuwägen; es ist auch zu berücksichtigen, ob der Minderjährige oder sein gesetzlicher Vertreter wußte oder ohne weitere Erhebungen wissen mußte, daß der Gegner zur Unterhaltsleistung nicht oder nicht in der bewilligten Höhe verpflichtet ist.

Das Gericht kann die Aufrechnung des Ersatzanspruchs gegen künftig fällig werdende Unterhaltsbeiträge nach Billigkeit bewilligen.

**Geltende Fassung****Entwurf**

Das Gericht kann sich die Entscheidung über den Antrag auf Ersatz und Aufrechnung bis zur Beendigung des Unterhaltsverfahrens vorbehalten.

**Unterhaltsvorschußgesetz**

**§ 4.** Vorschüsse sind auch zu gewähren, wenn

1. ....
2. ....
3. ....
4. ....

**§ 26.** (1) Vorschüsse nach den §§ 3 und 4 Z 1 und 4 hat das Kind insoweit zurückzuzahlen, als diese Beträge vom Unterhaltsschuldner hereingebracht werden.

- (2) ....

**Rechtspflegergesetz**

**§ 19.** (1) Der Wirkungskreis in Pflegschaftssachen umfaßt:

1. die Geschäfte in Pflegschaftssachen (einschließlich der Vormundschafts- und Sachwalterschaftssachen);
2. die Entscheidung über Anträge auf Bewilligung einer im § 17 Abs. 2 Z 1 genannten Exekution sowie der Exekution zur Sicherstellung nach § 372 EO durch die im § 374 Abs. 1 EO angeführten Exekutionsmittel, ausgenommen die Zwangsverwaltung, auf Grund eines vom Pflegschaftsgericht geschaffenen Exekutionstitels über Unterhaltsbeiträge.

(2) Dem Richter bleiben vorbehalten:

1. ....
2. ....
3. ....
4. ....

**Unterhaltsvorschußgesetz**

**§ 4.** Vorschüsse sind auch zu gewähren, wenn

1. ....
2. ....
3. ....
4. ....
5. der Unterhaltsschuldner den vorläufigen Unterhalt nach § 382 a EO nicht innerhalb eines Monats ab Zustellung der einstweiligen Verfügung an ihn voll erbringt.

**§ 26.** (1) Vorschüsse nach den §§ 3 und 4 Z 1, 4 und 5 hat das Kind insoweit zurückzuzahlen, als diese Beträge vom Unterhaltsschuldner hereingebracht werden.

- (2) ....

**Rechtspflegergesetz**

**§ 19.** (1) Der Wirkungskreis in Pflegschaftssachen umfaßt:

1. die Geschäfte in Pflegschaftssachen (einschließlich der Vormundschafts- und Sachwalterschaftssachen);
2. die Entscheidung über Anträge auf Bewilligung einer im § 17 Abs. 2 Z 1 genannten Exekution sowie der Exekution zur Sicherstellung nach § 372 EO durch die im § 374 Abs. 1 EO angeführten Exekutionsmittel, ausgenommen die Zwangsverwaltung, auf Grund eines vom Pflegschaftsgericht geschaffenen Exekutionstitels über Unterhaltsbeiträge;
3. die Entscheidung über die Bewilligung, Aufhebung oder Einschränkung einer einstweiligen Verfügung nach § 382 a EO.

(2) Dem Richter bleiben vorbehalten:

1. ....
2. ....
3. ....
4. ....

**E n t w u r f**

5. die Entscheidung über den Ersatz zu Unrecht gewährter Unterhaltsvorschüsse auf Antrag des Präsidenten des Oberlandesgerichtes und über die unmittelbare Rückzahlungspflicht an den Bund;
6. . . . .
7. . . . .
8. . . . .
9. . . . .

**G e l t e n d e F a s s u n g**

5. die Entscheidung über den Ersatz zu Unrecht geleisteten vorläufigen Unterhalts gemäß § 399 b EO sowie über den Ersatz zu Unrecht gewährter Unterhaltsvorschüsse auf Antrag des Präsidenten des Oberlandesgerichtes und über die unmittelbare Rückzahlungspflicht an den Bund;
6. . . . .
7. . . . .
8. . . . .
9. . . . .