

# TE OGH 2005/12/23 13R188/05w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.12.2005

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Huberger als Vorsitzenden sowie die Richterinnen des Oberlandesgerichtes Dr. Bibulowicz und Dr. Jahn in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. E\*\*\*\*\*, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei E\*\*\*\*\*, vertreten durch U\*\*\*\*\*, Rechtsanwälte OEG in St. Pölten, wegen EUR 4.733,33 s.A. und Feststellung (Streitwert: EUR 2.000,-; Gesamtstreitwert EUR 6.733,33) infolge Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 4.336,67) gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 28.6.2005, 56 Cg 295/03v-28, in nichtöffentlicher Sitzung (§ 492 ZPO) zu Recht erkannt: Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten des Oberlandesgerichtes Dr. Huberger als Vorsitzenden sowie die Richterinnen des Oberlandesgerichtes Dr. Bibulowicz und Dr. Jahn in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. E\*\*\*\*\*, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei E\*\*\*\*\*, vertreten durch U\*\*\*\*\*, Rechtsanwälte OEG in St. Pölten, wegen EUR 4.733,33 s.A. und Feststellung (Streitwert: EUR 2.000,-; Gesamtstreitwert EUR 6.733,33) infolge Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse: EUR 4.336,67) gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 28.6.2005, 56 Cg 295/03v-28, in nichtöffentlicher Sitzung (Paragraph 492, ZPO) zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es insgesamt einschließlich seines bestätigenden und seines unangefochten gebliebenen Teiles lautet:

1. „1.Ziffer eins  
Die Klagsforderung besteht mit EUR 3.466,67 zu Recht.
2. 2.Ziffer 2  
Die Gegenforderung besteht mit EUR 330,- zu Recht.
3. 3.Ziffer 3  
Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 3.136,67 samt 4 % Zinsen seit 11.12.2003 binnen 14 Tagen zu bezahlen.
  4. Festgestellt wird, dass die beklagte Partei der klagenden Partei zu zwei Drittel für sämtliche aus der dem Kläger am 3.12.2000 zugefügten Gesichtsverletzung resultierende Schäden haftet.
  5. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei EUR 1.596,66 samt 4 % Zinsen seit 1.1.2001 und 4 % Zinsen aus EUR 3.136,67 von 1.1.2001 bis 10.12.2003 zu zahlen, wird abgewiesen.
  6. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 1.157,97 bestimmte Verfahrenskosten (darin enthalten EUR 191,10 USt und EUR 11,36 Fahrtkosten) binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 503,46 bestimmte Kosten des Berufungsverfahrens [(darin enthalten EUR 87,44 USt) und abgezogen EUR 21,20 an anteiligen Barauslagen der

beklagten Partei] binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt insgesamt EUR 4.000,--, nicht aber EUR 20.000,--.

Die Revision ist nicht zulässig.

### **Text**

Entscheidungsgründe:

Die einander zuvor nicht bekannten Streitparteien hielten sich in der Nacht zum 3.12.2000 im Lokal „K\*\*\*\*\*“ in der W\*\*\*\*\* auf. Als der Beklagte mit einer Begleiterin des Klägers eine Unterhaltung beginnen wollte, mischte sich der Kläger ein und forderte den Beklagten auf, sich zu entfernen. Dieser Aufforderung kam der Beklagte nicht nach. Nach einer kurzen verbalen Auseinandersetzung versetzte der Kläger dem Beklagten einen Stoß mit dem Kopf gegen das Gesicht, wodurch dessen Unterlippe sofort zu bluten begann. Im Zuge des darauffolgenden Gerangels stürzte der Kläger auf die Knie. Als er im Begriff war aufzustehen, schlug der Beklagte mit einem nicht mehr feststellbaren Gegenstand aus Glas (Flasche, Trinkglas oder Aschenbecher) gegen die linke Gesichtshälfte des Klägers. Dieser erlitt dadurch eine Y-förmige, tiefe Schnittwunde zwischen Auge und Oberkiefer, die sofort stark blutete, sowie eine kleine Blutunterlaufung unterhalb des inneren Anteiles des linken Unterlids (Brillenhämatom). In der Folge kam es zur Narbenbildung. Die sich kreuzende Narbe ist 7,6 und 3 cm lang und bis zu 4mm keloidartig verbreitet. Sie ist bereits aus einem Meter Entfernung deutlich sichtbar und kosmetisch störend.

Der Beklagte erlitt durch den Kopfstoß eine ausgedehnte Blutunterlaufung und Schwellung im Bereich der Unterlippe und einen 10 x 5 mm großen Schleimhautdefekt. Für 4 bis 5 Tage schwoll die Unterlippe stark an, sodass der Beklagte nur eingeschränkt reden konnte.

Sowohl der Kläger, als auch der Beklagte wurden mit rechtskräftigem Urteil des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 17.3.2003 zu 18 U 127/01z wegen des Vergehens der Körperverletzung nach § 83 Abs 1 StGB verurteilt, hinsichtlich des Klägers bestätigt mit Berufungsurteil des LG für Strafsachen Wien vom 15.4.2004, 13a Bl 24/2004. Weiters wurden aufgrund der wechselseitigen Privatbeteiligtenanschlüsse dem Kläger EUR 1.000,-- und dem Beklagten EUR 70,-- zugesprochen. Der Kläger begehrt letztlich unter Anerkennung eines Mitverschuldens von einem Drittel Schadenersatz von EUR 4.733,33 s.A., nämlich je zwei Drittel von EUR 8.000,-- Schmerzensgeld, EUR 200,-- Kleiderschäden, EUR 100,-- unfallkausale Fahrtkosten und EUR 300,-- Kosten für Medikamente, abzüglich der im Strafverfahren zugesprochenen EUR 1.000,--, sowie die Feststellung der Haftung des Beklagten für zwei Drittel seiner zukünftigen Schäden (AS 79 und 81). Der Beklagte bestritt und wandte ein, den Kläger treffe das überwiegende Mitverschulden, weil es erst aufgrund seines tätlichen Angriffs zu einer körperlichen Auseinandersetzung gekommen sei. Aufrechnungsweise wandte der Beklagte weiters EUR 1.500,-- Schmerzensgeld und EUR 1.721,95 entgangenen Gewinn aus einem nicht zustande gekommenen Geschäftsabschluss abzüglich der ihm im Strafverfahren zugesprochenen EUR 70,-- ein. Sowohl der Kläger, als auch der Beklagte wurden mit rechtskräftigem Urteil des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 17.3.2003 zu 18 U 127/01z wegen des Vergehens der Körperverletzung nach Paragraph 83, Absatz eins, StGB verurteilt, hinsichtlich des Klägers bestätigt mit Berufungsurteil des LG für Strafsachen Wien vom 15.4.2004, 13a Bl 24/2004. Weiters wurden aufgrund der wechselseitigen Privatbeteiligtenanschlüsse dem Kläger EUR 1.000,-- und dem Beklagten EUR 70,-- zugesprochen. Der Kläger begehrt letztlich unter Anerkennung eines Mitverschuldens von einem Drittel Schadenersatz von EUR 4.733,33 s.A., nämlich je zwei Drittel von EUR 8.000,-- Schmerzensgeld, EUR 200,-- Kleiderschäden, EUR 100,-- unfallkausale Fahrtkosten und EUR 300,-- Kosten für Medikamente, abzüglich der im Strafverfahren zugesprochenen EUR 1.000,--, sowie die Feststellung der Haftung des Beklagten für zwei Drittel seiner zukünftigen Schäden (AS 79 und 81). Der Beklagte bestritt und wandte ein, den Kläger treffe das überwiegende Mitverschulden, weil es erst aufgrund seines tätlichen Angriffs zu einer körperlichen Auseinandersetzung gekommen sei. Aufrechnungsweise wandte der Beklagte weiters EUR 1.500,-- Schmerzensgeld und EUR 1.721,95 entgangenen Gewinn aus einem nicht zustande gekommenen Geschäftsabschluss abzüglich der ihm im Strafverfahren zugesprochenen EUR 70,-- ein.

Mit dem angefochtenen Urteil stellte das Erstgericht fest, das 1. die Klagsforderung mit EUR 3.466,67 und 2. die Gegenforderung mit EUR 130,-- zu Recht besteht, erkannte 3. den Beklagten für schuldig, dem Kläger EUR 3.336,67 samt 4 % Zinsen seit 11.12.2003 zu bezahlen, stellte 4. fest, dass der Beklagte dem Kläger zu zwei Drittel für sämtliche aus der ihm am 3.12.2000 zugefügten Verletzung resultierenden Schäden hafte, wies 5. das Mehrbegehren von EUR 1.396,66 s.A. sowie ein Zinsenmehrbegehren ab und verpflichtete 6. den Beklagten zum anteiligen Kostenersatz.

Dabei traf das Erstgericht die auf den Seiten 6 bis 10 des Urteiles (= AS 155 bis 163) wiedergegebenen Feststellungen, hervorzuheben ist neben dem bereits eingangs der Entscheidung dargestellten Sachverhalt folgendes:

Zur Zeit des Vorfalls war der Beklagte zur Hälfte an der B \*\*\*\*\* GmbH beteiligt und auch deren Geschäftsführer. Die B \*\*\*\*\* GmbH hatte an die K\*\*\*\*\* GmbH - dessen Hauptlieferant sie damals war - am 12.10.2000 ein Angebot betreffend ein Projekt im W\*\*\*\*\* über ATS 132.951,-€ gelegt. An der Vergabebesprechung am 4.12.2000 nahm der Beklagte aufgrund seines Zustandes nicht teil. Eine Terminverschiebung oder Vertretung war nicht möglich. Der Auftrag wurde noch am selben Tag an ein anderes Unternehmen vergeben. Dass die B \*\*\*\*\* GmbH den Zuschlag für den Auftrag der K\*\*\*\*\* GmbH erhalten hätte, wenn der Beklagte am 4.12.2000 bei der Vergabebesprechung dabei gewesen wäre, konnte das Erstgericht nicht feststellen.

In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht von einer Verschuldensteilung von 2:1 zu Lasten des Beklagten aus, weil dessen weit überzogene Reaktion die Tatsache überwiege, dass der Kläger die Auseinandersetzung mehr oder weniger unbegründet begonnen hat. Das Schmerzensgeld des Klägers sei mit EUR 6.100,-€ zu bemessen, sein übriger Schaden betrage EUR 600,-€. Gekürzt um ein Drittel und abzüglich der EUR 1.000,-€ bestehe die Klagsforderung daher mit EUR 3.466,67 zu Recht. Das Schmerzensgeld des Beklagten sei gemäß § 273 Abs 2 ZPO mit EUR 600,-€ festzusetzen. Da der Beklagte den behaupteten Gewinnausfall nicht beweisen habe können, verbleibe unter Berücksichtigung seines Mitverschuldens von zwei Drittel und der im Strafverfahren zugesprochenen EUR 70,-€ eine berechnete Gegenforderung von EUR 130,-€. In rechtlicher Hinsicht ging das Erstgericht von einer Verschuldensteilung von 2:1 zu Lasten des Beklagten aus, weil dessen weit überzogene Reaktion die Tatsache überwiege, dass der Kläger die Auseinandersetzung mehr oder weniger unbegründet begonnen hat. Das Schmerzensgeld des Klägers sei mit EUR 6.100,-€ zu bemessen, sein übriger Schaden betrage EUR 600,-€. Gekürzt um ein Drittel und abzüglich der EUR 1.000,-€ bestehe die Klagsforderung daher mit EUR 3.466,67 zu Recht. Das Schmerzensgeld des Beklagten sei gemäß Paragraph 273, Absatz 2, ZPO mit EUR 600,-€ festzusetzen. Da der Beklagte den behaupteten Gewinnausfall nicht beweisen habe können, verbleibe unter Berücksichtigung seines Mitverschuldens von zwei Drittel und der im Strafverfahren zugesprochenen EUR 70,-€ eine berechnete Gegenforderung von EUR 130,-€.

Gegen den klagsstattgebenden Teil dieses Urteiles, ausgenommen der Feststellung der Haftung für ein Drittel aller künftigen Schäden sowie gegen die Kostenentscheidung richtet sich die Berufung des Beklagten aus den Berufungsgründen der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit einem auf weitere Klagsabweisung im Umfang der Anfechtung gerichteten Abänderungsantrag. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt (ON 30).

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben (ON 31). Die Berufung ist teilweise berechtigt.

Einen Verfahrensmangel will der Berufungswerber darin erblicken, dass das Erstgericht nach Vorliegen des unfallchirurgischen Gutachtens das weiters vom Kläger beantragte psychiatrische Gutachten einholte und die psychische Komponente allfälliger Schmerzen nicht nach § 273 Abs 1 ZPO festsetzte. Einen Verfahrensmangel will der Berufungswerber darin erblicken, dass das Erstgericht nach Vorliegen des unfallchirurgischen Gutachtens das weiters vom Kläger beantragte psychiatrische Gutachten einholte und die psychische Komponente allfälliger Schmerzen nicht nach Paragraph 273, Absatz eins, ZPO festsetzte.

Im Zusammenhang mit der Anwendung des § 273 ZPO liegt ein Verfahrensmangel aber nur vor, wenn die Voraussetzungen des § 273 ZPO zu Unrecht angenommen werden oder wenn das Gericht eine Beweislastentscheidung fällt, obwohl die Schadensschätzung angebracht wäre. Hingegen stellt die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Anspruchshöhe anstelle einer Schadensschätzung nach § 273 ZPO auch dann keinen Verfahrensmangel dar, wenn damit unverhältnismäßige Schwierigkeiten - zB im Vergleich zum Streitwert unverhältnismäßig hohe Kosten - verbunden sind. Der Richter kann in diesem Fall dennoch ein Beweisverfahren durchführen. Auch ist es dem Richter nicht verwehrt, Beweise über jene Umstände aufzunehmen, die Grundlage für seine Ermessensentscheidung sein können (vgl Rechberger in Rechberger<sup>2</sup> § 273, Rz 2f ). Gerade die Bemessung des Schmerzensgeldes ist eine Ermessensentscheidung, bei welcher medizinische Gutachten Anhaltspunkte über einzelne bei der Bemessung zu berücksichtigende Umstände geben können. Letztlich sei darauf verwiesen, dass zu viel aufgenommene Beweise grundsätzlich nie einen Verfahrensmangel begründen können (MGA ZPO15 § 496, E 23). Im Zusammenhang mit der Anwendung des Paragraph 273, ZPO liegt ein Verfahrensmangel aber nur vor, wenn die Voraussetzungen des Paragraph 273, ZPO zu Unrecht angenommen werden oder wenn das Gericht eine

Beweislastentscheidung fällt, obwohl die Schadensschätzung angebracht wäre. Hingegen stellt die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Anspruchshöhe anstelle einer Schadensschätzung nach Paragraph 273, ZPO auch dann keinen Verfahrensmangel dar, wenn damit unverhältnismäßige Schwierigkeiten - zB im Vergleich zum Streitwert unverhältnismäßig hohe Kosten - verbunden sind. Der Richter kann in diesem Fall dennoch ein Beweisverfahren durchführen. Auch ist es dem Richter nicht verwehrt, Beweise über jene Umstände aufzunehmen, die Grundlage für seine Ermessensentscheidung sein können (vergleiche Rechberger in Rechberger<sup>2</sup> Paragraph 273,, Rz 2f ). Gerade die Bemessung des Schmerzensgeldes ist eine Ermessensentscheidung, bei welcher medizinische Gutachten Anhaltspunkte über einzelne bei der Bemessung zu berücksichtigende Umstände geben können. Letztlich sei darauf verwiesen, dass zu viel aufgenommene Beweise grundsätzlich nie einen Verfahrensmangel begründen können (MGA ZPO15 Paragraph 496,, E 23).

Die vom Berufungswerber behauptete Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegt daher nicht vor.

Mit seiner Beweistrüge (Pkt 3 AS 195 ff) bekämpft der Berufungswerber die negativen Feststellungen zum behaupteten Gewinnentgang und strebt stattdessen unter Hinweis auf seine eigene Aussage und jene des Zeugen W\*\*\*\*\* die Feststellung an, dass die B \*\*\*\*\* GmbH den Zuschlag für den Auftrag der K\*\*\*\*\* GmbH erhalten hätte, hätte der Beklagte an der Vergabebesprechung am 4.12.2000 teilgenommen.

Dem Berufungswerber ist zwar beizupflichten, dass sich aus den in der Berufung auszugsweise zitierten Aussagen die behauptete Auftragserteilung ableiten ließe. Der Zeuge W\*\*\*\*\* gab aber auch an, es habe sich um eine Generalunternehmerausschreibung gehandelt, bei der oft nur sehr kurze Fristen vorgesehen sind. Wie lange die Frist konkret dauerte und wann die Besprechung (zum Angebot vom 12.10.2000 Beil ./1) stattfinden hätte sollen, wisse er nicht mehr. Er könne sich aber nicht vorstellen, dass man bei einem Angebot vom 12.10.2000 mit der Besprechung bis Anfang Dezember zugewartet hätte, weil die Fristen sehr knapp sind und manchmal gewisse Sachen über Nacht entschieden werden müssen. Demnach kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass der vom Zeugen - ohne Angabe eines Datums - angesprochene Termin zur Besprechung des Angebotes vom 12.10.2000 früher als am 4.12.2000 stattfinden hätte sollen. Gegen eine sichere Auftragsvergabe spricht zudem die weitere Aussage des Zeugen, nach Einlangen eines schriftlichen Angebotes werde über dessen Konditionen noch verhandelt, sodass es günstiger werden könne (alle Aussagen in PA ON 15 S 3f = AS 71f). Wäre das Angebot aber - möglicherweise im Hinblick auf andere günstigere Angebote - beim geplanten Termin am 4.12.2000 erst verhandelt worden, könnte das Ergebnis dieser Verhandlung allenfalls vermutet, aber nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden.

Die Zweifel des Erstgerichtes hinsichtlich des vom Beklagten behaupteten Gewinnausfalls sind daher jedenfalls berechtigt, weshalb die dazu getroffenen negativen Feststellungen vom Berufungsgericht übernommen und gemeinsam mit den sonst unbekämpft gebliebenen Feststellungen des Erstgerichtes seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden (§ 498 ZPO). Die Zweifel des Erstgerichtes hinsichtlich des vom Beklagten behaupteten Gewinnausfalls sind daher jedenfalls berechtigt, weshalb die dazu getroffenen negativen Feststellungen vom Berufungsgericht übernommen und gemeinsam mit den sonst unbekämpft gebliebenen Feststellungen des Erstgerichtes seiner Entscheidung zugrunde gelegt werden (Paragraph 498, ZPO).

Ausgehend davon ist die Rechtsrüge im Ergebnis teilweise berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Vorweg ist klarzustellen: Die jeweiligen Verletzungen der Streitteile wurden - wenn auch im Zuge einer zusammenhängenden, erst verbalen und dann folgenden tätlichen Auseinandersetzung - durch zwei verschiedene Angriffe verursacht und sind konkret zuordenbar, nämlich die Verletzungen des Beklagten auf die (erste) Attacke des Klägers und die Verletzungen des Klägers auf die (spätere) Attacke des Beklagten. Entgegen der Rechtsansicht des Erstgerichtes kann in diesem Fall das Mitverschulden des Beklagten an seinen durch den Kopfstoß des Klägers verursachten Verletzungen nicht daran gemessen werden, ob sein Verschulden an seiner späteren Attacke gegen den Kläger als weit überzogene Reaktion auf den Kopfstoß überwiege. Schließlich war der Beklagte zu diesem Zeitpunkt bereits verletzt.

Darauf weist der Beklagte in seiner Berufung zwar nicht ausdrücklich hin. Er strebt aber eine Verschuldensteilung von 2:1 zu Lasten des Klägers an, sodass das Berufungsgericht die vom Erstgericht als angemessen angenommenen Mitverschuldensquoten allseitig zu überprüfen hat (vgl Kodek in Rechberger<sup>2</sup> § 471, Rz 9). Darauf weist der Beklagte in seiner Berufung zwar nicht ausdrücklich hin. Er strebt aber eine Verschuldensteilung von 2:1 zu Lasten des Klägers an,

sodass das Berufungsgericht die vom Erstgericht als angemessen angenommenen Mitverschuldensquoten allseitig zu überprüfen hat vergleiche Kodek in Rechberger<sup>2</sup> Paragraph 471,, Rz 9).

Nach ständiger Rechtsprechung ist der Schaden bei Provokation des Schädigers durch den Beschädigten nach der Regel des § 1304 ABGB zu teilen. Ein Mitverschulden begründen Provokationen dann, wenn sie geeignet sind, den Verletzer in einen Gemütszustand zu versetzen, von welchem angenommen werden kann, dass er sich zu Tätlichkeiten hinreißen lassen wird. Wörtliche Provokationen genügen in der Regel nicht. Bei der Verschuldensabwägung wird ein gleichteiliges Verschulden z.B. dann angenommen, wenn das Opfer das Verhalten des Schädigers allein provozierte und besonders nachdrücklich angriffslustig war. Bei besonderer Aggressivität des Schädigers wurde aber auch von dessen überwiegenden Verschulden ausgegangen (vgl. RIS-Justiz RS0027376, RS0027232 ua). Dabei ist stets die Größe und Wahrscheinlichkeit der durch das Verschulden des einen und des anderen Teiles jeweils bewirkten Gefahr zu berücksichtigen (Reischauer in Rummel<sup>2</sup> § 1304, Rz 5). Nach ständiger Rechtsprechung ist der Schaden bei Provokation des Schädigers durch den Beschädigten nach der Regel des Paragraph 1304, ABGB zu teilen. Ein Mitverschulden begründen Provokationen dann, wenn sie geeignet sind, den Verletzer in einen Gemütszustand zu versetzen, von welchem angenommen werden kann, dass er sich zu Tätlichkeiten hinreißen lassen wird. Wörtliche Provokationen genügen in der Regel nicht. Bei der Verschuldensabwägung wird ein gleichteiliges Verschulden z.B. dann angenommen, wenn das Opfer das Verhalten des Schädigers allein provozierte und besonders nachdrücklich angriffslustig war. Bei besonderer Aggressivität des Schädigers wurde aber auch von dessen überwiegenden Verschulden ausgegangen vergleiche RIS-Justiz RS0027376, RS0027232 ua). Dabei ist stets die Größe und Wahrscheinlichkeit der durch das Verschulden des einen und des anderen Teiles jeweils bewirkten Gefahr zu berücksichtigen (Reischauer in Rummel<sup>2</sup> Paragraph 1304,, Rz 5).

Wendet man diese Grundsätze hier an, ist nicht einzusehen, weshalb den Beklagten an seinen durch den Kopfstoß des Klägers erlittenen Verletzungen mehr als das mit der Berufung angestrebte Mitverschulden von einem Drittel treffen sollte. Schließlich gingen dem Kopfstoß bloß verbale Auseinandersetzungen voraus.

Anders verhält es sich hingegen hinsichtlich der dem Kläger vom Beklagten zugefügten Verletzungen. Zwar hat der Kläger nach der kürzeren verbalen Auseinandersetzung mit den Tätlichkeiten begonnen. Darin liegt auch die sein - zugestandenes - Mitverschulden begründende Provokation. Stellt man diese Provokation (Kopfstoß ins Gesicht) der Reaktion des Beklagten (Schlag ins Gesicht mit einem Gegenstand aus Glas) gegenüber, war diese Reaktion jedenfalls bei Weitem überzogen. Ein Angriff mit „bloßen Händen“ oder sonstigen Körperteilen, wie dem Kopf, kann nicht mit einem Schlag mit einer Flasche, einem Trinkglas oder einem Aschenbecher ins Gesicht verglichen werden. Auch wenn es bei der Verschuldensabwägung - ex post betrachtet - auf die konkreten Verletzungen nicht ankommt, ist doch - ex ante betrachtet - die Größe und Wahrscheinlichkeit der durch das Verhalten des Schädigers bewirkten Gefahr zu berücksichtigen. Bei einem Schlag ins Gesicht mit einer „Waffe“ aus Glas ist aber nicht nur die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung, sondern auch die Wahrscheinlichkeit einer schwereren Verletzung um vieles größer, als bei einem Kopfstoß ins Gesicht. Gegenüber diesem Kopfstoß war die Vorgangsweise des Beklagten zudem besonders aggressiv. Unabhängig davon, ob jene des Klägers besonders hinterhältig und für den Beklagten überraschend war - wie er in seiner Berufung unter unrichtiger Annahme einer Bindung auch an die Entscheidungsgründe des Strafurteiles (vgl. RIS-Justiz RS0074219) meint -, kann daher in der Annahme eines Mitverschuldens des Klägers von einem Drittel an den ihm vom Beklagten zugefügten Verletzungen kein Rechtsirrtum erblickt werden. Anders verhält es sich hingegen hinsichtlich der dem Kläger vom Beklagten zugefügten Verletzungen. Zwar hat der Kläger nach der kürzeren verbalen Auseinandersetzung mit den Tätlichkeiten begonnen. Darin liegt auch die sein - zugestandenes - Mitverschulden begründende Provokation. Stellt man diese Provokation (Kopfstoß ins Gesicht) der Reaktion des Beklagten (Schlag ins Gesicht mit einem Gegenstand aus Glas) gegenüber, war diese Reaktion jedenfalls bei Weitem überzogen. Ein Angriff mit „bloßen Händen“ oder sonstigen Körperteilen, wie dem Kopf, kann nicht mit einem Schlag mit einer Flasche, einem Trinkglas oder einem Aschenbecher ins Gesicht verglichen werden. Auch wenn es bei der Verschuldensabwägung - ex post betrachtet - auf die konkreten Verletzungen nicht ankommt, ist doch - ex ante betrachtet - die Größe und Wahrscheinlichkeit der durch das Verhalten des Schädigers bewirkten Gefahr zu berücksichtigen. Bei einem Schlag ins Gesicht mit einer „Waffe“ aus Glas ist aber nicht nur die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung, sondern auch die Wahrscheinlichkeit einer schwereren Verletzung um vieles größer, als bei einem Kopfstoß ins Gesicht. Gegenüber diesem Kopfstoß war die Vorgangsweise des Beklagten zudem besonders aggressiv. Unabhängig davon, ob jene des Klägers besonders hinterhältig und für den Beklagten überraschend war - wie er in seiner Berufung unter unrichtiger

Annahme einer Bindung auch an die Entscheidungsgründe des Strafurteiles (vergleiche RIS-Justiz RS0074219) meint -, kann daher in der Annahme eines Mitverschuldens des Klägers von einem Drittel an den ihm vom Beklagten zugefügten Verletzungen kein Rechtsirrtum erblickt werden.

Da den Beklagten aber an den ihm vom Kläger zugefügten Verletzungen höchstens ein Mitverschulden von einem Drittel trifft und sein dafür angemessenes Schmerzensgeld EUR 600,- beträgt, hat er gegenüber dem Kläger einen Schmerzensgeldanspruch von EUR 400,- und damit abzüglich der im Strafverfahren zugesprochenen EUR 70,- eine berechnete Gegenforderung von EUR 330,-.

Diesbezüglich war der Berufung Folge zu geben und das angefochtene Urteil teilweise abzuändern.

Aufgrund dieser Abänderung ist auch über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu entscheiden. Diese Kostenentscheidung gründet auf § 43 Abs 1 und 2 ZPO. Es sind zwei Verfahrensabschnitte zu bilden. Im ersten Abschnitt (bis zur Klageeinschränkung in der mündlichen Verhandlung am 15.10.2004, ohne diese Verhandlung) beträgt die fiktive Bemessungsgrundlage EUR 8.700,-. Davon obsiegte der Kläger mit insgesamt EUR 5.136,67, das sind rund 59%, weshalb ihm der Beklagte 18 % seiner Kosten zu ersetzen hat. Die Kosten für die Privatbeteiligung sind diesem Verfahrensabschnitt zuzuordnen. Im zweiten Abschnitt ist von einer fiktiven Bemessungsgrundlage von EUR 5.466,67 und einem Obsiegen des Klägers mit EUR 5.136,67, also rund 94% auszugehen. Der Beklagte hat daher dem Kläger 88% seiner Kosten dieses Abschnittes zu ersetzen. In der Kostennote des Klägers waren insofern Streichungen vorzunehmen, als der auch einen Beweisantrag enthaltende Vergleichswiderruf bloß nach TP 2 zu honorieren ist und die verzeichneten Kosten für Kopien mangels Bescheinigung nicht zuzusprechen sind. Aufgrund dieser Abänderung ist auch über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu zu entscheiden. Diese Kostenentscheidung gründet auf Paragraph 43, Absatz eins und 2 ZPO. Es sind zwei Verfahrensabschnitte zu bilden. Im ersten Abschnitt (bis zur Klageeinschränkung in der mündlichen Verhandlung am 15.10.2004, ohne diese Verhandlung) beträgt die fiktive Bemessungsgrundlage EUR 8.700,-. Davon obsiegte der Kläger mit insgesamt EUR 5.136,67, das sind rund 59%, weshalb ihm der Beklagte 18 % seiner Kosten zu ersetzen hat. Die Kosten für die Privatbeteiligung sind diesem Verfahrensabschnitt zuzuordnen. Im zweiten Abschnitt ist von einer fiktiven Bemessungsgrundlage von EUR 5.466,67 und einem Obsiegen des Klägers mit EUR 5.136,67, also rund 94% auszugehen. Der Beklagte hat daher dem Kläger 88% seiner Kosten dieses Abschnittes zu ersetzen. In der Kostennote des Klägers waren insofern Streichungen vorzunehmen, als der auch einen Beweisantrag enthaltende Vergleichswiderruf bloß nach TP 2 zu honorieren ist und die verzeichneten Kosten für Kopien mangels Bescheinigung nicht zuzusprechen sind.

Eine Kostenstrafe nach § 44 ZPO oder eine Kostenseparation nach § 48 ZPO - welche im Gesetz nicht zwingend vorgesehen sind - kommt hier nicht in Betracht. Entgegen der Behauptung des Berufungswerbers wurde die Verhandlung vom 15.10.2004 nicht durch den Kläger und den Antrag auf Einholung eines weiteren medizinischen Sachverständigengutachtens erst in der Verhandlung am 8.9.2004 verursacht. Zu der nach Widerruf des in der ersten Verhandlung abgeschlossenen Vergleiches für eine halbe Stunde anberaumten Verhandlung am 8.9.2004 waren nämlich bloß die Parteivertreter geladen und daher eine Einvernahme der Parteien gar nicht vorgesehen. Nach Vernehmung des - offenbar vom Beklagten stellig gemachten - Zeugen W\*\*\*\*\* wurde die Verhandlung infolge fortgeschrittener Zeit auf den 15.10.2004 erstreckt. Dass das neurologisch-psychiatrische Gutachten erst nach dieser Verhandlung eingeholt wurde, lag in der Disposition des Erstgerichtes, welches vor Einholung des Gutachtens die Einvernahme der Parteien für erforderlich hielt. Sowohl die Verhandlung am 15.10.2004, als auch die letzte Verhandlung am 6.4.2005 hätten daher auch stattgefunden, wenn der Kläger die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens bereits in der Klage beantragt hätte. Eine Kostenstrafe nach Paragraph 44, ZPO oder eine Kostenseparation nach Paragraph 48, ZPO - welche im Gesetz nicht zwingend vorgesehen sind - kommt hier nicht in Betracht. Entgegen der Behauptung des Berufungswerbers wurde die Verhandlung vom 15.10.2004 nicht durch den Kläger und den Antrag auf Einholung eines weiteren medizinischen Sachverständigengutachtens erst in der Verhandlung am 8.9.2004 verursacht. Zu der nach Widerruf des in der ersten Verhandlung abgeschlossenen Vergleiches für eine halbe Stunde anberaumten Verhandlung am 8.9.2004 waren nämlich bloß die Parteivertreter geladen und daher eine Einvernahme der Parteien gar nicht vorgesehen. Nach Vernehmung des - offenbar vom Beklagten stellig gemachten - Zeugen W\*\*\*\*\* wurde die Verhandlung infolge fortgeschrittener Zeit auf den 15.10.2004 erstreckt. Dass das neurologisch-psychiatrische Gutachten erst nach dieser Verhandlung eingeholt wurde, lag in der Disposition des Erstgerichtes,

welches vor Einholung des Gutachtens die Einvernahme der Parteien für erforderlich hielt. Sowohl die Verhandlung am 15.10.2004, als auch die letzte Verhandlung am 6.4.2005 hätten daher auch stattgefunden, wenn der Kläger die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens bereits in der Klage beantragt hätte.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet auf den §§ 43 Abs 1, 50 ZPO. Da der Beklagte im Berufungsverfahren mit rund 5% obsiegte, hat er dem Kläger 90% der Kosten seiner Berufungsbeantwortung und der Kläger dem Beklagten 5% der Pauschalgebühr zu ersetzen, d.s EUR 21,20 wie im Spruch zitiert. Die Revision ist gemäß § 502 Abs 1 ZPO nicht zulässig, weil der Frage der Gewichtung des Mitverschuldens keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt (vgl 2 Ob 66/99s ua). Oberlandesgericht Wien Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet auf den Paragraphen 43, Absatz eins,, 50 ZPO. Da der Beklagte im Berufungsverfahren mit rund 5% obsiegte, hat er dem Kläger 90% der Kosten seiner Berufungsbeantwortung und der Kläger dem Beklagten 5% der Pauschalgebühr zu ersetzen, d.s EUR 21,20 wie im Spruch zitiert. Die Revision ist gemäß Paragraph 502, Absatz eins, ZPO nicht zulässig, weil der Frage der Gewichtung des Mitverschuldens keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt vergleiche 2 Ob 66/99s ua). Oberlandesgericht Wien

1016 Wien, Schmerlingplatz 11

#### **Anmerkung**

EW00566 13R188.05w

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

ECLI:AT:OLG0009:2005:01300R00188.05W.1223.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20051223\_OLG0009\_01300R00188\_05W0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)