

31. 1. Wie sind in § 616 ZPD. die Worte zu verstehen, daß das Scheidungsrecht auf Grund von Tatsachen ausgeschlossen ist, welche die Partei in dem früheren Rechtsstreit geltend machen „konnte“ oder geltend zu machen „imstande war“?

2. Gilt die Vorschrift des § 49 Satz 2 des Ehegesetzes, wonach ein Ehegatte, der selbst eine Verfehlung begangen hat, die Scheidung nicht begehren kann, wenn nach der Art seiner Verfehlung sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist, auch dann, wenn es sich dabei um eine Verfehlung handelt, auf die der andere Ehegatte wegen Fristablaufs oder wegen prozessrechtlicher Ausschlusses (§ 616 ZPD.) eine Scheidungsklage nicht mehr gründen könnte?

ZPD. § 616. Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung usw. vom 6. Juli 1938 (RGBl. I S. 807) § 49.

IV. Zivilsenat. Urtr. v. 3. Oktober 1938 i. S. Ehefrau D. (Bekl.) w. Ehemann D. (kl.). IV 112/38.

I. Landgericht Köln.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien haben am 4. September 1919 die Ehe geschlossen. Im April 1937 hat die Ehefrau Scheidungsklage gegen ihren Ehemann erhoben, die auf dessen ehewidrige Beziehungen zu anderen Frauen und auf Trunkfälligkeit gestützt war. Am 24. Mai 1937 fand in dieser Scheidungssache die letzte mündliche Verhandlung vor dem Landgericht statt. Durch Urteil vom 25. Mai 1937 ist die Scheidungsklage der Ehefrau abgewiesen worden. Die gegen dieses Urteil von der Ehefrau eingelegte Berufung ist durch Beschluß des Oberlandesgerichts vom 17. August 1937 als unzulässig verworfen worden, weil die Berufungsklägerin nicht rechtzeitig die Zahlung der von ihr erforderlichen Prozeßgebühr nachgewiesen hatte. Mit Klageschrift vom 17. August 1937 hat der Ehemann dann die gegenwärtige Scheidungsklage erhoben und sie auf Beschimpfungen und auf üble Nachrede gegründet, deren sich die Beklagte nach der letzten mündlichen Verhandlung im Vorprozeß schuldig gemacht habe. Das Landgericht hat diese Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat dagegen

durch Urteil vom 25. April 1938 der Scheidungsklage stattgegeben und die Ehe aus Verschulden der Beklagten geschieden. Die Revision gegen dieses Urteil hat das Oberlandesgericht für zulässig erklärt. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Seit der Erlassung des Berufungsurteils ist das Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6. Juli 1938 in Kraft getreten. Dieses Gesetz ist nach § 93 in der Revisionsinstanz auch dann anzuwenden, wenn die letzte mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht vor dem am 1. August 1938 erfolgten Inkrafttreten des Gesetzes stattgefunden hat.

Im Berufungsurteil wird zunächst ausgeführt, daß nach § 616 ZPO. der Kläger seine Scheidungsklage nicht mehr auf Tatsachen gründen könne, die vor dem 24. Mai 1937 lägen; denn diese Tatsachen habe er spätestens in der Schlußverhandlung, die am 24. Mai 1937 im Vorprozeß vor dem Landgericht stattgefunden hat, durch Widerklage geltend machen müssen. Dagegen könne der Kläger alle Vorfälle, die sich nach dem Schluß der landgerichtlichen Verhandlung im Vorprozeß vom 24. Mai 1937 zugetragen hätten, im gegenwärtigen Rechtsstreit als Scheidungsgründe verwenden. Denn diese Vorfälle habe der Kläger im Vorprozeß nicht mehr vortragen können, da es dort trotz der von der Beklagten (der ehemaligen Klägerin) eingelegten Berufung zu keiner mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz mehr gekommen sei, die Berufung der damaligen Klägerin vielmehr damals vom Oberlandesgericht durch Beschluß als unzulässig verworfen worden sei. Das Berufungsgericht führt dazu weiter aus, daß der Kläger (der Beklagte des Vorprozesses) jene nach der damaligen landgerichtlichen Schlußverhandlung eingetretenen Tatsachen nur im Wege der Widerklage hätte geltend machen können; daß er zu diesem Zweck hätte Berufung einlegen müssen; daß der Kläger eine selbständige Berufung nicht habe einlegen können, weil er durch das landgerichtliche Urteil, das die Scheidungsklage seiner Ehefrau abgewiesen hatte, nicht beschwert gewesen sei; daß der Kläger aber auch keinen Anlaß gehabt habe, sich der von seiner Ehefrau eingelegten Berufung anzuschließen, weil er damit habe rechnen dürfen, daß die von seiner Ehefrau eingelegte Hauptberufung — insbesondere

nachdem ihr Antrag, ihm durch einstweilige Verfügung die Zahlung eines Kostenvorschusses für die zweite Instanz aufzuerlegen, durch Beschluß des Oberlandesgerichts wegen Ausichtslosigkeit ihrer Prozeßführung zurückgewiesen worden war — zurückgenommen oder als unzulässig verworfen werden und seine Anschließberufung dadurch ihre Wirksamkeit verlieren würde.

Die Revision wendet gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts ein, daß eine solche Auslegung des § 616 BPD. dem Sinne des Gesetzes nicht entspreche. Das Gesetz stelle in dieser Vorschrift den Fall der Geltendmachung und den Fall der objektiv möglichen, aber unterbliebenen Geltendmachung von Scheidungstatsachen gleich; in beiden Fällen seien die Klage- bzw. Widerklagegründe verbraucht; eine Erwartung, wie sie das Berufungsgericht dem Kläger zubillige, sei dem Gedanken des § 616 BPD. fremd; diese Hoffnung des Klägers darauf, daß die von seiner Ehefrau eingelegte Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen werden würde, sei keineswegs sicher gewesen, sie habe auch fehlergehen können; wenn es auch tatsächlich damals so gekommen sei, daß die Ehefrau den Nachweis der Zahlung der Prozeßgebühr nicht rechtzeitig erbracht habe und die von ihr eingelegte Berufung daher als unzulässig verworfen worden sei, so habe der Kläger das doch nicht mit Sicherheit voraussehen können, und auch das Berufungsgericht könne nicht wissen, weshalb die Ehefrau damals die Prozeßgebühr nicht bezahlt habe.

Bei der Prüfung dieser Revisionsrüge erhebt sich zunächst die Frage, ob durch das neue Ehegesetz an dem durch § 616 BPD. geregelten prozeßrechtlichen Ausschluß des Scheidungsrechts etwas geändert ist. Diese Frage ist dahin zu beantworten, daß § 616 durch das neue Ehegesetz weder aufgehoben worden ist noch eine neue Fassung erhalten hat. Der prozeßrechtliche Ausschluß des Scheidungsrechts ist also bestehen geblieben und bemißt sich auch künftig nach der unberändert gebliebenen Vorschrift des § 616 BPD. Nur in einem Punkt enthalten die Übergangsvorschriften des neuen Gesetzes eine Einschränkung der genannten Vorschrift. Soweit es sich nämlich um Tatsachen handelt, die erst durch das neue Gesetz erheblich geworden sind, soll nach § 94 Satz 1 des neuen Gesetzes die Ausschlußwirkung des § 616 BPD. nicht eintreten. Handelt es sich dagegen um Tatsachen, die schon nach dem bisherigen Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs

als scheidungs begründende Tatsachen von Erheblichkeit waren, so bleibt es uneingeschränkt bei der Regel des § 616 ZPO. Danach kann der Kläger, der in einem früheren Rechtsstreit mit der Scheidungsklage abgewiesen worden ist, das Recht, die Scheidung zu verlangen, in einem neuen Prozeß nicht mehr auf Tatsachen gründen, die er in dem früheren Rechtsstreit geltend gemacht hat oder geltend machen konnte (§ 616 Satz 1); und auch der Beklagte des früheren Rechtsstreits kann, wenn die im früheren Rechtsstreit gegen ihn gerichtete Scheidungsklage abgewiesen worden ist, das Recht, die Scheidung zu verlangen, in einem neuen Prozeß als Kläger nicht mehr auf Tatsachen gründen, auf welche er in dem früheren Rechtsstreit eine Widerklage zu gründen imstande war (§ 616 Satz 2).

Von der Auslegung, welche diese Bestimmungen in der Rechtsprechung und im Schrifttum bisher gefunden haben, kann auch in Zukunft ausgegangen werden. Wenn § 616 vorschreibt, daß unter den dort in Satz 1 und Satz 2 bezeichneten Voraussetzungen das Scheidungsrecht wegen solcher Tatsachen ausgeschlossen sein soll, die der Scheidungslustige schon in einem früheren Rechtsstreit durch Klage geltend machen „konnte“ oder zu deren Geltendmachung durch Widerklage er schon in einem früheren Rechtsstreit „imstande war“, so ist das in der Rechtsprechung stets so verstanden worden, daß nicht jede abstrakte Möglichkeit der Geltendmachung einer scheidungs begründenden Tatsache im früheren Rechtsstreit deren Ausschluß in einem späteren Scheidungsprozeß herbeiführt, sondern daß dieser Ausschluß des Scheidungsrechts nur dann eintritt, wenn für die Partei die Möglichkeit bestand, sich durch das Vorbringen der neuen Tatsachen deren Berücksichtigung zu sichern, und sie diese Möglichkeit ungenützt hat verstreichen lassen. Dem Kläger war in dem Vorprozeß als dem siegreichen Beklagten der Weg der selbständigen Berufung mangels eigener Beschwer verschlossen. Es kam für ihn nur die Anschließung an eine vom Gegner eingelegte — zulässige — Berufung in Frage. Dadurch, daß die Berufung der Ehefrau nach § 519 Abs. 5, § 519b ZPO. als unzulässig verworfen wurde, war ihm auch dieser Weg verschlossen. Darauf, ob er mit dem Verfall der Nachweisfrist rechnen konnte oder nicht, kann es nicht ankommen. Denn einerseits hätte er mit einer alsbaldigen Anschließung die Berücksichtigung der neuen Tatsachen nach § 522 Abs. 1 ZPO. doch nicht sicherstellen können, und andererseits hätte ihm, wenn die Ehefrau die Frist des § 519

Abf. 5 ZPO. gewahrt hätte, nach § 522a Abf. 2 ZPO. noch der gesamte Zeitraum bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung für die Anschließung zur Verfügung gestanden. Bei dieser Rechtslage bestand für den Kläger als damaligen Beklagten kein Zwang, noch vor der Verwerfung der Berufung sich dieser anzuschließen, und die Unterlassung konnte demnach, gleichviel ob er mit dem Verfallen der Frist rechnen konnte oder nicht, die Ausschlußwirkung des § 616 ZPO. nicht nach sich ziehen.

(Die gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte seit dem 24. Mai 1937 eine Reihe von Eheverfehlungen begangen habe, gerichteten prozeßrechtlichen Angriffe werden zurückgewiesen. Die Auffassung des Berufungsgerichts, daß diese Verfehlungen der Beklagten unter Zugrundelegung des bis zum 1. August 1938 geltenden Eherechts das Scheidungsbegehren des Klägers rechtfertigten, wird gebilligt. Dann wird fortgefahren:)

Das angefochtene Urteil kann jedoch nicht aufrechterhalten werden, weil nach der eingangs wiedergegebenen Vorschrift des § 93 des Gesetzes vom 6. Juli 1938 der Entscheidung nun nicht mehr die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern die des Gesetzes vom 6. Juli 1938 zugrunde zu legen sind. An die Stelle des bisherigen § 1568 BGB. ist § 49 des neuen Ehegesetzes getreten. Nach § 49 des Ehegesetzes kann ein Ehegatte Scheidung begehren, wenn der andere durch eine schwere Eheverfehlung die Ehe schuldhaft so tief zerrüttet hat, daß die Wiederherstellung einer ihrem Wesen entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwartet werden kann. Der Unterschied der neuen Fassung von der des bisherigen § 1568 BGB. besteht im wesentlichen darin, daß an Stelle des Begriffs der Zumutung, der die Belange der beteiligten Ehegatten in den Vordergrund stellte, der Begriff der sittlichen Rechtfertigung des Scheidungsbegehrens getreten ist. Daher ist nach Satz 2 des § 49 die Scheidung namentlich dann abzulehnen, wenn der Scheidungskläger selbst eine Verfehlung begangen hat und wenn nach der Art dieser Verfehlung, insbesondere wegen des Zusammenhangs der Verfehlungen des anderen Ehegatten mit seinem eigenen Verschulden, sein Scheidungsbegehren bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist. Dem Sinn des Satzes 2 des § 49 entspricht es, diese Vorschrift auch dann anzuwenden, wenn es sich um solche eigenen Verfehlungen des Scheidungsklägers handelt, auf die der andere

Ehegatte wegen Fristablaufs oder wegen prozeßrechtlichen Ausschlusses (§ 616 ZPO.) keine Scheidungsklage mehr gründen könnte. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt könnten die von der Beklagten aufgestellten Behauptungen über die seit langem bestehende völlige Gleichgültigkeit des Klägers ihr gegenüber und über seine früheren Beziehungen zu anderen Frauen Bedeutung gewinnen, auch wenn die Beklagte solche Behauptungen bereits im Vorprozeß geltend gemacht hat oder hätte geltend machen können. Ob und inwieweit diese von der Beklagten aufgestellten Behauptungen richtig sind, bedarf deshalb nach dem neuen Rechtszustand der Erörterung. Da Feststellungen hierüber sich nicht ohne neue Beweisaufnahme, sei es auch nur durch persönliche Anhörung der Parteien, treffen lassen, muß die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückerwiesen werden (§ 93 Abs. 2 des Ehegesetzes).