

# TE OGH 2022/8/10 3R135/22b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.08.2022

## Kopf

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch den Senatspräsidenten Mag. Iby als Vorsitzenden sowie den Richter Mag. Guggenbichler und die Richterin Mag.a Klenk in der Rechtssache der klagenden ParteiA\*, dipl. Krankenschwester, \*\*, vertreten durch Stanek Raidl Konlechner Rechtsanwälte OG in Wien, wider die beklagte Partei B\* GmbH, \*\*, Schweiz, vertreten durch Reiffenstuhl & Reiffenstuhl Rechtsanwaltspartnerschaft OG in Wien, und den Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei DDr. C\*, Zahnarzt, \*\*, vertreten durch Mag. Dr. Rainer Böhm, Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 42.663,12 samt Anhang und Feststellung, über den Rekurs der klagenden Partei (Rekursinteresse EUR 37.418,51) gegen den Beschluss des Landesgerichts Wiener Neustadt vom 14.6.2022, 25 Cg 14/22i-163, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird teilweise Folge gegeben und die angefochtene Entscheidung wie folgt abgeändert:

„Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin EUR 25.786,55 an Kosten des Verfahrens (darin enthalten EUR 3.857,94 an Barauslagen und EUR 3.330,94 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die Beklagte ist schuldig, der Klägerin EUR 176,45 an Kosten des Rekurses (darin enthalten EUR 29,41 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

## Text

Begründung:

Die Klägerin hat die Beklagte mit der Sanierung ihres Gebisses beauftragt, die Beklagte hat diese Behandlung durch den Nebenintervenienten durchführen lassen. Die Klägerin beehrte von der Beklagten zuerst EUR 35.403,12 samt Anhang, nämlich die Zurückzahlung der gesamten von ihr gezahlten Behandlungskosten von EUR 22.973,12 und ein Schmerzgeld von EUR 12.430,--, und stellte ein mit EUR 6.000,- bewertetes Feststellungsbegehren. Die Behandlung sei nicht lege artis durchgeführt worden, ihr stehe daher eine Preisminderung in Höhe des gesamten von ihr bezahlten Betrags zu. In der Verhandlung vom 6.10.2020 ON 100 dehnte die Klägerin ihr Schmerzgeldbegehren um weitere EUR 7.260,-- auf EUR 19.690,-- aus.

Der Klägerin wurde ein Betrag von EUR 19.920,95 samt Anhang zugesprochen, nämlich EUR 12.920,95 wegen Preisminderung und ein Schmerzgeld von EUR 7.000,--; außerdem wurde dem Feststellungsbegehren Folge gegeben. Das Mehrbegehren von EUR 22.742,17 samt Anhang wurde abgewiesen. Das Erstgericht hatte in seinem Urteil ON 153 die Kostenentscheidung der Rechtskraft vorbehalten.

Nach einem Richterwechsel verpflichtete das Erstgericht mit demangefochtenen Beschluss 1. die Beklagte, der Klägerin EUR 5.721,99 an Prozesskosten zu ersetzen und 2. die Klägerin, der Beklagten Barauslagen von EUR 806,07 zu ersetzen. Das Erstgericht begründete diese Kostenentscheidung ausführlich und nachvollziehbar, und zwar sowohl zu den beiden Abschnitten des Verfahrens erster Instanz und zum Rechtsmittelverfahren als auch zu den Barauslagen und den Kosten des Beweissicherungsverfahrens.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der Rekurs der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und Aktenwidrigkeit mit dem Antrag, ihn abzuändern und die Beklagte zu verpflichten, ihr Verfahrenskosten von EUR 42.334,43 zu ersetzen.

Die Beklagte beantragt, dem Rekurs keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs ist teilweise berechtigt.

1. Die Klägerin argumentiert, dass das Erstgericht in den ersten beiden Verfahrensabschnitten § 43 Abs 2 zweiter Fall hätte anwenden müssen, weil der ihr zuzuerkennende Betrag von der Ausmittlung durch Sachverständige und vom richterlichen Ermessen abhängig gewesen sei. Ihr hätten daher in den beiden Verfahrensabschnitten auf Basis EUR 25.920,95 (der zugesprochenen EUR 19.920,95 samt der Bemessungsgrundlage für das Feststellungsbegehren von EUR 6.000,--) voller Kostenersatz zuerkannt werden müssen; der Klägerin stünden daher für den ersten Verfahrensabschnitt EUR 10.102,02 und für den zweiten Verfahrensabschnitt EUR 17.522,95 zu (diese Beträge errechnet die Klägerin nach exakten tabellarischen Aufstellungen der einzelnen Leistungen und des dafür ihrer Ansicht nach zustehenden Rechtsanwalts Honorars).

2. Das ist teilweise richtig: Gemäß § 43 Abs 2 ZPO kann das Gericht auch bei einem nur teilweisen Obsiegen des Klägers dem Beklagten den Ersatz der gesamten dem Kläger entstandenen Kosten auferlegen, wenn der Betrag der vom Kläger erhobenen Forderung von der Feststellung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittlung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Abrechnung abhängig war. Das betrifft die Fälle, in denen es dem Kläger kaum möglich war, die Höhe der bestehenden Forderung einigermaßen exakt festzustellen. Würde er hier durch übergroße Vorsicht einen zu geringen Betrag einklagen riskiert er, seinen darüber hinausgehenden Anspruch, der ihm in Wahrheit auch zusteht, zu verlieren (vgl. M. Bydlinski in Fasching/Konecny, Kommentar<sup>3</sup> § 43 ZPO Rz 18). Voraussetzung der Privilegierung des Klägers nach § 43 Abs 2 zweiter Fall ZPO ist allerdings, dass allein die ziffernmäßige Höhe des Anspruchs vom Sachverständigen festgestellt werden musste. Sie kommt daher nicht in Betracht, wenn der Kläger dem Grunde nach teilweise unterlegen ist (Obermaier, Kostenhandbuch<sup>3</sup> Rz 1.182; RS0035998). Die zitierte Bestimmung ist auch nicht anzuwenden, wenn dem Kläger bei gebotener Sorgfalt die Überklagung erkennbar gewesen wäre, wenn er also krass überklagt hat (M. Bydlinski, aaO Rz 19).

Im konkreten Fall ist § 43 Abs 2 zweiter Fall ZPO auf den Preisminderungsanspruch der Klägerin anzuwenden; erst durch das Gutachten des Sachverständigen Dr. D\* (S 70 in ON 100) ergab sich, dass ein (und welcher) Teil der vom Nebenintervenienten für die Beklagte erbrachte Leistung für die Klägerin weiterhin von Wert war, sodass der Preisminderungsanspruch der Klägerin nicht wie von ihr gefordert 100 %, sondern 56 % des bezahlten Betrags betragen hat. Die Klägerin hat hier auch nicht offenbar überklagt. Bezüglich der Schmerzensgeldforderung der Klägerin kommt die zitierte Bestimmung aber nicht zur Anwendung: Die Teilabweisung resultierte aus einer Verletzung der Schadensminderungspflicht der Klägerin. Dies betrifft nicht die (mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens auszumittelnde) Höhe dieser Forderung, sondern den Anspruchsgrund.

3. Die Klägerin geht in ihrem Rekurs selbst davon aus, dass sie gemäß der zitierten Bestimmung Kostenersatz nur ausgehend vom obsiegten Betrag (von EUR 25.920,95) erlangen kann. Hier kommt es zu einer Kombination aus Kostenteilung und Kostenprivileg: Für die Kostenentscheidung ist davon auszugehen, als hätte die Klägerin als Preisminderung nicht die eingeklagten EUR 22.973,12 geltend gemacht, sondern bloß die dafür zugesprochenen EUR 12.920,95 (vgl. Obermaier, aaO Rz 1.185). Der so errechnete „echte Streitwert“ beträgt dann im ersten Abschnitt EUR 31.350,95 (EUR 12.920,95 Preisminderung, EUR 12.430,-- Schmerzensgeld und das mit EUR 6.000,-- bewertete Feststellungsbegehren) und im zweiten Verfahrensabschnitt, wo das Schmerzensgeldbegehren auf EUR 19.690,-- ausgedehnt war, EUR 38.610,95. Gewonnen hat die Klägerin immer mit EUR 19.920,95 und dem mit EUR 6.000,-- bewerteten Feststellungsbegehren, das ergibt in Summe EUR 25.920,95. Sie hat daher im ersten Verfahrensabschnitt mit rund fünf Sechstel gewonnen und im zweiten Verfahrensabschnitt mit rund zwei Drittel.

4. Im ersten Verfahrensabschnitt hatte die Klägerin für die vom Erstgericht in diesem Abschnitt aufgelisteten neun Positionen (diese werden im Rekurs unverändert übernommen), ausgehend von einer Bemessungsgrundlage von EUR 31.350,95, Kosten von EUR 9.905,48 netto und Barauslagen (ERV-Zuschlag) von EUR 16,70. Bei einem Obsiegen mit fünf Sechstel muss ihr die Beklagte zwei Drittel dieser Beträge ersetzen, das sind EUR 6.603,66 sowie für die Barauslagen EUR 11,13; dazu kommt noch die USt von EUR 1.322,96, das ergibt insgesamt in diesem Verfahrensabschnitt einen Kostenersatzanspruch der Klägerin von EUR 7.937,75.

5. Im zweiten Verfahrensabschnitt beträgt, ausgehend von einer Bemessungsgrundlage von EUR 38.610,95, das Anwaltshonorar der Klagevertreterin für die Teilnahme an den Verhandlungen vom 6.10.2020 und vom 8.6. und 9.6.2021 und für den Protokollsberichtigungsantrag EUR 19.549,03 netto, dazu kommt ein ERV-Zuschlag von EUR 2,10. Die Klägerin hat diesen Abschnitt zu zwei Drittel gewonnen, die Beklagte muss ihr daher ein Drittel dieser Kosten ersetzen, das sind EUR 6.516,35, Barauslagen von EUR 0,70 und EUR 1.303,41 an Umsatzsteuer, Summe EUR 7.820,46.

6. An Kosten des Berufungsverfahrens hat das Erstgericht der Klägerin EUR 1.343,32 zuerkannt, darin enthalten EUR 223,89 USt. Diese Entscheidung wird von der Klägerin nicht angefochten.

7. Die Kosten der Beweissicherung muss der im nachfolgenden Prozess unterlegene Beklagte nur dann ersetzen, wenn die Beweissicherung für die Entscheidung notwendig war (Rassi in Fasching/Konecny, Kommentar<sup>3</sup> § 388 ZPO Rz 8). Das ergibt sich schon aus § 41 Abs 1 ZPO, muss der im Prozess Unterlegene seinem Gegner danach doch nur die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Kosten ersetzen. Hier waren die Kosten des Beweissicherungsverfahrens zur Rechtsverfolgung notwendig und zweckmäßig, ging es doch darum, überhaupt (durch den Befund eines Sachverständigen) zu klären, ob und wenn ja in welchem Ausmaß die Leistung der Beklagten mangelhaft war. Das Erstgericht hat auch den Sachverständigen des Beweissicherungsverfahrens zum Gutachter bestellt, der dann in seinem Gutachten auf seinen Befund im Beweissicherungsverfahren Bezug genommen hat. Das Gutachten eines anderen Sachverständigen desselben Fachgebiets wurde vom Erstgericht nur deshalb eingeholt, weil der erste Sachverständige, nachdem er vor der noch ausstehenden Erörterung seines Gutachtens von der Beklagten erfolglos abgelehnt worden war, aus gesundheitlichen Gründen enthoben werden musste (ON 63). Die Klägerin erhält ihre Kosten des Beweissicherungsverfahrens daher grundsätzlich gemäß § 41 ZPO ersetzt, und zwar entsprechend dem Prozessausgang nach den §§ 41 ff ZPO (Rassi aaO).

Das bedeutet, dass die Klägerin die Kosten der Beweissicherung anteilig ersetzt erhält, und zwar entsprechend ihrem Erfolg im ersten Verfahrensabschnitt, also ausgehend von einem Obsiegen mit fünf Sechstel des geltend gemachten Anspruchs. Sie erhält daher zwei Drittel ihrer Kosten ersetzt.

Die Bemessungsgrundlage beträgt allerdings wie im Beweissicherungsantrag angegeben EUR 22.973,12 und nicht wie im Rekurs der Klägerin angenommen EUR 25.920,95.

Entgegen der Ansicht der Beklagten in ihrer Rekursbeantwortung stehen der Klägerin im Beweissicherungsverfahren auch für die Stellungnahme vom 19.1.2018, die Äußerung vom 13.2.2018 und die Bekanntgabe vom 25.4.2018 Kostenersatz zu, alle diese Schriftsätze waren zur Rechtsverfolgung notwendig:

Mit der Stellungnahme vom 19.1.2018 bestritt die Klägerin die Berechtigung des Antrags der Beklagten, der Sachverständige solle die Befundaufnahme im Beisein der Beklagten und ihrer Vertreterin wiederholen. In ihren Einwendungen gegen die Kostennote der Klägerin hat die Beklagte diese Position nicht beanstandet, sodass für diese Stellungnahme Kostenersatz zuzuerkennen ist (§ 54 Abs 1a ZPO). Mit der Äußerung vom 13.2.2018 sprach sich die Klägerin gegen den unmittelbar davor gestellten Antrag der Beklagten aus, ihr die 14-tägige Frist für die Bekanntgabe, ob und welche Ergänzung der Befundaufnahme gefordert wird, ganz erheblich (bis zur rechtskräftigen Entscheidung über einen von der Beklagten erhobenen Rekurs) zu verlängern. Die Mitteilung, dass und warum die Klägerin eine derartige Fristverlängerung ablehnt, war zur weiteren Rechtsverfolgung jedenfalls zweckmäßig. Mit der Bekanntgabe vom 25.4.2018 setzte sich die Klägerin mit einem Ersuchen der Beklagtenvertreterin anlässlich der wiederholten Befundaufnahme auseinander und nahm Stellung zu den Vorkommnissen bei dieser Befundaufnahme; auch dies war zur Rechtsverfolgung notwendig.

Für den Beweissicherungsantrag, die Stellungnahme, die Äußerung, die Intervention bei der Befundaufnahme und für die Bekanntgabe steht ein Rechtsanwalts honorar von EUR 3.594,70 zu; zwei Drittel davon sind EUR 2.396,47. Die Pauschalgebühr für den Antrag waren EUR 743,-, davon erhält die Klägerin fünf Sechstel ersetzt, das sind EUR 619,16.

Die ERV-Kosten waren insgesamt EUR 10,40, zwei Drittel sind EUR 6,93. Weiters musste die Klägerin der Beklagten die Kosten für die Intervention der Beklagtenvertreterin bei der wiederholten Befundaufnahme von EUR 1.323,84 ersetzen. Diese Kosten hätte die Beklagte im Prozess, in welchem sie ja überwiegend unterlegen ist, selbst tragen müssen. Diese EUR 1.323,84 muss die Beklagte der Klägerin daher zur Gänze zurückzahlen, sodass zu den netto EUR 2.396,47 und der USt von EUR 480,68 noch Barauslagen von EUR 1.949,93 (EUR 1.323,84 + EUR 619,16 + EUR 6,93) kommen; für die Beweissicherung muss die Beklagte der Klägerin daher insgesamt EUR 4.827,08 ersetzen.

8. An Sachverständigengebühren im ersten Verfahrensabschnitt hat die Klägerin tatsächlich wie von ihr vorgebracht EUR 4.500,- gezahlt; davon muss ihr die Beklagte fünf Sechstel ersetzen, das sind EUR 3.750,-. Im zweiten Verfahrensabschnitt hat sie Zeugengebühren von EUR 129,50 gezahlt, zwei Drittel davon erhält sie ersetzt, das sind EUR 86,33. Im Beweissicherungsverfahren hat sie für den Befund des Sachverständigen EUR 1.886,- gezahlt, davon erhält sie entsprechend dem Obsiegen im ersten Verfahrensabschnitt fünf Sechstel von der Beklagten ersetzt, das sind EUR 1.571,67. Insgesamt errechnet sich dann ihr Anspruch gegen die Beklagte wegen ihrer Barauslagen mit EUR 5.408,-.

Die Beklagte hat für den ersten Verfahrensabschnitt Sachverständigengebühren von EUR 331,- getragen und im zweiten Verfahrensabschnitt Sachverständigengebühren von EUR 3.000,- und Zeugengebühren von EUR 606,37 und von EUR 878,30. Von den EUR 331,- erhält sie ein Sechstel von der Klägerin ersetzt, das sind EUR 55,17, sowie im zweiten Verfahrensabschnitt ein Drittel von insgesamt EUR 4.484,67 (EUR 3.000,- + EUR 606,37 + EUR 878,30), das sind EUR 1.494,89. Die Summe dieser beiden Beträge ist EUR 1.550,06. Zieht man diesen Betrag von dem der Klägerin zustehenden Barauslagenersatz von EUR 5.408,- ab, ergibt sich eine Differenz zugunsten der Klägerin von EUR 3.857,94; in dieser Höhe steht der Klägerin Barauslagenersatz zu.

9. Ergebnis: Der Klägerin steht somit folgender Kostenersatz zu: Im ersten Verfahrensabschnitt EUR 7.937,75 (darin enthalten EUR 1.322,96 USt), im zweiten Verfahrensabschnitt EUR 7.820,46 (darin enthalten EUR 1.303,41 USt), im Berufungsverfahren EUR 1.343,32 (darin enthalten EUR 223,89 USt), für das Beweissicherungsverfahren EUR 4.827,08 (darin enthalten EUR 480,68 USt) und Barauslagen von EUR 3.857,94. Das ergibt eine Summe von EUR 25.786,55, darin enthalten EUR 3.330,94 USt.

10. Der Rekurs der Klägerin war daher mit EUR 20.870,63 erfolgreich (sie erhält jetzt einen Kostenersatz von EUR 25.786,55 statt der ihr vom Erstgericht – nach einer Saldierung – zuerkannten EUR 4.915,92), sie hat bei einem Rekursinteresse von EUR 37.418,51 mit 56 % ihrer Forderung gewonnen und erhält daher 12 % ihrer Rekurskosten von der Beklagten ersetzt.

11. Gemäß § 528 Abs 2 Z 3 ZPO ist der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig.

#### **Textnummer**

EW1192

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

ECLI:AT:OLG0009:2022:00300R00135.22B.0810.000

#### **Im RIS seit**

28.11.2022

#### **Zuletzt aktualisiert am**

02.12.2022

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

© 2024 JUSLINE

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

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