

---

115. 1. Bedeutung des Inhaltes des dem Berufungsgerichte vortragenen Thatbestandes des Urtheils erster Instanz für den Umfang der Sachprüfung in der Berufungsinstanz.

2. Revisibilität der partikularrechtlich codifizierten gemeinrechtlichen Rechtsnormen in den Gebieten des gemeinen Rechtes; spezielle Anwendung auf die Normen des protestantischen Kirchenrechtes.

3. Ist Verurteilung zu einer achtmonatlichen Gefängnisstrafe wegen Versuches der Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Mädchen unter 14 Jahren und wegen Erregung öffentlichen Argernisses durch unzüchtige Handlungen ein Thescheidungsgrund nach protestantischem Kirchenrecht?

I. Civilsenat. Ur. v. 23. Juni 1881 i. S. Fr. (Bekl.) w. seine Ehefrau (Kl.). Rep. I. 552/81.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

### Aus den Gründen:

„Die Rüge, welche der Beklagte aus der Nichtberücksichtigung der von ihm in erster Instanz aufgestellten Behauptung, es habe die Klägerin gegen ihn schon vor dem Kreisgerichte zu Altona eine Scheidungsklage angestellt, sei mit derselben aber abgewiesen worden, hergeleitet hat, konnte nicht zur Aufhebung des angefochtenen Urtheiles führen. Zwar hätte der vom Oberlandesgerichte an erster Stelle für diese Nichtbeachtung angegebene Grund, falls die fragliche Behauptung des Beklagten überhaupt erheblich gewesen wäre, ihre Beiseitesetzung nicht gerechtfertigt. Dieser Grund besteht darin, daß der Beklagte in der Berufungsinstanz auf dieselbe nicht zurückgekommen sei. Da jedoch aus der Bezugnahme des Oberlandesgerichtes auf den Thatbestand des landgerichtlichen Urtheiles zu schließen ist, daß der erhebliche Inhalt des letzteren, wie es auch nach §. 488 C.P.D. zu geschehen hatte, in der mündlichen Verhandlung der Berufungsinstanz vorgetragen worden ist, so wäre, um ein Stück jenes Inhaltes von der Würdigung bei der Urtheilsfällung ausschließen zu dürfen, die positive Konstatierung erforderlich gewesen, daß die Partei die betreffende Behauptung nunmehr fallen lassen wolle. Allein der fernere Grund des Oberlandesgerichtes, nämlich der Mangel gehöriger Substanziierung jener Behauptung, reichte aus, um die in Rede stehende Entscheidung zu halten. . . .

Dagegen mußte das Urtheil des Berufungsgerichtes aufgehoben werden, weil die dadurch ausgesprochene Ehecheidung gegen die Grundsätze des gemeinen deutschen protestantischen Kirchenrechtes verstieß. . . . Das Oberlandesgericht hat sich nicht ausdrücklich darüber ausgesprochen, ob es Normen des gemeinen oder des hamburgischen partikulären Rechtes anzuwenden gemeint sei. Objektiv kann aber kein Zweifel sein, daß die Grundlage des Ehescheidungsrechtes für Hamburg formell zunächst durch ein hamburgisches Partikulargesetz gebildet wird, nämlich durch die Bestimmung der Statuten von 1605 T. 2 Tit. 11 Art. 8, verbunden mit Art. 9, wonach die Scheidung vom Bande nur zugelassen werden soll wegen Ehebruches oder wegen bösslicher Verlassung, oder, wie das Gesetz, die Scheidungs- und die Ungültigkeitsgründe vermischend, dazwischen einschleibt, wegen Impotenz. Es waren übrigens damit nur,

entsprechend dem damals ausschließlich protestantischen Charakter der hamburgischen Bevölkerung, die zu jener Zeit das protestantische Kirchenrecht in Deutschland beherrschenden Grundsätze wiedergegeben. Ebenso sind auch später, übereinstimmend mit dem Gange der Entwicklung im ganzen protestantischen Deutschland, neben jenen beiden Scheidungsgründen einzelne andere als gleichwertig gewohnheitsrechtlich anerkannt worden, namentlich die hartnäckige Verweigerung der ehelichen Pflicht und die Verurteilung zu einer längeren Freiheitsstrafe.

Gries, Kommentar zum hamburgischen Stadtrecht Bd. 2 S. 23 flg.;  
 Baumeister, Blicke auf einzelne Gegenstände des hamburgischen Rechtes S. 98 flg. und hamburgisches Privatrecht Bd. 2 S. 36 flg.  
 Eine Besonderheit dabei ist nur, daß alle diese Rechtsätze für Hamburg sich als vom Boden des kirchlichen Rechtes auf den der bürgerlichen Gesetzgebung verlegt darstellen.

Vgl. auch das hamburgische Gesetz, betreffend die Aufhebung des Mosaischen Rechtes vom 1. Juni 1864 §. 2 Abs. 1.

Es entsteht nun die Frage nach der Revisibilität dieser Rechtsnormen. Es ist die Ansicht aufgestellt worden, daß die Revisibilität sich überhaupt nur nach dem Umstande bestimme, auf welcher Rechtsquelle die Geltung der betreffenden Rechtsnorm für das einzelne Gebiet formell unmittelbar beruhe, so daß also in den Ländern des gemeinen Rechtes alle diejenigen gemeinrechtlichen Rechtsätze, welche für ein einzelnes Gebiet zugleich durch eine landesrechtliche Rechtsquelle sanktioniert sind, zur Begründung der Revision beim Reichsgerichte unbrauchbar wären.

Eccius, die Revisionsinstanz und das Landesrecht S. 9 flg. und S. 26 flg.

Diese Ansicht findet jedoch in der Natur des Rechtszustandes der gemeinrechtlichen Gebiete keine ausreichende Begründung, indem die Bedeutung des subsidiären Rechtes eben sowohl auch darauf gestellt werden kann, daß es überall da gelte, wo nicht eine abweichende Norm des Partikularrechtes ihm entgegentrete, indem also, insoweit das gemeine Recht für einen Teil der gemeinrechtlichen Gebiete partikularrechtlich kodifiziert ist, die Geltung der betreffenden Rechtsätze ebensowohl auf das gemeine Recht, wie auf das Partikularrecht zurückgeführt werden kann. Diese an sich mindestens ebenso berechtigte Auffassung muß jedenfalls deshalb als die den Bestimmungen des §. 511 C.P.D., bezw. der §§. 1. 2 der Kais. Verordnung vom 28. September 1879, betreffend

die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, zu Grunde liegende angesehen werden, weil sie die allein praktikable ist. Nicht nur würde die entgegengesetzte Auffassung sich auf dem Gebiete des Gewohnheitsrechtes, bei dem Mangel aller sicheren Kriterien, als kaum durchführbar herausstellen, sondern auch soweit es sich um Partikulargesetze gemeinrechtlichen Inhaltes handelt, würden, bei der fragmentarischen Beschaffenheit vieler älteren Kodifikationen, die eine beständige Ergänzung aus dem gemeinen Rechte voraussetzt, sich in der Praxis die größten, nur durch eine haarspaltende Jurisprudenz zu lösenden Schwierigkeiten ergeben.

Es steht auch für den vorliegenden Fall, obgleich es sich um die Reproduktion von Grundsätzen des gemeinen Kirchenrechtes auf dem Boden des staatlich-bürgerlichen Partikularrechtes handelt, der Anwendung der soeben entwickelten Auffassung kein Bedenken entgegen, weil doch eben inhaltlich die Partikulargesetzgebung, soweit sie eingegriffen hat, nur das gemeine Recht kodifiziert hat.

Von diesem Standpunkte aus erschien die Entscheidung des Oberlandesgerichtes unhaltbar. Als Ehescheidungsgrund ist angenommen worden der Umstand, daß der Beklagte durch Urteil der ersten Strafkammer des Landgerichtes zu Hamburg zu einer Gefängnisstrafe von acht Monaten wegen Versuches der Bornahme unzüchtiger Handlungen mit Mädchen unter 14 Jahren und wegen Erregung öffentlichen Argernisses durch unzüchtige Handlungen verurteilt worden ist. Wenn das Oberlandesgericht hervorhebt, daß hierdurch der Scheidungsantrag sich als gerechtfertigt darstelle, weil anzunehmen sei, daß der Beklagte wegen dieser Vergehen die Achtung und Liebe der Klägerin mit gutem Grunde gänzlich verloren habe, und weil das Glück einer ehelichen Verbindung wesentlich davon abhängt, daß die Ehegatten die ihnen in sittlicher Beziehung obliegenden Pflichten nicht verletzen, gegen welche gerade die hier fraglichen Vergehen des Beklagten gerichtet seien, so entsprechen diese Bemerkungen, welche Berechtigung man ihnen im übrigen auch zuschreiben möge, jedenfalls nicht dem Inhalte des geltenden gemeinen Rechtes. Was die Vergehen an sich betrifft, so hat schon das Landgericht mit Recht bemerkt, daß, da zweifellos der bloße Versuch eines Ehebruches kein Scheidungsgrund sei, ebensowenig der Versuch der Bornahme unzüchtiger Handlungen als solcher gelten könne; und daß die Erregung öffentlichen Argernisses in dieser Beziehung noch weniger

ins Gewicht fällt, bedarf keiner Ausführung. Es kann höchstens darauf ankommen, welche Bedeutung der wegen solcher Handlungen erfolgten Verurteilung zu einer achtmonatlichen Gefängnisstrafe nach protestantischem Ehescheidungsrechte beizumessen ist. In dieser Hinsicht steht fest, daß gewohnheitsrechtlich zuerst die Verurteilung zu lebenslänglicher Verbannung oder lebenslänglicher Zuchthausstrafe, weiterhin auch solche zu anderen langwierigen und entehrenden Freiheitsstrafen als Scheidungsgründe dem Ehebruche und der bösslichen Verlassung gleichgestellt worden sind, und zwar hauptsächlich auf Grund der Anschauung, daß die von dem verurteilten Ehegatten selbst durch ein Verbrechen verschuldete, immerwährende oder langdauernde thatsächliche Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft der bösslichen Verlassung gleichachtet werden müsse. Der von dem Landgerichte außerdem herangezogene Gesichtspunkt eines bei der Eheschließung untergelaufenen Irrtums über die sittliche Qualität des anderen Ehegatten ist dabei nicht einmal in Betracht gekommen; ein solcher Irrtum würde, wenn ihm, was nicht der Fall ist, vom geltenden Eherechte überhaupt Bedeutung beigelegt wäre, jedenfalls einen Scheidungsgrund, sondern nur einen Ungültigkeitsgrund abgeben können. Jene Analogie der bösslichen Verlassung trifft nur bei einer verhältnismäßig so geringfügigen Freiheitsstrafe, wie der von acht Monaten Gefängnis, in keiner Weise zu, und die Praxis des gemeinen Rechtes ist auch nie annähernd so weit gegangen, eine solche Verurteilung als Scheidungsgrund anzuerkennen.

Vgl. Richter-Dove, Kirchenrecht (6. Aufl.) S. 854 flg.

Auch die neueren Territorialgesetzgebungen haben sich noch recht fern davon gehalten, soweit sie diese Frage auf Grundlage der Prinzipien des protestantischen Kirchenrechtes näher geregelt haben, wie sich gerade aus der Zusammenstellung in dem vom Oberlandesgerichte angeführten Urteile des dritten Civilsenates des Reichsgerichtes

Entsch. in Civilsachen Bd. 1 S. 326 flg.

ergiebt, und auch dieses Urteil selbst hat nur wegen einer Verurteilung zu vier und einem halben Jahre Zuchthaus auf Scheidung erkannt. Erwähnt mag noch werden, daß auch diejenigen Pandektenlehrer, welche diesen Gegenstand berühren, vom Standpunkte des gemeinen Rechtes aus nur schwere Verbrechen als protestantischen Scheidungsgrund bezeichnen.

Ööfchen, Vorlesungen Bd. 3 Abt. 1 §. 707 S. 96; v. Keller, Pandekten §. 391 S. 731.

Daß etwa ein weitergehendes hamburgisches partikuläres Wohnheitsrecht vorläge, ist vom Oberlandesgericht selbst nicht unterstellt, und ebensowenig der geringste Grund ersichtlich, ein solches anzunehmen." . . .