

# TE OGH 1989/9/7 8Ob642/89

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 07.09.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr.Griehsler als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kropfitsch, Dr.Huber, Dr.Schwarz und Dr.Graf als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Hans Georg H\*\*\*, geboren am 5.September 1946, Rauchfangkehrermeister, Steindorf 12, 4863 Seewalchen, vertreten durch Dr.Erich Aichinger und Dr.Harald Fahrner, Rechtsanwälte in Vöcklabruck, wider die beklagte Partei Margit Johanna H\*\*\*, geborene Kröpfel, geboren am 1.Mai 1955, Antigua via Ferrea 130, Puerto Plata, Dominikanische Republik, (P.O. Box 719 Puerto Plata, Dominikanische Republik), vertreten durch Dr.Jörg Iro, Rechtsanwalt in Vöcklabruck, wegen Ehescheidung infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 18.Mai 1989, GZ 6 R 71/89-46, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Kreisgerichtes Wels vom 26.Mai 1988, GZ 5 Cg 232/85-31, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger die mit S 3.706,20 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (einschließlich S 617,70 Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Mit der am 27.August 1985 eingebrachten Klage begeht der Kläger die Scheidung seiner am 24.August 1973 geschlossenen Ehe mit der Beklagten aus deren Verschulden mit der Begründung, er habe nach seinem im April 1985 über Wunsch der Beklagten erfolgten Auszug aus der gemeinsamen Ehewohnung in Erfahrung gebracht, daß die Beklagte ehewidrige Beziehungen zu Johann V\*\*\* unterhalte, die Beiden einen schädlichen Einfluß auf die ehelichen Kinder der Streitteile ausübten und daß die Beklagte trotz einem dem Kläger zuerkannten vorläufigen Sorgerecht die Kinder sodann von deren Aufenthaltsort abgeholt und in die Dominikanische Republik gebracht habe, wohin sie mit dem strafrechtlich verfolgten Johann V\*\*\* geflohen sei. Die Beklagte habe auch bereits im Jahre 1975 zu einem Mann namens P\*\*\* und in weiterer Folge zu Fritz S\*\*\* ehewidrige Beziehungen unterhalten.

Die Beklagte hat dieses Vorbringen bestritten, die Abweisung der Scheidungsklage beantragt und ihrerseits vorgebracht, der Kläger habe im Jahre 1984 ehebrecherische Beziehungen zu Erika S\*\*\* unterhalten und im Dezember 1984 ein Verhältnis mit Renate S\*\*\* begonnen, nach dem er bereits im November 1984 aus der Ehewohnung ausgezogen sei. Die Beklagte habe von sich aus nie die Scheidung betrieben, obschon der Kläger keinerlei Interesse an der Ehe gezeigt habe und über die Vermögensaufteilung bei Scheidung verhandelt worden sei. Die Verbringung der ehelichen Kinder in die Dominikanische Republik stelle nur eine Reaktion auf das Verhalten des Klägers dar, der ihr die

Kinder habe entziehen wollen und diese sowie auch die Beklagte körperlich mißhandelt habe. Das Erstgericht sprach die Scheidung der Ehe der Streitteile aus dem Verschulden der Beklagten aus. Es traf folgende entscheidungserhebliche Sachverhaltsfeststellungen:

Die Zerrüttung der Ehe der Streitteile begann im Jahre 1983. Die Beklagte hatte Fritz S\*\*\* drei oder viermal in die Wohnung ihres Onkels Gottfried K\*\*\* gebracht, ohne daß dieser davon Kenntnis hatte. In der Folge ist Fritz S\*\*\* tödlich verunglückt. Die Beklagte erklärte gegenüber Cornelia M\*\*\*, daß sie einen Partner gehabt habe, der leider tödlich verunglückt sei, und daß sie diesen sehr geliebt habe. Würde er noch leben, wäre sie mit dem Kläger nicht mehr verheiratet. Der Kläger unterhielt von April 1984 bis Oktober 1984 ein intimes Verhältnis mit Erika S\*\*\*, mit der er auch einmal drei Tage in Vorarlberg verbrachte. Über Initiative der Beklagten, die dieses Verhältnis erkannt hatte, kam es zu einer Aussprache zwischen den Ehegatten S\*\*\* und den Streitteilen. Die Beklagte erklärte dabei, daß sie versuchen werde, wieder mit dem Kläger zusammenzuleben. Es entstand der Eindruck, daß es die Streitteile "noch einmal (miteinander) probieren wollten". Aufgrund dieser Aussprache beendete der Kläger sein Verhältnis mit Erika S\*\*\*. Seit dieser Versöhnung im Herbst 1984 fand zwischen den Streitteilen wieder ehelicher Verkehr statt. Sie sprachen darüber, daß man wieder gemeinsam anfange. Im Oktober 1984 erklärte die Beklagte jedoch, sie könne mit dem Kläger nicht mehr verkehren, weil sie daran denken müsse, daß er gedanklich bei Frau S\*\*\* sei. Etwa zu dieser Zeit teilte sie ihrer Mutter mit, sie habe die Absicht, sich scheiden zu lassen. Schließlich verlangte sie vom Kläger, daß er aus der Ehewohnung ausziehen solle, worauf dieser Mitte November 1984 die eheliche Wohnung tatsächlich verließ und eine Garconniere in Vöcklabruck mietete. Im Jahre 1985 wandte sich die Beklagte Johann V\*\*\* zu. Der Kläger war mit dieser Beziehung nicht einverstanden, äußerte dies der Beklagte gegenüber und teilte ihr auch mit, daß gegen Johann V\*\*\* ein Strafverfahren laufe. An einen Freund des Klägers schrieb die Beklagte:

"Endlich ein Mann, "kein Krispindel". Er wiegt 120 kg, da muß man aufpassen, daß man nicht erdrückt wird. Hans ist natürlich ganz konfus und setzt alle Hebel in Bewegung. Ob legal oder nicht, das interessiert ihn nicht. Hans sagt, jetzt läßt er sich scheiden, weil ihn seine Frau betrügt. Ist das nicht ein herrlicher Gedankengang."

Gegenüber dem Kläger erklärte die Beklagte, daß sie für Johann V\*\*\* wasche und kuche, sie gab jedoch nicht zu, mit ihm auch geschlechtlich zu verkehren.

Am 25. April 1985 beantragte der Kläger beim Bezirksgericht Vöcklabruck, ihm das alleinige Sorgerecht über die beiden ehelichen Kinder zu übertragen und "die von ihm vorgenommene Entfernung des ehelichen Kindes Heike" pflegschaftsbehördlich zu genehmigen. Am 30. April 1985 beantragte die Beklagte, ihr als Mutter die elterlichen Rechte hinsichtlich der mj. Kinder zuzuweisen. Gegen den Willen der Beklagten brachte der Kläger die mj. Heike am 24. April 1985 zur Großmutter. Die Beklagte holte in der Folge die mj. Heike ab, worauf der Kläger das Kind wieder nach St. Johann zu seiner Mutter brachte. Bereits Ende März-Anfang April 1985 begann der Kläger mit Renate S\*\*\* ein intimes Verhältnis. Die beiden trafen einander schon vorher und gingen auch gemeinsam aus. Seit März 1985 kocht Renate S\*\*\* für den Kläger, sie hat ihm auch die Wäsche gewaschen. Am 15. Mai 1985 reiste die Beklagte unter Mitnahme der Kinder mit unbekanntem Ziel ab. Ab 23. Juli 1985 hielt sie sich wieder für einige Tage in Seewalchen auf. Die beiden Kinder befanden sich damals bereits in der Dominikanischen Republik, ihr Aufenthaltsort wurde dem Kläger verschwiegen und ihre Verbringung geschah gegen den Willen des Klägers. Mit rechtskräftigem Beschuß vom 19. August 1985 wurden die elterlichen Rechte hinsichtlich der ehelichen Kinder bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die endgültige Zuteilung einstweilen dem Kläger übertragen. In seiner rechtlichen Beurteilung verwies das Erstgericht darauf, daß jedes Verhalten eines Ehegatten, das mit dem Wesen der Ehe als einer alle Lebensbereiche umfassenden Lebensgemeinschaft unvereinbar sei, eine schwere Eheverfehlung im Sinne des § 49 EheG darstelle. Die Beklagte habe im Jahre 1983 ehewidrige Beziehungen zu Fritz S\*\*\* unterhalten, im April 1985 sei Johann V\*\*\* in die Ehewohnung eingezogen und die Beklagte habe mit ihm zumindest ehewidrige Beziehungen unterhalten. Darüberhinaus habe sie dem Kläger die Kinder entzogen. Aufgrund dieser mehrfachen massiven Eheverfehlungen sei das Scheidungsbegehr des Klägers sittlich gerechtfertigt. Mangels eines Antrages der Beklagten, die Mitschuld des Klägers an der Scheidung der Ehe auszusprechen, sei auf eine Mitschuld des Klägers an der Zerrüttung der Ehe nicht einzugehen. Das Gericht zweiter Instanz gab der Berufung der Beklagten, mit der die Abänderung des Urteils im Sinne der Klageabweisung und hilfsweise der Ausspruch des überwiegenden Verschuldens des Klägers an der Scheidung der Ehe begeht wurde, nicht Folge. Es hielt die Verfahrensrüge und die Rüge der unrichtigen Beweiswürdigung und unrichtigen Tatsachenfeststellung sowie auch die Rechtsrüge nicht für gerechtfertigt. Zu letzterer führte es aus:

Da die Beziehungen der Beklagten zu Fritz S\*\*\* keinesfalls in unmittelbarem kausalen Zusammenhang mit den

Verfehlungen des Klägers stünden, könnten sie auch nicht, wie die Berufung meint, als Reaktion der Beklagten auf diese Verfehlungen angesehen werden. Davon abgesehen habe die Beklagte dem Kläger die gemeinsamen ehelichen Kinder gegen dessen Willen und entgegen einer gerichtlichen Anordnung auf Dauer dadurch entzogen, daß sie sie nach Mittelamerika brachte und nicht wieder zurückgebracht habe. Dieses Verhalten, das zweifellos eine schwere Eheverfehlung darstelle und auch geeignet gewesen sei, den letzten Rest eines zwischen den Streitteilen vorhandenen Vertrauens zu zerstören, könne nicht mit den ehewidrigen Verhältnissen des Klägers zu Erika S\*\*\* und Renate S\*\*\* in Zusammenhang gebracht werden. Auch die kurzfristige Verbringung der mj. Heike zu den Eltern des Klägers trete wegen der Massivität und besonderen Rücksichtslosigkeit des Verhaltens der Beklagten, das praktisch zur Unerreichbarkeit der Kinder für den Kläger geführt habe, in den Hintergrund. Keinesfalls könne gesagt werden, daß die Eheverfehlungen der Beklagten in einem unverhältnismäßigen Mißverhältnis zu jenen des Klägers stünden. Das Verbringen der Kinder an einen dem Kläger lange Zeit unbekannten Ort in Mittelamerika sei zumindest ebenso ehefeindlich wie die Ehebrüche des Klägers. Bedenke man noch die ehewidrigen Beziehungen, welche die Beklagte jedenfalls zu zwei Männern unterhalten habe, bestehe kein Zweifel, daß das Scheidungsbegehren des Klägers sittlich gerechtfertigt sei. Der in der Berufung aufgestellten Behauptung, die Beklagte habe mit ihrem erstinstanzlichen Vorbringen implizite einen Mitverschuldensantrag im Sinne des § 60 Abs 3 EheG erhoben, sei zu entgegnen, daß diese Bestimmung ausdrücklich einen Antrag des Beklagten, die Mitschuld des Klägers auszusprechen, verlange. Der Mitschuldantrag im Sinne des § 60 Abs 3 EheG sei ein Sachantrag, der den Gegenstand des Prozesses, den Inhalt und die Wirkung der Entscheidung betreffe; es handle sich also um eine Aufforderung an das Gericht, eine bestimmte Entscheidung zu fällen. Die bloße Behauptung eines Sachverhaltes könne eine derartige Aufforderung des Gerichtes, eine bestimmte Sachentscheidung zu treffen, nicht ersetzen, weil das Vorbringen des Sachverhaltes dem Gericht bloß die Entscheidungsgrundlage für die begehrte Entscheidung vermitte. Aus dem von der beklagten Partei erstatteten Sachvorbringen könne jedoch die mangelnde sittliche Rechtfertigung des Scheidungsbegehrens des Klägers abgeleitet werden, so daß es der Begründung des Sachantrages auf Klageabweisung diene. Nach ständiger Rechtsprechung sei im Widerspruch gemäß § 55 Abs 2 EheG ein Antrag auf Ausspruch, der Kläger habe die Zerrüttung allein und überwiegend verschuldet, mitenthalten, sofern nicht besondere Umstände die Annahme rechtfertigten, daß ein solcher Antrag absichtlich unterlassen worden sei. Diese Judikatur könne aufgrund der besonderen Voraussetzungen des Widerspruches im Sinne des § 55 Abs 2 EheG nicht auf den Mitschuldantrag im Falle der Scheidung gemäß§ 49 EheG Anwendung finden. Tatbestandsvoraussetzung für den bezeichneten Widerspruch sei, daß der Ehegatte, der die Scheidung begehrte, die Zerrüttung allein oder überwiegend verschuldet habe und den beklagten Ehegatten die Scheidung härter trafe als den klagenden Ehegatten die Abweisung des Scheidungsbegehrens. Der Mitschuldantrag im Sinne des § 61 Abs 3 EheG sei somit im Tatbestand des§ 55 Abs 2 EheG enthalten, so daß davon auszugehen sei, daß der Widerspruch ein umfassenderes Begehr als das Begehr auf Feststellung der Mitschuld des klagenden Ehepartners nach § 60 Abs 3 EheG in sich schließe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen die berufungsgerichtliche Entscheidung erhebt die Beklagte eine auf die Anfechtungsgründe des § 503 Abs 1 Z 2 und 4 ZPO gestützte Revision mit dem Antrag auf Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne der Klageabweisung, hilfsweise auf Ausspruch des überwiegenden Verschuldens des Klägers an der Zerrüttung der Ehe; schließlich wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt. In ihrer Verfahrensrüge behauptet die Revisionswerberin ausschließlich angebliche Mängel des erstgerichtlichen Verfahrens, deren Vorliegen aber bereits vom Berufungsgericht verneint wurde. Da das Ehescheidungsverfahren seit der Zivilverfahrensnovelle 1983 nicht mehr der Offizialmaxime unterliegt (vgl. § 460 Z 4 ZPO), ist die Wiederholung einer von der zweiten Instanz verworfenen Mängelrüge in der Revision unzulässig (1 Ob 669, 670/85; 2 Ob 691/86 ua, zuletzt etwa 5 Ob 503/89).

Der Anfechtungsgrund des § 503 Abs 2 Z 2 ZPO liegt daher nicht vor.

In ihrer Rechtsrüge beharrt die Beklagte weiterhin auf ihrem Standpunkt, das Scheidungsbegehren sei sittlich nicht gerechtfertigt. Die Zerrüttung der Ehe der Streitteile sei erst durch das ehebrecherische Verhältnis des Klägers zu Erika S\*\*\* bewirkt worden und die Beziehung der Beklagten zu Johann V\*\*\* stelle nur eine Reaktion hierauf dar. Auch die Mitnahme der Kinder nach Übersee sei nur eine Reaktion der Beklagten auf die ehewidrigen Beziehungen des Klägers zu Erika S\*\*\* und Renate S\*\*\*, denn sie könne ihre Kinder nicht den Geliebten des Klägers ausliefern. Aber auch die berufungsgerichtliche Rechtsansicht, die Beklagte habe keinen Mitschuldantrag gestellt, sei verfehlt, denn in ihrem Vorbringen sei implizite ein solcher Antrag enthalten. Eine ausdrückliche Antragstellung sei deswegen unterblieben,

weil sie zu zwei Verhandlungen nicht ordnungsgemäß geladen worden und nicht anwaltlich vertreten gewesen sei und zur letzten Verhandlung wegen der hohen Kosten nicht habe erscheinen können. Außerdem sei sie vom Erstgericht nicht entsprechend angeleitet worden und im übrigen liege im Antrag auf Klageabweisung auch ein Mitschuldantrag, wie dies hinsichtlich des Widerspruches gemäß § 55 Abs 2 EheG der Fall sei. Schließlich könne auch nicht von einem Verstoß gegen das Neuerungsverbot gesprochen werden, weil ihr im erstinstanzlichen Vorbringen enthaltener Mitschuldantrag im Berufungsverfahren nur ausdrücklich formuliert worden sei.

Diesen Ausführungen ist folgendes zu entgegnen:

Nach § 49 zweiter Satz EheG kann ein Ehegatte, der selbst eine Verfehlung begangen hat, die Scheidung nicht begehen, wenn nach der Art seiner Verfehlung, insbesondere wegen des Zusammenhangs der Verfehlungen des anderen Ehemannes mit seinem eigenen Verschulden, sein Scheidungsbegehr bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist.

Bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen des § 49 zweiter Satz EheG vorliegen, sind das Gesamtverhalten der Ehegatten und die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Es ist insbesondere darauf Bedacht zu nehmen, ob sich aus dem Verhalten des beklagten Ehegatten ergibt, daß er trotz der Eheverfehlungen des Klägers an der Ehe festhält (EFSIg 33.969, 33.971; 6 Ob 642/80 ua). Vorliegendenfalls hat die Beklagte, die mehrfache ehewidrige Beziehungen zu anderen Männern unterhielt, unter Mitnahme der ehelichen Kinder Österreich verlassen, ohne dies dem Kläger bekannt zu geben, lebt jetzt in der Dominikanischen Republik und hat zu keiner Zeit erklärt, in die eheliche Gemeinschaft zurückkehren zu wollen. Unter diesen Umständen kann aber keine Rede davon sein, sie habe durch ihr Verhalten zum Ausdruck gebracht, an der Ehe festzuhalten. Schon allein deswegen, aber auch aus den von den Vorinstanzen angeführten zutreffenden Gründen kommt die Anwendung des § 49 zweiter Satz EheG hier nicht in Betracht.

Wie der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung 1 Ob 622/87 ausgesprochen hat, handelt es sich beim Antrag auf Ausspruch der Mitschuld nach § 60 Abs 3 EheG um einen Sachantrag, der wegen des geltenden Neuerungsverbotes (vgl. § 483 a Abs 2 ZPO) nur im Verfahren erster Instanz gestellt werden kann. Ein solcher Sachantrag wurde zwar auch schon in den Entscheidungen 8 Ob 669/88 und 1 Ob 646/50 im Zweifel in der Einwendung des dort beklagten Ehegatten erblickt, den klagenden Ehegatten treffe eine Mitschuld an der Zerrüttung der Ehe; hier wurde jedoch auch eine derartige Einwendung nicht erhoben, sondern ausdrücklich immer nur die Klageabweisung begehrt, ohne daß ein Mitschuldantrag (§ 60 Abs 3: "... ist auf Antrag des Beklagten die Mitschuld auszusprechen ...") auch nur angedeutet worden wäre. Mangels eines solchen Antrages (vgl. Fasching, Zivilprozeßrecht Rz 752) ist dem Gericht ein diesbezüglicher Ausspruch - die Regelungen des § 55 Abs 2 und des § 60 Abs 3 EheG sind nicht vergleichbar - daher jedenfalls verwehrt. Die Behauptung der Beklagten schließlich, sie habe keine Gelegenheit zur ausdrücklichen Formulierung eines Mitschuldantrages gehabt, widerspricht dem Akteninhalt. Sie hat in mehreren Schriftsätze und in der mündlichen Verhandlung durch ihren Rechtsvertreter zum gesamten Klagevorbringen ausdrücklich schriftlich und mündlich Stellung genommen und sich dabei auf den Antrag auf Klageabweisung beschränkt. Ihre nach der Aufkündigung des Vollmachtsverhältnisses durch ihren Vertreter unterbliebene Einvernahme als Partei wurde vom Berufungsgericht nicht als erstinstanzlicher Verfahrensmangel gewertet. Eine Rüge der Verletzung der gerichtlichen Anleitungspflicht ist in der Berufung überdies nicht erfolgt.

Da somit der angefochtenen berufungsgerichtlichen Entscheidung keiner der behaupteten Rechtsfehler anhaftet, ist der Revision ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E18713

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0080OB00642.89.0907.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890907\_OGH0002\_0080OB00642\_8900000\_000

**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)