

130 und vor allen § 133 Abs. 2 WG zu entnehmen ist. Die Erfüllung der Unterhaltspflicht kann daher nicht auf zivilrechtlichem Wege erzwungen werden. Hierfür ist der Rechtsweg unzulässig.

Zu einer anderen rechtlichen Betrachtung führt aber die hier zur Erörterung stehende Frage, nämlich, ob der durch Unterlassung der ordnungsmäßigen Räumung einem anderen Anlieger entstandene Schaden von diesem gegen den Säumigen im Wege der Zivilklage geltend gemacht werden kann. Für die im vorliegenden Fall auf Eigentum und Besitz (§ 823 Abs. 1 BGB) gestützte Klage ist del* Rechtsweg deshalb zulässig, weil die Verpflichtung der Verklagten zur ordnungsmäßigen Räumung zwar wie bereits oben dargelegt, auf verwaltungsrechtlichen Vorschriften beruht, aber nicht Auswirkung der vollziehend-verfügenden Befugnisse der Verklagten ist. Die Räumung des Wasserlaufs lag ihnen nicht kraft ihrer Verwaltungsaufgaben ob, sondern infolge ihrer Eigenschaft als Anlieger, ebenso wie jedem Bürger, der Anlieger eines Wasserlaufs ist. Eine schuldhaft Schadenzufügung durch Unterlassung der vorgeschriebenen Räumung ist daher nicht gleichzusetzen einer Schadenzufügung durch fehlerhaften Erlaß oder mangelhafte Vollziehung eines Verwaltungsaktes, sondern ist als Unterlassungsfolge einer jedem Anlieger obliegenden Verpflichtung der zivilrechtlichen Beurteilung zugänglich. Diese Auffassung entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichts zur Frage der Unzulässigkeit des Rechtsweges, daß der Rechtsweg nur dann unzulässig ist, wenn die Prüfung des geltend gemachten Anspruchs — allerdings unbeeinflusst davon, ob er etwa in ein zivilrechtliches Gewand gekleidet ist — eine Nachprüfung der vollziehend-verfügenden Tätigkeit eines Verwaltungsorgans auf ihre Zulässigkeit, Richtigkeit oder Angemessenheit hin zur Voraussetzung hat. An dieser Rechtsprechung wird festgehalten. Der vorliegende Rechtsstreit führt nicht, wie sich aus dem Angeführten ergibt, zur Nachprüfung einer Verwaltungshandlung. Der Rechtsweg ist daher zulässig.

Der Kläger ist jedoch — im Gegensatz zur Meinung des Bezirksgerichts — nicht nur als Eigentümer, sondern auch schon als Besitzer nach § 823 Abs. 1 BGB für die Erhebung des von ihm hier geltend gemachten Schadensersatzanspruchs legitimiert. Eine Schadensersatzpflicht entsteht auch durch eine Beschädigung der Besitzt Sache, nicht nur durch Gefährdung des Gewahrsams des Besitzers.

§ 53 Abs. 2 EheG; §§ 91, 92, 93 a ZPO.

Wird eine Ehe auf die Klage ohne Schuldausspruch geschieden, auf Antrag des Verklagten aber festgestellt, daß den Kläger ein Verschulden trifft, so ist dies auch bei der Kostenentscheidung zu Lasten des Klägers zu berücksichtigen.

OG, Ur. vom 20. Mai 1955 — 1 Zz 50/55*).

Die Parteien waren Eheleute. Der Kläger, der bereits mit einer Ehescheidungsklage abgewiesen worden war, erhob am 13. September 1953 erneut vor dem KrG E. Klage mit dem Antrage, seine Ehe zu scheiden, da er nunmehr drei Jahre von der Verklagten getrennt lebe und die Ehe unheilbar zertrübt sei.

Die Verklagte beantragte Klagabweisung, hilfsweise festzustellen, daß den Kläger ein Verschulden treffe. Sie wandte ein, daß ihre wirtschaftliche Lage sich durch die Scheidung ihrer Ehe wesentlich verschlechtern würde, da sie um 40 Prozent erwerbsgemindert sei und keine Anwartschaft auf Leistungen der SVK besitze. Mit Rücksicht darauf erhob sie gegen die Scheidung der Ehe Widerspruch.

Das Kreisgericht hat diesen Widerspruch auch als beachtlich angesehen und den Kläger durch Urteil vom 7. Dezember 1953 mit seiner Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger Berufung eingelegt mit dem Antrage, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Ehe der Parteien aus § 48 EheG unter Ausspruch seiner Schuld zu scheiden und die Kosten der ersten Instanz dem Kläger zu drei Vierteln und der Verklagten zu einem Viertel, die Kosten der Berufungsinstanz aber der Verklagten aufzuerlegen.

Die Verklagte hat beantragt, die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen, hilfsweise das Verschulden des Klägers festzustellen. Nachdem der Kläger zur Sache gehört war und sich zur Zahlung eines Unterhaltsbeitrages bereit erklärt hatte, wurde durch Urteil des Bezirksgerichts vom 31. März 1954 das Urteil des Kreisgerichts nach dem Antrage des Klägers abgeändert, und zwar auch im Kostenpunkt.

Gegen dieses Urteil, soweit es über die Kosten des Berufungsverfahrens entschieden hat, richtet sich der Kassations-

*; Anm.: vgl. hierzu Rademacher/Ziegler/Nathan in NJ 1952 S. 28. — D. Red.

antrag des Generalstaatsanwalts, der Verletzung der §§ 91, 92, 93 a ZPO rügt. Der Antrag hatte Erfolg.

Aus den Gründen:

Das Bezirksgericht gründet seine Kostenentscheidung auf §§ 92 und 91 ZPO, verkennt aber zunächst, daß für Eheverfahren von dem sich aus § 91 ZPO ergebenden Grundsätze die Ausnahme des § 93 a ZPO gilt, wonach im Falle einer Scheidung der Ehe, ohne daß der unterlegene Teil hieran schuldig ist, die Kosten gegeneinander aufzuheben sind. Es ist das eine Vorschrift, die auf Billigkeitserwägungen beruht und insbesondere berücksichtigt, daß der verklagte Eheparteil im Prozeß unterliegt, obwohl er an der Zerstörung der Ehe keine Schuld trägt, ja sogar in vielen, vielleicht sogar in der Überzahl dieser Fälle in der Lage wäre, Widerklage aus einem Verschulden des Klägers (§§ 42, 43, 53 EheG) zu erheben. Weiter aber ist zu beachten, daß § 93 a ZPO, der an sich zwingendes Recht enthält, eben nur den Fall betrifft, daß die Ehe ohne Schuldausspruch geschieden wird. Muß — wie im vorliegenden Fall — auf Antrag der Verklagten gemäß § 53 Abs. 2 EheG die Schuld des Klägers ausgesprochen werden, so greifen die Bestimmungen der §§ 93 a und 92 ZPO unverkennbar ineinander, denn es wird, obwohl der verklagte Eheparteil unterliegt, im Ergebnis doch die Scheidung der Ehe aus dem Verschulden des klagenden Ehepartners ausgesprochen.

Während es also auf Seiten des verklagten schuldlosen Eheparteis bei den Voraussetzungen des § 93 a ZPO verbleibt, muß das Unterliegen des Klägers in der Schuldfrage dazu führen, diesem gemäß § 92 ZPO einen entsprechenden Kostenanteil, und zwar über die Grundregel des § 93 a ZPO hinaus, aufzuerlegen. Dieser Sachlage und auch der Billigkeit entspricht die Kostenverteilung von * 5/4 zu Lasten des schuldigen, und von nur % zu Lasten des schuldlos unterliegenden Ehepartners. Das gilt auch dann, wenn die abschließende Entscheidung erst in der Berufungsinstanz fällt, da die — wie gesagt zwingende — Vorschrift des § 93 a ZPO uneingeschränkt für beide Instanzen gilt.

§ 1717 BGB; §§ 286, 412 ZPO.

Wenn es für die Frage der Feststellung der nichtehelichen Vaterschaft von Bedeutung ist, ob eine Früh- oder eine Normalgeburt vorliegt, und zwei über diese Frage erstattete medizinische Gutachten voneinander abweichen, ist ein Obergutachten beizuziehen.

OG, Ur. vom 5. Mai 1955 — 2 Zz 17/55.

Aus den Gründen:

Zutreffend führt der Generalstaatsanwalt aus, daß das Kreisgericht es verabsäumt habe, sich mit den einander widersprechenden Auskünften des Stadtkrankenhauses D. über die Frage, ob es sich bei der Klägerin um eine Früh- oder normal ausgetragene Geburt handele, auseinanderzusetzen.

In der Auskunft vom 29. August 1951 wird erklärt, daß die Klägerin als reifes Kind geboren wurde. In der Auskunft vom 21. November 1952 wird andererseits ausgeführt, daß es sich um eine Frühgeburt im achten Monat gehandelt haben müsse, wenn die Angaben der Mutter über ihre letzte Regel zuträfen. Schließlich wird in der Auskunft vom 29. Oktober 1952 schlechthin mitgeteilt, daß es sich bei der Klägerin auf Grund des Reifezeugnisses um eine Frühgeburt handele.

Dem Generalstaatsanwalt ist beizupflichten, daß bei diesem Ergebnis das Kreisgericht verabsäumt hat, sich durch ein Obergutachten Gewißheit zu verschaffen, welche der bisher dargelegten Auffassungen wissenschaftliche Anerkennung verdient (§ 412 ZPO). Das Kreisgericht durfte sich nicht einfach über die seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegten, in den Entscheidungsgründen von ihm überhaupt nicht erwähnten weiteren Auskünfte hinwegsetzen, sondern hatte die Pflicht, den Rechtsstreit unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses der Beweisaufnahme zu entscheiden. In dieser Beziehung wird auf das Urteil des Obersten Gerichts — 1 Zz 9/53 (OGZ. S. 122) hingewiesen. Die Handhabung des Kreisgerichts verletzt das Gesetz (§§ 286, 412 ZPO), sein Urteil war daher § 565 Abs. 1 ZPO entsprechend aufzuheben.