

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 109/70

URTEIL

Verkündet am
8. November 1972
Hellmann,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Herbert Ernst M [REDACTED],
H [REDACTED], N [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Angestellte Margarete M [REDACTED] geb. S [REDACTED],
H [REDACTED], B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1972 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Hauß und der Richter Johannsen, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers wird zurückgewiesen, soweit die Klage auf Feststellung, daß der Beklagten Unterhaltsansprüche aus dem Ehescheidungsurteil des Landgerichts Hamburg vom 7. Juli 1966 nicht zustehen, abgewiesen worden ist.

Der Kläger hat demgemäß ein Viertel der Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

2. Im übrigen wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 7. Dezember 1970 aufgehoben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind voneinander geschiedene Eheleute. Sie streiten über die Wirksamkeit einer anlässlich der Scheidung zu gerichtlichem Protokoll erklärten Unterhaltsvereinbarung vom 1. Juli 1966 nebst Ergänzungsvereinbarung vom 7. Juli 1966. In dieser Vereinbarung hat der Kläger sich u. a. zur Zahlung einer monatlichen Unterhaltsrente von 1 500 DM für die Beklagte und je 250 DM für die beiden Kinder der Parteien verpflichtet. Diesen Beträgen war ein Nettoeinkommen des Klägers von jährlich 80 000 DM zugrunde gelegt. An den diese Summe übersteigenden Mehreinnahmen sollte die Beklagte mit 30 % beteiligt werden. Außerdem übernahm der Kläger noch weitere nicht unwesentliche finanzielle Verpflichtungen zugunsten der Beklagten. Er verzichtete insoweit auf sein Recht aus § 323 ZPO, als er wiederheiraten oder weitere Abkömmlinge haben sollte.

Aufgrund dieser Vereinbarung wurde die Ehe der Parteien entsprechend ihrem Vorbringen durch Urteil vom 7. Juli 1966 aus dem alleinigen Verschulden des Klägers rechtskräftig geschieden.

Der Kläger hat die Vereinbarung wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten. Er macht ferner geltend, daß sie gegen die guten Sitten verstoße. Dazu hat er vorgetragen: Die Beklagte habe 1966 und Jahre zuvor mit dem Verlagskaufmann Dr. Sch. ehebrecherische Beziehungen unterhalten. Davon habe er nichts gewußt. Er sei, als er die Vereinbarung geschlossen habe, davon ausgegangen, daß der Beklagten, wie sie immer wieder versichert habe, keine Eheverfehlungen vorgeworfen werden könnten. Seine Ehe sei unheilbar



zerrüttet gewesen. Er habe deshalb geschieden werden wollen. Das habe die Beklagte ausgenutzt und ihn so veranlaßt, übermäßige Verpflichtungen auf sich zu nehmen in einer Höhe, wie er dies gar nicht beabsichtigt habe.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen,

a) daß die Unterhaltsvereinbarungen
rechtsunwirksam sind,

b) daß die Beklagte keine Unterhalts-
ansprüche aus dem Ehescheidungsurteil
herleiten kann,

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn
8 000 DM zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat bestritten, ehewidrige oder ehebrecherische Beziehungen unterhalten zu haben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Der Kläger hat Berufung eingelegt. Er hat weiter vorgebracht, die Beklagte habe ihren Unterhaltsanspruch auch nach § 66 EheG verwirkt. Denn sie habe unter Verschweigen geleisteter Zahlungen einen Offenbarungseidantrag gegen ihn gestellt und dabei mitgewirkt, daß die gemeinsame Tochter Sabine aufgrund eines ihr angeblich von dritter Seite gewährten zinslosen Darlehens in Höhe von 1 000 DM Zahlungen von ihm verlangt habe.

Der Kläger hat beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und

1. die Beklagte zu verurteilen,

- a) die Zwangsvollstreckung aus der "Vereinbarung" vom 1. Juli 1966 sowie der "Zusatzvereinbarung" vom 7. Juli 1966 zu unterlassen;
- b) die beiden "Vereinbarungen" an ihn herauszugeben;
- c) mehrere im einzelnen aufgeführte Versicherungspolice der A. Lebensversicherungs-AG herauszugeben;
- d) ihm 8 000 DM zu zahlen;

2. festzustellen, daß der Beklagten Unterhaltsansprüche aus dem Ehescheidungsurteil des Landgerichts Hamburg vom 7. Juli 1966 nicht zustehen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Er hat Revision eingelegt und verfolgt seinen im Berufungsrechtszug gestellten Antrag weiter. Die Beklagte hat gebeten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision ist unbegründet, soweit der Kläger sich dagegen wendet, daß seine Klage auf Feststellung, daß der Beklagten Unterhaltsansprüche aus dem Ehescheidungsurteil des Landgerichts Hamburg vom 7. Juli 1966 nicht zustehen, abgewiesen worden ist.

1. Die Feststellung, daß die Beklagte aufgrund des Ehescheidungsurteils keine Unterhaltsansprüche nach § 58 EheG geltend machen kann, könnte getroffen werden, wenn die Beklagte ihm durch ein solches Vorgehen sittenwidrig einen Schaden nach § 826 BGB zufügen würde. Die Voraussetzungen hierfür sind nicht erwiesen. Allein der Umstand, daß das Ehescheidungsurteil der sachlichen Rechtslage nicht entspricht, hat nicht zur Folge, daß die Beklagte den Kläger sittenwidrig schädigt, wenn sie aufgrund des Urteils gegen ihn Unterhaltsansprüche geltend machen würde. Sittenwidrig wäre ein solches Vorgehen nur, wenn die Beklagte das Scheidungsurteil erschlichen hätte oder wenn sie die Unrichtigkeit des Urteils kennen würde und dessen Ausnutzung infolge besonderer noch hinzutretender Umstände sittenwidrig wäre.

Beide Voraussetzungen sind nicht gegeben. Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen hat die Beklagte das Urteil nicht erschlichen. Sie war nicht verpflichtet, dem Kläger von sich aus ihre Verfehlungen zu offenbaren (RGZ 156, 265, 269; BGHZ 26, 391, 396; BGH LM BGB § 826 Fa Nr. 18). Arglistig getäuscht hat sie den Kläger nicht. Denn er hat sie im Verlaufe des Scheidungsverfahrens und auch unmittelbar vorher nicht über ihr Verhalten in der Ehe befragt.

Der Beklagten könnte auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn sie aufgrund des Schuldausspruchs in dem Scheidungsurteil von dem Kläger Unterhalt fordern würde. Denn das Berufungsgericht hat zutreffend dargelegt, daß selbst dann, wenn die Beklagte zugegeben hätte, intime Beziehungen zu Dr. Sch. unterhalten zu haben, der Kläger aller Wahrscheinlichkeit nach doch für überwiegend schuldig erklärt worden wäre. Es kommt weiter hinzu, daß die Beklagte nicht geschieden werden wollte. Nur auf Drängen des Klägers und auf seine Zusage hin, sie solle nach der Scheidung wirtschaftlich so gestellt bleiben, wie sie bei Aufrechterhaltung der Ehe gestanden hätte, hat sie sich dem Wunsche des Klägers gebeugt und in eine Scheidung der Ehe aus dessen alleiniger Schuld gewilligt. Unter diesen Umständen könnte ihr, die das Scheidungsurteil nicht erschlichen hat, kein Vorwurf daraus gemacht werden, wenn sie aufgrund des in dem Urteil enthaltenen Schuldausspruchs Unterhaltsansprüche gegen den Kläger geltend machen würde.

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht weiter dargelegt, daß die Beklagte ihre Unterhaltsansprüche auch nicht nach § 66 EheG verwirkt hat. Nach dieser Bestimmung verwirkt der Berechtigte den Unterhaltsanspruch, wenn er sich nach der Scheidung einer schweren Eheverfehlung gegen den Verpflichteten schuldig macht oder gegen dessen Willen einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt. Die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs ist endgültig. Sie bedeutet für den Berechtigten einen schweren Verlust. Daher kann nur eine Pflichtwidrigkeit, die den Verpflichteten ebenso trifft wie der Verlust des Unterhaltsanspruchs den Berechtigten, zur Verwirkung des Anspruchs führen (BGHZ 31, 210, 216).

Insbesondere können Verfehlungen, die ihren Grund in einer von dem Verpflichteten selbst geschaffenen Lage haben, nicht die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs zur Folge haben (Gernhuber, Familienrecht 2. Aufl. § 30 VII S. 313).

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Kläger seinen Unterhaltsverpflichtungen gegenüber der Beklagten seit mindestens Anfang 1969 in unzureichender Weise nachgekommen ist. Dann aber war es, wie das Berufungsgericht zutreffend bemerkt, keine schwere Verfehlung der Beklagten, wenn sie mit den ihr gesetzlich zur Verfügung stehenden Mitteln gegen den Kläger vorging und auch den Antrag auf Leistung des Offenbarungseides stellte. Ebenso war es aus den vom Berufungsgericht dargelegten Gründen keine schwere Verfehlung, wenn die Beklagte dabei mitgewirkt haben sollte, daß die Tochter der Parteien von dem Kläger mit falschen Angaben die Zahlung eines Betrages von 1 000 DM verlangte.

II. Die Revision ist begründet, soweit das angefochtene Urteil den Antrag des Klägers abgewiesen hat, die Beklagte zu verurteilen,

- a) die Zwangsvollstreckung aus der "Vereinbarung" vom 1. Juli 1966 sowie der "Zusatzvereinbarung" vom 7. Juli 1966 zu unterlassen;
- b) die beiden "Vereinbarungen" herauszugeben;
- c) mehrere im einzelnen aufgeführte Versicherungspolice(n) der A[REDACTED] Lebensversicherungs-AG herauszugeben;
- d) an den Kläger 8 000 DM zu zahlen.

1. Die Vereinbarungen sind allerdings nach § 138 BGB nicht deswegen nichtig, weil die Beklagte sich ungewöhnlich hohe Leistungen hat versprechen lassen. Sie könnten aus diesem Grunde nur nichtig sein, wenn ein grobes Mißverhältnis zwischen der Höhe der der Beklagten gemachten Zuwendungen und den Vermögens- und Einkommensverhältnissen des Klägers bestehen würde. Dafür, ob ein solches Mißverhältnis besteht, ist nicht maßgebend, in welchem Umfang ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch bestehen würde. Vielmehr kommt es darauf an, in welcher Höhe die Beklagte anständiger- und billigerweise geldliche Sicherstellung dafür verlangen kann, daß sie ihre wirtschaftlich gesicherte Stellung als verheiratete Frau aufgibt (RGZ 159, 166; 166, 42; Hoffmann/Stephan EheG 2. Aufl. § 72 Anm. 64; BGB RGR-Komm. EheG § 72 Anm. 52). Ein solches Mißverhältnis ist hier, wie das Berufungsgericht frei von Rechtsfehlern festgestellt hat, nicht gegeben. Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß der Beklagten für sie und ihre Kinder ungewöhnlich viel versprochen worden ist. Dabei ist aber zu beachten, daß der Kläger eine sehr gute Anwaltspraxis hatte. Er wollte die Beklagte so stellen, wie sie gestanden hätte, wenn die Ehe aufrechterhalten bliebe. Der Kläger wußte genau, welche Verpflichtungen er einging, um sein Ziel, die Scheidung der Ehe, zu erreichen. Er als Rechtsanwalt kann nicht geltend machen, die Beklagte habe seinen Leichtsinns oder seine Unerfahrenheit ausgenutzt.

2. Soweit die Revision sich darauf beruft, daß die Vereinbarung wegen Dissenses oder wegen Irrtumsanfechtung nichtig sei, greift auch dieser Einwand nicht durch. Das Berufungsgericht hat mit Recht dargelegt, daß der Kläger insoweit keine substantiierten Angaben gemacht hat.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts könnte die Vereinbarung jedoch nach §§ 123, 142 BGB nichtig sein, weil der Kläger sie wegen arglistiger Täuschung angefochten hat. Eine arglistige Täuschung würde vorliegen, wenn die Beklagte jahrelang ehebrecherische oder grob ehewidrige Beziehungen zu dem Zeugen Dr. Sch. unterhalten hätte. Falls ein Ehegatte mit einem die Scheidung ermöglichen oder erleichternden Vergleich Vorteile erstrebt, die wesentlich über das hinausgehen, was er erlangen würde, wenn das Verfahren ohne die in dem Vergleich getroffene Regelung durchgeführt wird, ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, schwere von ihm begangene Eheverfehlungen, die seinem Ehegatten noch nicht bekannt sind, vor Abschluß des Vergleichs zu offenbaren. Er handelt arglistig, wenn er sie verheimlicht, obwohl er sich bewußt ist, er werde diese Vorteile nicht oder doch nicht in demselben Maße erlangen, wenn der die Belastungen des Vergleichs auf sich nehmende Ehegatte den wahren Sachverhalt wenigstens in großen Zügen kennen würde. Die Anfechtung des durch Verschweigen getäuschten Ehegatten greift dann durch, wenn dieser die Vereinbarung bei Kenntnis der Sachlage nicht oder nicht in dieser Weise geschlossen hätte (vgl. Urteile des Senats vom 22. Mai 1968 - IV ZR 578/68 - und 5. Mai 1969 - IV ZR 1026/68 - = LM BGB § 826 Fa Nr. 18 u. 19). Der von dem täuschenden Ehegatten erstrebte Vorteil kann einmal darin liegen, daß der Vergleich eine alsbaldige rechtskräftige Scheidung ermöglicht und der Begünstigte auf diese Weise bezweckt, einer drohenden Aufdeckung seiner eigenen Verfehlung in einem sich noch länger hinziehenden Verfahren vorzubeugen und so dem Wegfall oder einer Kürzung eines Unterhaltsanspruchs zu entgehen. Der Vorteil kann aber auch darin bestehen, daß sich der Begünstigte wesentlich höhere oder sonstwie besser ausgestaltete Unterhaltsleistungen versprechen läßt, als er sie allein

aufgrund des erwarteten Scheidungsurteils zu beanspruchen hätte. In beiden Fällen hat er anstößig seinen Vertragspartner in größere Nachteile einwilligen lassen, als sie das erlaubte Stillschweigen des Begünstigten im Prozeß zwangsläufig zur Folge haben mußte.

Das Berufungsgericht hat unterstellt, daß die Beklagte längere Zeit ehebrecherische Beziehungen zu dem Zeugen Dr. Sch. unterhalten hat. Es meint jedoch, der Kläger habe den für einen Erfolg seiner Klage erforderlichen Nachweis des subjektiven Tatbestandes einer arglistigen Täuschung oder eines sittenwidrigen Verhaltens der Beklagten bei dem Abschluß der Vereinbarungen nicht geführt. Denn es könne nicht festgestellt werden, daß die Beklagte mit dem erforderlichen Vorsatz ihre Offenbarungspflicht verletzt habe. Der Beklagten sei nicht widerlegt worden, daß sie bei dem Abschluß der Vereinbarungen zum Zwecke der Durchführung der Scheidung ihrer Ehe geglaubt habe, die Zubilligung der in den Vereinbarungen enthaltenen Vorteile durch den Kläger sei völlig unabhängig von ihrem eigenen Verhalten während der Ehe. Die Beklagte habe davon ausgehen dürfen, es komme dem Kläger in seiner damaligen Situation allein auf eine rasche Scheidung an, bei der jede Erörterung seiner eigenen Eheverfehlungen im Rahmen eines langwierigen streitigen Eheprozesses vermieden werde. Schließlich habe der Kläger, wie die Beklagte unwiderlegt vorgetragen habe, ihr mehrfach erklärt, er räume ihr die gleichen Freiheiten ein, die er sich nehme. Es bestehe kein Anhalt dafür, daß die Beklagte etwa angenommen habe, der Kläger werde in Anbetracht aller dieser Umstände bei einer Offenbarung eines Treubruchs ihrerseits den Versuch machen, seine Verhandlungsposition wenig-

stens geringfügig zu verbessern. Die Beklagte habe annehmen dürfen, daß ein offenkundiger Treubruch insoweit für den Kläger ohne Wert sei. Die von ihm erstrebte einverständliche Scheidung ohne jede Erörterung seiner eigenen schwerwiegenden Verfehlungen habe er nicht mit dem Hinweis auf ihm etwa bekannt gewordene Scheidungsgründe, sondern allein dadurch erreichen können, daß er die Beklagte durch die Vereinbarungen in wirtschaftlicher Hinsicht entsprechend seinen Zusagen so gestellt habe, als ob sie mit ihm verheiratet bliebe. Die Beklagte habe in Anbetracht der Lage, in der sich der Kläger wegen seiner eigenen Verfehlungen befunden habe, nicht ernsthaft zu befürchten brauchen, daß es bei einer Offenbarung ihres Treubruchs zu einer Scheidung der Ehe gegen ihren Willen kommen würde. Entgegen seinem jetzigen Vorbringen spreche nichts für die Annahme, der Kläger würde damals bei Kenntnis schwerer Eheverfehlungen seiner Frau eine Scheidungsklage erheben oder jedenfalls mit einer solchen gedroht haben. Der Beklagten sei nicht widerlegt, daß sie geglaubt habe, mit allen Unterhaltsvereinbarungen - seien sie vom Kläger angeboten oder ergänzend von ihr gewünscht worden - nur das zu erhalten, was ihr jedenfalls bei der vom Kläger beabsichtigten Durchführung der Scheidungsangelegenheit ohnehin zustünde. Maßgebend dabei sei, daß die Beklagte nach ihrer Ansicht entsprechend den Zusagen des Klägers so habe gestellt werden sollen, als ob sie noch seine Frau wäre.

Danach geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte nicht nur die Leistungsversprechung des Klägers angenommen, sondern bei den Vergleichsverhandlungen auch eigene Forderungen und Wünsche geltend gemacht hat, was in der Tat naheliegt. Die Annahme des Be-

AA

rufungsgerichts, die Beklagte hätte durch den Vergleich nur das erlangt, was sie ebenso erhalten hätte, wenn sie dem Kläger ihre hier zu unterstellenden schweren Verfehlungen offenbart hätte, weil er ihr auch dann diese Zusagen gemacht hätte, ist lebensfremd. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts war der Kläger durch seine Stellung als Rechtsanwalt nicht gehindert, eine Scheidungsklage wegen der Verfehlungen der Beklagten zu erheben. Auch wenn er sich dazu entschloß, hätte er verhindern können, daß seine eigenen Verfehlungen in aller Breite aufgedeckt wurden. Dazu hätte er diese nur von vornherein zuzugeben und sich bereitzuerklären brauchen, die überwiegende Schuld an der Scheidung zu übernehmen (vgl. zur Rechtslage auch das Senatsurteil vom 3. November 1971 - IV ZR 108/70 = NJW 1972, 290 = LM EheG § 43 Nr. 21). Abgesehen davon ist das Berufungsgericht selbst davon ausgegangen, der Kläger würde versucht haben, bei Kenntnis der Verfehlungen der Beklagten seine Verhandlungsposition wenigstens geringfügig zu verbessern, und seine Unkenntnis sei für den Entschluß, die Scheidungsvereinbarung einzugehen, mitbestimmend gewesen. Das entspricht durchaus der Lebenserfahrung. Unter diesen Umständen war die Beklagte nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Kläger ihre etwaigen Verfehlungen zu offenbaren, bevor sie diesen, sie in ungewöhnlichem Maß begünstigenden Vergleich schloß.

Dadurch, daß sie das nicht tat, hat sie entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch arglistig gehandelt. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe nicht ernsthaft zu befürchten brauchen, daß es zu einer Scheidung der Ehe gegen ihren Willen kommen könnte, wenn dem Kläger ihre Verfehlungen bekannt geworden wären, ist nicht zu halten. Die Beklagte konnte nicht wissen,

wie der Kläger sich verhalten würde. Daß es dem Kläger möglich war, seinerseits auf Scheidung der Ehe zu klagen, ist bereits ausgeführt. Ebenso aber konnte die Beklagte kaum annehmen, der Kläger werde ihr auch bei Kenntnis eines langdauernden ehebrecherischen oder doch grob ehewidrigen Verhältnisses beim Abschluß der Scheidungsvereinbarung so große Vorteile einräumen, wie er es tatsächlich getan hat und wie die Beklagte sie auch erstrebte. Nach der Lebenserfahrung muß davon ausgegangen werden, daß die Beklagte sich dessen bewußt war. Ausreichende Feststellungen, die hiervon abweichende Folgerungen rechtfertigen könnten, hat das Berufungsgericht bisher nicht getroffen.

Sollte die Beklagte, wie es das Berufungsgericht annimmt, davon ausgegangen sein, daß der Kläger in jedem Fall auf ihre Wünsche eingehen würde, weil er es sich in seiner Stellung als Rechtsanwalt nicht habe leisten können, einen Scheidungsprozeß durchzuführen, in dem auch seine Verfehlungen zur Sprache kommen würden, so hätte sie damit schon wissentlich seine Lage zu ihrem Vorteil ausgenutzt und der Vergleich wäre deswegen nach § 138 BGB nichtig.

Es kommt daher darauf an, ob die Beklagte tatsächlich längere Zeit hindurch ein längeres ehebrecherisches oder grob ehewidriges Verhältnis zu dem Zeugen Dr. Sch. unterhalten hat. Das Berufungsgericht führt aus, es sei nicht erwiesen, daß die Beklagte ein solches Verhältnis unterhalten habe. Der Zeuge Dr. Sch. hat eidlich bestritten, ehebrecherische oder ehewidrige Beziehungen zu der Beklagten unterhalten zu haben.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe in diesem Zusammenhang nicht alle angebotenen und erheblichen

Beweise erhoben, ist begründet. Der Kläger hatte in dem Schriftsatz vom 16. Juni 1970 bestimmte tatsächliche Behauptungen aufgestellt, aus denen sich, wenn sie erwiesen wurden, ergeben könnte, daß die Tagebucheintragungen der Beklagten nicht nur von ihr erdacht waren, sondern auf einem wirklichen Geschehen beruhten. Zu dem Beweis dieser Tatsachen hat er sich auf das Zeugnis von Dr. med. R. [REDACTED] seiner Ehefrau, Frau P. [REDACTED] und Frau L. [REDACTED] berufen. Letztere sollte außerdem Kenntnis davon haben, daß zwischen Dr. Sch. und der Beklagten intime Beziehungen bestanden. Diese Zeugen hätte das Berufungsgericht vernehmen müssen. Der Zeuge Dr. H. [REDACTED] war nur dafür benannt worden, daß er den Eindruck gehabt habe, es bestünden intime Beziehungen zwischen der Beklagten und Dr. Sch. Er hat dies nicht bestätigen können. Der Kläger hat dann allerdings auf Vorhalt des Gerichtes in der mündlichen Verhandlung angeführt, daß die von ihm hierfür weiter benannten Zeugen zum mindesten bekunden könnten, daß Dr. Sch. und die Beklagte sich geduzt hätten. Aus dieser Einlassung konnte das Berufungsgericht nicht schließen, daß der Kläger konkrete Tatsachen, die für die Richtigkeit der Eintragungen der Beklagten in ihrem Tagebuch sprachen, nicht mehr behaupten wollte. Ebenso konnte es nicht annehmen, daß es sich bei der Behauptung des Klägers, daß die Beklagte und Dr. Sch. sich in Gegenwart der benannten Zeugen geduzt hätten, um eine bloße belanglose Prozeßbehauptung handelte. Die Schwierigkeiten, in der sich die Partei befindet, die Ehewidrigkeiten des anderen Teils zu beweisen hat, müssen berücksichtigt werden. Wenn die Partei der Überzeugung ist, daß solche Beziehungen bestanden haben und Grund zu der Annahme hat, daß dritte Personen dahingehende Beobachtungen gemacht haben, dann kann es nicht als belanglose Prozeßbehauptung angesehen werden, wenn sie

entsprechende Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt. Das Beweisangebot war auch erheblich. Denn ernste Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen Dr. Sch. konnten auftauchen, wenn erwiesen wäre, daß er sich entgegen seiner Bekundung doch mit der Beklagten geduzt hatte. Jedenfalls diese Zeugen waren von dem Kläger rechtzeitig benannt worden. Hätte das Berufungsgericht, wozu es auch noch nach der mündlichen Verhandlung vom 13. November 1970 verpflichtet war, diese Zeugen geladen, dann hätte es auch die Vernehmung der Zeugin P. anordnen müssen. Denn deren Vernehmung hätte dann die Erledigung des Rechtsstreits nicht weiter verzögert. Wenn mit einer so durchgeführten Beweisaufnahme vielleicht noch nicht der Nachweis eines ehebrecherischen Verhältnisses erbracht worden wäre, so hätte aber möglicherweise als erwiesen angesehen werden können, daß die Beklagte zu Dr. Sch. ein lang dauerndes, mindestens ehewidriges Verhältnis unterhalten hat.

Damit die sonach unter Verstoß gegen § 286 ZPO unterbliebene Beweisaufnahme nachgeholt werden kann, muß das angefochtene Urteil teilweise aufgehoben werden.

Da der Kläger mit einem Teil seiner Klage keinen Erfolg gehabt hat, waren ihm in Anbetracht des Verhältnisses, in dem dessen Wert zu dem gesamten Streitwert

AA

steht, $\frac{1}{4}$ aller bisher entstandenen Kosten aufzuerlegen. Darüber, welche Partei die weiteren Kosten zu tragen hat, hat das Berufungsgericht zu entscheiden. Zu diesen gehören auch $\frac{3}{4}$ der in der Revisionsinstanz entstandenen Kosten.

Dr. Hauß

Johannsen

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Dr. Buchholz