

„dass eine Abgabe, die auf die Ausschaltung eines Wettbewerbsvorteils eingeführter Waren gegenüber inländischen Waren abzielte, offensichtlich Artikel 90 EG zuwiderliefe.“

Die damals inkriminierte 20%ige Umsatzbesteuerung der NoVA bei Importen gebrauchter Fahrzeuge wurde zwar im Erlasswege vorübergehend beseitigt. Durch die Schaffung des neuen gesetzlichen Anknüpfungspunktes an den **Erwerb** gelang aber mE kein überzeugender Beweis, dass die NoVA keine Zulassungsabgabe ist. Schließlich blieb etwa § 12 Abs 1 NoVAG unverändert, der eine Vergütung für den Fall einer vereitelten Zulassung gestattet.¹⁰⁾

„Vergütung

§ 12. (1) Eine von einem Unternehmer zu entrichtende Abgabe ist dem Empfänger der Leistung auf Antrag zu vergüten, wenn

1. feststeht, daß eine Zulassung zum Verkehr im Inland aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht oder nicht mehr in Betracht kommt oder

2. innerhalb von fünf Jahren ab der Lieferung tatsächlich keine Zulassung erfolgt ist (oder 3 [...])“

Eine Überprüfung des § 7 Abs 1 a NoVAG – ebenso wie auch des oben zitierten § 6 Abs 6 NoVAG – könnte daher wohl nicht lange auf sich warten lassen. Dass aber die NoVA seinerzeit als Ersatz für die 32%ige Luxus-(und daher Umsatz-)Steuer auf Kraftfahrzeuge eingeführt wurde, sollte dabei nicht ganz vergessen werden.

Mit einer weiteren Frage setzte sich der EuGH ebenfalls auseinander, bestätigte aber die Rechtsposition der Rep Österreich. Sie sei hier nur der Vollständigkeit halber zitiert:

„Steuerschuldner ist aber jedenfalls der Händler, der somit keinen Anspruch auf Refundierung gegenüber dem Erwerber hat. Es wird daher nicht gegen Art. 79 Abs 1 Buchst c der Richtlinie 2006/112 verstoßen.“¹¹⁾

10) IdS auch Rn 38f der aktuellen E.

11) EuGH C-387/01 Rn 87.

Rechtsprechung

ZVR 2011/120

§ 1327 ABGB

OGH 7. 10. 2010,
2 Ob 40/10 m
(OLG Innsbruck
17. 12. 2009,
2 R 244/09 p;
LG Feldkirch
24. 6. 2009,
5 Cg 205/06 m)

→ (Ausnahmsweiser) **Zuspruch voller Fixkosten beim Unterhaltersatzanspruch mj Vollwaisen bei Einzug von Großmutter und Tante zu ihrer Betreuung**

§ 1327 ABGB

Für die bloße Anwesenheit von Betreuungspersonen gebührt idR kein Ersatz. Ziehen jedoch nach Tötung beider Eltern zur Betreuung der mj Kinder

Sachverhalt:

[Unfallfolgen und E der Vorinstanzen]

Die Eltern der Kl wurden bei einem Verkehrsunfall, der vom Erstbekl verschuldet wurde, getötet. Die Zweitbekl ist dessen Haftpflichtversicherer. Die im Unfallszeitpunkt mj Kl lebten mit ihren Eltern im gemeinsamen Haushalt. Nach dem Unfall zogen die Tante der Kl mit ihrer mj Tochter sowie die mütterliche Großmutter in diese Wohnung, um die Kl betreuen zu können.

Die Vorinstanzen sprachen den Kl den Betreuungsunterhalt hierfür – gestaffelt nach Kindern und Zeiträumen – zu.

Der OGH wies dies aoRev beider Parteien zurück.

Aus der Begründung:

[Zur Rev der Kl]

Die Kl machen das Fehlen von oberstgerichtl Rsp zur Frage geltend, ob die sonst 24-stündige Anwesenheit von Eltern im Schädigungsfall abzugelten sei. Damit zeigen die Kl jedoch keine erhebliche Rechtsfrage idS § 502 Abs 1 ZPO auf. Der OGH entscheidet nämlich in stRsp, dass die Zeit, die die Pflegeperson jedenfalls bei dem Pflegebedürftigen anwesend wäre (insb während der Nacht und während der Hausarbeit), nicht zu ersetzen ist, weil sie keinen konkreten Schaden darstellt (2 Ob 24/04 z mwN; zuletzt 2 Ob 137/09 z). Die Rev der Kl ist daher mangels Darstellung einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen.

die Tante mit ihrem Kind sowie eine Großmutter in die Wohnung, so steht den Kindern Ersatz der vollen Wohnungsfixkosten zu.

[Zur Rev der Bekl]

Die Bekl bekämpfen den zugesprochenen Betreuungsunterhalt. Das BerG habe die Rechtsfrage, ob die weiteren im Haushalt lebenden Personen (hier Großmutter sowie Tante samt Tochter) beim Betreuungsaufwand und den Kosten der Haushaltsführung zu berücksichtigen seien, falsch gelöst und sich von der (ungenannten) „ständigen Judikatur des Höchstgerichts“ entfernt.

[Allg Grundsätze]

Maßgebend für den Ersatzanspruch der Kinder nach § 1327 ABGB ist, in welchem Umfang ihnen durch den Tod der Eltern Pflegeleistungen und Unterhaltsleistungen entgangen sind (RIS-Justiz RS0031598). Die Hinterbliebenen sind so zu stellen, wie sie stünden, wenn der zum Unterhalt Verpflichtete nicht getötet worden wäre (RIS-Justiz RS0031291). Dabei ist von den Verhältnissen (bis) zum Todeszeitpunkt auszugehen. Künftige Entwicklungen sind – soweit möglich – bei der Bemessung im Rahmen einer Prognose zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0031835).

Erbringt ein Dritter aufgrund familienrechtlicher Verpflichtungen Leistungen an oder für die Geschädigten, um deren unfallbedingt vermehrte Bedürfnisse zu befriedigen, dann geschieht dies nicht zu dem Zweck, den Schädiger zu entlasten (RIS-Justiz RS0022789).

[Fixkosten]

Fixkosten sind alle Kosten der Haushaltsführung, die sich durch den Wegfall des Verstorbenen in ihrer Höhe nicht wesentlich ändern und Unterhaltscharakter ha-

Keine Fixkostenkürzung bei Einzug der Tante mit deren Kind und der Großmutter zur Betreuung mj Vollwaisen (anders als bei Vermehrung der Anzahl der Haushaltsangehörigen aufgrund Wiederverehelichung der Mutter: Abgrenzung zu 2 Ob 212/77).

ben (RIS-Justiz RS0031808). Diese Kosten sind bei der Ermittlung des Unterhaltentgangs anteilig zu berücksichtigen (RIS-Justiz RS0031723; zuletzt 2 Ob 149/09 i).

[Anwendung in casu]

Im vorliegenden Fall haben die Vorinstanzen bei der Aufteilung der Fixkosten und der Kosten für Haushaltsführung und Kinderbetreuung den Umstand, dass die Tante samt Kind sowie die mütterliche Großmutter der Kl in deren Wohnung eingezogen sind, nicht berücksichtigt, weil auf die tatsächlichen Verhältnisse vor dem schädigenden Ereignis abzustellen sei und der fiktive schädigungsfreie Verlauf den Verhältnissen, die der schädigende Eingriff hervorgerufen habe, gegenüberzustellen sei. Davon abgesehen hätten die Kl auch keinen Rechtsanspruch gegenüber den Genannten, sich an den Kosten der Haushaltsführung und Kinderbetreuung zu beteiligen.

[Abgrenzung zu 2 Ob 212/77]

Diese Beurteilung hält sich im Rahmen der – oben wiedergegebenen – Rsp, dass Leistungen aus der Familie des Geschädigten den Schädiger nicht zu entlasten ver-

mögen. Die E 2 Ob 212/77, wonach bei Wiederverhehlung der Witwe die Fixkosten nicht nach Kopfteilen der Kinder zu berechnen, sondern auf so viele Personen aufzuteilen sind, wie der Haushalt tatsächlich umfasst (Witwe, Kinder und nunmehriger Ehemann), ist mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbar.

Hier handelt es sich nicht um eine Vermehrung der Anzahl der Haushaltsangehörigen aufgrund von Wiederverhehlung, sondern aufgrund des pflegenotwendigen Einzugs der nunmehrigen Betreuungspersonen. Dass die Tante der Kl auch ihr Kind mitbrachte, ist vernachlässigbar, zumal die Aufnahme der Betreuungspersonen in den Haushalt der Kl ausschließlich im Interesse und zum Vorteil der Kl erfolgte. Die von den Bekl (nach Eigendefinition „überspitzt“) dargestellte Extremsituation des Einzugs einer Tante mit zehn Kindern und aller vier Großelternanteile kann dahingestellt bleiben, da sich der Sen nicht veranlasst sieht, sich mit bloß hypothetischen Überlegungen zu befassen (vgl RIS-Justiz RS0002495).

Zusammenfassend ist mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage auch die Rev der Bekl zurückzuweisen.

Anmerkung:

Mj – gesunde – Kinder bedürfen nach Tötung ihrer Eltern einer Rund-um-die-Uhr-Betreuung. Mit einer Betreuungsperson, die von Montag bis Freitag von 8–16 Uhr Dienst tut, ist es nicht getan. Die Lage ist **vergleichbar mit Schwerstverletzten**. Der OGH bezieht sich bei einem Anspruch nach § 1327 ABGB auf die Rsp zu den Pflegeleistungen Schwerstverletzter (2 Ob 24/04z; 2 Ob 137/09z), ohne auch nur offenzulegen, dass es sich um einen ganz anderen Anspruch (§§ 1325, 1327 ABGB) handelt. Jedenfalls eine Fremdersatzkraft würde in den Bereitschaftszeiten nicht unentgeltlich tätig werden, weder bei Pflege eines Schwerstverletzten noch bei der Betreuung gesunder Kinder. Wenn die Tante mit ihrem Kind einzieht, mag es angemessen sein, lediglich die konkreten Verrichtungen abzugelten; bei Pflege eines Schwerstverletzten besteht indes eine völlig andere Interessenlage (dazu *Ch. Huber*, ÖJZ 2007, 625 ff).

Bei der Frage, ob die Fixkosten zu kürzen sind, wenn Betreuungspersonen zu den hinterbliebenen Kindern einziehen, vertritt der OGH zu Recht die Ansicht, dass jedenfalls in einem solchen Fall den Kindern der ungeschmälerzte Zuspruch der Fixkosten gebühre. Das steht im Einklang mit der kurz davor ergangenen E 2 Ob 149/09i (ZVR 2011/121 [*Ch. Huber*]), in der den hinterbliebenen Kindern die vollen Fixkosten des Hauses zuerkannt worden sind, obwohl die Mutter gegenüber dem getöteten Vater nicht nach § 1327 ABGB unterhaltersatzberechtigt war, weil sie mit diesem nicht verheiratet war. Der OGH nimmt

eine Abgrenzung vor zur VorE 2 Ob 212/77 (EFSlg 29.439 = ZVR 1978/274, wo die § 1327 ABGB betreffende Passage freilich nicht abgedruckt ist), bei der bei Wiederverheiratung der Mutter die Fixkosten nur noch nach Kopfteilen der Haushaltsmitglieder ersatzfähig sein sollen mit dem Ergebnis, dass vom Schädiger nicht mehr die vollen Wohnungskosten ersetzt werden müssen – usw etwa bei einem Kind nur noch 1/3. Die E deutet an, dass der Unterschied darin liege, dass der Einzug der Betreuungspersonen im konkreten Sachverhalt ausschließlich im Interesse und zum Vorteil der betreuungsbedürftigen Kinder liege. Das ist zutreffend. Es sei aber die Frage erlaubt, weshalb sich die Kinder eine Kürzung des ersatzfähigen Wohnungsaufwands gefallen lassen müssen, wenn die Mutter wieder heiratet. Das kommt mE nur dann in Betracht, wenn der Mutter bei der Wiederverheiratung ein entsprechendes Unterhaltsäquivalent vom neuen Ehemann zufließt, weil dieser entsprechend wirtschaftlich leistungsfähig ist. Womöglich heiratet sie aber einen armen Schlucker! Zu beachten ist, dass die Vermögenslage der Kinder nicht schon durch die Verhehlung der Mutter und den Zuzug des Stiefvaters per se verbessert wird. Ob das in der VorE so war, muss offenbleiben, weil in der EF-Slg bloß der Leitsatz abgedruckt und der Volltext im RIS nicht abrufbar ist. Insoweit mag ein gewisses Abrücken von der VorE geboten sein, während der vorliegenden E uneingeschränkt zuzustimmen ist.

Christian Huber, RWTH Aachen