

51. 1. Kann die Aufforderung aus § 57 Abs. 1 Satz 4 EheG. auch in einem Prozeßschriftsatz enthalten sein?

2. Zur Auslegung des § 1353 Abs. 2 BGB.

BGB. § 1353 Abs. 2 in der Fassung des § 83 EheG. EheG. § 57 Abs. 1 Satz 4, § 59 Abs. 1.

IV. Zivilsenat. Ur. v. 11. April 1940 i. S. Ehefrau M. (Bekl.)
w. Ehemann M. (kl.). IV 560/39.

I. Landgericht Köln.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien haben am 8. Oktober 1909 die Ehe geschlossen. Seit dem 16. November 1936 leben sie getrennt. An diesem Tag ist die Beklagte mit ihren Töchtern aus der ehelichen Wohnung ausgezogen. Ein Ende November 1936 begonnener Rechtsstreit endete damit, daß die Scheidungswiderklage des jetzigen Klägers durch Urteil des Oberlandesgerichts vom 13. Januar 1938 abgewiesen wurde.

Mit Schreiben vom 8. Februar 1938 forderte der Kläger die Beklagte auf, die häusliche Gemeinschaft wiederherzustellen. Da die Beklagte dieser Aufforderung nicht nachgekommen ist, hat er im Juni 1938 Klage auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft erhoben. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Während des Berufungsverfahrens forderte der Kläger in seinem Schriftsatz vom 14. Oktober 1938 — der dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten spätestens am 10. November 1938 zugegangen ist — unter Bezugnahme auf § 57 Abs. 1 Satz 4 EheG. die Beklagte erneut auf, „entweder die häusliche und eheliche Gemeinschaft herzustellen oder Klage auf Scheidung zu erheben“. Die Beklagte leistete auch dieser Aufforderung keine Folge. Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen worden. Ihre Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung aus folgenden

Gründen:

1. Der Berufungsrichter geht mit Recht davon aus, daß die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet sind und daß hierzu auch die häusliche Gemeinschaft gehört. Er stellt zunächst fest, daß das Verlangen des Klägers, die Beklagte solle die häusliche Gemeinschaft mit ihm wiederherstellen, ernst gemeint sei, daß der Kläger also wirklich ein Zusammenleben mit der Beklagten erstrebe und willens sei, die Ehe aufrechtzuerhalten. Er fügt hinzu, der Umstand, daß der Kläger in dem früheren — von der Beklagten eingeleiteten — Eherechtsstreit auch seinerseits die Scheidung beantragt habe, spreche nicht entscheidend gegen solche Würdigung seines jetzigen Verhaltens. Diese Feststellung liegt durchweg auf tatsächlichem Gebiet und läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Die Revision rügt hierzu, das Oberlandesgericht sei nicht darauf eingegangen, daß der Kläger in dem früheren Rechtsstreite selbst die Ehe als endgültig zerrüttet und die Scheidung als unvermeidbar bezeichnet, auch zugestanden habe, daß er kein tabelloser Ehemann gewesen sei, daß er sich ferner bereit erklärt habe, die Mitschuld auf sich zu nehmen, wenn er dadurch die Scheidung erreichen könne. Weiter rügt die Revision, das Oberlandesgericht habe es unterlassen, sich mit der Behauptung der Beklagten auseinanderzusetzen, daß der Kläger vor der Trennung der Parteien wiederholt geäußert habe, er sei doch ein Schaf gewesen, daß er wieder zurückgekommen sei, wo er es so schön und ein freies

Leben gehabt habe, er werde die Beklagte schon dahin bringen, wo er sie hin haben wolle. Mit beidem hat sich allerdings der Berufungsrichter nicht ausdrücklich befaßt. Das war jedoch auch nicht erforderlich, da er seine Überzeugung davon, der Kläger meine sein Herstellungsverlangen jetzt ernstlich, ausschließlich aus dem Verhalten hergeleitet hat, das der Kläger nach dem seine Scheidungswiderklage abweisenden Erkenntnis vom 13. Januar 1938 gezeigt habe. Es ist durchaus möglich, daß ein Ehegatte ursprünglich geglaubt hat, von dem anderen loskommen zu können, sich in diesem Sinn ausgesprochen und zur Begründung seiner Scheidungsklage gemäß § 1568 BGB. auch vorgebracht hat (und hat vorbringen müssen), die Ehe sei endgültig zerrüttet, daß er dann aber, wenn er damit keinen Erfolg gehabt hat, seine Gesinnung ändert und ernstlich gewillt wird und gewillt bleibt, die Ehe jetzt wiederherzustellen und die häusliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen.

2. Der Berufungsrichter erörtert sodann, ob die Beklagte die Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft mit der Begründung verweigern könne, sie sei berechtigt, auf Scheidung zu klagen (§ 1353 Abs. 2 Satz 2 BGB.). Er verneint ein solches Recht der Beklagten, weil der Kläger sie spätestens am 10. November 1938 gemäß § 57 Abs. 1 Satz 4 EheG. aufgefordert habe, entweder die häusliche Gemeinschaft herzustellen oder die Klage auf Scheidung zu erheben, weil sie aber die Klage bis zum 29. Juni 1939 nicht erhoben habe, auch neue, nach dem Empfange der Aufforderung liegende Tatsachen, welche die Scheidung rechtfertigen könnten, nicht geltend gemacht habe. Auch insoweit sind die Ausführungen des Berufungsrichters rechtlich nicht zu beanstanden. Es bestehen keine Bedenken dagegen, eine Aufforderung gemäß § 57 Abs. 1 Satz 4 EheG. auch dann als wirksam anzusehen, wenn sie in einem wegen Herstellung der Gemeinschaft bereits anhängigen Rechtsstreite durch den Streitvertreter des Klägers ausgesprochen und wenn sie nicht dem andern Ehegatten selbst, sondern dessen Streitvertreter zugesandt wird. Daß der zur Erhebung und Durchführung der Herstellungsklage bestellte Prozeßbevollmächtigte berechtigt sei, eine solche Aufforderung zu erlassen, hat das Reichsgericht schon früher für die gleichlautende Bestimmung des — durch das Ehegesetz aufgehobenen — § 1571 Abs. 2 Satz 2 BGB. angenommen (Recht 1910 Nr. 1983). Daran ist festzuhalten. Wesentlich ist nur, daß die Aufforderung wirklich dem Willen des Klägers ent-

pricht; und daß dies bei der Aufforderung im Schriftfaze vom 14. Oktober 1938 nicht der Fall gewesen wäre, macht die Beklagte selbst nicht geltend. Es ist aber auch nicht nötig, daß die Aufforderung dem anderen Ehegatten persönlich und unmittelbar zugesandt werde. Vielmehr genügt es, wenn sie ihm dadurch bekannt wird, daß der Empfänger sie an ihn entsprechend dem Willen des Auffordernden weiterleitet. Das ist aber unstrittig vor dem 29. Dezember 1938 geschehen. Unerörtert kann daher bleiben, ob eine in einem Prozeßschrifffaz enthaltene Aufforderung nach § 57 Abs. 1 Satz 4 EheG. auch dann geeignet wäre, die Frist zur Erhebung der Scheidungsflage in Lauf zu setzen, wenn der Aufgefordernte von ihr nichts erfahren hat, weil sein Streitvertreter es unterlassen hat, sie ihm mitzuteilen. Ebenso kann bei der hier gegebenen Sachlage dahinstehen, ob unter Umständen schon in der Klage auf Herstellung der ehelichen Gemeinschaft eine Aufforderung nach § 57 Abs. 1 Satz 4 EheG. erblickt werden könnte (vgl. Staudinger BGB. Bem. 3 d α zu § 1571; RG. in JW. 1911 S. 405 Nr. 21, 1908 S. 433 Nr. 8).

Keine Bedenken sind auch dagegen zu erheben, daß der Berufungsrichter die Entscheidung, ob die Beklagte ihr Scheidungsrecht gemäß § 1353 Abs. 2 Satz 3 BGB., § 57 Abs. 1 EheG. verloren habe, nicht auf den Zeitpunkt der Erhebung der Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft, sondern auf den 29. Juni 1939 als den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im zweiten Rechtsgang abgestellt hat. Für die Frage, ob ein Scheidungsanspruch besteht oder nicht, ist lediglich der Sachstand zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatrichter maßgebend; und ebenso wie Scheidungsgründe berücksichtigt werden müssen, die erst während des Rechtsstreits entstanden sind, muß es beachtet werden, wenn ein Scheidungsgrund während des Rechtsstreits — etwa durch Verzeihung oder, wie hier, durch Fristablauf — weggefallen ist. Aus der Vorschrift des § 59 Abs. 1 EheG., auf die sich die Revision bezieht, ergibt sich nichts anderes. § 59 Abs. 1 EheG. bestimmt, daß während eines Scheidungsstreites ein Scheidungsgrund noch geltend gemacht werden könne, wenn die Frist zu seiner Geltendmachung bei der Klagerhebung noch nicht abgelaufen war; ein Rechtsstreit auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft ist aber kein Scheidungsstreit, sondern gerade das Gegenteil von einem solchen, da er nicht auf die Auflösung der Ehe, sondern auf ihre Aufrechterhaltung

gerichtet ist. Die beiden Arten von Rechtsstreitigkeiten bei der Anwendung des § 59 Abs. 1 EheG. gleich zu behandeln — wie die Revision anheimgibt —, verbietet schon die Erwägung, daß ja der Kläger, wenn seine jetzige Wiederherstellungsklage deshalb abgewiesen würde, weil die Beklagte zur Zeit der Erhebung dieser Klage ihrerseits auf Scheidung hätte klagen können, unmittelbar nach Erlass des Klageabweisenden Urteils eine neue gleichartige Klage erheben und die Beklagte dieser neuen Klage, nachdem inzwischen die Frist des § 57 EheG. abgelaufen wäre, mit jenem Einwande nicht mehr begegnen könnte.

3. Endlich verneint der Berufungsrichter, daß das Verlangen des Klägers als Mißbrauch seines Rechts zu betrachten sei. Er spricht aus, der Beklagten könne zugemutet werden, das Zusammenleben mit ihren erwachsenen Töchtern aufzugeben und von ihnen weg wieder zum Kläger zu ziehen. Insofern handelt es sich um eine dem Tatrichter obliegende Würdigung; und das Ergebnis, zu dem der Berufungsrichter gekommen ist, kann rechtlich nicht beanstandet werden. Wohl aber rügt die Revision mit Recht, daß der Berufungsrichter das Vorbringen der Beklagten in ihrer Berufungsbegründung übergangen habe. Dort hatte die Beklagte ausdrücklich vorgebracht, nach dem gesamten Verhalten des Klägers sei der Schluß gerechtfertigt, daß sein Verlangen auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft einen Rechtsmißbrauch darstelle, und hatte, indem sie das Verhalten des Klägers im einzelnen schilderte, zusammenfassend erklärt, man könne ihr bei dieser Sachlage nicht zumuten, noch ein zweites Mal zu ihrem Manne zurückzukehren, da seine schönen Worte, mit denen er zu Prozeßzwecken seine Bereitschaft beteuerte, wieder eine harmonische Ehe aufzubauen, nicht ernst zu nehmen seien. Der Prüfung dieses Einwandes war der Berufungsrichter nicht etwa deshalb enthoben, weil er festgestellt hatte, der Kläger erstrebe ernstlich ein Zusammenleben mit der Beklagten. Denn das schloß und schließt keineswegs aus, daß der Kläger nicht gewillt oder nicht imstande sein werde, dann, wenn die Beklagte zu ihm zurückkehre, sich anders zu benehmen als vorher; vielmehr ist es recht wohl möglich, daß er sich künftig in einer Weise verhalten wird, die der Beklagten das Zusammenleben mit ihm unerträglich machen müßte. Ob eine solche Beforgnis ernstlich begründet ist, wird daher der Tatrichter noch zu prüfen haben, und zu diesem Zwecke muß der

Rechtsstreit zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dabei wird für die Beweislast folgendes zu beachten sein: Grundsätzlich liegt der Beklagten der Beweis für ihre Behauptung ob, das Verhalten des Klägers werde in Zukunft, wenn sie wieder zu ihm ziehe, derart sein, daß ihr ein Zusammenleben mit ihm nicht zumuten sei. Dieser Beweis kann im Einzelfalle dadurch erbracht werden, daß ein Verhalten des Klägers in der Vergangenheit dargetan wird, welches den Schluß rechtfertigt, er werde sich auch künftig so benehmen, daß eine dem Wesen der Ehe entsprechende Gemeinschaft nicht werde bestehen können; und es würde dann Sache des Klägers sein, dem Gericht die Überzeugung zu verschaffen, daß eine solche Besorgnis gleichwohl nicht begründet sei. Hierfür kann z. B. von Bedeutung sein, ob das frühere Verhalten des Klägers auf seiner Wesensart beruhte oder ob es mehr durch äußere Ereignisse und Vorkommnisse veranlaßt war, oder auch, ob der Kläger zu Unrecht den Standpunkt vertritt, daß sein bisheriges Verhalten nicht zu beanstanden sei, oder ob er zugibt, daß ein Benehmen, wie es ihm vorgeworfen wird, mit dem Wesen der Ehe nicht im Einklang stehe. Eine allgemeine Regel des Inhalts, ein Ehegatte, der sich früher ehewidrig benommen habe, werde es auch künftig tun, kann dagegen nicht aufgestellt werden; und es ist daher nicht angängig, in allen Fällen von demjenigen, der die Wiederherstellung der Gemeinschaft begehrt, den Nachweis zu fordern, daß er sein Verhalten ändern werde. Ein solcher Nachweis würde auch zum mindesten dann, wenn es sich — wie hier — um ein Verhalten gehandelt hat, das bloß während des Zusammenlebens von Bedeutung ist, überhaupt nicht erbracht werden können, da sich der Kläger auf die Versicherung beschränken müßte, er werde sich in Zukunft anders benehmen, und eine auch nur einigermaßen zuverlässige Beurteilung, ob die Zusicherung ernst gemeint ist und ob sie gehalten werden wird, vielfach kaum möglich sein wird.