

Zeitschrift für

# VERKEHRSS- RECHT

# ZVR

Neue Rubrik:  
Pro & Contra

Redaktion **Karl-Heinz Danzl, Christian Huber,  
Georg Kathrein, Gerhard Pürstl**

**Mai 2015**

# 05

145 – 180

Pro & Contra

## Radhelmpflicht

*Armin Kaltenegger/Johannes Pepelnik* ➔ 148

Beiträge

**Zentrale Fragen der Berechnung des Unterhaltersatzanspruchs  
nach § 1327 ABGB** *Christian Huber* ➔ 150

**Zur Genehmigung von sportlichen Veranstaltungen auf Straßen**  
*Michael Nußbaumer* ➔ 153

Rechtsprechung

**Bisher höchster Schmerzensgeld-  
zuspruch: € 220.000,-** *Karl-Heinz Danzl* ➔ 174

**Ersatzfähige Wohn- und Pkw-Kosten der Kinder  
nach Tötung des Vaters** ➔ 162

**Haftung für die mangelhafte Beladung eines Sattelschleppers** ➔ 166

**Zulässigkeitskriterien für Nachklage beim Schmerzensgeld**  
*Christian Huber* ➔ 172

Judikaturübersicht Verwaltung

**Art 7 Abs 1 EMRK enthält ein ausnahmsloses Rückwirkungsverbot  
von Strafbestimmungen** ➔ 179

**Kosten für Verkehrszeichen stellen keinen Amtssachaufwand dar** ➔ 179

# Zentrale Fragen der Berechnung des Unterhaltersatzanspruchs nach § 1327 ABGB

Überlegungen aus Anlass von OGH 28. 3. 2014, 2 Ob 94/13g<sup>1)</sup>

ZVR 2015/70

§ 1327 ABGB;  
§ 12 Abs 2,  
§ 14 Abs 4 EKHG

Unterhaltersatz;  
fixe Kosten;  
Auto und  
Wohnung;  
versagter  
Vorteilsausgleich;  
indexgebundene  
Rente

Trotz jahrzehntealter gefestigter OGH-Judikatur hat der Geschädigtenanwalt sowohl das Phänomen als auch die Bedeutung fixer Kosten für die Ermittlung der Höhe des Unterhaltersatzanspruchs der Halbweisen verkannt. Der OGH macht deutlich, dass der Ersatzanspruch – bei entsprechendem Vorbringen – wesentlich höher ausfallen hätte müssen. Dessen ungeachtet hat der Ersatzpflichtige – zu Unrecht – den ohnehin schon engherzigen Zuspruch der 1. Instanz bekämpft.

Von Christian Huber

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Kenntnisse beim Anspruchsteller und Ersatzpflichtigen
- C. Die Bedeutung der fixen Kosten für den Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB – gerade in diesem Sachverhalt
- D. Was zählt zu den fixen Kosten?
- E. Wohnungskosten
- F. Maßgeblichkeit des konkreten Aufwands des Vaters für seine Kinder
- G. Abstellen auf die künftige Entwicklung – Erfordernis einer indexgebundenen Rente
- H. Resümee

### A. Einleitung

Erfreulicherweise sind die Todesfälle bei Straßenverkehrsunfällen stark rückläufig. Die Kehrseite ist, dass der OGH seltener zu den Berechnungsdeterminanten von Unterhaltersatzansprüchen nach § 1327 ABGB Stellung nehmen kann. In dieser Entscheidung bot sich eine solche Gelegenheit; und er hat davon Gebrauch gemacht, um zu manchen zentralen Fragen Stellung zu nehmen. Weitere sind in diesem kurzen Besprechungsaufsatz zu erörtern.

### B. Kenntnisse beim Anspruchsteller und Ersatzpflichtigen

Die Kenntnisse des den Prozess führenden Anwalts auf Klägerseite waren jedenfalls bei Klageeinbringung nicht übertrieben hoch. Der OGH hat – nicht nur – ihm ins Stammbuch geschrieben, dass bei Erbringung solcher Leistungen in natura die Prozentjudikatur ausscheidet; verfehlt ist darüber hinaus eine Methode, die die Fixkosten nicht berücksichtigt. Der OGH weist darauf hin, dass Fixkosten noch viel weiter reichen als vom klägerischen Anwalt vorgebracht, das Höchstgericht sich damit aber mangels Vortrags nicht befassen könne. Es ist mit Händen zu greifen, dass insoweit

ein anwaltlicher Kunstfehler vorliegt. Das gilt in entsprechender Weise für die Bewertung der Betreuungsleistungen des Vaters am Abend, während die Mutter erwerbstätig war, mit € 50,- pro Monat. Meinem Babysitter habe ich so viel für einen Abend bezahlt – vor 20 Jahren! Das dürfte auf weniger als € 1,- pro Stunde hinauslaufen. Selbst in Deutschland gibt es mittlerweile einen Mindestlohn von € 8,50. Angemessen wäre wohl eher ein Stundenlohn zwischen € 12,- und € 15,- oder mehr. Welch krasse Unterbewertung von Betreuungsleistungen für Kinder!

Der Ersatzpflichtige wollte offenbar nach der Methode „Geiz ist geil“ regulieren. Er hätte besser den Akt nach dem Infolge des unzureichenden klägerischen Vorbringens ohnehin äußerst knickrigen Zuspruch durch das ErstG geschlossen und nicht noch durch Einlegung eines Rechtsmittels weiter nach unten lizitiert. Die weitere Kürzung war ein Pyrrhussieg. Nicht nur hat der OGH das Ergebnis korrigiert – über den Zuspruch des ErstG konnte es aus prozessualen Gründen nicht gehen. Vielmehr machen die Veröffentlichung der Entscheidung sowie deren Besprechung deutlich, in welcher Größenordnung sich die zutreffende Bemessung des Ersatzanspruchs bewegen hätte müssen. Bei aller verständlichen Interessenverfolgung zugunsten eines schlussendlich einstandspflichtigen bulgarischen Kfz-Haftpflichtversicherers hätte beim Ersatzpflichtigen genug Sachverstand vorhanden sein müssen, um zu einer angemessenen und fairen Regulierung zu gelangen, anstelle die – notgedrungen unkundigen minderjährigen – Halbweisen infolge der unzureichenden Kenntnisse des von ihnen betrauten Anwalts über den Tisch zu ziehen. Die Vorgangsweise ist jedenfalls kein Ruhmesblatt für den auf Schädigerseite einschreitenden Regulierer.

1) ZVR 2015/88, 162 (in diesem Heft).

### C. Die Bedeutung der fixen Kosten für den Unterhaltersatzanspruch nach § 1327 ABGB – gerade in diesem Sachverhalt

Es gibt im Rahmen des Unterhaltsverbands Kosten, die ändern sich nicht signifikant, wenn diesem eine Person mehr oder weniger angehört. Man nennt diese fixe Kosten. Der Gegenbegriff dazu sind die variablen Kosten, die dem Konsum einer bestimmten Person individuell zugerechnet werden können. Zu den fixen Kosten zählen namentlich die Kosten für die Wohnversorgung und den Pkw. Zu den variablen Kosten zählen insb die für Nahrung und Kleidung.

Warum ist die Unterscheidung zwischen fixen und variablen Kosten so bedeutsam? Je höher die fixen Kosten sind, umso höher ist die Gesamtheit der Unterhaltersatzansprüche der nach § 1327 ABGB anspruchsberechtigten Personen, weil sich der Wegfall des Unterhaltsbedarfs des Getöteten auf diese Kosten nicht auswirkt. Je höher die variablen Kosten sind, und namentlich die individuelle Konsumquote des Getöteten, umso weniger bleibt für die restlichen Unterhaltersatzgläubiger übrig. Der OGH spricht daher völlig zu Recht aus, dass eine Berechnung des Unterhaltersatzes ohne Vorwegabzug der fixen Kosten verfehlt ist.

Die Berücksichtigung der fixen Kosten ist im vorliegenden Sachverhalt deshalb besonders wichtig, weil die Eltern nicht verheiratet waren, mit der Folge, dass der Mutter der Kinder trotz Zusammenlebens mit dem Vater in einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft gegen den Schädiger kein Anspruch nach § 1327 ABGB zusteht, weil dieser voraussetzt, dass im Zeitpunkt der Tötung ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch bestanden haben muss. Der OGH trifft nun die völlig zutreffende Wertentscheidung, dass dann die fixen Kosten auf die Unterhaltersatzansprüche der Halbweisen aufzuteilen sind. Würde man deren Anspruch um die anteilige Quote der nicht anspruchsberechtigten Mutter vermindern, wären es gerade keine fixen Kosten mehr. Im Ergebnis würde das – häufig – dazu führen, dass die Kinder den entsprechenden Bedarf dann eben gar nicht gedeckt bekommen, weil sich mit  $\frac{2}{3}$  oder später 50% der jeweilige Bedarf – Wohnung bzw Auto – gerade nicht finanzieren lässt.

Der OGH nimmt in Kauf, dass die Mutter mitalimentiert wird, obwohl sie keinen Unterhaltersatzanspruch gegen den Schädiger hat. Das ist wegen des Fixkostencharakters und dem Kindeswohl hinzunehmen. Diese bei der erstmaligen Festsetzung des Schadenersatzanspruchs der Halbweisen zum Ausdruck kommende Verteilung der fixen Kosten anteilig auf diese sollte – im Urteil und auch bei außergerichtlicher Regulierung – explizit ausgesprochen werden; und das aus folgendem Grund: Fixkosten stehen zunächst allen – hier den beiden minderjährigen – Unterhaltersatzgläubigern zu. Es liegt im Wesen des Kindesunterhalts, dass dieser nicht ein Leben lang besteht. Fällt der Unterhaltsbedarf des einen Kindes weg, besteht der des anderen – zumeist jüngeren – Kindes fort, mit der Folge, dass dem verbliebenen Kind sämtliche Fixkosten zufallen. Die Mutter partizipiert somit an den Fixkosten solange, bis das letzte Kind selbsterhaltungsfähig geworden ist

und diesem kein Unterhaltersatzanspruch gegen den Ersatzpflichtigen mehr zusteht. Wenn ein Kind selbsterhaltungsfähig geworden ist, dann ist die Feststellung hilfreich, welche Fixkostenanteile später zum verbliebenen unterhaltsberechtigten Kind wechseln.

### D. Was zählt zu den fixen Kosten?

Dazu gehören bei der Wohnung jedenfalls die Miete und die Betriebskosten. Der OGH nennt darüber hinaus Gas-, Strom-, Telefonkosten etc, wobei letztere nur bei einer Flatrate fixe Kosten sind. Das „etc“ lässt sich präzisieren: Dazu zählen auch ORF-Gebühr und Versicherungen; zudem die Kosten für das Zeitungsabonnement. Zutreffenderweise sind auch die Kosten für das Inventar der Wohnung bzw Rückstellungen für deren Erneuerung zu berücksichtigen. Beim Pkw geht es neben den Betriebskosten (Kfz-Steuer, Prämien für Haftpflicht und Kaskoversicherungen, Öl, Benzin) um Leasingraten oder Darlehensrückzahlungsraten, bei Eigenfinanzierung um Rückstellungen für eine Ersatzinvestition. Der OGH verweist insoweit zutreffend auf „die willkürliche Auswahl einzelner Positionen“. Erst das danach verbleibende Einkommen ist das frei verfügbare, bei dem die Konsumquoten eine Rolle spielen.

### E. Wohnungskosten

Der Ersatz der Wohnungskosten ist idR der größte Brocken der fixen Kosten. Der OGH stellt insoweit auf die tatsächlichen Kosten ab. Er verweist darauf, dass zu berücksichtigen sei, dass sich der Wohnbedarf wegen Wegfalls einer Person, dem getöteten Unterhaltsschuldner, vermindert habe und die Wohnversorgung beim Großvater eine angemessene Deckung des Wohnbedarfs sei, weil die Familie bis kurz vor dem Tod ebenfalls dort gewohnt habe. Diese Überlegungen stoßen auf Bedenken. Möglicherweise fehlt es insoweit an der erforderlichen Einfühlsamkeit für die Belange einer jungen Familie.

Das Zusammenwohnen von drei Generationen mag von manchen – romantisch – verklärt werden. In der Lebenswirklichkeit wird es häufig nur in wirtschaftlichen Notlagen praktiziert. Die Familie hatte sich jedenfalls vor dem Tod des Vaters entschieden, in eine eigene Wohnung zu ziehen, die unter Berücksichtigung der Eigenleistungen des Getöteten € 700,- gekostet hat. Die Anzahl der Zimmer dieser Wohnung wird nicht genannt; eine 10-Zimmer-Wohnung jenseits der 250 m<sup>2</sup> mit Rückzugsmöglichkeiten für jedes einzelne Familienmitglied wird für € 700,- Miete pro Monat nicht zu bekommen gewesen sein. Viel eher dürfte es sich um eine 3- bis 4-Zimmer-Wohnung gehandelt haben: Wohnzimmer, Küche sowie Elternschlafzimmer und Kinderschlafzimmer; allenfalls ein Zimmer für jedes Kind. Worin liegt aber dann ein Einsparungsbedarf, wenn der Vater getötet wird? Selbst unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Mutter kein gesetzlicher Unterhaltsanspruch zusteht, wird in der Wohnung eine Betreuungsperson für die Kinder benötigt. Die Verkleinerungsmöglichkeit ist – in solchen Verhältnissen – somit eher theoretischer denn praktischer Natur. →

Der OGH stellt auf die tatsächlichen Kosten infolge des Rückzugs zum Großvater ab. Aber wie wären diese zu ermitteln und aufzuteilen? Der OGH verweist darauf, dass das Entgegenkommen eines Dritten den Schädiger nicht entlasten dürfe. Über diesen in § 14 Abs 4 EKHG für die Unterhaltspflicht eines Dritten positivierten Grundsatz besteht Konsens. Aber welche rechnerischen Konsequenzen zeitigt er? Wenn die Betreuungspersonen in die Wohnung der Waisen ziehen, sind sämtliche Wohnungskosten ersatzfähig (so zutr OGH 2 Ob 40/10 m ZVR 2011/120 [Ch. Huber]). Soll es dann einen Unterschied machen, wenn nicht die Betreuungsperson in die Wohnung der Halbwaisen, sondern diese in die Wohnung der Betreuungsperson ziehen? Man ist geneigt zu antworten: Wohl kaum, was für eine volle Ersatzfähigkeit der dort anfallenden Kosten spricht.

Im konkreten Sachverhalt stellt sich indes die Frage, ob der Verweis auf die tatsächlich anfallenden Kosten sachgerecht ist. Ausdrücklich hat das ErstG festgestellt, dass die Mutter mit den beiden Halbwaisen zu ihrem Vater, dem Großvater der Kinder, zurückgezogen ist, weil sie sich die bisherige Wohnung nicht leisten konnte. Aber warum war das der Fall? Die Antwort lautet: Wahrscheinlich deshalb, weil der Ersatzpflichtige den ihr nach dem Gesetz geschuldeten Betrag, um das zu finanzieren, vorenthalten hat. In der Stärkungsmittel-Entscheidung (VersR 1958, 176) hat der BGH ausgesprochen, dass die Kosten für eine infolge Verzugs des Schädigers unterbliebene Bedarfsdeckung den Schädiger nicht entlasten darf. Dieses Judiz hat nichts von seiner Überzeugungskraft eingebüßt und ist auch hier zu beachten. Mindestens aber darf der Unterhaltersatzgläubiger für eine durch den Verzug des Schädigers erzwungene Sparsamkeit nicht auch für die Zukunft präjudiziert werden. Die Kinder haben dem Schädiger gegenüber somit Anspruch auf die Rückkehr in die gewohnte Wohnung und die Tragung der dort anfallenden Kosten.

#### F. Maßgeblichkeit des konkreten Aufwands des Vaters für seine Kinder

Der OGH stellt darauf ab, was der Vater für die Kinder aufgewendet hat. Das ist im Ausgangspunkt gewiss zutreffend. Ein Abstellen auf die Prozentjudikatur ist schon deshalb verfehlt, weil es bei dieser um die Verhältnisse in zerrütteten Familienverhältnissen geht, sonst würde man nicht vor Gericht um die Höhe des Unterhalts streiten. Beachtlich ist dabei insb, dass in solchen Fällen Vater und Mutter zumeist zwei Wohnsitze und zwei Autos haben mit der Folge, dass für die Kinder weniger verbleibt.

Soll es aber bei § 1327 ABGB wirklich darauf ankommen, ob der Vater oder die Mutter die Rechnung für die Babynahrung und die Windeln bezahlt hat. Abgesehen von den Nachweisproblemen mag das mal so, mal anders gewesen sein. Insoweit ist mE eine normative Korrektur vorzunehmen: Ungeachtet des Umstands, dass die Eltern nicht verheiratet waren, sind sie für die Berechnung des Unterhaltersatzanspruchs der Halbwaisen nach § 1327 ABGB so zu behandeln, als wären sie verheiratet gewesen. Jede andere Betrachtung

führt zu weniger überzeugenden Ergebnissen. Soll es möglich sein, den Kindesunterhalt zu maximieren, wenn der Nachweis gelingt, dass der getötete Vater für die fixen Kosten und die variablen Kosten der Kinder aufgekommen ist, während die variablen Kosten für ihn und die Mutter aus deren Einkommen bestritten worden sind? Abgesehen davon, dass kaum eine Familie eine so exakte Buchhaltung haben wird, um einen derartigen Nachweis zu führen, wäre das mechanische Abstellen auf solche Geldflüsse durchaus willkürlich. Das müsste konsequenterweise freilich auch für die Beteiligung an den Fixkosten (Wohnung und Auto) gelten, sodass bei einem vom Getöteten erzielten Einkommen von € 2.500,- (€ 2.250,- Nettoeinkommen zzgl € 250,- Eigenleistungen) und dem der Mutter von € 1.000,- (wobei die FB herauszurechnen wäre) die Waisen Anspruch auf Deckung von 71% der Fixkosten hätten. Wenn die Mutter – bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise – schon zu Lebzeiten des Vaters mit ihrem Einkommen zu den Fixkosten beigetragen hat, ist nicht einzusehen, weshalb das nach seinem Tod anders sein soll.

#### G. Abstellen auf die künftige Entwicklung – Erfordernis einer indexgebundenen Rente

Der OGH bekennt sich dazu, dass künftige Entwicklungen möglichst weitgehend zu berücksichtigen sind. In der Praxis beschränkt er sich freilich idR darauf, die Rente zu begrenzen, wenn das Ende der Unterhaltspflicht absehbar ist. Bei den noch ganz jungen Kindern war das nicht der Fall. Denkbar wäre gewesen, die Rente – zunächst – bis zum Erreichen der Volljährigkeit zu befristen. Bei entsprechendem Vorbringen hätte die Unterhaltersatzrente aber auch an einen Index gebunden werden können. Derzeit sind sowohl Inflation, Wirtschaftswachstum als auch (reale) Lohnsteigerungen gering. Das war nicht immer so – und muss auch nicht so bleiben. Die Bindung mindestens an den Verbraucherpreisindex wäre schon deshalb sachgerecht, weil nicht davon auszugehen ist, dass der Unterhaltsgläubiger im Laufe der Zeit real immer weniger verdient. Plausibel wären hingegen die Anknüpfung an die Lohnentwicklung einer Person mit solcher Ausbildung, wobei dann auch eine Teilhabe am Wirtschaftswachstum und ein – gewisser – beruflicher Aufstieg mit zu berücksichtigen wäre. Zu ermitteln wäre ein zu diesen Vorgaben möglichst passender Index. Die Anpassung der Rente bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse hat den Nachteil, dass häufig wenig abschätzbar ist, wann die Wesentlichkeitsschwelle erreicht ist und dann bloß eine Anpassung für die Zukunft erfolgt. Die Versagung des bis dahin anfallenden Defizits widerspricht indes dem Ausgleichsprinzip. Und je länger eine Rente dauert, umso stärker fallen diese Umstände ins Gewicht – selbst bei geringer Inflation, moderatem Wirtschaftswachstum und mäßigem Lohnzuwachs!

#### H. Resümee

Aufgrund des unzureichenden klägerischen Vorbringens ist die Obergrenze des Ersatzes der vom ErstG zu-

gesprochene Ersatzbetrag. Nach der vom OGH ausgesprochenen Ansicht, noch mehr aber nach der hier vertretenen Meinung würde sich der Umfang des Ersatzes mindestens auf das Zwei-, wohl eher das Dreifache belaufen, insb, wenn man die Betreuungsleistungen des Vaters angemessen bewertet. Positiv hervorzuheben ist abschließend, dass der OGH zurückverwiesen hat, um die Parteien nicht mit einer mit ihnen bisher nicht

erörterten, wenn auch in der Kommentarliteratur nachlesbaren und auch bisher schon gut dokumentierten Meinung zu überraschen und ihnen Gelegenheit zu geben, ihr Vorbringen in diesem Sinn zu präzisieren (§ 182 a ZPO). Mögen diese Zeilen dazu beitragen, dass die Kenntnis über die Regulierung eines solchen Anspruchs zunehmen und sich ein solches Erfordernis künftig jedenfalls nur noch selten stellen möge.

### → In Kürze

**Beim Unterhaltersatzanspruch spielt die Berücksichtigung der fixen Kosten für Wohnung und Kfz eine zentrale Rolle für die Höhe des Anspruchs. Die Orientierung an der Prozentjudikatur des Unterhaltsrechts ist dann verfehlt, wenn der getötete Unterhaltsschuldner im Rahmen einer intakten Familie tatsächlich höhere Leistungen an seine Kinder erbracht hat.**

### → Zum Thema

#### Über den Autor:

o. Univ.-Prof. Dr. Christian Huber ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht an der RWTH Aachen. Kontaktadresse: RWTH Aachen, Templergraben 55, 52056 Aachen. Tel: +49 (0)241 80 96 347, Fax: +49 (0)241 80 69 47 69,

E-Mail: [huber@privatrecht.rwth-aachen.de](mailto:huber@privatrecht.rwth-aachen.de),  
Internet: [www.privatrecht.rwth-aachen.de/huber](http://www.privatrecht.rwth-aachen.de/huber)

#### Vom selben Autor erschienen:

Wer zu spät kommt, geht leer aus – Überlegungen zu OGH 2 Ob 216/13 y, ZVR 2015, 14; Ein – lohnender – Blick ins schweizerische Haftpflichtrecht, ZVR 2013, 190; Die Radfahrerhelm-E des BGH – was ist geklärt, was noch offen? NZV 2014, 489; Die Schmerzensgeldrente – bloß eine alternative Abgeltungsform? in FS E. Lorenz (2014) 603; Über den Stellenwert von Blech und Blut im deutschen Schadensrecht – Akzentverschiebungen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung, in FS Jaeger (2014) 309; BGH: Entscheidungen zum deutschen Schadenersatzrecht [...], ZVR (seit Heft 6/2007 bis dato); über 370 Veröffentlichungen mit dem Schwerpunkt im österr und deutschen Schadenersatzrecht.

