

43. 1. Zum Begriff der bösslichen Absicht im Sinne des § 1567
Abf. 2 Nr. 1 BGB.
2. Setzt das Herstellungsurteil die Jahresfrist des § 1567
Abf. 2 Nr. 1 BGB. stets sofort und immer nur einmal in Lauf?
3. Geht mit dem Recht auf die Scheidungsklage auch das
Recht auf den Ausspruch der Mitschuld verloren?
BGB. § 1567, § 1574 Abf. 3. ZPO. § 616.

VII. Zivilsenat. Urt. v. 14. Oktober 1927 i. S. Ehemann R.
(Wef.) w. Ehefrau R. (M.). VII 159/27.

I. Landgericht Breslau.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien sind seit dem 14. Dezember 1915 verheiratet. Am 17. Juli 1918 hat die Klägerin den Beklagten verlassen. Ihre erste Scheidungsklage wurde durch Urteil des Landgerichts abgewiesen. Gleichzeitig wurde sie auf die Widerklage des Beklagten verurteilt, das eheliche Leben, insbesondere die häusliche Gemeinschaft wiederherzustellen. Die Berufung der Klägerin gegen dieses Urteil wurde zurückgewiesen. Auch die Revision der Klägerin berief der Zurückweisung; das Urteil des Reichsgerichts wurde am 25. Oktober 1920 verkündet. Im Juli 1921 strengte die Klägerin eine zweite Ehescheidungsklage an, die ebenfalls in allen drei Instanzen abgewiesen wurde. Das Urteil des Oberlandesgericht erging am 8. Januar 1923, das des Reichsgerichts am 28. Januar 1924.

Die Klägerin reichte dann im September 1925 die gegenwärtige Scheidungsklage ein, der das Landgericht auf Grund des § 1568 BGB. stattgab. In der Berufungsinstanz beantragte der Beklagte Abweisung der Klage, hilfsweise hat er, die Klägerin für mitschuldig zu erklären, weil sie dem Herstellungsurteil im ersten Rechtsstreit nicht nachgekommen sei, außerdem im Jahre 1925 oder 1926 einem anderen Manne die Ehe versprochen habe. Auch das Oberlandesgericht hält die Scheidungsklage für begründet. Gegenüber der Klägerin erachtet es den Scheidungsgrund des § 1567 BGB. nicht für gegeben, dagegen sieht es den Tatbestand des § 1568 BGB. dann für vorliegend an, wenn die Klägerin wirklich einem andern Manne die Ehe versprochen haben sollte. Über diese Behauptung vertraute der Berufungsrichter der Klägerin einen Eid an. Für den Fall seiner Leistung soll die Ehe aus alleinigem Verschulden des Beklagten, für den Fall der Verweigerung des Eides aus dem Verschulden beider Parteien geschieden werden. Die Revision des Beklagten blieb ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

... Der Hauptangriff der Revision wendet sich dagegen, daß der Berufungsrichter den Scheidungsgrund des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. nicht für vorliegend erachtet hat. Das ist geschehen, weil die dort bestimmte Jahresfrist mit dem Eintritt der Rechtskraft des Herstellungsurteils, also am 25. Oktober 1920 begonnen habe und am 25. Oktober 1921 endgültig abgelaufen sei, ohne daß die Klägerin während dieser Jahresfrist dem Urteil in bösslicher Absicht keine Folge geleistet hätte. Die Revision führt aus, die bössliche Absicht sei zu Unrecht verneint worden; auf die vom Oberlandesgericht für wesentlich erachtete Belehrung durch ihre Rechtsanwälte habe sich die Klägerin nicht verlassen dürfen. Dem ist entgegenzuhalten, daß nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. z. B. RGZ. Bd. 107 S. 333, WarnRspr. 1912 Nr. 263) die bössliche Absicht des fernbleibenden Ehegatten dann zu verneinen ist, wenn er auf Grund ausreichender tatsächlicher Anhaltspunkte des guten Glaubens war, er sei zur Verweigerung der ehelichen Gemeinschaft berechtigt. Gerade das hat der Berufungsrichter in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts festgestellt. Er erkennt zwar an, daß die mit der zweiten Scheidungsklage geltend gemachten Tatsachen zur Scheidung nicht ausreichten, hebt aber hervor, daß die Klägerin von ihrem

Standpunkt aus anderer Ansicht sein durfte und daß sie von den vorsichtshalber befragten Rechtsberatern in dieser ihrer Ansicht noch bekräftigt wurde. Danach ist die — auf § 1353 Abs. 2 Satz 2 BGB. beruhende — Gutgläubigkeit der Klägerin in rechtlich bedenkenfreier Weise angenommen worden. Ob in andern Fällen eine unrichtige Belehrung der Partei durch Rechtsanwälte auf ihre Kosten und Gefahr geht, wie die Revision darzulegen sucht, kann unerörtert bleiben. Im Rahmen des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. ist die böbliche Absicht Tatbestandsmerkmal, es kommt also auf die persönliche Auffassung des fernbleibenden Ehegatten entscheidend an. Wurde diese persönliche Auffassung, wie vorliegend festgestellt, auf Grund ernster Selbstprüfung und nach Einholung geeigneten Rates gewonnen, so ist ihre Rechtserheblichkeit nicht zu bestreiten.

Für den Fall, daß die Klägerin sich in der Zeit vom 25. Oktober 1920 bis dahin 1921 etwa doch in böblicher Absicht vom Beklagten ferngehalten haben sollte, hat der Berufungsrichter einen Hilfsgrund gegeben. Er führt aus, daß in diesem Falle für den Beklagten der Scheidungsgrund der böblichen Verlassung nach § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. schon während des zweiten Scheidungsprozesses erwachsen war und daß er ihn in diesem Rechtsstreit, der in der Berufungsinstanz zum letztenmal am 8. Januar 1923 verhandelt wurde, hätte geltend machen können und zur Vermeidung des Ausschlusses nach § 616 Satz 2 ZPO. auch hätte geltend machen müssen. Dem ist lediglich beizutreten. Der § 616 ZPO. spricht zwar ausdrücklich nur vom Verlust des Rechts, die Scheidung zu verlangen; da aber nach § 1574 Abs. 3 BGB. der Antrag, auch den Kläger für schuldig zu erklären, nur dann gestellt werden darf, wenn Tatsachen vorliegen, wegen deren der Beklagte auf Scheidung klagen könnte, so geht mit dem Recht auf die Scheidungsklage auch das Recht auf den Ausspruch der Mitschuld verloren (ZB. 1910 S. 477 Nr. 17, 1913 S. 644 Nr. 9, WarnRspr. 1913 Nr. 101). Die Ausnahmenvorschrift im zweiten Halbsatz des § 1574 Abs. 3 BGB. bezieht sich nur auf die Fälle, daß das Recht auf Scheidung durch Verzeihung oder durch Zeitablauf ausgeschlossen ist, also nicht auch auf den Fall des § 616 ZPO. Im übrigen wäre aber der Beklagte auch zur Zeit des Eintritts des von der Klägerin geltend gemachten Scheidungsgrundes, d. h. im Sommer 1925, nicht mehr berechtigt gewesen, wegen des Fernbleibens der Klägerin in dem am 25. Oktober 1921 abgelaufenen

Jahre seinerseits auf Scheidung zu klagen. Er hätte dieses Recht durch Nichtgebrauch im zweiten Scheidungsprozeß nach § 616 B.P.D. bereits verloren gehabt.

Die Revision bekämpft — von ihrem Standpunkt aus hilfsweise — auch die Annahme des Berufungsrichters, daß das entscheidende Jahr des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 B.G.B. mit dem 25. Oktober 1921 endgültig abgelaufen sei. Sie legt dar, daß die Klägerin durch das Urteil des Reichsgerichts vom 28. Januar 1924, das den zweiten Scheidungsprozeß abschloß, über die Unzulänglichkeit der von ihr dort geltend gemachten Scheidungsgründe aufgeklärt worden sei, und sie glaubt von diesem Zeitpunkt ab ein neues Jahr im Sinne des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 B.G.B. berechnen zu dürfen. Zu Unrecht — meint sie — leugne der Berufungsrichter die fortbauernde Wirksamkeit des Herstellungsurteils; durch das hartnäckige Widerstreben der Klägerin und den zweiten von ihr angestregten Scheidungsprozeß habe es seine Kraft nicht verlieren können. Das letztere nimmt auch der Berufungsrichter nicht an, er vertritt aber die richtige Ansicht, daß dem Herstellungsurteil an sich und von Gesetzeswegen nur eine Wirksamkeit von begrenzter Dauer innewohnt.

Das Herstellungsurteil soll dem verurteilten Ehegatten die Rechtswidrigkeit seiner Rückkehrweigerung zum Bewußtsein bringen. Das Gesetz gibt ihm ein Jahr Frist zur Entscheidung, ob er dem Urteil nachkommen will oder nicht. Ist das Jahr verfloßen und der verurteilte Ehegatte dem andern wider dessen Willen und in bösslicher Absicht während der ganzen Jahresfrist ferngeblieben, so erwächst daraus dem andern das Scheidungsrecht. Tritt dagegen im Lauf des Jahres eine Veränderung ein und ist deshalb das Fernbleiben nicht mehr bösslich und nicht mehr dem Willen des andern Ehegatten entgegen, so entsteht das Scheidungsrecht nicht, auch wenn später — sei es vor oder nach Ablauf der Jahresfrist — eine abermalige Veränderung stattfindet und das Fernbleiben des verurteilten Ehegatten wieder eigenmächtig und bösslich wird. Man könnte in einem solchen Fall an ein Zusammenrechnen der verschiedenen Zeiträume des bösslichen Fernbleibens nach § 191 B.G.B. denken oder an eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Hemmung der Verjährung. Beide Möglichkeiten hat aber das Reichsgericht als dem § 1567 B.G.B. widersprechend in ständiger Rechtsprechung abgelehnt (R.G.Z. Bd. 60 S. 194, WarnRspr. 1915

Nr. 23, *JW.* 1921 S. 28 Nr. 7). Man könnte auch anzunehmen geneigt sein — und diese Ansicht vertritt die Revision —, daß mit dem Augenblick, wo das Fernbleiben des verurteilten Ehegatten, nachdem es zunächst aufgehört hatte, eigenmächtig und bösslich zu sein, diese Eigenschaften wiedererlangt, auf Grund des alten Herstellungsurteils ein neues Jahr zu laufen beginne. Auch das hat jedoch das Reichsgericht stets abgelehnt, weil die Gesetzesvorschrift mit festen Zeitpunkten und ein für alle Mal bestimmten Fristen rechnet und es nicht angängig ist, hier Unklarheiten entstehen zu lassen, wie sie sich bei Billigung der Gegenmeinung leicht ergeben könnten. Das Reichsgericht hält es deshalb in solchen Fällen für erforderlich, daß erst wieder ein neues Herstellungsurteil erstritten werde; von dessen Rechtskraft ab ist dann wieder eine neue Jahresfrist zu berechnen (vgl. die Entscheidungen des IV. Zivilsenats vom 3. April 1913 IV 632/12, 15. Oktober 1914 IV 274/14 [*WarnRspr.* 1915 Nr. 23], 17. November 1921 IV 160/21 [*RG.* 1922 Sp. 120 Nr. 7], 21. Oktober 1926 IV 242/26 und das Urteil des V. Zivilsenats vom 12. Februar 1921 V 455/20).

Der vorliegende Rechtsfall enthält gewisse Besonderheiten; auch sie haben aber dem Berufungsrichter mit Recht keinen Anlaß zu einer abweichenden Stellungnahme gegeben. Einmal liegt hier die erste Veränderung der Verhältnisse, die das Fernbleiben der Klägerin aufhören ließ, rechtswidrig und bösslich zu sein, schon vor der Rechtskraft des Herstellungsurteils, also auch vor dem Beginn der entscheidenden Jahresfrist. Das hat indessen nicht gehindert, daß die Jahresfrist in Lauf gesetzt wurde. Die Entscheidung *RG.* Bd. 60 S. 194 nimmt allerdings an, daß die Jahresfrist erst später zu laufen beginnt, wenn der verurteilte Ehegatte bei Eintritt der Rechtskraft des Herstellungsurteils, z. B. durch Krankheit oder durch Strafhaft, in die Unmöglichkeit versetzt ist, dem Herstellungsbefehl zu gehorchen. Um einen derartigen oder auch nur um einen ähnlichen Fall handelt es sich hier aber nicht.

Eine weitere Besonderheit ergibt sich daraus, daß die zweite Veränderung der Verhältnisse, welche das Fernbleiben der Klägerin wieder rechtswidrig und bösslich werden ließ, durch ein gerichtliches Urteil herbeigeführt wurde und daß der Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils einen festen Zeitpunkt bestimmt, von dem an die Jahresfrist des § 1567 Abs. 2 Nr. 1 *BGB.* an sich in zweifelstreier

Weise berechnet werden könnte. Dabei handelt es sich indessen um einen rein zufälligen Umstand, der es nicht rechtfertigt, von der allgemeinen Regel abzusehen, daß das Herstellungsurteil die entscheidende Jahresfrist immer nur einmal in Lauf zu setzen vermag. Danach ist dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß es dem Beklagten obgelegen hätte, erst wieder ein neues Herstellungsurteil zu erstreiten.