

teure, erfolgt 1st. Es widerspricht aber Treu und Glauben, dem Käufer das Risiko an der Versendung der Ware durch eine lediglich nominelle Zurverfügungstellung aufzubürden, wenn damit nicht gleichzeitig dem Käufer durch eine Benachrichtigung über die Art und Weise der noch zu erfolgenden oder bereits erfolgten Versendung der Ware die Möglichkeit eingeräumt wird, die Entwicklung des Risikos dadurch zu beeinflussen, daß er Maßnahmen zum Schutze der Ware oder zur Schaffung besserer Transportbedingungen ergreift. Da die Klägerin den Beweis dafür, daß sie die Ware der Beklagten zu einem Zeitpunkt ordnungsgemäß zur Verfügung gestellt habe, als die Ware noch vorhanden war, nicht erbracht hat, kann sie auch ihre Kaufpreisforderung nicht mit Erfolg geltend machen.

Bei dieser Sachlage bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob die Klägerin etwa insoweit schuldhaft gehandelt hat, als sie die Ware noch im März/April 1945 zur Absendung gebracht hat.

### §§ 103 ff., 627 ZPO.

**Zu den im Kostenfestsetzungsverfahren festzusetzenden Prozeßkosten gehört auch der gemäß § 627 ZPO von dem Ehemann der Ehefrau gewährte Kostenvorschuß.**

#### OLG Gera, Beschluß vom 24. Mai 1949 — 4 W173/49.

Der Kläger verlangt als zu erstattende Kosten des Rechtsstreits Festsetzung der Beträge, die er im Laufe des Rechtsstreits der Verklagten als Ehemann nach § 627 ZPO hat vorschießen müssen. Sein Verlangen ist gerechtfertigt. Nach den §§ 91, 103 ZPO hat der unterlegene Teil dem obsiegenden die Kosten des Rechtsstreits zu erstatten. Sie sind in einem vereinfachten, in den §§ 103 ff. ZPO geregelten Verfahren festzusetzen. Zu den Kosten des Rechtsstreits gehören auch die vom Ehemann der Ehefrau im Scheidungsverfahren vorgeschossenen Kosten. Das konnte vor der Neufassung des § 627 ZPO zweifelhaft sein, weil damals der Anspruch der Frau auf den materiellen Bestimmungen des BGB beruhte. Wie der Senat aber bereits in einem Beschluß vom 13. November 1947<sup>1</sup> in diesem Rechtsstreit ausgesprochen hat, handelt es sich bei der im § 627 ZPO getroffenen Regelung um eine sowohl materiell- wie prozeßrechtlich selbständige. Die danach dem Manne auferlegten Vorschüsse sind deshalb als Prozeßkosten anzusehen, die ihm im Falle seines Obsiegens zu erstatten und im Verfahren nach §§ 103 ff. ZPO festsetzbar sind. Ebenso jetzt Willenbücher, 14. Auflage S. 101 und 102 und die daselbst angeführte Judikatur, auch HRR 40<sup>1469</sup>, 41<sup>819</sup>, 42<sup>317</sup>. Unerheblich ist, daß den sonach festzusetzenden Kosten unter Umständen materiellrechtliche Einwendungen entgegenstehen. Das kommt auch bei anderen vollstreckbaren Ansprüchen vor. Dagegen richtet sich dann u. a. nach § 767 ZPO die Vollstreckungsgegenklage.

### § 48 Ehegesetz.

**Zur Anwendung des § 48 Eheges. — Voraussetzungen der Wiederholung der Klage. — Für die Beurteilung des Widerspruchs 1st u. U. auch der körperliche Zustand des an der Zerrüttung schuldigen, pflegebedürftigen Ehegatten von Bedeutung.**

#### OLG Dresden, Urteil vom 1. Juni 1949 — 1U 494/48.

Aus den G r ü n d e n :

Bereits das Urteil des Reichsgerichts vom 19. Februar 1941 hat festgestellt, daß die häusliche Gemeinschaft der Parteien seit etwa 1934 aufgehoben ist, und zwar als Folge einer tiefgreifenden, unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, die die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht erwarten läßt, ferner, daß die Zerrüttung überwiegend vom Kläger verschuldet worden ist. Daran hat sich auch heute nichts geändert, so daß heute wie früher der Beklagten grundsätzlich das Recht zugestanden werden muß, Widerspruch zu erheben. Dem Kläger steht jedoch, wie auch das mit dieser Berufung angefochtene Landgerichtsurteil hervorgehoben hat, die Rechtskraft jenes Urteils für den Fall der erneuten Erhebung der Klage aus § 48 n. EheG, dann nicht entgegen, wenn er in der Lage ist, neue Umstände vorzubringen, welche im Vorprozeß nicht geltend

gemacht werden konnten und welche eine andere Beurteilung des Falles, insbesondere in Beziehung des Klägers zur Beklagten rechtfertigen. Dem Kläger steht insbesondere die Möglichkeit offen, zwecks Zurückweisung des Widerspruchs der Beklagten zu beweisen, daß die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist. Maßgebend für das Reichsgericht waren in der Hauptsache folgende Gründe:

1. mangelnde Sicherstellung der Beklagten in vermögensrechtlicher Beziehung im Falle der Witwenschaft und überhaupt mit zunehmendem Alter,
2. Würdigung der Tatsache, daß die Beklagte in langjähriger Ehe ihre besten Jahre dem Kläger gewidmet und vier Kinder großgezogen hat,
3. daß bei den charakterlichen Anlagen des Klägers keine Gewähr dafür gegeben sei, daß ein harmonisches Dauerverhältnis mit dem Ziele der Eheschließung mit Frau H. zustande käme.

Von diesen Gründen trifft auch heute noch der zweite in vollem Umfange zu. Er kann demzufolge auch weiterhin wie früher in die Waagschale geworfen werden. Dagegen haben die Gründe zu 1 und 3 bedeutend an Gewicht verloren. Hinsichtlich der Versorgung der Beklagten ist zu beachten, daß der Kläger im Jahre 1945 seine Stellung als Reichsbahnbeamter verloren hat und zur Zeit keine Pension bezieht, so daß, wenn sich die Verhältnisse nicht wesentlich ändern, auch für die Zukunft nicht mit einer Gewährung einer Witwenversorgung zu rechnen ist, während der Beklagten durch Erbschaft ein kleines Vermögen zugeflossen ist, das ihr ein, wenn auch bescheidenes, Auskommen ermöglicht. Zu diesem Punkte hebt jedoch die Beklagte mit Recht hervor, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse des Klägers sich leicht einmal bessern können. Anders liegen die Dinge aber im Hinblick auf die Beziehungen des Klägers zu Frau H. Die Tatsache, daß diese auch nach 1941 ununterbrochen, nunmehr also über 12 Jahre, bestanden haben, in Verbindung damit, daß der Kläger den ernstlichen Willen hat, diese Frau zu ehelichen, ist ein starkes Beweismoment dafür, daß es sich nicht um eine flüchtige Liebschaft, sondern um ernste Beziehungen eheähnlichen Charakters handelt.

Auf der anderen Seite kann der Kläger der Beklagten keinen Vorwurf daraus machen, daß sie sich nicht um ihn gekümmert hat, als er im Februar 1945 mit einem amputierten Bein hilflos im Krankenhaus lag. Er hat selbst nicht behauptet, daß er nach der Beklagten geschickt habe, und die Beklagte ihrerseits, wenn sie über den Zustand des Klägers unterrichtet gewesen wäre, was sie überdies bestreitet, hatte guten Grund, sich den Vorwurf des Klägers zu ersparen, daß sie sich ihm wider seinen Willen genähert habe. Der Kläger kann es der Beklagten auch nicht als Eheverfehlung anrechnen, wenn sie es unter Gebrauch von Schimpfworten abgelehnt haben sollte, ihm den Weg zu einer Scheidung zu ebnen. Alle diese Klagebehauptungen, einschließlich der in der Zeit vor 1941 zurückgehenden Vorfälle sind nicht geeignet, eine Scheidung aus Verschulden der Beklagten nach § 43 n. EheG. zu rechtfertigen.

Es bleibt also nur die Entscheidung der Frage, ob die Scheidung aus § 48 n. EheG. zuzulassen ist. In dieser Beziehung würden die oben erwähnten, für den Kläger Sprechenden Gründe nicht ausreichen, den Widerspruch der Beklagten für unbegründet zu erklären, wenn nicht ein entscheidender Gesichtspunkt in Frage käme. Das Berufungsgericht hat durch den persönlichen Eindruck, den es vom Kläger gehabt hat, die Überzeugung gewonnen, daß dieser in einem Maße hilflos ist, daß er der ständigen Betreuung durch dritte Personen bedürftig ist. Diese hat er seiner glaubhaften Versicherung nach bei Frau H. gefunden, mit der er über 12 Jahre zusammenlebt. Nun hat sich zwar die Beklagte bereit erklärt, den Kläger bei sich aufzunehmen und zu pflegen. Der Kläger hat dieses Angebot mit der Begründung abgelehnt, daß er nicht erwarten könne, von ihr das Maß der Pflege zu erhalten, dessen er bedarf. Das Berufungsgericht teilt diese Bedenken. Ständige Pflege erfordert nicht nur die Hingebung von Seiten des Pflegenden, sondern auch das Gefühl des Kranken, in den richtigen Händen zu sein und volles