

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 1193/68

Verkündet am
16. Dezember 1970
B l e c h e r ,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dieter Josef Hans D [REDACTED] ,
M [REDACTED] , K [REDACTED] straße [REDACTED] ,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Ilse Ida Anna D [REDACTED] geb. D [REDACTED] ,
M [REDACTED] , B [REDACTED] Straße [REDACTED] ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes 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 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 1. Oktober 1968 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am [REDACTED] 1913 geborene Kläger und die am [REDACTED] 1911 geborene Beklagte haben am 28. Mai 1940 die Ehe geschlossen. Kinder sind aus der Ehe nicht hervorgegangen.

Die Parteien bezogen erstmals etwa ein Jahr nach ihrer Eheschließung in M[REDACTED] eine eigene Wohnung. Der Kläger war damals als Soldat in M[REDACTED] stationiert. Als er an einen anderen Standort versetzt worden war, wurde die eheliche Wohnung, die außerdem durch Kriegs-

- 3 -

einwirkung zerstört worden war, aufgegeben. Die Beklagte zog zu ihrer Mutter nach H■■■■. Dort verblieb sie bis 1946. Zu dieser Zeit bezogen die Parteien wieder in M■■■■ eine Wohnung. Der Kläger wurde nach dem Krieg in den richterlichen Dienst übernommen. 1954 erkrankte er an Tuberkulose, war fünf Monate lang arbeitsunfähig und befand sich längere Zeit zur Kur in der Schweiz. Von dort kehrte er im Herbst 1955 zurück. In der Folgezeit arbeitete er nur halbtags. Vom April bis zum Juni 1956 befand er sich zu einem Kuraufenthalt im Schwarzwald. Nach seiner Rückkehr verrichtete er wiederum nur halbtags Dienst. Im Mai 1957 unterzog er sich einer Nierenoperation und im Anschluß daran bis Ende 1957 wiederum einem Kuraufenthalt. Im Mai 1959 schied der Kläger aus dem Landesdienst aus. Etwa zwei Jahre lang betätigte er sich als Repetitor. Anschließend wurde er Mitarbeiter in einem Anwaltsbüro. Seit 1966 ist er selbständiger Rechtsanwalt.

Nachdem im Sommer oder Herbst 1956 der letzte eheliche Verkehr stattgefunden hatte, verließ der Kläger im März 1961 die eheliche Wohnung. Seitdem leben die Parteien getrennt.

Der Kläger verlangt die Scheidung der Ehe nach § 48 EheG, hilfsweise § 43 EheG. Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten und hat der Scheidung widersprochen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, und das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.



Mit der Revision will der Kläger weiterhin erreichen, daß die Ehe der Parteien nach § 48 EheG ohne Schuldausspruch geschieden wird. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die häusliche Gemeinschaft der Parteien seit mehr als drei Jahren aufgehoben und ihre Ehe unheilbar zerrüttet ist. Das ist bei der nach Maßgabe des § 547 Abs. 1 ZPO aF statthaften Revision nicht nachzuprüfen.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts scheitert das Scheidungsverlangen des Klägers, soweit es auf § 48 EheG gestützt ist, am Widerspruch der Beklagten. Die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses sei zumindest überwiegend vom Kläger verschuldet, und es könne nicht festgestellt werden, daß der Beklagten die Bindung an die Ehe oder eine zumutbare Bereitschaft, die Ehe mit dem Kläger fortzusetzen, fehle. Die dagegen von der Revision erhobenen Einwendungen sind im Ergebnis begründet.

Bei der Entscheidung darüber, ob der Kläger die eingetretene unheilbare Zerrüttung der Ehe ganz oder überwiegend verschuldet hat, ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß der Beklagten die ihr vom Kläger vorgeworfenen schuldhaften Handlungen nur zugerechnet werden könnten, soweit sie erwiesen seien. Dieser Grund-

satz ist in dem angefochtenen Urteil weitgehend durchgeführt worden. Er stimmt mit der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs überein, ist aber von dem erkennenden Senat aufgegeben worden. Die Beweislast für die Tatsachen, aus denen sich die Zulässigkeit des Widerspruchs ergibt, hat vielmehr der beklagte Ehegatte auch, soweit von ihm begangene Ehewidrigkeiten in Frage stehen. Doch muß der Kläger, der das letztlich allein wissen kann, substantiiert darlegen, was ihn bewogen hat, sich von seinem Ehepartner abzuwenden. Ergibt schon dieser Vortrag, daß er zur Abwendung von der Ehe keinen hinreichenden Grund hatte und in der Abwendung die schuldhaft von ihm gesetzte maßgebliche Zerrüttungsursache liegt, so ist der Widerspruch des beklagten Ehegatten ohne weiteres zulässig. Im übrigen können die Behauptungen des Klägers über die Gründe, die ihn veranlaßt haben, sich von der Ehe loszusagen, nur berücksichtigt werden, soweit nach dem Ergebnis der Verhandlung eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß dieser Sachvortrag richtig ist. Es würde den Geboten der Gerechtigkeit widerstreiten, wenn der Kläger die Scheidung der Ehe dadurch erreichen könnte, daß er irgendwelche Behauptungen aufstellt oder Vorwürfe erhebt, die zu widerlegen nicht möglich ist. Die erforderliche gewisse Wahrscheinlichkeit besteht, wenn der Richter auf Grund des Ergebnisses der Verhandlung und des daraus gewonnenen Bildes der Ehe zu der Auffassung gelangt ist, daß es sich so verhalten haben kann, wie der Kläger vorgebracht hat. Doch braucht der Kläger nicht wahrscheinlich zu machen, daß er die Umstände, auf die er sich beruft, nicht verschuldet hat; sein eigenes Verschulden muß ihm voll nachgewiesen werden (BGHZ 53, 345, 349, 350).

Dem Berufungsgericht kann demzufolge auch nicht beigetreten werden, soweit es eine Vernehmung des Klägers deshalb nicht für angebracht gehalten hat, weil er die beweisbelastete Partei sei. Wenn es sich um die Aufklärung von Tatsachen handelt, die sich zwischen den Ehegatten ereignet haben, wird in der Regel die Vernehmung beider Parteien nach den §§ 448, 619 ZPO in Betracht kommen, wie sie das Berufungsgericht durchgeführt hat. Das Gericht hat dann aber gegebenenfalls weiter ohne Rücksicht auf die Beweislast zu erwägen, ob es nach § 452 ZPO die Partei beeidigen will, für deren Behauptung die Beweisaufnahme schon einigen Beweis erbracht hat, das heißt die größere Wahrscheinlichkeit spricht. Das kann sich freilich immer nur auf die Bekundung ganz bestimmter Tatsachen beziehen und nicht auf reine Werturteile (BGH LM § 48 Abs. 2 EheG Nr. 102). Das Berufungsgericht hat wiederholt ausgeführt, der Kläger sei nicht als vertrauenswürdiger anzusehen als die Beklagte. Die Frage, ob einer Partei der Eid anvertraut werden soll und welche Partei das ist, wird jeweils im Zusammenhang mit der einzelnen Tatsachenbehauptung, um die es sich handelt, zu prüfen sein.

Bei der Entscheidung darüber, ob der Kläger berechtigt war, sich von der Ehe loszusagen, oder ob ihm aus der Abwendung von der Ehe ein Vorwurf zu machen ist, sind die an ihn zu stellenden Anforderungen nicht gering zu bemessen. Eheleute sind verpflichtet, sich auch unter Opfern und Verzichten um die Verwirklichung der ehelichen Gemeinschaft zu bemühen und nach bestem Vermögen zu versuchen, Enttäuschungen, die ihnen der Ehepartner im Verlauf der Ehe bereitet hat, zu überwinden. Die Ehe

verlangt von jedem Ehegatten, auch erhebliche charakterliche Mängel des anderen Eheteils und Belastungen, die der Ehe durch dessen Eigenart und Verhalten auferlegt werden, weitgehend zu tragen. Wenn ein Ehegatte gegenüber diesen Forderungen versagt und Verfehlungen des anderen, denen gegenüber er Nachsicht üben müßte, zum Anlaß nimmt, sich endgültig von der Ehe abzuwenden, so ist die Abwendung selbst schuldhaft (BGH LM § 48 Abs. 2 EheG Nr. 73). Doch darf die Rechtsordnung, die menschlichen Schwächen und Unzulänglichkeiten Rechnung tragen muß, nicht unangemessene Forderungen stellen. Dafür, wann die dem klagenden Ehegatten zuzumutende Belastung überschritten ist, kommt es auf die gesamten Umstände an, so außer auf die Schwere der Belastung auch auf die Persönlichkeiten der Eheleute, die Dauer der Ehe und die Opfer, die der eine oder der andere für diese gebracht hat. Es kann sein, daß die Abwendung von der Ehe selbst dann nicht schuldhaft ist, wenn der andere Ehegatte sich keiner schweren Eheverfehlung schuldig gemacht hat (BGHZ 52 307, 310). Schuldhaft ist die Abwendung von der Ehe aber jedenfalls dann, wenn ein maßgeblicher Beweggrund für sie die Aufnahme ehewidriger Beziehungen zu einer Person des anderen Geschlechts ist; doch trifft damit nicht notwendig den sich Abwendenden die überwiegende Schuld an der Zerrüttung der Ehe.

Ergibt sich, daß dem Kläger aus der Abwendung von der Ehe ein Vorwurf zu machen ist, weil von ihm verlangt werden mußte, die eheliche Gemeinschaft aufrecht zu erhalten, so ist abzuwägen, ob seiner schuldhaften Abwendung von der Ehe oder den Umständen, die ihn zur Abwendung veranlaßt haben, insbesondere auch Ehewidrigkeiten des beklagten Teils, die größere Bedeutung für die un-

heilbare Zerrüttung der Ehe zukommt. Dafür kann die Schwere des Versagens eines jeden Ehegatten erheblich sein. Je schwerer sich der beklagte Ehegatte verfehlt und je tiefer er den Kläger verletzt hat, um so eher wird demgegenüber das in der Abwendung von der Ehe zum Ausdruck kommende Versagen zurücktreten. Je mehr dagegen die Verfehlungen des beklagten Teils es für den Kläger als zumutbar erscheinen lassen, sie hinzunehmen und an den erfahrenen Enttäuschungen die Ehe nicht scheitern zu lassen, und je stärker bei dem Kläger eigensüchtige und ehewidrige Beweggründe im Vordergrund stehen, um so größeres Gewicht wird seiner schuldhaften Abwendung für die Zerrüttung beizumessen sein (LM § 48 Abs. 2 EheG Nr. 73).

Bei Anwendung dieser Grundsätze ergibt sich, daß der Rechtsstreit noch nicht zur Entscheidung reif ist. Man kann nicht sagen, daß der gesamte Vortrag des Klägers über die Gründe, die ihn zur Abwendung von der Ehe veranlaßt hätten, seine Richtigkeit voll unterstellt, ihn schon von vornherein aus Rechtsgründen nicht von der überwiegenden Schuld an der Zerrüttung der Ehe zu entlasten vermöchte. Ebensowenig läßt sich ausschließen, daß der Kläger Tatsachen wahrscheinlich macht, die der Annahme seiner überwiegenden Schuld an der Zerrüttung entgegenstehen. Es kommt auf die einzelnen Umstände und Verhaltensweisen der Beteiligten an, die unter Berücksichtigung der dargelegten für die Beweislast geltenden Regeln aufzuklären und abzuwägen Aufgabe des Richters der Tatsacheninstanz ist. Dabei wird besondere Bedeutung der Feststellung des **Zeitpunktes** beizumessen sein, in dem die Zerrüttung der Ehe der Parteien bis zur Unheilbarkeit gediehen war. Vorgänge aus der Zeit nach dem endgültigen Eintritt der Zerrüttung, die eine Folge der

Abwendung des Klägers waren, bleiben bei der Ermittlung und Bewertung der Zerrüttungsursachen außer Betracht, während alle vorher liegenden Geschehnisse, die sich auf das Verhältnis der Parteien ausgewirkt haben, zu berücksichtigen sind.

Das Berufungsgericht hat angenommen, der Kläger habe die eheliche Gesinnung preisgegeben, weil er sich in den Jahren 1956/1957 einer anderen Frau zugewendet habe. Noch im Mai und Juni 1956 hatte er der Beklagten von seinem Kuraufenthalt im Schwarzwald herzliche und fürsorglich gehaltene Briefe geschrieben, Wenn auch diese Briefe ergeben mögen, daß der Kläger sich damals noch der Beklagten verbunden fühlte, und wenn sicherlich auch die Abwendung wegen des eingegangenen ehewidrigen und ehebrecherischen Verhältnisses ein erhebliches Verschulden des Klägers darstellt, so wird dadurch doch nicht ausgeschlossen, daß für den endgültigen Verlust seiner ehelichen Gesinnung weitere früher oder später liegende erhebliche Ursachen wirksam geworden sind, die ihm nicht zum Verschulden gereichen.

Mit einem besonderen Maßstab sind ehezerrüttende Handlungen der Beklagten zu messen, die Reaktionen auf die sich seit 1956 oder 1957 stärker vollziehende Loslösung des Klägers von der ehelichen Gemeinschaft oder auf die ihr bekannt gewordene Trennungsabsicht des Klägers darstellten. Sie werden, selbst wenn es sich um erhebliche Entgleisungen der Beklagten handelte, an Bedeutung hinter dem schuldhaften Verhalten des Klägers, das sie auslöste, zurücktreten. Wenn sie begangen wurden, bevor die Zerrüttung endgültig geworden war, sind jedoch auch sie bei einer Gesamt abwägung der Zerrüttungsursachen in Rechnung zu stellen, zu denen alles das gehört, was dazu geführt hat, daß der Kläger sich von der Ehe losgesagt hat.

Nach alledem muß das angefochtene Urteil aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, ohne daß auf die weiteren Einwendungen der Revision eingegangen zu werden braucht. Lediglich zu einer von der Revision erhobenen Verfahrensrüge sei auch für das weitere Verfahren bemerkt, daß die nicht protokollierte Aussage eines Zeugen oder einer Partei, die in einem vom Berichterstatter angefertigten Vermerk festgehalten ist, als Zeugen- oder Parteiaussage nur verwertet werden darf, wenn an der Entscheidung dieselben Richter mitwirken, die bei der Vernehmung beteiligt waren. Im übrigen kommt allein eine Verwertung des Vermerks im Wege des Urkundenbeweises in Betracht. Die etwa von einer Partei geforderte nochmalige Vernehmung des Zeugen oder der Partei wird dadurch aber nicht ersetzt, wie auch Einwendungen gegen die Richtigkeit oder Vollständigkeit der Niederschrift geltend gemacht werden können (RG HRR 1940 Nr. 1258; RG DR 1941, 1739; BGH LM § 355 ZPO Nr. 6; im Ergebnis wohl nicht anders BGH LM § 1421 BGB Nr. 1).

Johannsen

Wüstenberg

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Buchholz