

# TE OGH 2018/7/26 10Ob30/18m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.07.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Univ.-Prof. Dr. Neumayr als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Fichtenau und Dr. Grohmann, den Hofrat Mag. Ziegelbauer und die Hofrätin Dr. Faber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei C\*\*\*\*\*, vertreten durch Haas, Frank, Schilchegger-Silber und Rabl Rechtsanwälte in Wels, gegen die beklagte Partei J\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Renate Aigner, Rechtsanwältin in Kallham, wegen Ehescheidung, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Wels als Berufungsgericht vom 17. Jänner 2018, GZ 21 R 316/17w-29, womit das Urteil des Bezirksgerichts Eferding vom 22. September 2017, GZ 3 C 31/11x-23, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die Streitteile haben am 12. 6. 2004 die Ehe geschlossen. Der Beklagte ist als Hubschrauberpilot ca die Hälfte des Jahres berufsbedingt im Ausland. Die Klägerin übt eine Teilzeitbeschäftigung aus. Die Ehe verlief vorerst harmonisch. Im Jahr 2010, als die gemeinsamen Kinder vier und drei Jahre alt waren, wendete sich der Beklagte einer anderen Frau zu, beging Ehebruch und zog aus der Ehewohnung aus. 2011 brachte die Klägerin die Scheidungsklage aus dem Alleinverschulden des Beklagten nach § 49 EheG ein. Die Streitteile führten daraufhin eine Mediation durch und kamen gemeinsam zum Entschluss, die Ehe wieder aufzunehmen. Der Beklagte kehrte in die Ehewohnung zurück. Die Klägerin ließ die Scheidungsklage ruhen, konnte das Verhalten des Beklagten jedoch nie richtig überwinden und vertraute ihm nicht mehr. Sie überwachte seine Posteingänge, beobachtete seine Tätigkeiten am Laptop und überprüfte – soweit es ihr möglich war – mit wem er telefonierte. 2013 erfuhr sie, dass der Beklagte auf einer Single-Plattform Kontakt zu einer weiblichen Person hatte. Ob es zu persönlichen Treffen kam, kann nicht festgestellt werden. Die Klägerin suchte in Begleitung einer Freundin diese Frau auf und absolvierte danach zwecks Aufarbeitung der Vorfälle psychotherapeutische Sitzungen. Wenn der Beklagte nicht beruflich im Ausland war, betätigte er sich zumindest einmal wöchentlich in einem Sportverein, zusätzlich nahm er an Turnieren teil. Er besuchte regelmäßig am Abend Bekannte, ab 2014 besuchte er zweimal bis dreimal wöchentlich einen Freund und trank regelmäßig Bier. Etwa

zweimal monatlich kam er von diesen Besuchen alkoholisiert nach Hause. Als er von der Klägerin deswegen mehrfach zur Rede gestellt wurde und sie ihn aufforderte, weniger Alkohol zu trinken und mehr Zeit mit der Familie zu verbringen, entgegnete er, sie solle ihn nicht einschränken. Im alkoholisierten Zustand versetzte er zu Silvester 2014/2015 einem Freund eine Ohrfeige und würgte einen Nachbarn. Ob er die Klägerin einmal mit seiner Waffe bedroht hat, konnte nicht festgestellt werden. Nach einem Familienurlaub im Sommer 2016 eröffnete der Beklagte der Klägerin, dass er sie nicht mehr liebe und schlief von diesem Zeitpunkt an nicht mehr im Ehebett. Im September 2016 äußerten beide Ehegatten in einem WhatsApp-Kontakt, dass sie „nicht mehr miteinander könnten und auch nicht wollten“.

2017 setzte die Klägerin das Scheidungsverfahren fort. Sie brachte vor, der Beklagte habe mit der Frau, die er über die Singleplattform kennengelernt habe, Ehebruch begangen. Weiters sei dem Beklagten übermäßiger Alkoholkonsum vorzuwerfen, den er trotz mehrfacher Aufforderung nicht eingestellt habe.

Der Beklagte trat (im Verfahren erster Instanz) dem Scheidungsbegehren nicht entgegen, stellte aber den Mitschuldantrag nach § 60 Abs 3 EheG und beantragte, die Ehe aus dem gleichteiligen oder überwiegenden Verschulden der Klägerin zu scheiden. Unter anderem brachte er vor, die Klägerin habe ihm trotz Verzeihung des Ehebruchs deswegen ständig weiterhin Vorhaltungen gemacht und alle seine Kontakte zu Dritten heimlich kontrolliert. Dieses eifersüchtige Verhalten habe ihm die Ehe unerträglich gemacht.

Das Erstgericht gab der Scheidungsklage aus dem überwiegenden Verschulden des Beklagten statt. Wenngleich die Klägerin die Untreue des Beklagten niemals ganz überwinden habe können, ergebe sich aus der Fortsetzung der Ehe, dass sie ihm sowohl den Ehebruch als auch die als ehestörend empfundenen Internetkontakte zu einer anderen Frau verziehen habe. Diese – wenngleich verziehenen – massiven Eheverfehlungen seien ausschlaggebend für die Zerrüttung der Ehe gewesen, könnten infolge Verzeihung aber nur mehr zur Unterstützung eines auf nicht verziehene Eheverfehlungen gestützten Scheidungsbegehrens herangezogen werden. Als (nicht verziehene) schwere Eheverfehlung sei der fortgesetzte regelmäßige Alkoholkonsum anzusehen, durch den die Ehe tiefgreifend und unheilbar zerrüttet worden sei. Demgegenüber sei der Klägerin lediglich ihre übertriebene Eifersucht vorzuwerfen. Dieses Verhalten sei aber insofern verständlich und daher geringer zu gewichten, als die Klägerin nach Kenntnis vom Ehebruch nie wieder restloses Vertrauen in die Treue des Beklagten finden habe können. Es sei daher das überwiegende Verschulden des Beklagten auszusprechen gewesen. Die Zerrüttung der Ehe sei spätestens Ende Oktober 2016 eingetreten.

Gegen diese Entscheidung erhob nur der Beklagte Berufung mit dem Antrag, das Berufungsgericht möge der Berufung stattgeben und das Ersturteil dahin abändern, dass die Ehe aus dem alleinigen Verschulden der Klägerin, eventualiter aus gleichteiligem Verschulden geschieden werde.

Das Berufungsgericht gab der Berufung nicht Folge und ließ die Revision nicht zu. Rechtlich ging es davon aus, infolge Erhebung eines Mitschuldantrags (und nicht einer Widerklage) sei die im Berufungsantrag begehrte Scheidung aus dem Alleinverschulden der Klägerin nicht möglich. Die Klägerin habe den in einem Schriftsatz erhobenen Vorwurf des übermäßigen Alkoholkonsums in keiner der nachfolgenden Tagsatzungen vorgetragen. Das diesbezügliche Vorbringen sei daher nicht Prozessgegenstand geworden, die zu diesem Vorwurf getroffenen Feststellungen seien überschießend und die dazu in der Berufung enthaltenen Ausführungen rechtlich irrelevant. Weder die diesbezügliche Tatsachen- noch die Rechtsrüge müssten daher erledigt werden. Ob die Klägerin angesichts der dazu getroffenen Feststellungen die Eheverfehlungen des Klägers tatsächlich verziehen habe, könne dahingestellt bleiben, weil bei der Verschuldensabwägung auch verziehene Eheverfehlungen berücksichtigt werden könnten, wenn dies der Billigkeit entspreche. Gehe man von einer Verzeihung aus, wäre die Klägerin mit ihrem Scheidungsbegehren – aufgrund der Unbeachtlichkeit der Feststellungen zu einem übermäßigen Alkoholkonsum – nur mit verziehenen Eheverfehlungen durchgedrungen. Aufgrund des unbekämpft gebliebenen Scheidungsausspruchs und der damit verbundenen Wirkung der materiellen Rechtskraft des Scheidungsausspruchs sei dann aber unverrückbar davon auszugehen, dass der Beklagte zumindest einen Scheidungsgrund verwirklicht habe, der eine Scheidung aus seinem Verschulden rechtfertige und nicht nach § 56 EheG verziehen gewesen sei. Ungeachtet dessen, ob man von Verzeihung ausgehe, sei aber vor allem zu berücksichtigen, dass der Beklagte mit dem Ehebruch den Anfang der schuldhaften Zerstörung der Ehe und den entscheidenden Beitrag zu deren Zerrüttung geleistet habe. Demgegenüber trete das Verschulden der Klägerin in den Hintergrund, weil ihr eifersüchtiges Verhalten seine Ursache im Ehebruch gehabt habe und es nachvollziehbar sei, dass sie zum Beklagten das Vertrauen verloren habe. Gleichteiliges Verschulden liege nicht vor.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Revision des Beklagten.

Die Klägerin beantragt in der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung die Revision zurückzuweisen, eventualiter ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zur Klarstellung zulässig, sie ist im Sinn des Aufhebungsantrags auch berechtigt.

Der Revisionswerber macht unter den Revisionsgründen der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung zusammengefasst geltend, das Berufungsgericht hätte im Zweifel davon ausgehen müssen, dass seine Berufungsanträge nicht nur auf die Bekämpfung des Verschuldensausspruchs, sondern auch auf die Bekämpfung des Ausspruchs der Scheidung gerichtet gewesen seien. Mangels Teilrechtskraft stehe nicht unerrückbar fest, dass ihm jedenfalls eine Eheverfehlung (übermäßiger Alkoholkonsum) zur Last zu legen sei. Diese Eheverfehlung sei überdies nach der Entscheidung des Berufungsgerichts „weggefallen“. Da die übrigen, ihm vorgeworfenen Eheverfehlungen (Ehebruch, Auszug aus der Ehewohnung, Beziehung zu jener Frau, die er über das Internet kennengelernt habe) verziehen worden seien, hätte das Berufungsgericht nach Erledigung der Beweistrüge die Scheidungsklage abzuweisen gehabt, jedenfalls hätte es aber das überwiegende Verschulden der Klägerin aussprechen müssen.

Soweit das Berufungsgericht (implizit) von der Teilrechtskraft des Scheidungsausspruchs ausgegangen ist, ist dazu auszuführen:

1.1 Im Ehescheidungsverfahren nach § 49 EheG kann der Scheidungsausspruch in Rechtskraft erwachsen, ohne dass bereits rechtskräftig über das Verschulden entschieden ist. Bei einer Scheidung aus Verschulden ist allerdings die Annahme irgendeines Verschuldens des Beklagten präjudiziell für den Scheidungsausspruch (RIS-Justiz RS0056846). Den Parteien steht es im Falle einer Verschuldensscheidungs somit frei, nur den Verschuldensausspruch anzufechten, sodass das Rechtsmittelgericht den unangefochten gebliebenen Ausspruch über die Ehescheidung als solchen nicht mehr überprüfen darf, wenn feststeht, dass den beklagten Ehegatten ein Verschulden trifft und lediglich die Frage der Gewichtung der Verschuldensanteile noch erörterungsbedürftig ist.

1.2 Ob der Beklagte in seiner Berufung gegen das erstinstanzliche Urteil eine Teilanfechtung (nur hinsichtlich des Verschuldensausspruchs) vorgenommen und den Ausspruch der Scheidung unbekämpft gelassen hat, ist anhand des Umfangs seines Rechtsmittelantrags zu beurteilen. Wenn sich daraus nach den für den Eintritt einer Teilrechtskraft maßgeblichen objektiven Auslegungskriterien (RIS-Justiz RS0036653) nicht zweifelsfrei ergibt, dass die Entscheidung nur zum Teil bzw in welchem Ausmaß angefochten wird, dann gilt sie als zur Gänze angefochten (1 Ob 542/90). Zur Beurteilung der Teilanfechtung und Teilrechtskraft ist der gesamte Inhalt des Rechtsmittels heranzuziehen (RIS-Justiz RS0036653).

1.3 Im vorliegenden Fall ist der Berufungsantrag des Beklagten darauf gerichtet, dass die Ehe aus dem alleinigen Verschulden der Klägerin geschieden werde; eventualiter wird die Scheidung der Ehe aus dem gleichteiligen Verschulden der Parteien beantragt und ein Aufhebungsantrag gestellt. Die in der Berufung enthaltene Anfechtungserklärung ist gleichlautend formuliert.

1.4 Aus dem Umstand, dass der Beklagte in der Berufung die Scheidung aus dem Alleinverschulden der Klägerin begehrt, ist ableitbar, dass er für seine Person sein Verschulden an der Zerrüttung zur Gänze bestreitet und jegliches Verschulden von sich weist. Damit hat er nicht nur den Ausspruch über die Verschuldensabwägung, sondern zusätzlich den die Scheidung der Ehe aussprechenden Teil des Ersturteils angefochten, setzt doch die Stattgebung der Scheidungsklage nach § 49 EheG (irgend-)ein Verschulden des Beklagten voraus. Sein Bestreben, dass die Scheidungsklage abgewiesen wird, ergibt sich auch aus dem Inhalt der Berufungsschrift, in der mittels Tatsachen- und Rechtsrüge der – für den Ausspruch der Scheidung tragende – Vorwurf des übermäßigen Alkoholkonsums bekämpft wird. Hat aber der Beklagte den Umstand, dass ihm ein Verschulden an der Zerrüttung zugemessen wurde, angefochten, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Ehe bereits rechtskräftig geschieden ist und nur mehr die Frage der Verschuldensabwägung streitverfangen ist.

1.5 Die vom Berufungsgericht zitierte Rechtsprechung, nach der bei (Teil-)Rechtskraft des Scheidungsausspruchs bei einem Urteil nach § 49 EheG die Eheverfehlung des Beklagten unerrückbar feststeht (RIS-Justiz RS0056846 [T10]), ist damit im vorliegenden Fall nicht anwendbar. Es kann nicht davon ausgegangen werden, schon aufgrund eines

unkämpft gebliebenen Scheidungsausspruchs stehe fest, dass der Beklagte zumindest einen Scheidungsgrund (übermäßigen Alkoholkonsum) verwirklicht hätte.

2.1 Im Hinblick auf die weiteren Revisionsausführungen zur Teilrechtskraft ist noch klarzustellen, dass § 60 EheG (ausschließlich) den Schuldausspruch für die Scheidung wegen Verschuldens regelt, daraus für die Frage der Teilrechtskraft aber nichts abzuleiten ist. Aus dem zweiten Absatz dieser Regelung folgt lediglich, dass im Scheidungsurteil der Ausspruch des Alleinverschuldens der klagenden Partei mangels Erhebung einer Widerklage nicht in Betracht kommt (RIS-Justiz RS0057447; Hopf/Kathrein, EheRz 3; Aichhorn in Gitschthaler/Höllwerth, Kommentar zum Ehe- und Partnerschaftsrecht, § 60 EheG Rz 28).

2.2 Das (eindeutige) Zugestehen eines Verschuldens ist auch nicht aus den in erster Instanz abgegebenen Prozessklärungen des Beklagten abzuleiten. Diese Erklärungen (ON 4, ON 8 und 9) müssen nach der Prozesslage objektiv (vgl. RIS-Justiz RS0097531, RS0037416) insgesamt vielmehr dahin verstanden werden, dass sich daraus kein eindeutiges Eingeständnis von Eheverfehlungen des Beklagten ergibt.

3.1 Die Revision macht somit nicht nur erfolgreich geltend, dass keine Teilrechtskraft des Scheidungsausspruchs eingetreten ist, sondern zeigt zutreffend die daraus folgende Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens infolge Nichterledigung der Beweistrüge auf.

3.2 Dem – offenbar eine andere Begründungsebene verfolgenden – Revisionsvorbringen, aus der Berufungsentscheidung ergebe sich, dass jegliches, dem Beklagten vorgeworfenes Verschulden „weggefallen“ sei, ist hingegen nicht zu folgen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist das Vorbringen der Klägerin zur Eheverfehlung des Alkoholkonsums und die dazu getroffenen Feststellungen nämlich keineswegs rechtlich unbeachtlich:

Ein primärer Verfahrensmangel kann vom Rechtsmittelgericht nur dann wahrgenommen werden, wenn er ausdrücklich geltend gemacht wird (Pimmer in Fasching/Konecny 3 IV § 496 ZPO Rz 34). Ein Verfahrensmangel, der darin bestehen soll, dass die Klägerin ihr schriftliches Vorbringen zum Alkoholkonsum nicht mündlich vorgetragen habe, wurde aber in der Berufung des Beklagten nicht releviert und hätte daher schon deshalb vom Berufungsgericht nicht aufgegriffen werden dürfen. Im Übrigen liegt ein derartiger Verfahrensmangel gar nicht vor, weil die Unterlassung des mündlichen Vortrags eines Schriftsatzes in der Verhandlung nach § 196 ZPO sofort gerügt hätte werden müssen, was nicht geschehen ist. Hat sich die Partei in Kenntnis eines derartigen Verfahrensmangels ohne Rüge in die weitere Verhandlung eingelassen (hier in Bezug auf den Alkoholkonsum), ist dieser Verfahrensmangel saniert (6 Ob 2064/96i; Brenn in Fasching/Konecny 3 § 177 ZPO Rz 34). Darüber hinaus ergibt sich aus der Aktenlage, dass die Klägerin zum Alkoholkonsum nicht ausschließlich schriftliches Vorbringen erstattet hat, sondern dazu in der letzten Verhandlung vom 31. 8. 2017 auch mündlich vorgetragen hat (Seite 5 des Verhandlungsprotokolls vom 31. 8. 2017).

4. Das Berufungsgericht wird sich daher im fortzusetzenden Verfahren mit der in der Berufung erhobenen – bisher nicht erledigten – Tatsachen- und Rechtsrüge zum Vorwurf des Alkoholkonsums und den in der Berufungsbeantwortung dagegen ins Treffen geführten Argumenten auseinanderzusetzen zu haben.

In diesem Sinn ist die Entscheidung des Berufungsgerichts aufzuheben und die Rechtssache an das Berufungsgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

#### **Textnummer**

E122409

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

ECLI:AT:OGH0002:2018:0100OB00030.18M.0726.000

#### **Im RIS seit**

17.08.2018

#### **Zuletzt aktualisiert am**

20.11.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

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