

39. 1. Unterschied in der rechtlichen Stellung der Mutter dem vorwiegenden Erziehungsrechte des Vaters gegenüber, je nachdem eine gerichtliche Trennung der Ehe stattgefunden, bezw. ein Ehetrennungsprozeß wenigstens schon anhängig ist, bezw. doch wenigstens einredeweise das Recht, von dem anderen Ehegatten getrennt zu leben, bereits gerichtlich in Anspruch genommen ist, oder von allem diesem noch nichts vorliegt.

2. Kann ein Revisionsgrund darin gefunden werden, daß das Berufungsgericht die auf Grund von §. 139 C.P.O. beantragte Aussetzung der Verhandlung aus einem rechtsirrigen Grunde abgelehnt hat?

VI. Civilsenat. Urth. v. 7. März 1887 i. S. Sch. Ehefrau (Bekl.) w. ihren Ehemann (Kl.). Rep. IIIa. 386/86.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Gründe:

„Daß die von dem Vater auf Auslieferung seiner zwei kleinen Kinder gerichtete Klage mit Recht für an sich begründet erklärt sei, unterlag keinem Bedenken. Denn nach gemeinem deutschen Rechte steht ein solcher Anspruch dem Vater gegen jeden Dritten, welcher ihm sein Kind vorenthält, an sich zu, zunächst als dem Inhaber der väterlichen Gewalt, aber sodann auch abgesehen hiervon.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 10 S. 115.

Auch in der Verwerfung der von der Beklagten, als Mutter der Kinder, aus dem Interesse der letzteren hergenommenen Einrede konnte, wenn man einstweilen von der Berufung der Beklagten auf den von ihr anhängig gemachten Ehescheidungsprozeß absieht, eine Rechtsverletzung nicht gefunden werden. Das Reichsgericht hat früher (a. a. O. S. 116) ausgesprochen, daß jedenfalls dritte Personen außer der Mutter eine

solche Einrede vorzuschützen überhaupt nicht berechtigt seien. Es darf aber sogar bezweifelt werden, ob nach gemeinem Rechte auch nur der Mutter, solange sie nicht entweder rechtsgültig vom Vater, wenn auch nur zeitweilig, geschieden ist, oder doch wenigstens jetzt gleichzeitig gerichtlich das Recht, von demselben getrennt zu leben, in Anspruch nimmt, eine solche Einrede zustehe, ob nicht insbesondere die l. 1 §. 3. l. 3 §. 5 Dig. de lib. exh. 43, 30 und l. 3 Cod. de al. lib. 5, 25, welche für besondere Fälle der Mutter dem Vater gegenüber das Recht, ihm die Kinder zu entziehen, beilegen, stillschweigend eine vorhergegangene Ehescheidung, welche nach römischem Rechte jederzeit durch einseitige, wenn auch an eine bestimmte Form gebundene (l. un. §. 1 Dig. unde vir et ux. 38, 11 und l. 9 Dig. de divort. 24, 2) Willenserklärung vollzogen werden konnte, voraussetzen, also in die Reihe derjenigen Stellen gehören, welche, wie l. un. Cod. divort. facto 5, 24 und Nov. 117 cap. 7, von der Zuspreehung der Kinder nach Scheidung der Ehe handeln, in welchem Falle sie sogar ihre Geltung eben durch Nov. 117 cap. 7 formell verloren haben würden. Jedoch dies braucht hier nicht entschieden zu werden; denn wenn man auch aus l. 1 §. 3 l. 3 §. 5 Dig. 43, 30 und l. 3 Cod. 5, 25 den Rechtsatz entnehmen will, daß in gewissen Ausnahmefällen die Mutter selbst ohne Rücksicht auf eine vollzogene oder gerichtlich angestrebte Scheidung die Kinder dem Vater vorenthalten dürfe, so wird man doch jedenfalls dies als eine Singularität in engen Grenzen halten müssen und nur in extremen Fällen den Anspruch des Vaters in dieser Weise scheitern lassen dürfen; auch von diesem Standpunkte aus würde daher, solange man von dem Ehetrennungsprozesse der Parteien absieht, an der angefochtenen Entscheidung des Oberlandesgerichtes schwerlich etwas auszusetzen sein.

Die Sache unterliegt nun aber ebendeshalb einer ganz anderen Beurteilung, weil die Beklagte in der Berufungsverhandlung die neue Behauptung vorgebracht hat, sie habe inzwischen gegen den Kläger ihrerseits eine Klage auf Trennung von Tisch und Bett erhoben. Damit hatte sie, wie ihr dies nach §. 491 Abs. 1 C.P.D. freistand, eine nicht unerhebliche, neu entstandene Einrede geltend gemacht, deren thatsächliches Fundament nach §. 129 Abs. 2 C.P.D. auch als vom Kläger zugestanden gelten mußte, welche aber keineswegs die richtige Würdigung von seiten des Oberlandesgerichtes gefunden hat. Die Revisionsklägerin hat zwar hieran zunächst einen nicht zutreffenden Angriff geknüpft,

indem sie gerügt hat, daß das Oberlandesgericht den von ihr in der Berufungsverhandlung gestellten Antrag, die Verhandlung bis zur Erledigung des Ehetrennungsprozesses nach Maßgabe des §. 139 C.P.D. auszusetzen, nach den Entscheidungsgründen seines Urtheiles aus dem Grunde verworfen habe, weil ein präjudizielles Rechtsverhältnis hier nicht in Frage stehe. Wenn es auch, wie bald darzulegen sein wird, rechtsirrtümlich war, hier die Präjudizialität zu leugnen, so ist doch darin, daß aus diesem unrichtigen Grunde die Aussetzung der Verhandlung abgelehnt worden ist, ein Revisionsgrund nicht zu erblicken. Diese Ablehnung ist nämlich im Laufe der mündlichen Verhandlung durch einen besonderen Beschluß erfolgt, welcher nach §. 229 C.P.D. der sofortigen Beschwerde unterlag.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 15 S. 427.

Nun sind aber nach §. 510 C.P.D. solche dem Endurtheile vorausgegangene Entscheidungen des Berufungsgerichtes, welche im Gesetze für mit der Beschwerde anfechtbar erklärt sind, der Beurteilung des Revisionsgerichtes entzogen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 14 S. 436.

Der Umstand, daß die Beklagte mittlerweile eine Ehetrennungsklage anhängig gemacht hat, ist aber vom Berufungsgerichte auch bei der materiellen Beurteilung der gegenwärtigen Streitfrage nicht genügend in Betracht gezogen worden. Das Oberlandesgericht erklärt es sogar ausdrücklich für unerheblich, ob die Beklagte, weil sie an dem ehelichen Zerwürfniße weder allein, noch vorzugsweise schuld trage, in dem Trennungsprozesse obliegen werde, und bezeichnet im Gegensatze hierzu als die allein erhebliche Frage die, ob die Kinder eine unangemessene Behandlung von dem Kläger zu besorgen haben. Dies ist rechtsirrtümlich. Es ist dabei verkannt, daß für Fälle dieser Art bei einem Streite über das Erziehungsrecht dem richterlichen Ermessen dem vorwiegenden Rechte des Vaters gegenüber, an welchem allerdings im Zweifel auch hier immer festgehalten werden muß, doch ein viel weiterer Spielraum gelassen ist, indem dabei auch zu berücksichtigen ist das Interesse der Kinder, namentlich mit Rücksicht auf ihr Alter und Geschlecht, der Umstand, welchem der Ehegatten die überwiegende Schuld zur Last fällt, und vielleicht noch manches andere. Verhältnismäßig feste Normen für die Zuspicherung der Kinder gelten gemeinrechtlich nur für den Fall der erkannten immerwährenden Scheidung, im Anschlusse

an Nov. 117 cap. 7. Es ist schon nicht zu billigen, diese Normen ohne weiteres, wie Sarwey, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 32 S. 10, und Brinz, Pandekten Abt. 2 §. 248 S. 1169, es zu wollen scheinen, auf die erkannte bloß zeitweilige Trennung zu übertragen; hier tritt vielmehr ein freieres richterliches Ermessen ein, in analoger Anwendung der l. un. Cod. divort. facto 5, 24, bezw. des „ex justissima causa“ in l. 1 §. 3 Dig. de lib. exh. 43, 30.

So auch das Oberappellationsgericht zu Lübeck bei Seuffert, Archiv Bd. 14 Nr. 43 und Bd. 33 Nr. 312.

Um so sicherer greift dieses freiere Ermessen bei Bestimmung des betreffenden Zustandes für die Zeit während des Scheidungsprozesses Platz.

Vgl. Entsch. des Obertrib. zu Berlin, bei Seuffert, Archiv Bd. 31 Nr. 245, und des Oberappellationsgerichtes zu Lübeck, ebenda Bd. 33 Nr. 312.

Nach §. 575 Abs. 2 C.P.D. ist es zwar jetzt nicht gestattet, die Frage wegen des Habens der Kinder in den Eheprozeß hineinzuziehen, wie es sonst üblich war.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 6 S. 370 und Bd. 9 S. 381 flg.

Aber mit Rücksicht auf einen schwebenden Eheprozeß kann natürlich nach §. 584 C.P.D. eine einstweilige Verfügung, wie über die dort als Beispiel hervorgehobenen Alimente, so auch über die Kinder erlassen werden, und ferner muß es folgerichtigerweise für zulässig gehalten werden, die Wirkung einer solchen einstweiligen Verfügung sich auch ohne weiteres schon durch Vorschüßung einer Einrede gegen die Klage auf Auslieferung der Kinder zu verschaffen, gerade wie es vom Reichsgerichte bereits für zulässig erklärt worden ist, Gründe, welche zu einer temporären Trennung der Ehe berechtigen, auch ohne Anstellung einer Klage auf eine solche, ja ohne Erwirkung einer einstweiligen Verfügung wegen vorläufiger Trennung nach §. 584 C.P.D., lediglich einredeweise der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegenüber geltend zu machen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 6 S. 150 flg.

Aus diesen Gründen mußte es für verfehlt erklärt werden, daß das Oberlandesgericht eine Berücksichtigung des anhängigen Eheprozesses für den vorliegenden Rechtsstreit abgelehnt hat. Nötigenfalls hätte die Be-

klagte nach §. 130 Abs. 1 C.P.D. noch zu näheren Angaben, insbesondere zur Angabe ihrer Beweismittel für die angeblich für sie günstige Lage des Ehetrennungsprozesses — in welcher Hinsicht vielleicht ein Antrag auf Beiziehung der Akten des genannten Prozesses nahe gelegen hätte — aufgefordert werden sollen. Jedenfalls hat die Beklagte insofern mit Recht verlangt, daß die Frage wegen des etwaigen gegenseitigen Verschuldens der beiden Eheleute in dem gegenwärtigen Prozesse mit erörtert werde, als auch bei einer bloßen einstweiligen Verfügung über die Kinder dieser Punkt wenigstens nicht ganz außer acht bleiben dürfte.

Vgl. Sarwey, im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 32 S. 38 flg. 41.

Es war daher der Revision dahin Folge zu geben, daß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur abermaligen Verhandlung und zur Entscheidung nach den hervorgehobenen Gesichtspunkten an das Berufungsgericht zurückverwiesen werde.“