

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: GG Art 2 Abs 2; ZPO §§ 286, 371, 402,
619, 623
EheG § 32

Rechtssatz: Wird auf Aufhebung der Ehe wegen einer geistigen Störung geklagt, so kann der beklagte Teil nicht - entsprechend § 623 ZPO - gezwungen werden, sich auf seinen Geisteszustand untersuchen zu lassen. Weigert er sich, so ist der klagende Teil nicht ohne weiteres beweisfällig. Es ist vielmehr zu prüfen, ob die Gesamtumstände möglicherweise ausreichen, um ein Sachverständigengutachten - auch ohne Untersuchung - einzuholen.

Aktenzeichen: IV ZR 156/51

Urteil vom 24. April 1952 OLG Koblenz

IV ZR 156/51

Verkündet am
24. April 1952
Klett, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit .

der Ehefrau Ernestine Perpetua E [REDACTED] geb. C [REDACTED]
in W [REDACTED] bei K [REDACTED], G [REDACTED] strasse [REDACTED],
Klägerin, Widerbeklagten, Berufungsklägerin und Re-
visionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Hotelier Karl Heinz E [REDACTED] in R [REDACTED], W [REDACTED]
[REDACTED],
Beklagten, Widerkläger, Berufungsbeklagten und Revi-
sionsbeklagten,
-- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. April 1952 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Lersch, Raske, Johannsen,
Dr. Kregel und Dr. v. Werner
für Recht erkannt:

Das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesge-
richts Koblenz vom 11. Juli 1951 wird aufgehoben.
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung - auch über die Kosten der Revision -
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind seit dem 1. September 1945 miteinander verheiratet. Sie haben ein Kind, die am [REDACTED] 1947 geborene Monika. Die Eltern des Beklagten sind Eigentümer eines Hotels in R[REDACTED]. Der Beklagte, ihr einziger noch lebender Sohn, hat im Hotelfach gelernt. Er heiratete die Klägerin gegen den Willen seiner Eltern und versprach ihr vor der Hochzeit, einen neuen Beruf zu ergreifen und nicht zu seinen Eltern zurückzukehren. Er ging jedoch im Sommer 1946 nach R[REDACTED] zurück und schloss am 1. August 1946 mit seinem Vater einen Vertrag, durch den er mit gleicher Beteiligung als Teilhaber in den Hotelbetrieb aufgenommen wurde. – Das Hotel selbst war bis zum 1. August 1949 von Besatzungstruppen besetzt. – Die Klägerin folgte dem Beklagten im Herbst 1946 nach R[REDACTED], ging im Frühjahr 1947 zur Entbindung zu ihren Eltern und blieb dort bis Anfang 1949. Von Februar bis Juli 1949 wohnte sie erneut mit dem Beklagten in dessen Elternhaus. Ende Juni 1949 verkehrten die Parteien letztmals ehelich miteinander. Ende Juli verliess die Klägerin den Beklagten.

Die Klägerin hat zunächst auf Scheidung geklagt und diese insbesondere darauf gestützt, dass der Beklagte wiederholt Versprechen nicht gehalten habe, so 1946 das Versprechen, einen anderen Beruf ausserhalb von R[REDACTED] zu ergreifen, und 1949 die Zusage, ihr eine eigene Küche einzurichten; er habe sie ferner Mitte Juli 1949 nicht vor unbegründeten und beleidigenden



Anwürfen seiner Tante in Schutz genommen und ihr auch für sie und das Kind zu wenig Unterhalt - seit September 1949 nur 100.- DM monatlich - gezahlt. Die Klägerin hat beantragt, die Ehe aus Alleinverschulden des Beklagten zu scheiden. Der Beklagte hat Abweisung der Klage und widerklagend Scheidung aus Alleinschuld der Frau begehrt.

Das Landgericht hat nach den Anträgen des Beklagten erkannt. Es hat etwaige Verfehlungen aus der Zeit vor dem letzten Geschlechtsverkehr (Juni 1949) als verziehen und spätere Verfehlungen als nicht bewiesen angesehen. Es hat schwere Eheverfehlungen der Klägerin angenommen, weil diese sich nach der Trennung beharrlich grundlos geweigert habe, die eheliche Gemeinschaft wiederaufzunehmen, und weil sie dem Beklagten ein Weihnachtsgeschenk für ihre gemeinsame Tochter in verletzender Form zurückgeschickt habe.

Die Klägerin hat ihre Berufung hiergegen in erster Linie darauf gestützt, dass der Beklagte an haltloser Psychopathie oder an circulärem Irresein leide; hierbei müsse es sich um eine ererbte Anlage handeln. Sie hätte den Beklagten nicht geheiratet, wenn sie das früher gewußt hätte. Zur Scheidungsklage hat sie u.a. neu vorgebracht, der Beklagte habe den Verkehr im Juni 1949 erzwungen.

Die Klägerin hat beantragt,

unter Abweisung der Widerklage die Ehe der Parteien unter Schuldigerklärung des Beklagten aufzuheben, hilfsweise, die Ehe aus alleinigem, zumindest jedoch überwiegendem Verschulden des Beklagten zu scheiden.

Der Beklagte hat gebeten, die Berufung zurückzuweisen. Das Berufungsgericht hat diesem Antrage entsprochen und die Revision zugelassen. Die Klägerin hat Revision eingelegt mit dem Antrage,

unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach dem letzten Klageantrag zu erkennen und die Widerklage abzuweisen, hilfsweise, den Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise, sie als unzulässig zu verwerfen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision mußte Erfolg haben.

I. Zur Aufhebungsklage:

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, die Klägerin könne ihr Vorbringen nur durch ein bestätigendes Gutachten eines Facharztes beweisen. Für ein Gutachten sei mindestens eine Untersuchung des Beklagten erforderlich. Der Beklagte weigere sich jedoch, sich untersuchen zu lassen. Hieraus könne nicht gefolgert werden, dass er das Vorbringen der Klägerin einräume oder dass es zuträfe. Das Gericht könne gegen seinen Willen keine Untersuchung anordnen, sie insbesondere nicht mit Zwangsmitteln durchsetzen. § 623 Abs 1 ZPO sei nicht entsprechend anwendbar. Die Klägerin müsse daher insoweit

als beweisfällig angesehen werden. Davon abgesehen weigere der Beklagte sich auch nicht " ohne triftigen Grund", sich untersuchen zu lassen. Eine Untersuchung und Beobachtung könne ihm erhebliche immaterielle und auch wirtschaftliche Nachteile in seinem Beruf bringen; die von der Klägerin vorgetragenen Tatsachen könnten auch keine greifbare Vermutung erwecken, dass der Beklagte geistig nicht normal sei.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Das Berufungsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte nicht gezwungen werden kann, sich auf seinen Geisteszustand untersuchen zu lassen. Das Reichsgericht hat schon in einem Beschluß vom 7. Februar 1918 - IV 1/18 - für eine Ehesache entsprechend entschieden und damals ausgesprochen, die Vorschrift des § 654 ZPO über die Vernehmung in Entmündigungssachen sei als Ausnahmebestimmung einer entsprechenden Anwendung auf andere Fälle nicht zugänglich (Nachschlagewerk des RG Nr 3 zu § 371 ZPO; vgl. ferner RGZ 63, 410). Diese Auffassung entspricht auch der herrschenden Meinung (Stein-Jonas, 17. Aufl Vorbem IV 1 vor § 371 ZPO; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 5. Aufl § 117 II 2; abweichend Baumbach, 20. Aufl Vorbem 3 B vor § 371 ZPO). Sie findet jetzt insbesondere in Art 2 Abs 2 des Grundgesetzes eine Stütze. Nach dieser Bestimmung ist die Freiheit der Person unverletzlich und darf in dieses Recht nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. Eine solche gesetzliche Ermächtigung besteht nicht. Nach § 623 ZPO darf das Gericht nur in den Fällen der Scheidung nach den §§ 44

bis 46 EheG die ärztliche Untersuchung eines Ehegatten anordnen und bei Weigerung ohne triftigen Grund nach § 619 Abs 3 ZPO verfahren. Auch diese Vorschrift, die erst durch § 38 der 1. DVO zum EheG vom 27. Juli 1938 - RGBL I 923 - getroffen worden ist, ist eine nicht ausdehnungsfähige Ausnahmebestimmung; sie kann nur zur Vorbereitung der in § 623 Satz 1 vorgeschriebenen Gutachten, nicht auch für andere Gutachten herangezogen werden (Pfundtner-Heubert Anm 6 zu § 38 der 1. DVO). Bei Aufhebungsklagen ist sie daher nicht anwendbar. Die Angriffe der Revision sind insoweit unbegründet. Die Revision meint allerdings darüber hinaus, im Ehestreit ergebe sich allgemein eine Pflicht der Parteien, eine Untersuchung zu dulden und sich notfalls hierzu zwangsweise vorführen zu lassen, aus § 619 ZPO; der letzte Satz des § 623 diene insoweit nur der Klarstellung. Die Revision verkennt hierbei, dass § 619 nur die Frage des Erscheinens und der Vernehmung einer Partei regelt, die Untersuchung jedoch über das bloße Erscheinen und Sichvernehmenlassen hinausgeht.

Die Revision macht in diesem Zusammenhange noch geltend, in dem Beweisantritt der Klägerin liege der Antrag auf Einnahme eines Augenscheins unter Hinzuziehung eines Sachverständigen. Dieser Gesichtspunkt führt zu keinem anderen Ergebnis. Ein solcher Augenschein könnte nur darin bestehen, dass der Sachverständige, gleichsam als Vertreter des nicht hinreichend sachkundigen Richters (vgl RG-Urteil vom 18. September 1937, I 245/36 - Nr 9 des Nachschlagewerks zu § 371 ZPO;

Stein-Jonas 17. Aufl Anm II vor § 371 ZPO), den Beklagten untersucht oder gar einige Zeit beobachtet. Die Frage, inwieweit eine Partei verpflichtet ist, eine Untersuchung zu dulden, bleibt also auch bei dieser Betrachtungsweise entscheidend.

Mit Recht rügt jedoch die Revision, das Berufungsgericht habe die Klägerin nicht schon deshalb als beweisfällig ansehen dürfen, weil der Beklagte sich geweigert habe, sich untersuchen zu lassen, und es deshalb nicht möglich sei, "anormale geistige Eigenschaften" beim Beklagten festzustellen. Die Klägerin hat sich nicht darauf beschränkt, sich für den von ihr behaupteten Geisteszustand des Beklagten auf ein Sachverständigengutachten zu berufen. Sie hatte vielmehr eine ganze Reihe von Einzelumständen dargelegt, die in ihrer Gesamtheit mindestens den Schluß auf eine von der Regel stark abweichende Geisteshaltung des Beklagten zulassen könnten. Das Berufungsgericht hat einzelne dieser Behauptungen der Klägerin zwar hilfsweise bei seiner Erörterung der Frage behandelt, ob das Vorbringen der Klägerin eine greifbare Vermutung für eine geistige Störung des Beklagten erwecken könne. Es hat hierbei aber wesentliche Behauptungen unzureichend gewürdigt oder ganz ausser acht gelassen. Über das Schreiben des Nervenarztes Dr. B. vom 28. März 1951 setzt es sich mit der Bemerkung hinweg, dass sich für einen Psychiater in sehr vielen Fällen aus einer Korrespondenz einschlägige Fragen ergeben können. Dr. B. hatte aber nicht nur bemerkt, dass sich "für den Nervenarzt beim Durchlesen der Briefmappe eine ganze Reihe einschlägiger Fragen"

ergäben; er hatte das vielmehr dahin erläutert, ohne persönliche Untersuchung könne z.B. nicht entschieden werden, ob die aus den Briefen des Beklagten hervorgehende Unstete nur Ausdruck einer haltlosen Psychopathie oder einem Krankheitsbild aus dem circulären Formenkreis zuzuordnen sei. Schon danach wäre es auch geboten gewesen, auf den zum Teil recht ungewöhnlichen Inhalt der Briefmappe selbst einzugehen und zu erörtern, ob diese etwa schon in die von der Klägerin behauptete Richtung weise. Hierbei könnte neben Inhalt und Form der Briefe des Beklagten insbesondere auch seine aus der Briefmappe ersichtliche Lebensgeschichte, u.a. vor allem folgendes bemerkenswert sein: Die von Dr. B. hervorgehobene Unstete hat sich anscheinend schon in jungen Jahren gezeigt (vgl. Brief des Direktors L. vom 15. Dezember 1925). Der Beklagte hat gesundheitlich, insbesondere nervlich schon im Alter von 20 bis 25 Jahren wiederholt versagt (Schreiben S. vom 3. Dezember 1931, des Beklagten selbst vom 20. Oktober 1936 und 2. September 1937). Seine berufliche Entwicklung war wenig gradlinig; das ergibt sich abgesehen von seinem nicht in allen Teilen klar ersichtlichen Werdegang vor seiner jetzigen Ehe schon daraus, dass er bei seiner 2. Heirat 1945 als Beruf "Auslandskorrespondent" angegeben hat, während er sich neuerdings als "Hotelier" bezeichnet. Die Revision rügt ferner, dass das Berufungsgericht sich weiter mit folgenden Umständen nicht auseinandergesetzt habe: Der Beklagte habe selbst zugegeben, dass sein inzwischen verstorbener Bruder geistig nicht gesund gewesen sei. Der Nervenarzt Dr. B. halte

auch eine erbliche Belastung der Tochter Monika für möglich. Der Beklagte habe selbst zugegeben, Ende 1948 einen Selbstmordversuch unternommen zu haben. Er habe nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, als die Klägerin im Juni 1948 den Geschlechtsverkehr abgelehnt habe, ein Brotmesser ergriffen und gesagt, denn habe das Leben keinen Zweck mehr, dann könne er auch sich und der Klägerin das Leben nehmen. Er habe ferner seine eigenen Eltern dem Vater der Klägerin gegenüber als Lumpen, Spitzbuben und Betrüger bezeichnet, wie sich aus der Aussage des letzteren ergebe. Das Berufungsgericht habe schliesslich auch die über den Geisteszustand des Beklagten mit Schriftsatz vom 5. April 1951 angetretenen Beweise nicht übergehen dürfen. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Umstände und Beweisantritte sämtlich erheblich waren; zu einem grossen Teile waren sie jedenfalls für die Beurteilung der geistigen Anlagen des Beklagten bedeutsam. In ihrer Häufung konnten sie sogar die Frage aufwerfen, ob das Gericht eine weitere Klärung etwa dadurch versuchen konnte, dass es nach Erschöpfung der sonstigen Beweisantritte ein Sachverständigengutachten auf Grund der Prozeßakten und etwaiger Krankengeschichten des Beklagten und seines Bruders - auch ohne die vom Beklagten verweigerte Untersuchung - einholte.

Nach allem bleibt zumindest ein Verstoss gegen § 286 ZPO, weil das Berufungsgericht nicht den gesamten Inhalt der Verhandlung berücksichtigt hat. Das Berufungsurteil mußte schon aus diesem Grunde aufgehoben werden.

Die Sache war an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da es für die weitere Entscheidung sowohl im einzelnen wie insgesamt wesentlich auf eine dem Revisionsgericht nicht zustehende tatsächliche Würdigung ankommt.

Bei der anderweiten Verhandlung wird allerdings zu beachten sein, dass nicht jede Geistesanlage, die in der ärztlichen Wissenschaft als krankhaft bezeichnet wird, einen Aufhebungsgrund gewährt. Nach der herrschenden und zutreffenden Auffassung des Reichsgerichts kommt es vielmehr wesentlich darauf an, ob ein ärztlich als krankhaft erklärter Geisteszustand an sich und in seiner Erscheinungsweise nach der Lebensauffassung und der allgemeinen Erfahrung von vornherein mit dem Wesen der Ehe unvereinbar ist (RG in Warn 1927 Nr 32 und in HRR 1929, 1010). Daher braucht auch eine dauernde und hochgradige Willensschwäche, auf die die Revision hilfsweise hinweist, nicht immer einen Aufhebungsgrund zu geben.

II. Zur Scheidungsklage der Klägerin:

Das Berufungsgericht hat die Scheidungsklage für unbegründet gehalten, weil es der Klägerin nicht gelungen sei, dem Beklagten Eheverfehlungen nachzuweisen, die nicht verziehen seien. Es hat als erwiesen angesehen, dass die Parteien bis zum Juni 1949 wiederholt miteinander verkehrt haben, und weiter ausgeführt, die Klage sei auch dann nicht begründet, wenn der letzte eheliche Verkehr im Sommer 1948 stattgefunden haben sollte, weil die Verfehlungen, die der Beklagte nach diesem Zeitpunkt begangen haben solle, einzeln wie zusammen genommen das Scheidungsbegehren nicht rechtfertigen oder nicht erwiesen seien.

Auch insoweit sind die Revisionsangriffe zum Teil begründet. Das Berufungsgericht hat in drei Fällen (Schlechtmachen und Blamieren vor Fremden, Wortbruch wegen des Einrichtens einer eigenen Küche, Bedrohung mit einem Brotmesser; Ziffer 1,2 und 5 auf Seite 13,14 des Urteils) seine Würdigung in der Feststellung zusammengefasst, es liege insoweit keine schwere Eheverfehlung vor. Damit durfte das Berufungsgericht sich nicht begnügen. Auch eine Mehrzahl leichter Eheverfehlungen kann insgesamt eine schwere Eheverfehlung ergeben (RG in JW 37, 2040). Dabei kann möglicherweise auch eine einzige unverzeihene leichte Verfehlung "das Maß voll machen", da die früheren Verfehlungen unterstützend zu berücksichtigen sind (§ 51 Abs 2 EheG). Das Berufungsgericht hätte schon bei Beachtung dieses auf § 43 EheG beruhenden Rechtssatzes prüfen müssen, ob in den erwähnten Vorfällen etwa mindestens leichte Eheverfehlungen zu sehen sind und ob diese möglicherweise zusammengekommen eine schwere Eheverfehlung darstellen. Es hätte von dieser Prüfung nur absehen können, wenn es die Bedrohung mit dem Brotmesser als durch den nachfolgenden unstreitig letzten Geschlechtsverkehr verziehen angesehen hätte. Das hat es aber nach seinen Feststellungen zutreffenderweise nicht getan. Denn ein Geschlechtsverkehr, der unter solchen Umständen herbeigeführt worden ist, kann nicht als Ausdruck freien Willens gewertet werden, wie er für eine Verzeihung nach § 50 EheG erforderlich ist.

Ob die Bedrohung mit dem Brotmesser, wie die Revision meint, abweichend vom Berufungsgericht als schwere Ehe-

verfehlung anzusehen ist, kann mit der Revision nicht nachgeprüft werden. Insoweit handelt es sich im wesentlichen um eine vom Tatrichter zu entscheidende Frage der tatsächlichen Würdigung (vgl. Warn 39, 152; BGH Urt vom 13. Dezember 1951 - IV ZR 44/51).

Zutreffend rügt die Revision weiter, daß das Berufungsgericht über das im Schriftsatz der Klägerin vom 5. April 1951 S 9 f unter IV (Bl 156 f GA) niedergelegte Vorbringen hinweggegangen sei und hierdurch § 286 ZPO verletzt habe. Hier hatte die Klägerin vorgebracht, der Beklagte habe seiner Tochter bei Besuchen nach der Trennung grosse Geschenke gemacht, u.a. ein Dreirad, einen Puppenwagen, eine grosse sprechende Puppe, dem Kinde jedoch nicht gestattet, diese Spielsachen oder nur einen Teil von ihnen mitzunehmen. In diesem Vorbringen könnte auch eine Verfehlung gegenüber der Klägerin liegen, da dieses Verhalten möglicherweise dazu bestimmt gewesen sein kann, das Kind der Mutter zu entfremden, und weil die Anschaffungen überdies vielleicht auch in keinem angemessenen Verhältnis zu den ziemlich geringen Unterhaltsleistungen des Beklagten stehen und durch sie die Zahlungsfähigkeit des Beklagten verkürzt worden sein kann.

Die von der Revision weiter gerügte Behandlung der Frage, ob der Beklagte der Klägerin und seiner Tochter mehr Unterhalt hätte zahlen können, ist zwar im wesentlichen gleichfalls eine Tatfrage und daher als solche in diesem Rechtszuge nicht nachzuprüfen. Die Revision rügt jedoch mit Recht, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen die §§ 282, 373 f ZPO eine eidesstatt-

liche Versicherung des Vaters des Beklagten verwertet, anstatt diesen als Zeugen zu vernehmen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass der Beklagte auch seine persönliche Geldentnahme im Interesse der lebensnotwendigen Wiederaufbauarbeiten im Hotelbetrieb "zurückgestellt und beschränkt" habe, ist nicht näher belegt; sie steht sogar in einem gewissen Widerspruch zu der eigenen Einlassung des Beklagten, er habe in der Zeit vom 20. Juni 1948 bis März 1949 eine Gesamteinnahme von rund 5.000.- DM gehabt, zumal nach dem bisherigen Akteninhalt die Annahme naheliegt, dass er daneben Wohnung und Kost bei seinen Eltern frei gehabt hat. Insoweit ist § 286 ZPO verletzt. Bei der erneuten Prüfung wird das Berufungsgericht auch zu beachten haben, dass das von ihm verwertete Schreiben vom 16. November 1950 (Abschrift Bl. 127 GA) über die Lage der R[REDACTED]er Hotelbetriebe nicht, wie es im Urteil heißt, vom zuständigen Landesverband Gaststätten- und Beherbergungsgewerbe, sondern von der Ortsstelle R[REDACTED] des Verbandes verfasst worden ist, dass es sich ferner nicht um eine für das Gericht bestimmte "Bescheinigung", sondern um eine Abschrift einer Eingabe an den Landesverband handelt, deren Zweck ausserhalb des hier zu entscheidenden Rechtsstreits liegt.

Die Revision wendet sich auch mit Recht gegen die allgemeine Feststellung des Berufungsgerichts, auch die sonstigen Behauptungen der Klägerin (Beschimpfungen, Kränkungen, mangelnde Inschutznahme vor Kränkungen Dritter usw.) seien nicht erwiesen (Urteil S 15 Ziff 6). Die Annahme, dass insoweit ein spezifiziertes Vorbringen fehle,

steht im Widerspruch mit dem Vortrag der Klägerin in ihren Schriftsätzen vom 25. Juli 1950, S 8 f (Bl 99/100 GA) und 5. April 1951, S 7 f (Bl 154/155 GA). Die weiteren Ausführungen darüber, dass die Richtigkeit der Behauptungen der Klägerin nicht durch Parteivernehmung erhärtet werden könne, verletzen den § 445 ZPO. Nach § 445 Abs 2 ZPO ist ein Antrag auf Parteivernehmung dann nicht zu berücksichtigen, wenn er Tatsachen betrifft, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet. Im übrigen hat die beweispflichtige Partei aber ein Recht darauf, dass ihrem Antrag auf Parteivernehmung entsprochen wird, soweit ihr Vortrag erheblich ist. Das Gericht konnte daher die Klägerin nicht für beweisfällig erklären, ohne den Beklagten zu vernehmen. Erst nach Erschöpfung aller Beweise konnte überdies abschliessend beurteilt werden, ob die Briefe des Beklagten vom 26. November 1948, 13. August und 19. August 1949, was nach ihrem Wortlaut zweifelsfrei erscheint, ein Schuldbekennnis des Beklagten enthalten und als solches der Klägerin auch als Beweismittel dienen können.

Soweit das Berufungsgericht das Ansinnen des Beklagten an die Klägerin, mit einem Dentisten Fastnacht zu begehen, als einen Scherz gewertet hat, ist das als eine tatsächliche Würdigung der Nachprüfung durch die Revision entzogen. Die Revision rügt jedoch auch insoweit mit Recht Verletzung des § 286 ZPO. Das Berufungsgericht durfte von der Vernehmung der Zeugin R. nicht absehen. Denn die Frage, ob die streitige Äusserung ernst oder scherzhaft gemeint gewesen ist, konnte möglicherweise auch durch die Vernehmung dieser Zeugin geklärt werden. Das.

Berufungsgericht durfte deren Vernehmung nicht von vornherein als ein untaugliches Beweismittel ansehen.

Die Revision greift weiter die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Verzeihung an. Die Ansicht der Revision, das Berufungsgericht habe insoweit die Beweislast verkannt, trifft nicht zu. Wie die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu (S 12 des Urteils) im Zusammenhange ergeben, hat das Berufungsgericht nicht verkannt, dass der Beklagte beweispflichtig ist. Es hat diesen Beweis jedoch, rechtlich unangreifbar, auf Grund der Parteivernehmung und der besonderen Umstände als geführt angesehen. Wenn dabei davon die Rede ist, der Beklagte habe Einzelheiten über den Verkehr "glaubwürdig vorgetragen", so ist damit ersichtlich nicht der Parteivortrag, sondern die - allerdings weder in der Verhandlungsniederschrift noch im Urteil im einzelnen niedergelegte - Parteivernehmung vor dem Berufungsgericht gemeint. Ob auch in dem letzten Geschlechtsverkehr im Juni 1949 eine Verzeihung lag, hat das Berufungsgericht nicht erörtert. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe diesen Verkehr nach seinen eigenen Feststellungen über die vorangegangene Drohung mit dem Brotmesser nicht als Verzeihung werten dürfen, ist daher gegenstandslos.

III. Zur Scheidungswiderklage des Beklagten:

Diese hat das Berufungsgericht übereinstimmend mit dem Landgericht für begründet gehalten, weil die Klägerin keinen Grund gehabt habe, den Beklagten im Juli 1949 zu verlassen und die Wiederaufnahme der ehelichen Bezie-

hungen nach diesem Zeitpunkt zu verweigern, und weil sie auch nicht geglaubt haben könne, ein Recht zur Trennung zu haben. Die Ausführungen hierzu sind im Ausgangspunkt rechtlich bedenkenfrei. Im übrigen liegen sie wesentlich auf tatsächlichem Gebiete. Da insoweit eine enge Wechselbeziehung zu dem Klagvorbringen besteht, ist schon deshalb eine erneute Prüfung auch der Widerklage erforderlich. Zu den Revisionsangriffen ist insoweit zu bemerken: Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, dass die Voraussetzungen des § 43 EheG nur dann bejaht werden konnten, wenn ein Verschulden der Klägerin festzustellen war. Ein solches Verschulden wird nicht notwendig dadurch ausgeschlossen, dass "objektive Umstände" der Grund für die Trennung waren. Es ist vielmehr in jedem Falle zu prüfen, ob die behaupteten Umstände berechtigten Anlass zur Trennung gegeben haben. Die eheliche Lebensgemeinschaft verpflichtet im allgemeinen gerade mehr als jede andere Gemeinschaft dazu, trotz widriger "objektiver Umstände" miteinander auszuhalten. Die Frage des Verschuldens selbst hat das Berufungsgericht allerdings nur kurz behandelt und hierbei ausdrücklich entscheidend auf das Angebot der Schwiegermutter der Klägerin vom 31. Juli und 1. August 1949 abgestellt, den Parteien die Bewirtschaftung des Hotels allein zu überlassen. Dieses Angebot wird aber nicht bedeutsam sein können, wenn die früheren Erfahrungen der Klägerin berechtigten Anlass bieten konnten, an der Durchführung des Angebots zu zweifeln. Mindestens die letztere Frage hätte das Berufungsgericht auch schon von seinem Standpunkt aus erörtern müssen, wobei zugunsten der Klägerin

auch solche Versprechungen hätten berücksichtigt werden können, die nach Meinung des Berufungsgerichts vom Beklagten unverschuldet nicht gehalten worden sind. Auch unverschuldete Wortbrüche konnten in der Klägerin Zweifel hinterlassen, ob sie sich auf spätere Versprechungen würde verlassen können.

Auch wenn das Berufungsgericht bei der erneuten Prüfung wieder zur Abweisung der Klage kommen sollte, wird es - gegebenenfalls auch im Wege der Amtsermittlung nach § 622 ZPO - zu prüfen haben, ob und inwieweit möglicherweise das Vorbringen der Klägerin zur Aufhebungsklage, ihre Trennung und ihre Weigerung, zum Beklagten zurückzukehren, verständlich und entschuldbar erscheinen lassen. Die Prüfung des Gesamtverhaltens des Beklagten, möglicherweise auch der Gründe, aus denen seine erste Ehe gescheitert ist, könnte ausserdem Anlass geben zu erörtern, ob die Klägerin schon auf Grund des unverbindlichen Angebots ihrer Schwiegermutter verpflichtet gewesen ist, einen neuen "Versuch" in R. [REDACTED] zu machen, oder ob insoweit ein bestimmteres und verbindliches Angebot beider Schlichtereltern, vielleicht sogar eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Beklagten und seinem Vater erforderlich gewesen wäre. Hierbei könnte bedeutsam sein, dass der Beklagte, wie die Behandlung der Unterhaltsfrage ergibt und in der Revisionserwiderung ausdrücklich hervorgehoben worden ist, trotz seiner Beteiligung an dem Hotelbetrieb wirtschaftlich noch immer nicht auf eigenen Füßen steht, sondern von dem "Wohlwollen" seines Vaters abhängig ist.

Sollte das Berufungsgericht erneut nur die Scheidungswiderklage für gerechtfertigt halten, so wird es zu erörtern haben, ob der Beklagte mindestens für mitschuldig zu erklären ist. Insoweit beanstandet die Revision mit Recht, das Berufungsgericht habe dies nicht geprüft. Nach § 52 Abs 3 Satz 2 EheG ist einem Mitschuldant auch stattzugeben, wenn der Beklagte (hier: die Widerbeklagte) bei Klagerhebung das Recht, die Scheidung wegen Verschuldens des Klägers (hier: des Widerklägers) zu begehren, bereits verloren hatte, sofern dies der Billigkeit entspricht. Solche Billigkeitsgründe könnten hier darin liegen, dass die etwaigen früheren Eheverfehlungen des Beklagten für den Entschluß der Klägerin, ihren Mann zu verlassen, mindestens mit ursächlich gewesen sind. Der nach § 52 Abs 3 Satz 1 EheG erforderliche Mitschuldant würde nach ständiger Rechtsprechung schon in dem Antrag auf Scheidung aus Verschulden des Beklagten liegen (vgl RG in LZ 24, 160).

Dr.Lersch

Raske

Johannsen

Kregel

v.Werner