

5 C 48/11-5

An das
Bezirksgericht Salzburg
Rudolfsplatz 3
5020 Salzburg

Klagende Partei: *Anna Aichinger*
geb. 25.1.1976, technische Angestellte
Dametzstraße 69, 4020 Linz

vertreten durch: Dr.ⁱⁿ Marianne Muster, Rechtsanwältin
Mustergasse 45, 4020 Linz
Vollmacht erteilt *Dr.ⁱⁿ Marianne Muster*

Beklagte Partei: Dr. Armin Aichinger,
geb. 23.5.1975, Oberarzt
Wolf-Dietrich-Gasse 2, 5020 Salzburg

vertreten durch: Dr. Erwin Resch
Beamter
Kellergasse 24, 5020 Salzburg

wegen: Ehescheidung
(Streitwert € 1.900,--)

zweifach
1 Halbschrift

BERUFUNG
der klagenden Partei

Gegen das Urteil des Bezirksgerichts Salzburg vom 14. Juni 2011, 5 C 48/11-4 erhebt die klagende Partei binnen offener Frist durch ihren ausgewählten Rechtsvertreter Berufung an das gem § 3 Abs 1 JN in zweiter Instanz zuständige Landesgericht Salzburg.

Das Urteil wird seinem vollen Umfang nach angefochten.

Als Berufungsgründe werden geltend gemacht:

1. Nichtigkeit

Nichtigkeit gemäß § 477 Abs 1 Z 2 ZPO

Vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts:

Das Urteil kann gemäß § 412 Abs 1 ZPO nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche an der dem Urteil zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung teilgenommen haben.

Aus dem Urteil geht hervor, dass die Richterin, welche an der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung teilgenommen hat, Mag.^a Vanessa Veitl war. Das darauf ergangene Urteil am 14.6.2011, 5 C 48/11-4 wurde aber durch die Richterin Mag.^a Verena Voith gefällt.

Somit wurde das Urteil nicht von der Verhandlungsrichterin gefällt. Dies begründet eine vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts und damit den Nichtigkeitsgrund des § 477 Abs 1 Z 2 ZPO.

Fehlende Unterschrift des Parteienvertreters

Dem am 8.2.2011 beim Bezirksgericht Salzburg eingelangten Klagschriftsatz 5 C 48/11-1 fehlt es an der gemäß § 75 Z 3 ZPO notwendigen Unterschrift des vertretenden Rechtsanwaltes. Da die Klägerin nicht vertreten wurde, hätte sie selbst unterschreiben müssen. Die Unterschrift wurde weder nachgetragen noch wurde die Klage zur Verbesserung zurückgeschickt. Der Mangel der Vollmacht ist vom Gericht von Amts wegen zu berücksichtigen, und zwar in jeder Lage des Verfahrens. Die Klage hätte vom Gericht wegen Nichtigkeit zurückgewiesen werden müssen.

2. Mangelhaftigkeit des Verfahrens

Wesentliche Verfahrensmängel gemäß § 496 Abs 1 Z 2 ZPO

§ 496 Abs 1 Z 2 ZPO normiert, dass die Sache vom Berufungsgericht an das Prozessgericht erster Instanz zur Verhandlung und Urteilsfällung zurückzuweisen ist, wenn, ohne dass dadurch eine Nichtigkeit begründet wäre, das Verfahren erster Instanz an wesentlichen Mängeln leidet, welche eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache verhinderten.

Verletzung der relativen Anwaltslast

Gemäß § 29 Abs 1 ZPO muss eine Partei sich in Ehesachen nicht zwingend vertreten lassen;

wenn sie sich aber vertreten lässt, so sind lediglich Rechtsanwälte als Bevollmächtigte zuzulassen (relative Anwaltslast). Indem der Beklagte Dr. Armin Aichinger sich durch einen Beamten und nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten lässt, wird die relative Anwaltslast verletzt. Dies stellt einen wesentlichen Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 2 ZPO dar. Da die Klägerin in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 6.3.2011 gegen die Zulassung von Herrn Dr. Erwin Resch zur Parteienvertretung des Beklagten protestiert, kommt sie auch der Rügepflicht des § 196 ZPO nach.

Parteiöffentlichkeit

Gemäß § 460 Z 3 ZPO iVm § 49 Abs 2 Z 2a JN ist in Ehesachen die Verhandlung nicht volksoffentlich. Dem Urteil ist zu entnehmen, dass die vorbereitende Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung am 6.3.2011, 5 C 48/11-2 öffentlich war; dieser Mangel wurde von der Klägerin gerügt im Sinne des § 196 ZPO, indem sie gegen die im Gerichtssaal anwesenden Zuhörer protestierte. Diesem Antrag der Klägerin wurde nicht nachgekommen, was einen wesentlichen Verfahrensmangel nach § 496 Abs 1 Z 2 ZPO darstellt.

Protokollierung

Gemäß § 460 Z 6 ZPO müssen die Verhandlungsprotokolle die Geburtsdaten, die Religion der Parteien, Anzahl und Alter ihrer Kinder, der Zeitpunkt des Abschlusses ihrer Ehe und ob Ehepakete errichtet wurden, enthalten. Die Information, dass keine Ehepakete errichtet wurden und dass es aus der Ehe keine gemeinsamen Kinder gibt, ist nur in der Klage und im Urteil zu finden.

Unvollständige Sachverhaltsfeststellung gemäß § 496 Abs 1 Z 3 ZPO

Gemäß § 496 Abs 1 Z 3 ZPO ist die Sache vom Berufungsgericht zur Verhandlung und Urteilsfällung an das Prozessgericht erster Instanz zurückzuweisen, wenn, ohne dass dadurch eine Nichtigkeit begründet wäre, nach Inhalt der Prozessakten dem Berufungsgericht erheblich scheinende Tatsachen in erster Instanz gar nicht erörtert wurden.

Der Beklagte hat den Einwand vorgebracht, dass die Scheidungsklage von der Klägerin verfristet eingebracht wurde. In der Folge nimmt das Prozessgericht in die rechtliche Beurteilung seines Urteils 5 C 48/11-4 auf, dass Verfristung gegeben ist, obwohl die Gründe für das Vorliegen oder Nichtvorliegen dieses Umstandes in der Sachverhaltsfeststellung nicht anständig erörtert wurde. Das Gericht führt dabei weder die relevante Norm der Verfristung § 57 Abs 1 EheG an, noch nimmt sie eine ordnungsgemäße Subsumtion vor, sodass die Annahme der Verfristung nicht objektiv nachvollziehbar ist.

Gemäß § 57 Abs 1 EheG besteht das Recht auf Scheidung wegen Verschuldens, wenn der Kläger die Klage binnen sechs Monaten ab Kenntnis des Scheidungsgrundes erhebt (relative Frist). Der Fristenlauf ist gehemmt, solange die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten aufgehoben ist. Im Juni 2010 fand der Ärztekongress in Innsbruck statt, zu welchem die Zeugin Riedl und der Beklagte gemeinsam fuhren. 3 Wochen später hospitierte der Beklagte in der Münchner Klinik und weitere 3 Wochen später hielt er sich wegen eines Kongresses erneut in München auf. Einige Zeit später fuhr der Beklagte wieder nach München, da er sich dort über die Möglichkeit eines Gebrauchtwagenkaufs in Deutschland zu informieren. Im

Anschluss an diesen Aufenthalt gab der Beklagte im Zuge einer Diskussion mit der Klägerin die ehewidrigen Beziehung mit der Zeugin Riedl zu; in der (für den Beklagten ohnehin vorteilhaftesten) Annahme, der Ärztekongress in Innsbruck fand gleich zu Anfang des Monats Juni statt, darf die Schlussfolgerung getroffen werden, dass die Klägerin frühestens Ende Juli 2010 von der ehewidrigen Beziehung erfahren hat. Da Ende August 2010 die häusliche Gemeinschaft der beiden Ehegatten aufgelöst und bis dato auch nicht wieder hergestellt wurde, ist bislang von der sechsmonatigen Frist maximal 1 Monat verstrichen. Daher wurde die Scheidungsklage von der Klägerin rechtzeitig vor Fristablauf eingebracht. Die Fristenhemmung durch Auflösung der häuslichen Gemeinschaft wurde vom Gericht nicht festgestellt, weswegen es fälschlicherweise Verfristung angenommen hat. Deswegen liegt eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung und damit ein wesentlicher Verfahrensmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 3 ZPO. Aus der unvollständigen Feststellung des Sachverhalts resultiert außerdem eine unrichtige rechtliche Beurteilung.

Der Beklagte sagte der Klägerin, er werde während seines Aufenthalts im München wegen eines Kongresses bei seinem Onkel für eine Nacht unterkommen. Tatsächlich nächtigte er aber in einem Doppelzimmer im Hilton Hotel. Die Zeugin Riedl hatte zu diesem Zeitpunkt Urlaub, jedoch bestritt der Beklagte, gemeinsam mit Frau Dr.ⁱⁿ Riedl im Hilton Hotel übernachtet zu haben. Er gab an, dass Frau Dr.ⁱⁿ Riedl zu diesem Zeitpunkt zwar auch in München war, seines Wissens nach hingegen im Hotel Bayrischer Hof nächtigte. Das Gericht konnte laut der Sachverhaltsfeststellung des Urteils nicht feststellen, dass die Zeugin Riedl zum fraglichen Zeitpunkt in München war oder gar mit dem Beklagten gemeinsam im Hotelzimmer übernachtete. Es hat hingegen nicht erhoben, ob Frau Dr.ⁱⁿ Riedl zum besagten Zeitpunkt tatsächlich in München war, mit dem Beklagten gemeinsam ein Hotelzimmer bewohnte oder tatsächlich, wie sie aussagt, gar nicht in München war. Die mangelnde Feststellung des Gerichts zu diesem Punkt stellt eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung dar.

Das Gericht unterlässt es gänzlich, sich in der Beweiswürdigung mit den Aussagen der Zeugin Riedl und des Beklagten bezüglich seines Aufenthalts in München, wo er in einer großen Klinik hospitierte, Ende Juni 2010 zu befassen. Der Beklagte verschuldete dabei auf dem Heimweg von München einen Unfall in Anif, in der Nähe der Wohnung der Zeugin Riedl. Auf die Frage der Klägerin, weswegen der Beklagte in Anif war, entgegnete der Beklagte, dass er der Zeugin Riedl auf ihr Ersuchen hin wichtige Bücher, die er in München besorgt hatte, überbracht hat. Auf die Entgegnung der Klägerin, dass er dies auch am nächsten Tag im Krankenhaus hätte tun können, antwortete der Beklagte, dass er die Bücher einfach aus Gefälligkeit noch an diesem Abend überbracht habe, da Anif am Weg von München nach Salzburg liege. Ob Anif tatsächlich auf diesem Weg liegt wurde vom Gericht nicht überprüft, obwohl dieser Umstand viel darüber aussagen würde, ob diese Aussage glaubwürdig ist oder lediglich eine Schutzbehauptung darstellt. Es wurde in weiterer Folge nicht erörtert, ob der Beklagte und die Zeugin Riedl gemeinsam in München waren oder ob der Beklagte bei Frau Dr.ⁱⁿ Riedl in Anif und nicht in München war. Daher liegt eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung vor.

3. Unrichtige Sachverhaltsfeststellung

Gemäß § 272 Abs 1 ZPO hat das Gericht unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse der gesamten Verhandlung und Beweisführung nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe für wahr zu halten sei oder nicht.

Laut Beweiswürdigung des Erstgerichts konnte der Beklagte diesem glaubwürdig darlegen, dass er bei seiner Fahrt nach München, wo er sich über Gebrauchtwagenpreise informieren wollte, allein war. Zwar gab der Beklagte an, bei dieser Fahrt allein gewesen zu sein; die Zeugin Riedl sagte hingegen aus, der Beklagte habe sie mitgenommen, da auch sie zufällig die Anschaffung eines Gebrauchtwagens beabsichtigte und daher Informationen über Gebrauchtwagenpreise in München einholen wollte. Vielmehr ist aufgrund der präzisen Angaben der Zeugin Riedl über das von ihr gewünschte Auto und dass der Beklagte zu ihr gesagt haben soll, dass seine Frau von der gemeinsamen Fahrt nichts erfahren sollte, eher ihr Glauben zu schenken und nicht dem Beklagten. Da das Gericht nicht erörtert hat, weswegen sie der Aussage des Beklagten diesbezüglich Glauben schenkt und nicht der von Frau Dr.ⁱⁿ Riedl, liegt eine unrichtige Beweiswürdigung vor.

Das Gericht beurteilt in seiner Beweiswürdigung die Aussagen der Klägerin als nicht glaubwürdig, da sie dem Gericht als Vorwand erscheinen, einen Scheidungsgrund zu erfinden, um aus der Ehe herauszukommen. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin von sich aus die Ehe beenden wollte, bevor bei ihr der Verdacht einer Beziehung zwischen dem Beklagten und der Zeugin Riedl entstanden ist. Selbst nachdem die Klägerin dem Beklagten bezüglich des Vorfalles in Anif nicht glaubte, ließ sie die Angelegenheit zunächst auf sich beruhen. Auch nachdem der Beklagte das Verhältnis gegenüber der Klägerin zugab, willigte diese ein, es nochmal mit dem Beklagten zu versuchen, unter der Bedingung einer Nachdenkpause. Als die Klägerin den Beklagten im Jänner 2011 mit einem Besuch in Salzburg überraschen wollte, erwischte sie ihn in seinem Dienstzimmer mit Frau Dr.ⁱⁿ Riedl in einer kompromittierenden Position. Der Wille der Klägerin, die Ehe zu beenden, ergab sich also aufgrund des Verhaltens des Beklagten und nicht grundlos von ihr aus. Daher ist die Beweiswürdigung des Gerichts, dass die Klägerin von sich aus einen Scheidungsgrund zu erfinden beabsichtigt, unrichtig.

Dass die Klägerin aus bloßer Eifersucht eine Beziehung zwischen dem Beklagten und Frau Dr.ⁱⁿ Riedl annimmt, kann nicht so einfach behauptet werden, da eine gewisse misstrauische Haltung bezüglich des Verhältnisses zwischen dem Beklagten und der Zeugin Riedl aufgrund diverser Vorfälle durchaus nachvollziehbar ist. Nämlich hat der Beklagte, als er von der Klinik in München heimfuhr, in der er Ende Juni hospitierte, der Klägerin gesagt, er werde den schnellsten Weg nach Hause nehmen. Als Rechtfertigung dafür, weswegen er die Fachliteratur extra an diesem Tag noch zu Frau Dr.ⁱⁿ Riedl nach Anif gebracht hat, entgegnete dieser, dass Anif ohnehin auf dem Nachhauseweg läge. Da dies aber einen Umweg von circa 15 Autominuten ausmacht und somit nicht der schnellste Weg von München nach Salzburg ist, hat er die Klägerin diesbezüglich belogen. Weiters musste die Klägerin im Jänner 2011 den Beklagten in dessen Dienstzimmer gemeinsam mit der Zeugin Riedl in einer Position erwischen, in der es so aussah, als umarme der Beklagte die Zeugin Riedl. In Anbetracht dieser und aller dazugehörigen Umstände kann aus objektiver Sicht für einen durchschnittlich aufmerksamen Menschen zumindest der Anschein einer ehewidrigen

Beziehung erweckt werden. Daher stellt die diesbezügliche Behauptung des Gerichts, dass die Tätigkeiten des Beklagten in München die Eifersucht der Klägerin weckten, eine unrichtige Beweiswürdigung dar.

Das Gericht stellt in der Beweiswürdigung fest, dass Herr Dr. Macha lediglich ein Zeuge vom Hörensagen ist und daher zur Wahrheitsfindung wenig beitragen kann. Da Frau Dr.ⁱⁿ Riedl ihm selbst aber auch Avancen gemacht hat, ist er bezüglich seiner Äußerungen über die Bereitschaft von Frau Dr.ⁱⁿ Riedl, Intimitäten mit Kollegen einzugehen, keineswegs nur Zeuge vom Hörensagen. Dass das Gericht dem Zeugen Macha pauschal vorwirft, aufgrund einer persönlichen Abneigung gegen die Zeugin Riedl dieser schaden zu wollen und sämtliche seiner Aussagen daher unglaubwürdig erscheinen, ist daher jedenfalls überschießend. Seine Schilderungen wirken in keiner Weise vorverurteilend sondern vielmehr sachlich, da er am Ende sogar zugibt, selbst nicht genau zu wissen, was er von Frau Dr.ⁱⁿ Riedl halten soll. Daher hat das Gericht diesbezüglich eine unrichtige Beweiswürdigung getroffen.

In der Beweiswürdigung trifft das Gericht die Feststellung, dass der Zeuge Harrer die Ausführungen des Beklagten stützt, da er davon berichten kann, dass zwischen dem Beklagten und Frau Dr.ⁱⁿ Riedl keine intime Beziehung besteht. Tatsächlich sagte der Zeuge Harrer aber aus, dass der Beklagte ihm nicht sagte, ob ein solches Verhältnis wirklich besteht. Die Aussage, dass der Zeuge Harrer selbst nicht an eine ehewidrige Beziehung glaubt, entspricht lediglich seinem subjektiven Empfinden und nicht zwangsläufig der Wahrheit, da er sich immerhin auch wünscht, dass die beiden Streitparteien sich wieder versöhnen. Seine subjektive Meinung hat er außerdem lediglich aufgrund von Erzählungen des Beklagten getroffen, welche nicht zwangsläufig auf Fakten beruhen sondern möglicherweise bloß die Ehe mit der Klägerin schützen sollen. Dadurch trifft das Gericht eine unrichtige Beweiswürdigung.

Mangelnde Schlüssigkeit:

Das Gericht hält weiters in der Beweiswürdigung fest, dass es der allgemeinen Lebenserfahrung widerspricht, dass Kollegen eine intime Beziehung zu einander pflegen und dass in der Realität ehewidrige Beziehungen ausschließlich im privaten Bereich entstehen. Hierbei geht das Gericht gegen Erfahrungsgrundsätze vor, denn es ist sehr wohl plausibel, dass intime Beziehungen zwischen Arbeitskollegen entstehen, da diese durch enge Zusammenarbeit viel Zeit miteinander verbringen müssen und so eben auch leicht Beziehungen angebahnt werden können. Dass die Realität zeigt, dass ehewidrige Beziehungen sich ausschließlich im Privatleben anbahnen, kann jedenfalls nicht zweifelsfrei so pauschal festgestellt werden, wie das Gericht es tut. Diese Annahme stellt daher eine mangelnde Schlüssigkeit dar.

Aktenwidrigkeit:

Bezüglich der zweiten Fahrt nach München zu einem Kongress nimmt das Gericht in der Beweiswürdigung an, dass die Aussagen der Zeugin Riedl vom Beklagten bestätigt wurden.

In Wahrheit sagte der Beklagte aber aus, dass auch Frau Dr.ⁱⁿ Riedl an dem Kongress in München teilnahm, während die Zeugin Riedl selbst behauptete, dass sie sich zum besagten Zeitpunkt nicht in München befand. Daher decken sich die Aussagen des Beklagten in

diesem Punkt nicht mit denen der Zeugin Riedl. Also liegt diesbezüglich Aktenwidrigkeit vor, da die Feststellung des Gerichts in der Beweiswürdigung dem Akteninhalt widerspricht.

Die vom Gericht getroffenen Feststellungen sind insgesamt nicht objektiv nachvollziehbar, weswegen der Begründungspflicht gemäß § 272 Abs 3 ZPO nicht zur Genüge entsprochen wurde.

4. Unrichtige rechtliche Beurteilung

Das Erstgericht erkennt in seiner rechtlichen Beurteilung, dass das Verhältnis zwischen dem Beklagten und der Zeugin Riedl in rechtlicher Hinsicht nicht als ehewidrige Beziehung im Sinne des § 49 EheG zu qualifizieren ist. Das Gericht definiert weder eine ehewidrige Beziehung im Sinne des § 49 EheG, noch nimmt es eine anständige Subsumtion vor. Gemäß § 49 EheG kann ein Ehegatte Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, dass die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Eine schwere Eheverfehlung liegt demnach unter anderem vor, wenn ein Ehegatte die Ehe gebrochen hat. Dass eine ehewidrige Beziehung lediglich beim Nachweis von ausgetauschten Intimitäten vorliegt, entspricht entgegen der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts gerade nicht der Judikatur. Vielmehr kann laut Judikatur, auch wenn keine Beziehung im Sinne eines sexuellen Verhältnisses zwischen einer verheirateten und einer anderen Person besteht, eine ehewidrige Beziehung vorliegen. Diese Treueverpflichtung ist nicht auf sexuelle Aspekte beschränkt, sondern bezieht sich auf alles, was das Vertrauensverhältnis zwischen den Eheleuten empfindlich stören kann. Darunter fallen auch sonstige intensive Kontakte, die objektiv den Anschein ehewidriger Beziehungen erwecken (*Smutny in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 90 ABGB). Wie bereits unter 3. Unrichtige Sachverhaltsfeststellung erörtert, wurde aufgrund des Umgangs des Beklagten mit der Zeugin Riedl aus rein objektiver Sicht eines durchschnittlich aufmerksamen Menschen sehr wohl der Anschein einer ehewidrigen Beziehung erweckt. Außerdem weist der Kontakt zwischen dem Beklagten und Frau Dr.ⁱⁿ Riedl eine derartige Intensität auf, die das Vertrauen zwischen den Ehepartnern beeinträchtigt, dass selbst bei tatsächlichem Nichtvorliegen einer sexuellen Komponente von einer ehewidrigen Beziehung auszugehen ist. Das Gericht hat daher diesbezüglich eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorgenommen.

Weiters nimmt das Erstgericht in die rechtliche Beurteilung auf, dass die Klage verfristet eingebracht wurde.

Gemäß § 57 Abs 1 EheG besteht das Recht auf Scheidung wegen Verschuldens, wenn der Kläger die Klage binnen sechs Monaten ab Kenntnis des Scheidungsgrundes einbringt (relative Frist). Wie unter dem Punkt unvollständige Sachverhaltsfeststellung gemäß § 496 Abs 1 Z 3 ZPO festgestellt wurde, ist die Annahme von Verfristung durch das Erstgericht mangels Normzitat und Subsumtion objektiv nicht nachvollziehbar und darüber hinaus auch unrichtig. Wie ebenfalls unter dem obigen Punkt eingehend erörtert, ist bislang von der sechsmonatigen Frist höchstens 1 Monat abgelaufen. Daher wurde die Scheidungsklage von der Klägerin rechtzeitig vor Fristablauf eingebracht. Dies wurde vom Gericht nicht

festgestellt, weswegen fälschlicherweise Verfristung angenommen wurde, was eine unrichtige rechtliche Beurteilung darstellt.

Die klagende Partei stellt daher durch ihren ausgewiesenen Rechtsvertreter den

A N T R A G

1. das angefochtene Urteil abzuändern, so dass es lautet:

Die zwischen den Streitteilen am 7.10.2005 vor dem Standesamt Linz geschlossene und unter Nr. 530/05 eingetragene Ehe wird aus dem alleinigen Verschulden des Beklagten geschieden.

Der Beklagte ist schuldig, der klagenden Partei die mit € ... ,-- bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

In eventu:

2. Das angefochtene Urteil möge aufgehoben und die Rechtssache zur ergänzenden Verhandlung und Urteilsfällung an das Prozessgericht erster Instanz zurückverwiesen werden.

Linz, am 28. Juni 2011

Anna Aichinger