

**10. Ist im Streitverfahren in Ehesachen nach österreichischem Verfahrenrecht die Zurückziehung der Klage im zweiten Rechtsgange zulässig?**

Durchführungsverordnung zum Ehegesetz vom 27. Juli 1938 (RGBl. I S. 923) § 76. Öst. ZPO. § 237.

IV. Zivilsenat. Ur. v. 29. Januar 1941 i. S. Ehemann S. (Kl.) gegen Ehefrau S. (Bekl.). IV 301/40.

I. Landgericht Linz (Donau).

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Frage wurde bejaht aus folgenden, auch den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Auf die Klage des Mannes hat das Gericht des ersten Rechtsganges die Ehe aus beiderseitigem, auf Seiten des Mannes jedoch überwiegendem Verschulden geschieden. Gegen das Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt mit dem Antrage, das Überwiegen des Verschuldens der Beklagten festzustellen. Vor der — von den Parteien unbefucht gelassenen — Berufungsverhandlung haben die Parteien erklärt, einander verziehen zu haben und wieder als Ehegatten leben zu wollen, und beantragt, das Urteil abzuändern und das Scheidungsbegehren abzuweisen oder das Urteil aufzuheben und die Rechtsache an das erste Gericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht hat es bei der Scheidung belassen und der Berufung dahin stattgegeben, daß der Ausspruch über das Überwiegen der Schuld des Klägers entfalle. Es begründet dies damit, daß das neue Vorbringen über die Versöhnung der Ehegatten nur im Rahmen der sich auf die Schuldfrage beschränkenden Anfechtung des ersten Urteils beachtet werden könne, so daß die rechtskräftig gewordene Scheidung der Ehe aus dem Verschulden beider Ehegatten bestehen bleiben müsse. Dagegen richtet sich die Revision beider Ehegatten mit dem Ziel, aus dem Revisionsgrunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung der Rechtsache das

Urteil dahin abzuändern, daß das Scheidungsbegehren abgewiesen werde.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß vom ersten Gericht die Ehe rechtskräftig geschieden worden sei; in das Berufungsverfahren sei nur die Frage des Verschuldens erwachsen. Dem entgegen hat das Reichsgericht wiederholt, besonders in den Entscheidungen IV B 33/39 vom 18. September 1939 (RGZ. Bd. 161 S. 222) und IV B 39/40 vom 17. Oktober 1940 (RGZ. Bd. 165 S. 62), aus dem auch für den Bereich des österreichischen Rechts anzunehmenden Grundsatz der Einheitlichkeit des Erkenntnisses in Ehesachen gefolgert, daß über Klage und Widerklage auf Scheidung oder Aufhebung einerseits und über die Frage des Verschuldens, also auch des überwiegenden Verschuldens, andererseits einheitlich, d. h. auf Grund eines Verfahrens und in einem Urteil erkannt werden müsse. Das sachliche Ergebnis des Rechtsstreits läßt darüber nur ein einheitliches Urteil zu, das nur im ganzen der Rechtskraft fähig ist. Ein Teilurteil über die Scheidung, losgelöst von der Verschuldensfrage, ist nicht zulässig. Wenn also ein Rechtsmittel auch nur einen Teil des den Rechtsstreit in einem Rechtsgang erledigenden Urteils ergreift, so wird damit die Rechtskraft des ganzen Urteils gehemmt. Die vom Rechtsmittel nicht erfaßten Teile des Urteils bleiben ebenfalls nicht bestehen, wenn sie auch insofern Bedeutung behalten, als sie für die höheren Gerichte und im Falle der Aufhebung des Urteils auch für das untere Gericht eine Bindung ergeben, so daß das später ergehende Urteil die Partei, welche kein Rechtsmittel eingelegt hatte, nicht besser stellen darf als das ursprüngliche Urteil.

Ist aber sowohl der Ausdruck über die Scheidung wie der über das beiderseitige Verschulden noch nicht durch die Rechtskraft gedeckt, so können die Parteien auch noch mit Wirkung im Rahmen ihrer verfahrensrechtlichen Befugnisse über ihre Anträge und ihr Begehren verfügen. Der Kläger hat im Berufungsverfahren vor der Berufungsverhandlung die Abweisung seines Scheidungsbegehrens beantragt. Er hat damit erklärt, seine Klage unter Verzicht auf den Anspruch zurückzuziehen, worüber, da die Beklagte damit einverstanden war, nach ihrem Antrage mit Verzichtsurteil zu erkennen war. Das österreichische Recht kennt allerdings entsprechend dem Aufbau des Berufungsverfahrens grundsätzlich keine Klageänderung im zweiten Rechtsgange, so daß es zweifelhaft sein kann, ob eine Klagerückziehung

in diesem Stande der Sache zulässig ist (§§ 235, 237, 483 Ost. ZPO.). In Ehefachen hat jedoch § 76 Abs. 1 DurchfPO. vom 27. Juli 1938 das Berufungsverfahren wesentlich anders gestaltet, indem er die Vorschrift des § 614 RZPO. übernommen hat. Wenn auch der Wortlaut des § 76 Abs. 1 sich entsprechend dem des angeführten § 614 darauf beschränkt, daß bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden können, so hat doch damit ersichtlich der Grundsatz der Unabänderlichkeit der Klage im Rechtsmittelverfahren allgemein durchbrochen werden sollen. Ist aber die Unabänderlichkeit damit beseitigt, so kann folgerichtig auch kein Hindernis bestehen, eine Rückziehung der Klage auch noch im zweiten Rechtsgang als zulässig und beachtlich anzunehmen.

Bei Berücksichtigung des Antrages der Beklagten auf Abweisung des Klagebegehrens infolge Verzichts ergibt sich, daß die Abänderung in diesem Sinne begründet (§ 394 Ost. ZPO.), der Revision daher stattzugeben ist.