

An das (ERSTGERICHT)
Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz

Marburger Kai 49
8010 Graz

per Web-ERV

Gebühreneinzug Girokonto
IBAN: AT12 1234 1234 1234 1234, BIC:RZSTAT2G

GZ: _____

Klagende Partei:

Name
geb. am,
Adresse..... bzw Firma, FN, Adresse

vertreten durch:

Mag. A.A., Rechtsanwalt (Adresse)

Beklagte Partei:

Name
geb. am,
Adresse..... bzw Firma, FN, Adresse)

vertreten durch:

Mag. Manuel Novak
Rechtsanwalt
Waagner-Biro-Straße 63a
8020 Graz
Code: R123456

(Vollmacht gemäß § 8 RAO, § 30 Abs 2 ZPO erteilt. Der
Rechtsanwalt begehrt gemäß § 19a RAO die Bezahlung der
Kosten zu eigenen Händen auf sein Anderkonto für Fremdgelder
bei der Bank XX AG, IBAN 1234567890, BIC RZSTAT2G)

Nebenintervenienten? weitere Beklagte/Kläger?

wegen:

.....s.A. (Berufungsinteresse)

BERUFUNG

2-fach (weitere NI dann mehr)
Graz, 07.02.2022

In umseits näher bezeichneter Rechtssache erhebt die **klagende Partei/die beklagte Partei** gegen das Urteil des **(Erstgericht)** vom **(Datum)**, ergangen zu der GZ **()**, dem **Klagsvertreter/Beklagtenvertreter** nachweislich am **_____** zugestellt, sohin binnen offener Frist das ordentliche Rechtsmittel der

BERUFUNG

an das **Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz/Oberlandesgericht Graz** als zuständiges Berufungsgericht.

Das Urteil des Erstgerichtes vom Datum wird

- in seinem gesamten Umfang nach, auch die Kostenentscheidung mitumfassend
- in seinem klagsstattgebenden Teil
- soweit darin das Mehrbegehren der klagenden Partei, die beklagte Partei sei schuldig _____ abgewiesen wird,

angefochten.

Angefochten wird auch die

- Kostenentscheidung
- die Entscheidung über die von der klagenden Partei/beklagten Partei erhobenen Unzuständigkeitseinrede
- Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges
- Zulassung der Klagsänderung

Die vorab genannte Entscheidung wird wegen

- **Nichtigkeit,**
- **Mangelhaftigkeit des Verfahrens,**
- **unrichtiger Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung,**
- **Aktenwidrigkeit,**
- **unrichtiger rechtlicher Beurteilung (einschließlich in der Form sekundärer Feststellungsmängel)**

vollumfänglich/im klagsstattgebenden Umfang von / im klagsabweisenden Umfang von EUR angefochten. Darüber hinaus /wird auch die erstinstanzliche Kostenentscheidung angefochten.

Bagatellberufung (2.700)??? Dann nur Nichtigkeit, URB, Sekundäre, Kosten § 501

Der Punkt .. des Spruchs bleibt daher unbekämpft. Das Berufungsinteresse beläuft sich sohin auf einen Betrag von EUR ____ s.A.

1. Zur Nichtigkeit

1.1. Nichtigkeitsgründe sind schwere Verletzungen grundsätzlicher Verfahrensvorschriften, die ohne Rücksicht auf ihre Auswirkungen im Einzelfall auch – von den Rechtsmittelinstanzen aber nur aus Anlass eines zulässigen Rechtsmittels (vgl. RIS-Justiz RS0041942) – von Amts wegen aufgegriffen werden müssen.

1.2. Das Verfahren vor dem Erstgericht **und/oder** seine Entscheidung sind nichtig. Der Rechtsschutzantrag des Berufungsgegners hätte schon aus folgenden Prozess voraussetzenden Gründen nicht zu Lasten des Berufungswerbers erledigt werden dürfen:

1.2.1. Entscheidung durch einen ausgeschlossenen/rechtskräftig abgelehnten Richter (§ 477 Abs. 1 Z 1 ZPO)

- § 19, 20 JN; Rügepflicht bei bekanntwerden der Befangenheit (§ 19 JN) vor irgendeinem weiteren Antrag oder weiterer Streiteinlassung; kommt der Befangenheitsgrund erst nach Urteilsausfertigung hervor ist die Berufung mit einem Ablehnungsantrag zu verbinden (JBI 1989, 664).

1.2.2. Unrichtige Gerichtsbesetzung (§ 477 Abs. 1 Z 2 ZPO)

- Rügepflicht: kann nach Einlassung der Parteien iSd § 260 Abs. 4 ZPO nicht mehr geltend gemacht werden; Liegt vor wenn:
 - o Verstoß gegen Besetzungsvorschriften der Senate (§§ 7, 8 JN)
 - o Nach einem Richterwechsel ein anderer Richter ohne Verlesung des Verhandlungsprotokolls die Entscheidung fällt
 - o Ein nach der Geschäftsverteilung unzuständiger Richter entscheidet

1.2.3. Unprorogable Zuständigkeit (§ 477 Abs. 1 Z 3 ZPO)

- Sofern keine Heilung nach § 104 Abs. 3 JN
 - o Mangel der inländischen Gerichtsbarkeit (§ 42 Abs. 1 JN, § 240 Abs. 3 ZPO): keine Heilung nach § 104 Abs. 3 JN möglich
 - o Gericht behält sich Entscheidung über Unzuständigkeitseinrede vor, entscheidet über darüber nicht im Urteil (in eventu wesentlicher Verfahrensmangel nach § 496 Abs. 1 Z 1 ZPO)

1.2.4. Ausschluss einer Partei vom rechtlichen Gehör (§ 477 Abs. 1 Z 4 ZPO)

- Nur gesetzwidrige Verhinderung vor dem Gericht zu verhandeln, verwirklicht den Nichtigkeitsgrund; Partei muss von der Verhandlung völlig ausgeschlossen sein; zu kurzfristige Ladung (mind. 14 Tage zwischen Klagszustellung und 1.TS § 231 ZPO; 8 Tage zwischen Ladung und TS (RZ 1976/58).
- Zustellmangel;
- Nicht aber: Ausschluss einer Partei bei Säumigkeit; Ausschluss eines einfachen NI

1.2.5. Mangelnde Prozessfähigkeit oder mangelnde Vertretung einer Partei (§ 477 Abs. 1 Z 5 ZPO)

- Prozessunfähige Partei führt ohne Vertreter den Prozess; Heilung durch nachträgliche Genehmigung (§ 477 Abs. 2 ZPO) (auch außergerichtlich oder konkludent); §§ 6, 6a ZPO); Gemeinschuldner prozessiert über Konkursmasse
- Vertreter ohne Vollmacht (§ 37 ZPO, aber § 38 ZPO); oder es tritt jemand anderer, der sich als Partei ausgibt, oder das Gericht hat einen Kurator für die Partei bestellt, ohne dass die Voraussetzungen gegeben sind
- Mehrzuspruch (entgegen § 405 ZPO)
- Nicht aber: Verletzung der Anwaltpflicht

1.2.6. Unzulässigkeit des Rechtsweges (§ 477 Abs. 1 Z 6 ZPO)

- Bei Zuständigkeit
 - einer Verwaltungsbehörde
 - eines Sondergerichtes (außer bei fakultativen, privaten Schiedsgerichten – Heilung wie prorogable Unzuständigkeit)
 - eines Außerstreitgerichtes (vorher Heilungsversuch §§ 40a, 44 JN)
 - Nichtbeachtung eines Kostenverfahrens nach § 40ff ZPO (zB bei Zuspruch vorprozessualer Kosten in Urteilsform)

1.2.7. Ungerechtfertigter Ausschluss der Öffentlichkeit (§ 477 Abs. 1 Z 7 ZPO)

- Ausschlussgründe nach § 172 ZPO
- Ungerechtfertigte Zulassung der Öffentlichkeit kann einen Verfahrensmangel nach § 496 Abs. 1 Z 2 ZPO darstellen, wenn erheblich für Erörterung der Sache

1.2.8. Annahme von Protokollentwürfen der Parteien zu den Akten (§ 477 Abs. 1 Z 8 ZPO)

1.2.9. Gravierende Begründungsmängel (§ 477 Abs. 1 Z 9 ZPO)

- liegt vor, bei
 - Fassung des Urteils, das so mangelhaft ist, dass eine Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann (begründungslos) oder
 - Urteil mit sich selbst im Widerspruch steht oder
 - für die Entscheidung sind keine Gründe angegeben

1.2.10. mangelnde Parteifähigkeit

- zB: GesbR (Richtigstellung gem. § 235 Abs. 5 ZPO beachten); stille Gesellschaften; Dienststellen von Gebietskörperschaften; Landeskrankenanstalten. Im Zwischenstreit über Parteifähigkeit ist das Gebilde jedenfalls parteifähig solange bis dies rk verneint wird.

1.2.11. Verstoß gegen das Zweiparteiensystem

1.2.12. Vorliegen einer rk. Entscheidung über dieselbe Sache § 240 Abs. 3 ZPO

1.2.13. Streitanhängigkeit

- Streitparteien und Streitgegenstand sind ident

1.2.14. Neuerliche Einklagung trotz Klagezurücknahme unter Anspruchsverzicht (§ 237 Abs. 4 ZPO)

1.2.15. Unterlassung des Schlusses der Verhandlung

1.2.16. Fehlen der relativen Prozessvoraussetzungen

- Wenn das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen vom Erstgericht mit Beschluss bejaht wurde und dieser nicht besonders ausgefertigt wurde, sondern ins Urteil aufgenommen wurde §§ 261, 471 Abs. 1 Z 6 ZPO

1.2.17. Urteil wurde während der Unterbrechung eines Verfahrens erlassen (§ 155 ff ZPO)

1.2.18. Urteilsfällung ohne zugrunde liegenden Antrag oder Überschreitung des Antrages (§ 405 ZPO)

- Nur nach hL (Überschreitung: Rsp. Wesentlicher Verfahrensmangel)

Ausführungen zu den Nichtigkeitspunkten:

(Nichtigkeit Z 3, 6) Das Verfahren erster Instanz sowie das angefochtene Urteil sind nichtig, weil ... (Erklärungen zum Nichtigkeitsgrund).

(Nichtigkeit Z 1, 2, 4, 5, 7, 8) Das Verfahren erster Instanz sowie das angefochtene Urteil sind seit xx nichtig, weil ... (Erklärungen zum Nichtigkeitsgrund).

(Nichtigkeit Z 9) Das angefochtene Urteil ist nichtig, weil ... (Erklärungen zum Nichtigkeitsgrund).

- 1.3. Von dem Nichtigkeitsgrund nach **§ 477 Abs 1 Z 4 ZPO** betroffen ist der Ausschluss der Partei von der Verhandlung. Durch Art 6 Abs 1 EMRK wird als Ausfluss der Garantie eines fairen Verfahrens das Recht jeder Partei geschützt, sich in gerichtlichen Verfahren zu allen erheblichen Tatsachen und rechtlichen Fragen ausreichend zu äußern und Beweise anzubieten. Das rechtliche Gehör wird in einem Zivilverfahren nicht nur dann verletzt, wenn einer Partei die Möglichkeit, sich im Verfahren zu äußern, überhaupt genommen wurde, sondern auch dann, wenn einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen sich die Beteiligten nicht äußern konnten (RIS-Justiz RS0005915). In *3 Ob 111/01x* vertrat der OGH die Auffassung, dass dieser Verstoß gegen Art 6 EMRK Nichtigkeit nach Z 4 bewirke (ebenso *9 ObA 237/02x*, *10 Ob 28/06z*, *1 Ob 9/07s*). Das Gericht at daher den Parteien Verfahrensvorgänge, die erkennbar für sie wesentliche Tatsachen betreffen, bekanntzugeben und ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, dazu Stellung zu nehmen. Der Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO kann auch dann gegeben sein, wenn einer Partei die Möglichkeit vor Gericht zu verhandeln nur bei einer von mehreren Tagsatzungen entzogen wurde (*2 Ob 100/14s*).

Entscheidend ist vor allem, ob einer gerichtlichen Entscheidung Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt wurden, zu denen sich die Partei nicht äußern konnte (RIS-Justiz RS0005915, RS0074920, RS0006048, RS0117067).

Überall dort, wo eine mündliche Verhandlung oder die Einvernahme einer Partei erforderlich ist, bildet die Unterlassung derselben nicht bloß einen schlichten Verfahrensmangel, sondern eine von Amts wegen wahrzunehmende Nichtigkeit

im Sinne des § 477 Abs 1 Z 4 ZPO (3 Ob 28/99k; 3 Ob 256/98p). **Nach neuerer Rsp eher Mangelhaftigkeit!!!!**

- 1.4. Gemäß **§ 477 Abs 1 Z 9 ZPO** ist das angefochtene Urteil als nichtig und, soweit der Grund der Nichtigkeit das vorangegangene Verfahren ergreift, auch dieses aufzuheben, wenn die Fassung des Urteils so mangelhaft ist, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann, wenn das Urteil mit sich selbst in Widerspruch ist oder für die Entscheidung keine Gründe angegeben sind und diesen Mängeln durch eine vom Berufungsgericht angeordnete Berichtigung des Urteils nicht abgeholfen werden kann. Der Tatbestand der Ziffer 9 betrifft nur das Urteil selbst, nicht aber das vorangegangene Verfahren. Er umfasst 3 Fälle a) die Fassung des Urteils ist so mangelhaft, dass dessen Überprüfung nicht mit Sicherheit vorgenommen werden kann, b) das Urteil steht mit sich selbst in Widerspruch und c) für die Entscheidung sind keine Gründe angegeben. Unter Berufung auf Ziffer 9 werden in der Praxis häufig Begründungsmängel geltend gemacht. Die Rechtsprechung hebt hervor, dass nur der völlige Mangel der Gründe, nicht jedoch eine mangelhafte Begründung den Nichtigkeitsgrund bildet. Von einer mangelnden Begründung sei nur dort zu sprechen, wo die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt. Der Fall b) betrifft nur den Spruch, ein Widerspruch in den Gründen reicht nicht aus. Der Fall der lit c ist jedoch auch dann gegeben, wenn konkrete Gründe für die Entscheidung fehlen und nur allgemeine Wendungen gebraucht werden, also eine Scheinbegründung vorliegt.

Die Entscheidung des Erstgerichts hinsichtlich Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung ist derart mangelhaft, dass ihre Überprüfung nicht vorgenommen werden kann. Der Nichtigkeitsgrund der mangelnden Begründung ist nur dann verwirklicht, wenn die Entscheidung gar nicht oder so unzureichend begründet ist, dass sie sich nicht überprüfen lässt. Das ist nach ständiger Rechtsprechung dann der Fall, wenn im Urteil – wie hier – eine Beweiswürdigung vollständig fehlt oder wenn es sich um eine Scheinbegründung handelt.

In die freie Würdigung ist das Verhalten der Partei im gesamten Verfahren mit einzubeziehen. Das Nichterscheinen oder die Aussageverweigerung kann, muss aber nicht dazu führen, die Behauptungen der Gegenseite für wahr zu halten (Spenling in Fasching/Konecny III § 381 Rz 14, 9 Ob 12/05p, 7 Ob 268/08z). Die Bestimmung des § 381 ZPO in Verbindung mit der Rechtsmittelbeschränkung des § 501 ZPO darf nicht dazu führen, dass Beweismittel, deren Aufnahme keine oder im Verhältnis zum Streitgegenstand vertretbare Mehrkosten verursachen, nicht aufgenommen werden. Gerade in Bereichen, in denen der Gesetzgeber eine Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht nicht zulässt, ist im Interesse eines fairen Verfahrens eine sorgfältige Vorgangsweise des Erstgerichts unumgänglich. Die eingeschränkte Überprüfbarkeit darf keinesfalls bewirken, dass aus sachlich nicht zu rechtfertigen Gründen Beweismittel nicht aufgenommen werden. Wird – wie hier – faktisch gar kein Beweisverfahren durchgeführt, stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien sich die freie Überzeugung über das Bestehen eines Anspruchs richten soll. Auch wenn ökonomische Überlegungen bei der Entscheidung, welche Beweismittel aufzunehmen sind, eine Rolle spielen dürfen, würde der vom Erstgericht eingenommene Standpunkt dazu führen, dass Streitigkeiten mit Streitwert bis EUR 2.700,00 ohne Beweisaufnahme „nach freier Überzeugung“ des Erstgerichts entschieden werden. Da der Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne des Art 6 Abs 1 EMRK nicht erst bei einem Streitwert von über EUR 2.700,00 beginnt, ist eine solche Vorgangsweise jedenfalls abzulehnen. Die Einvernahme des ■ wäre zur Erforschung der materiellen Wahrheit jedenfalls erforderlich gewesen. Erst nach Einvernahme beider Parteien und aller Zeugen, hätte das Erstgericht eine profunde und der Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit entsprechende Entscheidung treffen können. Aus diesem Grund ist das erstgerichtliche Urteil mit dem Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO behaftet, sodass das erstgerichtliche Urteil aufzuheben und die Sache zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen sein wird.

2. Zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens

Anmerkung: Nicht bei Bagatellberufung (Streitwert unter EUR 2,700,00)

- 2.1. Das Verfahren vor dem Erstgericht leidet an einem Mangel, der die erschöpfende Erörterung des Sachverhalts und seine insofern richtige (und/oder im ganzen rechtswesentlichen Umfang vollständige) Feststellung hinderte.
- 2.2. Gemäß § 496 Abs 1 Z 2 ZPO leidet ein Verfahren erster Instanz an wesentlichen Mängeln, wenn Gründe vorliegen, welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhindern. Hierbei handelt es sich um primäre Verfahrensmängel, sohin um Verstöße gegen die Prozessgesetze. Ein derartiger primärer Verfahrensmangel kann dann mit Erfolg geltend gemacht werden, wenn der aufgezeigte Mangel abstrakt geeignet war eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der konkreten Streitsache zu verhindern. Der Nachweis hingegen, dass der Mangel auch im konkreten Einzelfall eine unrichtige Entscheidung herbeigeführt hat, muss nicht erbracht werden. Insbesondere ist unter diese Bestimmung zu subsumieren, wenn die Ablehnung eines Beweisantrags durch das Gericht unter vorgreifender Beweiswürdigung erfolgt (vgl. Kodek in Rechberger, Kommentar zur ZPO⁴ § 496 Rz 3).
- 2.3. Unvollständige Erledigung von Sachanträgen (§ 496 Abs. 1 Z 1 ZPO)
Kumulativ oder alternativ mit Urteilsergänzungsantrag (binnen 14 Tagen) möglich (§ 423 ZPO); Beachte: übergehen von prozessualen Anträgen (zB Antrag auf Zeugeneinvernahme) begründen Verfahrensmangel nach § 496 Abs. 1 Z 2 ZPO; basiert unvollständige Erledigung auf unrichtiger rechtlicher Beurteilung, auch als sekundärer Verfahrensmangel geltend machen.
- 2.4. Wesentliche Verfahrensmängel (primärer Verfahrensmangel; § 496 Abs. 1 Z 2 ZPO)

2.4.1. Zeuge abgelehnt

„Zum Beweis für das Vorbringen der **klagenden/beklagten** Partei, dass _____, hat sich die **klagenden/beklagten** Partei mit Schriftsatz vom **Datum / in der Verhandlung vom Datum** auf die Vernehmung des Zeugen **Name und Adresse** (andere Beweisanträge?) berufen. Diesen Antrag hat das Erstgericht – entgegen § 179 Abs. 1 ZPO – ohne Begründung abgelehnt / mit der Begründung abgelehnt, dass der Zeuge **Name und Adresse** zum Thema _____ nichts sagen könne. Dabei handelt das Erstgericht in vorgreifender Beweiswürdigung. Die Nichtzulassung

dieses Beweisantrages ist geeignet, eine für die **klagenden/beklagten** Partei ungünstige Entscheidung zu begründen, _____ **Argumentation**.

2.4.2. Nicht einholen eines SV-Gutachtens

Wäre das Erstgericht dem prozessordnungsgemäß gestellten Beweisantrag der **klagenden/beklagten** Partei gefolgt, wäre der beizuziehende Sachverständige im Zuge seiner gutachterlichen Ausführungen zu dem Schuss gekommen, dass ...

Hätte das Erstgericht sohin dem dahingehend prozessordnungsgemäß gestellten Beweisantrag der **klagenden/beklagten** Partei Folge geleistet, wäre sie mit ihrem verfahrensgegenständlichen Klagebegehren durchgedrungen. Durch die Abweisung des obigen Beweisantrags wurde die erschöpfende und gründliche Beurteilung der Sache dahingehend verhindert, dass ... Dieser Stoffsammlungsmangel ist alleine zu Lasten der **klagenden/beklagten** Partei erfolgt. Die vorab beschriebene Vorgehensweise des Erstgerichts stellt daher eine unzulässige vorgreifende Beweiswürdigung dar, sodass die Ablehnung des Beweisantrags der **klagenden/beklagten** Partei rechtswidrig erfolgt ist. Das Verfahren ist daher mangelhaft im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO.

2.4.3. Einholen eines Obergutachtens

Nach den einschlägigen Bestimmungen der ZPO sowie der hierzu ergangenen oberstgerichtlichen Rechtsprechung kann (bzw. im Sinne eines gebundenen Ermessens muss), wenn in einer Sache zwei einander widersprechende fachlich gleichwertige Gutachten („auf Augenhöhe“) erstattet worden sind, die Beauftragung eines „Obergutachters“ erfolgen. Darüber hinaus ist es die Aufgabe eines Sachverständigen, dem Richter das Fachwissen zu verschaffen, das er nicht besitzt. Sein Gutachten unterliegt der freien Beweiswürdigung des Gerichts, sodass Widersprüche zwischen mehreren Gutachten, allenfalls auch zu einem Privatgutachten, erschöpfend aufzuklären sind. Dieser Verpflichtung kam das Erstgericht im vorliegenden Fall jedoch nicht nach.

2.4.4. Weitere Ausführungen (Beispiele)

- *„Das Verfahren blieb mangelhaft, weil folgender Gerichtsfehler vorliegt: ...*
- *Eine rechtzeitige Rüge gemäß § 196 ZPO erfolgte (Mangel des Verfahrens) ... ODER Ei-ne Rüge im Sinn von § 196 ZPO war nicht notwendig, weil ... (Mangel des Urteils oder Stoffsammlungsmangel) ...*
- *Der aufgezeigte Verfahrensmangel ist auch geeignet, eine unrichtige Entscheidung herbeigeführt zu haben. Der Mangel ist relevant, weil ...*

- ... ansonsten hätte aufgezeigt/vorgebracht werden können, dass ...

2.4.5. Verletzung der Unmittelbarkeit (zB Verlesung eines SV-GA, Fragerecht)

Trotz der ausdrücklichen Rüge der **klagenden/beklagten** Partei hat das Erstgericht statt, wie von der **klagenden/beklagten** Partei beantragt, den Sachverständigen zu laden und zu befragen, dessen Gutachten aus dem Strafverfahren verlesen. Da der Gutachtensauftrag im Strafverfahren ein anderer war als das Beweisthema im Zivilprozess und / oder die **klagenden/beklagten** Partei mangels Parteistellung kein Fragerecht hatte, ist dieser Verstoß gegen die Unmittelbarkeit geeignet.

Argumentation hierzu angeben, warum der vorliegende Mangel ein unrichtige Entscheidung herbeigeführt hat; Behauptung ausführen.

2.4.6. Verletzung der Anleitungspflicht

Das Erstgericht begründet die Nichtzulassung des Parteiantrages vom **Datum**, damit, dass **klagenden/beklagten** Partei ein Vorbringen zu diesem Beweisthema nicht erstattet habe. Das Erstgericht hätte jedoch die Verpflichtung gehabt, die **klagenden/beklagten** Partei zu einem entsprechenden Vorbringen anzuleiten, weil die diesbezügliche Absicht aus der Nennung des Beweisthemas erkennbar war und sich dieses Vorbringen im Rahmen des Klagegrundes gehalten hätte. Diese Verletzung der Anleitungspflicht nach dem § 182 ZPO war geeignet ein für die **klagenden/beklagten** Partei ungünstiges Urteil hervorzurufen, da _____

Argumentation hierzu angeben, warum der vorliegende Mangel ein unrichtige Entscheidung herbeigeführt hat; Behauptung ausführen.

2.4.7. Verstoß gegen die Begründungspflicht nach § 272 Abs 3 ZPO:

Gemäß den §§ 272, 417 müssen die Entscheidungen eines Urteils die für die Entscheidung erforderlichen Tatsachenfeststellungen enthalten. Das Gericht muss in logisch einwandfreier Form darlegen, warum es aufgrund bestimmter Beweisergebnisse bestimmte Tatsachen feststellt oder für den Ausgang des Rechtsstreits erhebliche Tatsachen nicht feststellen kann, damit sowohl die Parteien als auch das Rechtsmittelgericht die Schlüssigkeit seines Werturteils überprüfen können (vgl. 1 Ob 2386/96h): Eine mangelhafte Begründung stellt als Verstoß gegen die Begründungspflicht einen Verfahrensmangel dar (vgl. Klauser/Kodek, JN-ZPO, E 37 zu § 272 ZPO). Die Begründung des Urteils vom _____ durch das Erstgericht ist mangelhaft und liegt daher ein Verfahrensmangel nach § 496 Abs 1 Z 2 ZPO vor. **Der Verfahrensmangel der mangelhaften Begründung des Urteils ist insofern relevant, als das**

Nach § 272 Abs 3 ZPO sind die Umstände und Erwägungen, welche für die Überzeugung des Gerichts maßgebend waren, in der Begründung der Entscheidung anzugeben. Diese Begründungspflicht nach Abs 3 leg cit bezieht sich auf die objektiven Elemente der richterlichen

Beweiswürdigung; der Richter muss offen legen, aufgrund welcher Erfahrungssätze er zur Auffassung gelangt ist, die festgestellten Tatsachen seien für wahr zu halten. Da freie Beweiswürdigung nicht Willkür bedeutet, muss sie begründet werden: Das Urteil muss klar und zweifelsfrei die erforderlichen Tatsachenfeststellungen und die Begründung dafür enthalten, warum es die festgestellten Tatsachen als erwiesen und andere behauptete Tatsachen als nicht erwiesen angenommen hat. Erst die Begründung macht die Beweiswürdigung überprüfbar. Der Mangel einer Begründung stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel dar (Rechberger, Kommentar zur ZPO⁴, Rz 3). Das Erstgericht enthält keine Begründung warum es die festgestellten Tatsachen als erwiesen und andere behauptete Tatsachen als nicht erwiesen angenommen hat. Das Fehlen der Beweiswürdigung ist ein Verstoß gegen die Begründungspflicht des § 272 Abs 3 ZPO. **Das Urteil ist daher mangelhaft,**

2.4.8. Formfehler des Verfahrens (rügepflichtig)

- Ablehnung/Nichterledigung wesentlicher Beweisanträge
- Nichtladung der Parteien, wenn Anhaltspunkte bestehen, dass das Beweisverfahren bei Zuziehung anders ausgefallen wäre
- Unterlassung der Ladung eines beantragten SV zur mündl. Verhandlung
- Nichtanhörung einer Partei bei der Auswahl eines SV
- Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (ersuchter Richter entgegen § 328 ZPO, mittelbare Vernehmung von Parteien entgegen § 375 ZPO, Verlesung von Beweisaufnahmeprotokollen und SV Gutachten entgegen § 261a ZPO, Verwertung schriftlicher Zeugenaussagen und eidesstaatlicher Erklärungen, Unterlassung der mündl. Erörterung eines SV-GA (Erheblichkeit darlegen durch Nennung der ergänzenden Fragen)
- Beweisaufnahme ohne formellen Beweisbeschluss gem. §§ 277, 444 ZPO
- Aussageverweigerung eines Zeugen § 320ff ZPO
- Verletzung von Einlassungspflichten (14 Tage zw. Klagszustellung und 1.TS, 8 Tage zw. Ladungszustellung und nächster TS)

2.4.9. Formfehler des Verfahrens (nicht rügepflichtig)

- Unvollständige Erledigung von Sachanträgen
- Urteilsfällung ohne Antrag bzw. bei Überschreiten des Sachantrages (entgegen § 405, nach hRsp EvBl 1958/258, JBl 1969, 399; SZ 42/138)
- Andere rechtliche Qualifikation als die von der Partei beschränkt vorgenommen
- Überschießende Feststellungen (nicht vom Parteivorbringen gedeckt)
- Begründungsmangel des Urteils (Unterscheide zu § 477 Abs. 1 Z 9 ZPO, dort begründungslos): Begründungsmangel verhindert eine zuverlässige Überprüfung, insbesondere wenn das Gericht wesentliches Vorbringen, einen Streitpunkt oder Verfahrensergebnisse nicht zur Kenntnis nimmt oder nicht erwägt, sich nicht mit allen Beweisergebnissen auseinandersetzt (Mangelhaftigkeit der Beweiswürdigung) und Widersprüche übergeht (siehe dazu § 417f ZPO; Indizien: „Zeuge erschien glaubwürdig“; „offensichtlich“); offensichtlich leichtfertige Beweiswürdigung. Dass ein Begründungsmangel auch die tatsächliche Unrichtigkeit der Entscheidung zur Folge hat, ist nicht erforderlich.

2.4.10. Stoffsammlungsmängel (der Mangel muss geeignet sein, die erschöpfende Erörterung und Beurteilung der Streitsache zu verhindern)

- Nichtzulassung von Fragen an Zeugen, SV und Parteien unter vorgreifender Beweiswürdigung (rügepflichtig)
- Ausforschungs- oder Erkundungsbeweis auf Parteienantrag;
- Neuerliche Vernehmung von Zeugen und Parteien § 344 ZPO
- Präklusion von Beweisaufnahmen entgegen § 279 Abs. 1 ZPO (ohne Fristbestimmung zB)
- Nichtzulassung von Vorbringen und Beweisanträgen entgegen §§ 179 Abs. 1, 181 Abs. 1 ZPO
- Unterlassung und Verstöße gegen die Prozessleitungs- und/oder Anleitungspflicht (§ 182 ZPO), insbesondere bei
 - o Untauglichen/unerheblichen Beweisanträgen oder
 - o Mangelnder Bestimmtheit des Beweisanbotes oder
 - o Widersprüchliches Begehren (aber keine notwendige Anleitung zur Klagsänderung) oder
 - o Überraschender Rechtsansicht des Gerichtes (Aufgrund neuer Rechtsansicht des Gerichtes konnten neue rechtserhebliche Tatsachen nicht vorgebracht werden (siehe *Fucik* in Rechberger, § 182 Rz 4);
- Abweisung eines Beweisantrages unter vorgreifender Beweiswürdigung
- Ablehnung eines Beweisanbotes wegen Verschleppungsabsicht, Verfristung von Beweisen oder Spruchreife (§ 193 ZPO)
- Neuerliche Begutachtung durch SV entgegen § 362 Abs. 2 ZPO)
- Unterlassung von PV (etwa zu neuen Umständen, aber Fernbleiben ist der freien Beweiswürdigung zu unterziehen)
- Verfehlte Anwendung des § 273 ZPO bei der Schadenshöhe (Frage, ob § 273 ZPO angewandt werden durfte – vgl rechtliche Beurteilung)
- Anzuwendendes ausländisches Recht nicht überprüft (ZVR 1992/14; SZ 46/83)
- Richter unterlässt aufgrund eigenen angeblichen Fachwissens einen SV zu bestellen (§ 364 ZPO)
- Nichtladung des SV trotz des Parteienantrages (Partei muss Fragen noch nicht ausgeführt haben, man muss aber – jetzt – im RM dartun, welche Fragen man gestellt hätte und inwieweit diese erheblich gewesen wären;
- Nicht-Wiedergabe des Tonbandprotokolls nach § 212a ZPO
- Ablehnung eines Antrages auf erforderliche Beiziehung eines Dolmetsch (EvBl 1987/34)

3. Zu den unrichtigen Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung

3.1. Die von dem Erstgericht im Urteil festgestellten Tatsachen sind an sich unrichtig infolge falscher Würdigung der aufgenommenen Beweise. In diesem Zusammenhang wird zugleich dargelegt werden, welcher Sachverhalt (bei richtiger Würdigung der vorliegenden Beweisergebnisse) zutreffenderweise festzustellen gewesen wäre und wie dieser sodann rechtlich richtig zugunsten des Berufungswerbers zu beurteilen sein wird. Hiezu wie folgt:

- 3.2. Folgende vom Erstgericht aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung getroffenen Feststellungen werden bekämpft:

„ ... “ (Ersturteil Seite)

- 3.3. Das Erstgericht hätte anstatt den bekämpften Feststellungen die nachfolgenden Ersatzfeststellungen treffen müssen:

„ ... “

Die Relevanz der begehrten Ersatzfeststellungen ergibt sich daraus, dass hätte das Erstgericht diese konkreten Ersatzfeststellungen getroffen, wäre ...

Die rechtliche Beurteilung ändert sich bei Treffen der Ersatzfeststellung dahingehend, dass ...

- 3.4. Das Erstgericht stützte die bekämpften Feststellungen in beweismäßigender Hinsicht darauf ... (vgl. die Beweiswürdigung in AS ...) auf ... (Nennung der Beweismittel und gedrängte Darstellung der beweismäßigenden Überlegungen des Erstgerichts)

Das Erstgericht führte beweismäßigend hinsichtlich der bekämpften Feststellungen aus, dass.....

- 3.5. Diese Beweiswürdigung des Erstgerichts überzeugt aber nicht.

Tatsächlich stellt es sich derart dar, dass die im Verfahren hervorgekommenen Beweisergebnisse gegen die bekämpften Feststellungen sprechen und die begehrten Ersatzfeststellungen viel wahrscheinlicher erscheinen lassen. Die gegenteiligen Annahmen und Ausführungen des Erstgerichts können daher einer Überprüfung nicht standhalten und sind somit zu Gunsten der klagenden Partei/der beklagten Partei korrekturbedürftig.

Richtigerweise hätte das Erstgericht die begehrte Ersatzfeststellung aufgrund ... (Nennung der Beweismittel) treffen müssen (Darlegung der „richtigen“ Beweiswürdigung).

- 3.6. Aus alledem ergibt sich, dass das Erstgericht daher anstatt den bekämpften Feststellungen die begehrten Ersatzfeststellungen treffen hätte müssen. Hätte das Erstgericht richtigerweise die begehrten Ersatzfeststellungen getroffen, wäre es zu dem Ergebnis gekommen, dass . Die erstgerichtliche Entscheidung ist daher insoweit korrekturbedürftig, als das Erstgericht – wie die obigen Ausführungen zeigen – aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung nicht den Tatsachen entsprechende Feststellungen getroffen hat.

4. Zur Aktenwidrigkeit

- 4.1. Die von dem Erstgericht im Urteil festgestellten Tatsachen sind zudem auch aktenwidrig. Hiezu wie folgt:

Bekämpft wird folgende vom Erstgericht auf AS ... getroffene Feststellung: ...

Anstelle dieser Feststellung wird folgende Ersatzfeststellung begehrt: ...

Das Erstgericht legt der bekämpften Feststellung – ohne weitere beweiswürdige Erwägungen – ausschließlich die Urkunde ... zugrunde. Die getroffene Feststellung ist aktenwidrig, weil ... (hier ist der offenbare Widerspruch zwischen den bekämpften Feststellungen und dem zur Begründung ins Treffen geführten Beweismitteln zu nennen).

(In rechtlicher Hinsicht ergibt sich bei aktenkonformer Feststellung, dass ...)

5. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung

- 5.1. Im Rahmen der unrichtigen rechtlichen Beurteilung werden sowohl

a) unrichtige rechtliche Beurteilung *im engeren Sinne*; sowie

b) unvollständige Tatsachenfeststellung infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung (*sekundäre Feststellungsmängel* iSd § 496 Abs 1 Z 3 ZPO)

geltend gemacht.

5.2. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung im engeren Sinn:

Ausgehend von dem vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt, wurde dieser von dem Erstgericht einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung unterzogen. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung wäre im Sinne des Berufungswerbers zu entscheiden gewesen.

Selbst wenn man daher vom festgestellten Sachverhalt ausgeht, ist die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden – verfehlt.

Nach den erstgerichtlichen und streitwertbedingt nicht bekämpfbaren Feststellungen ist _____.

Das Erstgericht traf insbesondere folgende entscheidungswesentlichen Feststellungen:

„...“ (Ersturteil Seite)

Anhand dieser Feststellungen gelangte das Erstgericht zur der – im Ergebnis korrekturbedürftigen – Auffassung, dass ...

Das Erstgericht weist im Rahmen der rechtlichen Beurteilung darauf hin, dass

Das Erstgericht geht zu Recht davon aus, dass

Allein aus diesen Feststellungen zieht das Erstgericht aber nicht den richtigen und einzigen zutreffenden Schluss, dass

Wie die obigen Ausführungen sohin zeigen, ist die erstgerichtliche rechtliche Beurteilung verfehlt, sodass die erstgerichtliche Entscheidung korrekturbedürftig ist.

5.3. Zum Sekundären Feststellungsmangel (§ 496 Abs 1 Z 3 ZPO):

Doch selbst bei hilfswieser Unterstellung an sich durchaus richtiger Würdigung der aufgenommenen Beweise durch das Erstgericht hat es mit seinem Urteil die Tatfrage doch infolge einer schon vor und bei der Urteilsschöpfung bestehenden falschen Rechtsansicht nur unvollständig beantwortet. Konkret hat es, was als Rechtsfehler zu rügen ist, infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung dessen, was in der Sache rechtlich (zudem noch) maßgeblich ist, den Sachverhalt nur unvollständig festgestellt.

Um Feststellungsmängel infolge unrichtiger rechtlicher Beurteilung handelt es sich immer dann, wenn das Erstgericht zufolge eines Subsumtionsirrtums einen Sachverhalt für vollständig und zur abschließenden Beurteilung ausreichend erachtet, wenngleich eine richtige Beurteilung des Streitgegenstands zu dem Ergebnis führen muss, dass der Sachverhalt noch erschöpfend geklärt und festgestellt und die Sache daher noch nicht zur Entscheidung reif war (RIS-Justiz RS0043327). Dies gilt auch für den Fall, wenn zu jenen von Parteien schon im erstinstanzlichen Verfahren aufgeworfenen Fragen überhaupt keine Feststellungen getroffen worden sind.

Vom Erstgericht sind nach dem Inhalt der Prozesskosten (Vorbringen,PV) für die rechtliche Beurteilung erhebliche Tatsachen gar nicht bzw. unzulänglich festgestellt worden. Das Erstgericht verkannte das materielle recht und ist ihm daher auch ein sekundärer Feststellungsmangel hinsichtlich des Verfahrens erster Instanz anzulasten, da für die richtige Beurteilung des klagsgegenständlichen Sachverhalts die tieferstehend angeführten Feststellungen überhaupt nicht getroffen wurden.

Sofern das angerufene Berufungsgericht aufgrund der obigen Ausführungen nicht ohnehin erkennt, dass die angefochtene Entscheidung dahingehend

korrekturbedürftig ist, als das Klagebegehren bei rechtsrichtiger Beurteilung ..., sind die verfahrensgegenständlich zur Beurteilung vorliegenden Feststellungen ergänzungsbedürftig. Denn insbesondere an Hand der vorliegenden Beweisergebnisse und Unterlagen hätte das Erstgericht nachstehende konkrete(re) Feststellungen treffen müssen:

Diese Feststellungen wären notwendig gewesen, um den gegenständlichen Sachverhalt abschließend und vollständig beurteilen zu können. Dies vor dem Hintergrund als sich aus diesen Feststellungen zweifelsohne ergeben hätte dass

Beispiele / Ausführungen

- *Das Erstgericht ging bei seiner Beurteilung des Sachverhaltes davon aus, dass*
- *In diesem Zusammenhang hat das Erstgericht zur Frage ... keine Feststellungen getroffen. Es wurde nicht festgestellt, dass ...*
- *Die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen reichen somit nicht aus, um rechtlich beurteilen zu können, dass ...*
- *Diese Feststellung ist für die rechtlich richtige Beurteilung erforderlich, dass ...*
- *Die fehlende Feststellung hätte im Verfahren auf Basis von ... (Zeugen / Sachverständigen / PV usw) auch problemlos getroffen werden können.*
- *Aufgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung hat das Erstgericht unterlassen, folgende nähere Feststellungen zu treffen, welche nach zutreffender Rechtsauffassung entscheidungswesentlich sind:*
- *All diese genauen Feststellungen der näheren Umstände hinsichtlich Wären aber nötig für die abschließende Beurteilung*
- *Diese Feststellungen sind insbesondere von Bedeutung, da sich aus ihnen ergibt, dass Der Mangel dieser Feststellungen führte dazu, dass das Erstgericht nicht abschließend rechtlich beurteilen konnte, ob ...*

- Aus diesem Grund und insbesondere im Hinblick auf das Vorbringen der beklagten/klagenden Partei hätten die genannten Feststellungen getroffen werden müssen, was dann auch zu einer Klagsstattgebung/Klagsabweisung geführt hätte.

6. Zur Berufung im Kostenpunkt

6.1. (Es ist detailliert darzulegen und dem Gericht vorzurechnen, wie die richtige Kostenentscheidung abzuleiten wäre und gelautet hätte.)

Wie schon in den ... Einwendungen dargelegt, verzeichnete die ... Partei zu Unrecht ...

Der falsch verrechnete Betrag – laut Kostennote – beträgt EUR xx.

Richtig bei ... wäre ..., woraus ... resultiert.

Der Kostenzuspruch wäre also um die Differenz von EUR xx auf EUR xx zu reduzieren

7. Berufungsantrag

Das Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz/Oberlandesgericht Graz wolle

- a) der Berufung der klagenden Partei/beklagten Partei Folge geben und das Urteil dahingehend abändern, dass das Klagebegehren vollumfänglich abgewiesen wird/auch das restliche Klagebegehren in der Höhe von EUR__ s.A. abgewiesen wird/ dem Klagebegehren vollumfänglich Folge gegeben wird.

in eventu

- b) der Berufung der klagenden Partei/beklagten Partei Folge geben, das angefochtene Urteil im angefochtenen Ausmaß aufheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach allfälliger

Verfahrensergänzung an das Prozessgericht erster Instanz zurückverweisen;

dies bei den jeweiligen gesetzlichen Kostenfolgen.

Graz, am 07.02.2022

(Berufungswerber)

An Kosten werden verzeichnet und begehrt: Bemessungsgrundlage € _____

Berufung TP3B	€	
150/180%/ Einheitssatz	€	50%/60% bei Bagatell
10/15/20% Streitgenossenzuschlag	€	
<u>ERV-Zuschlag</u>	€	<u>2,10</u>
Zwischensumme	€	
20 % USt	€	
Pauschalgebühr	€	
<u>10/15/20% Streitgenossenzuschlag</u>	€	
Gesamt	€	_____

Bei Verfahrenshilfe auf Deckblatt 1 Seite:

Mit hg Beschluss vom wurde der klagenden Partei die Verfahrenshilfe auch im Umfang von § 64 Abs 1 Z 1 lit a ZPO (Befreiung von Gerichtsgebühren) bewilligt. Dann bei Pauschalgebühr anführen € 0,00 (keine, da Verfahrenshilfe).

ASG Verfahren Klage auf Feststellung aufrechten Dienstverhältnisses keine PG daher auf erster Seite anführen: ACHTUNG : Gebührenfrei gemäß § 16 Abs 1 lit a iVm TP 2 Anm 5 GGG. Keine PG Verzeichnen.