

28. 1. Kann der Revisionskläger, wenn die letzte mündliche Verhandlung bei dem Berufungsgerichte vor dem Inkrafttreten des neuen Ehegesetzes stattgefunden hat, einen durch dieses Gesetz geschaffenen Scheidungsgrund im Revisionsverfahren auch dann erstmalig vorbringen, wenn seine Revision nach dem bisherigen Rechte keinen Erfolg haben könnte?

2. Zur Beachtlichkeit des Widerspruchs der Frau gegen die Scheidung nach § 55 EheG.

Ehegesetz § 55 Abs. 2, § 93.

IV. Zivilsenat. Urf. v. 30. März 1939 i. S. Chemann K. (Pl.) w. Ehefrau K. (Bekl.). IV 214/38.

I. Landgericht Chemnitz.

II. Oberlandesgericht Dresden.

Der Kläger ist 1883, die Beklagte 1877 geboren, beide haben am 27. Februar 1909 die Ehe miteinander geschlossen, aus der in den Jahren 1909 bis 1915 vier Kinder hervorgegangen sind. Seit dem 1. August 1920 leben die Parteien getrennt, nachdem der Kläger im Anschluß an einen Streit die Wohnung verlassen hatte, in welcher die Beklagte mit den Kindern blieb. Ein Ehrechtsstreit der Parteien, in dem der Kläger Scheidung nach § 1568 BGB. und schließlich hilfsweise die Verurteilung der Beklagten zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft begehrt, die Beklagte mit der Widerklage ebenfalls Scheidung wegen Ehebruchs beantragt hatte, endete damit, daß die Beklagte durch Urteil des Kammergerichts vom 16. Mai 1925 unter Ablehnung des beiderseitigen Scheidungsbegehrens rechtskräftig zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft verurteilt wurde. Im jetzigen Rechtsstreit hat der Kläger, da die Gemeinschaft inzwischen nicht hergestellt worden ist, die Scheidung der Ehe nach § 1567 Abs. 2 Nr. 1 BGB. begehrt. Während das Landgericht der Klage stattgegeben hatte, hat sie das Berufungsgericht durch sein auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1938 ergangenes Urteil abgewiesen. Mit der Revision hält der Kläger sein Scheidungsverlangen aufrecht, das er jetzt auch auf § 55 EheG. stützt. Die Beklagte widerspricht einer solchen Scheidung und beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels, hilfsweise, den Kläger für schuldig an der Scheidung zu erklären. Auf die Revision ist die Ehe der Parteien geschieden worden.

## Gründe:

Das Berufungsgericht hat dem Kläger die Scheidung aus § 1567 BGB. verweigert, weil die Beklagte sich nicht gegen seinen Willen von der häuslichen Gemeinschaft ferngehalten hat. Die Trennung der Parteien sei dadurch erfolgt, daß der Kläger aus der Ehemwohnung weggegangen sei und der Beklagten die Wohnung samt der Einrichtung zurückgelassen habe. Die Beklagte habe zwar späterhin die Wohnung gewechselt, aber auch ihre neue Wohnung sei geeignet gewesen, den Kläger aufzunehmen. Unter diesen Umständen hätte die häusliche Gemeinschaft dadurch hergestellt werden können, daß der Kläger in diese Wohnung zurückgekehrt wäre. Der Kläger habe dagegen nur in Untermiete gewohnt und seine Wohnung häufiger gewechselt, er habe also keine andere Wohnung zur Verfügung gehabt, die für die Gemeinschaft der Eheleute in Betracht gekommen sei. Schon der Umstand, daß der Kläger im ersten Rechtsstreite Scheidung verlangt und den Antrag auf das Herstellungs-urteil erst gestellt habe, als er nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme mit einem Mißerfolge des Scheidungsbegehrens habe rechnen müssen, zeige, daß ihm ernstlich an der Herstellung der Gemeinschaft mit seiner über fünf Jahre älteren Frau nichts gelegen habe. Diese Auffassung werde bestätigt durch den Umstand, daß er während vieler Jahre nach dem Herstellungs-urteil keine Schritte gegen die Beklagte unternommen und sogar noch eine Erhöhung der Unterhaltsrente anerkannt habe. Seine Angabe, er habe die Beklagte brieflich mehrfach zur Rückkehr aufgefordert, habe er nicht beweisen können. Im Gegenteil zeige sein eigener Vortrag vom Inhalt der Briefe, daß es sich dabei vornehmlich nur um Unterhaltsfragen gehandelt habe. Sofern der Kläger ernstlich darauf bestanden hätte, würde die Beklagte, wie nach den im Berufungs-urteil näher dargelegten Umständen anzunehmen sei, die häusliche und eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt haben, und zwar schon aus wirtschaftlichen Gründen. Es komme nicht darauf an, ob die Beklagte von Anfang an nicht beabsichtigt habe, dem gegen sie ergangenen Urteil Folge zu leisten. Der Scheidungsgrund fehle deshalb, weil der Kläger selbst die Herstellung gar nicht gewünscht, die Beklagte sie also nicht in bösslicher Absicht gegen seinen Willen unterlassen habe.

Diese Darlegungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsirrtum erkennen, werden auch von der Revision nicht angegriffen.

Dagegen stützt die Revision das Scheidungsbegehren nunmehr auf § 55 EheG. Da die letzte mündliche Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 12. Juli 1938, also vor dem 1. August 1938 und damit vor dem Inkrafttreten des Ehegesetzes stattgefunden hat, kann der Kläger auch vor dem Revisionsgericht § 55 EheG. zur neuen Grundlage seines Scheidungsverlangens machen (§ 93 Abs. 1 EheG.); denn er kann noch im dritten Rechtszuge solche neuen Tatsachen vorbringen, die erst durch das Ehegesetz erheblich geworden sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Revision auch nach dem früheren Rechte hätte Erfolg haben müssen (dagegen wohl Rilk Das neue Eherecht Bem. I zu § 93); denn die Anordnung, daß das neue Gesetz auch dann in der Revisionsinstanz anzuwenden ist, wenn es zur Zeit der letzten Verhandlung vor dem Berufungsgerichte noch gar nicht galt, kann nur dahin verstanden werden, daß es nicht entscheidend auf die Richtigkeit des Berufungsurteils nach dem bisherigen Recht ankommen soll.

Nach § 93 Abs. 2 EheG. kann das Reichsgericht über dieses Scheidungsverlangen in der Sache selbst entscheiden; denn es erweist sich ohne Beweisaufnahme als begründet. Die häusliche Gemeinschaft der Parteien ist nicht nur seit drei Jahren, sondern seit fast 20 Jahren aufgehoben. Die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft zwischen ihnen ist nicht zu erwarten; denn das eheliche Verhältnis ist tiefgreifend unheilbar zerrüttet. Das geht ohne weiteres aus der langen Dauer der Trennung im Zusammenhange mit der Tatsache hervor, daß beide Gatten in- zwischen nicht zueinander zurückgefunden, sondern versucht haben, die Scheidung der Ehe zu erreichen. Zwar hat die Beklagte ihre Widerklage auf Scheidung dann zurückgenommen, mag also anderen Sinnes geworden sein; aber trotz ihrer Beurteilung zur Herstellung der ehelichen Gemeinschaft hat sich an dem Zustande der Ehe nichts geändert. Auch der anhängige Rechtsstreit läßt erkennen, daß zum mindesten der Kläger diese Ehe unter keinen Umständen fortsetzen will und würde. Die Zerrüttung der Ehe hat der Kläger zum mindesten überwiegend verschuldet; denn er hat die häusliche Gemeinschaft aufgehoben, und der von ihm bald begonnene Scheidungsstreit hat ergeben, daß er zur Trennung keinen ausreichenden Grund hatte. Die Beklagte konnte deshalb einer Scheidung aus § 55 EheG. widersprechen, und es ist zu untersuchen, ob die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger

Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist. Das ist nach dem Sachverhalt zu bejahen und somit die Ehe zu scheiden, wobei der Kläger als der schuldige Teil an der Scheidung zu erklären ist.

Bei der Entscheidung über den Widerspruch ist vor allem zu beachten, daß die Parteien fast zwei Jahrzehnte getrennt leben, die Ehe also längst zu einer hohlen Form herabgesunken ist, von deren Weiterbestehen die Allgemeinheit keinerlei Vorteile haben kann. Weiter ist es von Bedeutung, daß die Beklagte fast sechs Jahre älter ist als der Kläger. Dieses Verhältnis der Lebensalter widerspricht der Regel und ist erfahrungsgemäß besonders geeignet, den Bestand einer Ehe zu gefährden. Wenn die Beklagte den so erheblich jüngeren Mann heiratete, so trägt sie damit zu einem wesentlichen Teile die Verantwortung für die Entwicklung dieser Ehe. Zur Zeit stehen beide Parteien schon im höheren Lebensalter, der Kläger ist fast 56 Jahre alt, die Beklagte 61 Jahre. Deshalb wird die Beklagte durch die Scheidung wesentlich härter betroffen, als wenn die Ehe bald nach der Trennung aufgelöst worden wäre. Daß es zu einer früheren Auflösung nicht gekommen ist, hat aber die Beklagte selber veranlaßt, indem sie ihre Widerklage nicht weiterverfolgt hat, obwohl diese nach der Feststellung im früheren Rechtsstreit Erfolg gehabt haben würde. Nach der jetzigen Auffassung hätte die Beklagte richtiger gehandelt, die Ehescheidung damals durchzuführen, als den Kläger an einer Ehe festzuhalten, die mit dem wahren Wesen der Ehe nichts gemein hatte, um deren Heilung aber in der Folgezeit auch die Beklagte sich nicht ernstlich bemüht hat. Bei dieser Sachlage muß auch die Vorsorge, die § 69 EheG. für den Unterhalt der geschiedenen Frau trifft, für die Beklagte als ausreichend angesehen werden, zumal sie vier längst erwachsene Kinder hat, die in äußersten Falle für sie sorgen können und müssen. Diese Kinder sind nicht mehr unterhalts- oder erziehungsbedürftig, können deshalb mit eigenen Belangen der Scheidung nicht im Wege stehen. Insofern unterscheidet sich der Fall von dem Sachverhalt in der Entscheidung des erkennenden Senats vom 23. März 1939 (S. 41 dieses Bandes). Beachtlich bleibt aber der in jener Entscheidung hervorgehobene Gesichtspunkt, daß die Beklagte ihre Pflicht als Frau nicht nur gegenüber dem Kläger, sondern auch gegenüber der Volksgemeinschaft erfüllt hat, indem sie vier Kindern das Leben schenkte.

Die an diese Tatsache in der angegebenen Entscheidung geknüpften Erwägungen, die dort zur Verurteilung der Scheidung geführt haben, können hier jedoch nicht dasselbe Ergebnis haben; denn sie treffen hier in den wichtigsten Punkten nicht zu. Die Kinder der Parteien sind erwachsen. Sie belasten die Beklagte daher nicht mehr mit Pflichten, die ihre weitere Lebensführung bestimmen müssen; für den Bestand und die Entwicklung der Familie hat die Scheidung der längst wertlos und unwirksam gewordenen Ehe keinerlei Bedeutung mehr. Bei dieser Sachlage kann auch die Tatsache, daß die Beklagte Mutter von vier Kindern ist, es nicht rechtfertigen, eine solche Ehe aufrechtzuerhalten und damit dem Kläger den Weg zu einer neuen Ehe zu verlegen, die bei seinem Lebensalter nicht ausgeschlossen erscheint.