

72. Ist auch nach dem in Österreich geltenden Recht nach dem Tod eines Ehegatten während des Scheidungsstreites über die Kostenersatzpflicht gemäß dem Ausgange des Rechtsstreites zu entscheiden, den dieser genommen hätte, wenn noch zur Hauptsache zu erkennen wäre?

Verordnung zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehecheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet (Ehegesetz) vom 27. Juli 1938 (RGBl. I S. 923).

IV. Zivilsenat. Ur. v. 26. Oktober 1939 i. S. Ehefrau S. (Bekl.)  
w. Ehemann S. (kl.). IV 163/39.

I. Landgericht Linz (Donau).  
II. Oberlandesgericht Wien.

Die Frage wurde bejaht aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

## Gründen:

Der Mann hatte aus dem Verschulden der Frau auf Scheidung der Ehe von Tisch und Bett geklagt. Die Frau hatte die Abweisung der Klage beantragt und behauptet, das Verschulden treffe den Mann. Das erste Gericht hat die Ehe von Tisch und Bett aus dem Verschulden beider Ehegatten geschieden. Die Berufung beider Parteien ist ohne Erfolg geblieben. Die Kosten sind in beiden Rechtsgängen gegeneinander aufgehoben worden. Gegen das Urteil des Berufungsgerichts hat nur die Beklagte Revision eingelegt mit dem Antrag auf Abänderung des Urteils und Abweisung des Scheidungsbegehrens. Inzwischen war das Ehegesetz in Kraft getreten, und der Kläger hat daher gemäß § 117 EheG. die Fortsetzung des Verfahrens mit dem Ziele der Scheidung der Ehe nach dem neuen Ehegesetz beantragt. Während des Revisionsverfahrens starb er. Sein Prozeßbevollmächtigter erklärte gemäß § 81 DurchfW. vom 27. Juli 1938, den Rechtsstreit nur noch wegen der Kosten fortzusetzen.

Eine Scheidung der Ehe kommt nach dem Tode des Mannes nicht mehr in Betracht. Der Rechtsstreit ist in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen, ist aber wegen der Kosten fortzusetzen. Diese aus § 628 RZB. übernommene Bestimmung macht es abweichend von dem sonst in Österreich geltenden Prozeßkostenrecht dem Gericht zur Pflicht, die Frage, ob und wem Kosten zu ersetzen sind, danach zu beantworten, ob der Scheidungsanspruch der klagenden Partei bestanden hat und wie die Schuldfrage zu beurteilen gewesen wäre. Diese Fragen bilden hier aber nicht den Gegenstand eines in der Sache ergehenden Erkenntnisses, sondern nur die Vorfrage für den Kostenersatz (vgl. Antoni in Volkmar's Erläuterungsbuch zum großdeutschen Eherecht S. 450).

Das Revisionsgericht hat daher nur noch über die Kostenersatzansprüche und nicht mehr sachlich über die Revision zu entscheiden. Da es sich nicht um die Überprüfung in der Hauptsache handelt, finden die Bestimmungen des Verfahrens über die Revision beim Revisionsgericht keine Anwendung und die anhangsweise zu treffende Kostenentscheidung kann auf Grund nichtöffentlicher Sitzung ohne mündliche Revisionsverhandlung ergehen. Daran ändert es nichts, daß nach bestehender Übung (Ez. Bd. V S. 16 mit dem angeführten, überwiegend gegenteiligen Schrifttum, das noch durch Sperl Lehrbuch

der bürgerlichen Rechtspflege §. 737 zu ergänzen ist) diese Kostenentscheidung ebenso wie bei Einschränkung des Begehrens auf den Kostenanspruch in Form eines Urteils zu ergehen hat...