

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 1186/68

Verkündet am

16. Dezember 1970

B l e c h e r ,
Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des landwirtschaftl. Kolonnenführers und Gastwirts

Karl-Heinrich B [REDACTED],

L [REDACTED], S [REDACTED]straße, H [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Herta B [REDACTED] geb. C [REDACTED],

L [REDACTED], S [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Dezember 1970 unter Mitwirkung der Bundesrichter Johannsen, Wüstenberg, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 8. Oktober 1968 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am [REDACTED] 1915 geborene Kläger und die am [REDACTED] 1919 geborene Beklagte haben am 30. Juli 1954 in L[REDACTED] die Ehe geschlossen. Aus der Ehe stammt der am [REDACTED] 1955 geborene Sohn Werner. Für beide Parteien war es die zweite Ehe. Die Beklagte hat aus ihrer ersten Ehe zwei in den Jahren 1947 und 1950 geborene Söhne.

- 3 -

Der Kläger ist landwirtschaftlicher Kolonnenführer und betreibt außerdem in einem Behelfsbau eine Gastwirtschaft. Als Ehemwohnung dienten den Parteien nebst ihrem Sohn und dem jüngsten Sohn der Beklagten aus erster Ehe eine Nissenhütte und ein ausrangierter Bus.

Im Jahre 1958 fand zwischen den Parteien ein Scheidungsprozeß statt, der mit einer Versöhnung endete. Der Kläger hatte der Beklagten Unsauberkeit und Nachlässigkeiten beim Betrieb der Gaststätte vorgeworfen. In der Nacht zum 1. Mai 1965 kam es in den Räumen der Gastwirtschaft zu einer schweren Auseinandersetzung zwischen den Parteien, in deren Verfolg der Kläger die Beklagte am 15. Mai 1965 aus der Gaststätte wies. Die Parteien leben seitdem getrennt. Die Beklagte wohnte zunächst mit den beiden Söhnen in der Nissenhütte und dem Bus, der Kläger in einem Raum der Gaststätte. Er stellte am 20. Mai 1965 eine Frau S. als Wirtschafterin ein. Anfang März 1967 bezog die Beklagte eine andere Wohnung in L.

Mit der Klage vom 27. Januar 1966 hat der Kläger die Scheidung der Ehe aus dem Verschulden der Beklagten nach § 43 EheG begehrt. Er hat im wesentlichen geltend gemacht, die Beklagte habe den Haushalt verkommen lassen und in der Gaststätte wiederholt Getränke ausgeschenkt, ohne zu kassieren. Außerdem hat er der Beklagten deren Verhalten bei der Auseinandersetzung in der Nacht zum 1. Mai 1965 vorgeworfen; die Beklagte habe sich gegen ihn auf die Seite der Gäste gestellt, als diese ihn zusammengeschlagen hätten. Die Beklagte hat bestritten, Eheverfehlungen begangen zu haben. Nach ihrer Ansicht beruhen die Reibereien in der Ehe darauf, daß der Kläger dem Alkohol zuneige und dann oft ausfällig werde.



Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers, mit der er hilfsweise die Scheidung der Ehe ohne Verschulden aus § 48 EheG begehrt hat, zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger weiter die Scheidung aus § 48 EheG.

Entscheidungsgründe:

Die Revision mußte Erfolg haben.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Voraussetzungen für eine Scheidung nach § 48 Abs. 1 EheG vorliegen. Es hat jedoch den Widerspruch der Beklagten nach § 48 Abs. 2 EheG durchgreifen lassen.

Zur Zulässigkeit des Widerspruchs hat das Berufungsgericht nur ausgeführt, der Kläger habe durch sein gewalttätiges und mißachtendes Verhalten gegenüber der Beklagten und die grundlos und einseitig von ihm herbeigeführte unberechtigte Trennung die Zerrüttung entscheidend bewirkt.

Mit dieser kurzen Ausführung wollte das Berufungsgericht offenbar an die Feststellungen anknüpfen und sie zusammenfassend würdigen, die es in eingehender Weise zum Scheidungsanspruch aus § 43 EheG getroffen hatte. Nun geht es zwar bei dem Scheidungsanspruch aus § 48 EheG um andere Rechtsfragen, als sie im Verfahren nach § 43 EheG zu prüfen sind (BGH FamRZ 1964, 35 = NJW 1964, 249 und BGH FamRZ 1958, 510). Das schließt jedoch nicht aus,

daß die tatsächlichen Feststellungen, die zum Scheidungsanspruch aus § 43 EheG getroffen worden sind, im Rahmen der Prüfung des Widerspruchs nach § 48 Abs. 2 EheG verwertet werden können.

Zur Scheidungsklage aus § 43 EheG hatte das Berufungsgericht festgestellt, der Kläger habe bei der Auseinandersetzung in der Nacht zum 1. Mai 1965, die den Kläger veranlaßt habe, die Beklagte aus der Gastwirtschaft und der Haushaltsführung zu verweisen, mit Gewalttätigkeiten gegen die Beklagte begonnen. Die Beklagte habe sich dagegen sehr zurückgehalten und die Auseinandersetzung zu schlichten gesucht; keinesfalls habe sie sich gegen ihren Mann gestellt. Der Kläger sei auch schon vor dem 1. Mai 1965 gegen die Beklagte tätlich geworden. Sein Umgang mit der Beklagten sei rau und mißachtend gewesen. Bei den Schimpfereien, die zwischen den Parteien stattgefunden hätten, sei der Kläger immer der laut Schimpfende gewesen, während die Beklagte nur die Beschimpfungen abgewehrt habe. Der Kläger sei daher nicht berechtigt gewesen, die Beklagte am 15. Mai 1965 aus der Gastwirtschaft und dem Haushalt zu verweisen. Die Beschimpfungen, die sich die Beklagte nach diesem Zeitpunkt habe zuschulden kommen lassen, seien kaum noch geeignet gewesen, den Bruch der ehelichen Gemeinschaft wesentlich zu vertiefen, da eine eheliche Gesinnung des Klägers damals kaum noch bestanden haben werde. Bei den Vorwürfen, die der Kläger der Beklagten in der Führung der Gastwirtschaft gemacht habe, handele es sich nur um zeitweilige Unsauberkeiten, die die Beklagte wegen ihrer mannigfaltigen Beanspruchung noch nicht habe abstellen können. Sie habe sich nicht nur dem Haushalt, der Gast-

wirtschaft und der Tierhaltung widmen müssen, sondern zeitweilig auch noch auf dem Großmarkt verkauft. Soweit die Zeugin S. [REDACTED] Bekundungen über eine weitergehende Vernachlässigung von Gaststätte und Haushalt gemacht habe, sei zu berücksichtigen, daß zwischen dieser Zeugin und der Beklagten erhebliche Spannungen bestanden hätten, die dazu nötigten, dieser Aussage insbesondere auch unter Berücksichtigung der Aussage der Zeugin Sc. [REDACTED], die näheren Einblick in die Führung des Haushalts und der Gastwirtschaft gehabt habe, keinen ausreichenden Beweiswert beizumessen.

Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangen, der Kläger habe die Zerrüttung der Ehe überwiegend verursacht und verschuldet. Anders wäre es, wenn der Kläger in substantiierter Weise Umstände dargelegt hätte, die eine andere Beurteilung zu rechtfertigen vermöchten (vgl. wegen der Darlegungs- und Beweislast zu § 48 Abs. 2 EheG BGHZ 53, 345). Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Verlauf der Ehe auseinandergesetzt, womit gesagt sein soll, es habe sich nicht genügend bemüht, alle Zerrüttungsursachen zu ergründen, könnte daher nur dann Erfolg haben, wenn Umstände geltend gemacht worden wären, die ein erhebliches, d. h. zumindest gleichwertiges Zerrüttungsverschulden der Beklagten ergeben würden. Daß das in ausreichendem Maße geschehen wäre, ist nicht ersichtlich, kann aber letztlich dahinstehen, weil das Berufungsurteil aus einem anderen Grunde aufgehoben werden muß und der Kläger somit im weiteren Verfahren Gelegenheit hat, derartige Umstände in der erforderlichen Substantiierung vorzubringen, wenn ihm das möglich ist.

Das Berufungsgericht hat zur Beachtlichkeit des Widerspruchs nach § 48 Abs. 2 EheG ausgeführt, es könne insbesondere aufgrund der persönlichen Anhörung der Beklagten vor dem Senat nicht festgestellt werden, daß der Beklagten die Bindung an die Ehe und die Bereitschaft zu ihrer Fortsetzung fehle. Das Ergebnis der Anhörung der Beklagten zu diesen Punkten ist jedoch weder in einer Sitzungsniederschrift aufgenommen noch in einem Aktenvermerk oder in dem Tatbestand des Urteils festgehalten worden. Mit Recht rügt die Revision, daß damit die zu den §§ 141, 169 ZPO geltenden Verfahrensgrundsätze verletzt worden sind. Dient die Anhörung einer Partei nach § 619 ZPO nur der Klarstellung ihres Parteivorbringens, dann bedarf es allerdings keiner Protokollierung. Geschieht sie jedoch zu Beweis Zwecken, dann sind die Aussagen zu protokollieren oder zumindest ersatzweise im Urteilstatbestand festzuhalten (BGH NJW 1969, 428). Anders läßt sich nicht feststellen und überprüfen, aus welchen Aussagen der Tatrichter seine Schlüsse gezogen hat und ob dabei Rechtsfehler unterlaufen sind. Im vorliegenden Fall geschah die Anhörung der Beklagten beweiseshalber. Denn das Berufungsgericht hat aus dem Ergebnis der Anhörung den für eine Entscheidung nach § 48 Abs. 2 EheG wesentlichen Schluß gezogen, daß ein Fehlen der ehelichen Bindung bei der Beklagten nicht festzustellen sei.

Das Berufungsurteil mußte daher wegen dieses
Verfahrensfehlers aufgehoben werden.

Johannsen

Wüstenberg

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Buchholz