

42. Enthält der in einem auf bössliche Verlassung gestützten Ehescheidungsprozesse gestellte Antrag auf Erlassung eines Rückkehr- oder Aufnahmebefehles, bezw. die Anstellung einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens stets einen Verzicht auf die etwa vorliegenden Scheidungs- oder Trennungsgründe außer der bösslichen Verlassung?

VI. Civilsenat. Urt. v. 9. Oktober 1893 i. S. Fr. Ehefr. (Bekl. und Widerkl.) w. Fr. (Kl. und Widerbekl.) Rep. VI. 179/93.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

In der in Bd. 29 Nr. 104 mitgetheilten Sache erließ nach Aufhebung des ersten Berufungsurtheiles und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht das letztere auf Antrag der widerklagenden Ehefrau einen neuen Aufnahmebefehl an den Kläger, damit er im Ungehorsamsfalle für einen bösslichen Verlasser erklärt werden könne. Der Kläger war aber jetzt dem Befehle nachzukommen willig, und nun weigerte sich die Beklagte, zu ihm zurückzukehren. Sie mußte daher ihre prinzipale Widerklage als verloren ansehen und

nahm jetzt als eventuellen Widerklagantrag den anfänglich von ihr gestellten auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett wegen ihr angeblich vom Kläger früher zugefügter Mißhandlungen wieder auf. Ihre Widerklage wurde aber jetzt vom Berufungsgerichte gänzlich abgewiesen, und die hiergegen in Ansehung des letzteren Antrages erhobene Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Bei der jetzigen Revision handelt es sich nur um die von der Beklagten erhobene Widerklage, soweit diese auf angeblich vom Kläger jener zugefügte Mißhandlungen gestützt und auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett gerichtet war. Dieser Antrag ist vom Oberlandesgerichte aus einem doppelten Grunde abgewiesen worden. Den einen Grund hat dasselbe darein gesetzt, daß die Beklagte, die in erster Reihe Widerklage auf Scheidung vom Bande wegen bösslicher Verlassung erhoben hatte, in dem hierauf bezüglichen Verfahren den Antrag auf Erlassung eines Aufnahmebefehles an den Kläger gestellt hatte, welcher Befehl dann auch erlassen und vom Kläger durch Erklärung seiner Bereitwilligkeit zur Aufnahme der Beklagten befolgt worden ist: in jenem Antrage müsse mit Notwendigkeit die Erklärung ihrer Bereitwilligkeit, zum Kläger zurückzukehren, gefunden werden, hierin aber auch eine formelle Verzeihung der in der Vergangenheit liegenden Vorgänge, auf die bis dahin vielleicht ein Recht zur Fernhaltung vom Kläger hätte gestützt werden können. Dieser Entscheidungsgrund ist mit Unrecht von der Beklagten angegriffen worden. Davon könnte zuvörderst nicht die Rede sein, daß derselbe gegen den § 574 C.P.D. verstieße. Denn das Berufungsgericht hat den Anspruch auf zeitweilige Trennung wegen Mißhandlungen nicht etwa wegen Unzulässigkeit der Nachbringung neuer Klagegründe oder auch nur etwa wegen Unzulässigkeit der Nachbringung einer neuen Klageart — wenn eine solche in der Klage auf zeitweilige Trennung gegenüber der Klage auf völlige Scheidung gefunden sein sollte — abgewiesen. . . . Der Grund, weshalb das Oberlandesgericht diesen Widerklagantrag verworfen hat, liegt in der von ihm angenommenen materiellen Ausschließung desselben durch das inzwischen von der Beklagten im Prozesse beobachtete Verhalten. Nach der schon früher,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 5 S. 405 flg., vom I. Civilsenate und neuerdings (ebenda Bd. 30 S. 105, sowie in

der Hamburger Sache Rep. VI. 261/92¹⁾ auch von dem jetzt erkennenden Senate des Reichsgerichtes befolgte Ansicht war nun die Nachprüfung des Revisionsgerichtes hier nicht etwa wegen Irreversibilität der betreffenden Rechtsnorm aus dem Grunde ausgeschlossen, weil die Anwendbarkeit der letzteren, welche an sich dem gemeinen deutschen protestantischen Kirchenrechte angehört, durch die bürgerliche Partikulargesetzgebung von dem Religionsbekenntnisse der Beteiligten unabhängig gemacht ist. Die Nachprüfung führte jedoch zur Billigung der im angefochtenen Urteile zur Anwendung gebrachten Ansicht. Der Antrag, dem anderen Ehegatten seine Mitwirkung zur Herstellung des ehelichen Zusammenlebens anzubefehlen, ist in der That mit dem Willen, das durch die erduldeten Mißhandlungen erworbene Recht auf einstweiliges getrenntes Leben zu wahren, unvereinbar. Dies leuchtet sofort ein, wenn man sich die Herstellung des ehelichen Lebens als Gegenstand einer gerade hierauf gerichteten Klage, eines Antrages auf die, nötigenfalls durch Zwangsvollstreckung mit tatsächlicher Wirkung zu versehende Verurteilung denkt. Nun wird aber dadurch, daß es sich nicht um eine solche, für Hamburg allerdings gewohnheitsrechtlich,

vgl. Baumeister, Hamburger Privatrecht Bd. 2 S. 29 § 72 und Brandis, Hamburger Praxis in Civilsachen S. 339. 340, ausgeschlossene Klage, sondern nur um einen in Verbindung mit der Klage auf Ehecheidung wegen bösllicher Verlassung gestellten Antrag auf Erlassung eines Rückkehr-, bezw. Aufnahmebefehles handelt, in der hier in Betracht kommenden Beziehung nichts geändert. Freilich ist die vergebliche vorgängige Erlassung eines solchen Befehles nach der vorherrschenden Lehre des gemeinen Rechtes und jedenfalls nach hamburgischem Gewohnheitsrechte (welches insoweit nach § 16 Ziff. 6 des Einführungsgesetzes zur Civilprozeßordnung von der Geltung der letzteren unberührt gelassen ist), falls der Aufenthaltsort des Beklagten überhaupt bekannt ist, unerläßliche Voraussetzung für die tatsächliche Feststellung einer bösllichen Verlassung, und ohne auf Erlassung eines solchen Befehles anzutragen, könnte daher der Kläger in einem Falle dieser Art mit seiner Scheidungsklage gar nicht zum Ziele kommen;

¹⁾ S. oben S. 149 fig., wo aber die betreffende Ausführung nicht mitabgedruckt ist. U. d. E.

aber daraus folgt nicht, daß man in solchem Antrage nur eine leere Form zu erblicken hätte, aus deren Beobachtung nicht auf den wirklichen Willen zur Herstellung des ehelichen Lebens geschlossen werden dürfte. Wer solchen Willen nicht wirklich hegt, der soll eben nicht als ein bösslich verlassener Ehegatte die Scheidung zu verlangen berechtigt sein.

Vgl. v. Scheurl, Eherecht S. 326.

Also ist in der That in einem solchen Falle die Verbindung einer auf einen anderen Grund gestützten Klage auf Ehescheidung oder zeitweilige Trennung als eventueller mit der Scheidungsklage wegen bösslicher Verlassung als prinzipaler Klage ausgeschlossen, weil mit einem inneren Widerspruche behaftet. Wer zu beiderlei Klagen berechtigt zu sein glaubt, muß dann wählen, ob er die eine oder die andere anstellen will.“ . . .