

IV. ZR 175/52

2460 068

Verkündet am 18. Dezember 1952
Wüst, Justizobersekretär als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle.

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

I n d e m R e c h t s s t r e i t

des Herrn Wilhelm B [REDACTED], F [REDACTED] J [REDACTED]
strasse [REDACTED]

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Frau Helga B [REDACTED] geb. V [REDACTED] F [REDACTED] I [REDACTED]
[REDACTED] H [REDACTED], [REDACTED], Haus [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 1952 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Lersch, Raske, Dr. v. Wer-
ner, Scheffler und Wüstenberg

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frank-
furt/Main vom 2. Juli 1952 wird auf Kosten des
Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Zumutung

Tatbestand:

Die Parteien haben am 18. Dezember 1939 die Ehe vor dem Standesamt in Breslau geschlossen. Aus dieser Ehe ist ein am [REDACTED] 1941 geborener Sohn und eine am [REDACTED] 1944 geborene Tochter hervorgegangen. Ausser diesen Kindern hat die Beklagte am [REDACTED] 1947 einen Sohn geboren, der nicht vom Kläger gezeugt ist. Diesen Sohn will die Beklagte infolge Vergewaltigung durch einen russischen Soldaten empfangen haben. Über ihre Schwangerschaft hat sie den Kläger durch einen Brief vom 7. August 1946 unterrichtet. Die Ehelichkeit dieses Kindes hat der Kläger nicht durch Erhebung einer Anfechtungsklage gemäß §. 1596 BGB angefochten.

Die Parteien hatten ihren letzten gemeinsamen Wohnsitz in Breslau. Von dort wurde der Kläger zur Wehrmacht eingezogen. Er geriet im Jahre 1944 in amerikanische Gefangenschaft, aus der er im September 1946 entlassen worden ist. Die Beklagte war während des Krieges mit ihren Kindern in den Kreis Habelschwerdt (Schlesien) evakuiert. Von dort ist sie durch die Polen ausgewiesen worden und zunächst in die russische Besatzungszone gegangen. Sie ist, nachdem im Sommer 1948 das älteste Kind der Parteien von dort aus zum Kläger zu Besuch gekommen war und entgegen der mit dem Kläger getroffenen Vereinbarung nicht wieder zurückgeschickt wurde, nach vorheriger Ankündigung am 9. Oktober 1949 ohne Interzonenpaß mit den beiden jüngeren Kindern zum Kläger gegangen. Dieser hat jedoch ihre und der beiden Kinder Aufnahme abgelehnt. Die Beklagte lebt seitdem mit diesen beiden Kindern getrennt vom Kläger im Lande Hessen.

- 3 -

Der Kläger verlangt wegen Ehebruchs der Beklagten und wegen einer mindestens 3 Jahre dauernden Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft Scheidung seiner Ehe. Die Beklagte hat der Scheidung widersprochen. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat das Verlangen des Klägers auf Scheidung seiner Ehe für unbegründet angesehen, weil es die von der Beklagten behauptete Vergewaltigung durch einen Russen für erwiesen hält. Daß aus einer Vergewaltigung eine Scheidung wegen Ehebruchs nicht verlangt werden kann, ist rechtlich zutreffend, da die Anwendung des § 42 EheG ein Verschulden voraussetzt (vgl. OGHZ 1, 223 und die Entscheidung des erkennenden Senats vom 9. Juli 1951 Lindermaier-Möhrling Nr 1 zu § 42).

Die Revision rügt jedoch, dass die Feststellung einer Vergewaltigung auf verschiedenen Verfahrensmängeln beruhe. Sie hält im Gegensatz zum Berufungsgericht, dass die Aussage der im Prozeß eidlich vernommenen Stiefmutter der Beklagten als klar und bestimmt und beweiskräftig bezeichnet hat, diese Aussage für unglaubwürdig und gegenüber den von der Beklagten gemachten Angaben für widerspruchsvoll. Die Revision ist der Ansicht, das Berufungs-



gericht hätte prüfen und darüber sich auch äussern müssen, ob die Stiefmutter statt durch einen ersuchten Richter vor dem Berufungsgericht selbst (§ 355 ZPO) und unter Gegenüberstellung mit der Beklagten (394 ZPO) und ausserdem auch der Vater der Beklagten und der Amtsarzt in Marienberg, an den die Beklagte sich wegen einer Unterbrechung der Schwangerschaft gewandt habe, von Amts wegen zu vernehmen gewesen wären oder dem Kläger zumindest eine Benennung dieser Personen als Zeugen gemäß § 139 ZPO nahezu legen gewesen wäre.

Diese Rügen sind nicht berechtigt. Das Berufungsgericht hat in eingehender Würdigung der Angaben der Beklagten unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme und des Vortrags des Klägers die Behauptungen der Beklagten über ihre Vergewaltigung ohne Verstoß gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze für wahr erachtet. Damit ist der Vorschrift des § 286 ZPO in vollem Umfange entsprochen. Die Beweiswürdigung selbst kann in der Revisionsinstanz nicht zur Nachprüfung gestellt werden. Auch die §§ 355, 375 ZPO sind nicht verletzt. Die Stiefmutter der Beklagten hält sich in Bad Lippspringe, Amtsgerichtsbezirk Paderborn in so grosser Entfernung vom Prozeßgericht in Frankfurt/Main auf, daß ihre Vernehmung vor diesem unzweckmässig erscheinen konnte. Ausserdem übersieht die Revision, dass diese Rüge nach § 295 ZPO nicht mehr zulässig ist, weil sie in der ersten mündlichen Verhandlung nach Vernehmung der Zeugin vor dem Amtsgericht Paderborn nicht geltend ge-

macht worden ist. Ebensowenig ist § 394 ZPO verletzt. Einmal liegt die Gegenüberstellung ebenso wie die nochmalige Vernehmung eines Zeugen (§ 398 Abs 1 ZPO) im freien, in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbaren Ermessen des Gerichts und sodann kann diese Bestimmung im Verhältnis zu den Prozeßparteien nicht angewendet werden, da diesen nach § 357 ZPO das Recht auf Anwesenheit im Beweistermin zusteht. Auch eine Verletzung der Vorschrift des § 622 ZPO liegt nicht vor; denn eine Beweiserhebung von Amts wegen wäre nur in Frage gekommen, wenn, was hier nicht der Fall war, das Gericht einen Anlass zu der Annahme gehabt hätte, daß das Ergebnis seiner bisherigen Ermittlungen durch weitere Beweiserhebungen hätte geändert werden können. Die Rüge wegen Verletzung des § 139 ZPO scheitert schon daran, dass die Revision nicht angibt, was der Vater der Beklagten und der Amtsarzt hätten bekunden sollen. Schließlich ist auch die Rüge, der Kläger habe eine Menge weiterer Umstände angegeben, die im Widerspruch zu den Angaben der Beklagten ständen und die zwar nicht für sich allein, aber im Zusammenhang mit dem gesamten Vorbringen der Beklagten hätten gewertet werden müssen, zu unbestimmt, ganz abgesehen davon, dass aus der Gesamtheit der Urteilsgründe sich eine ablehnende Würdigung auch dieses Vorbringens ergibt, sodass die Würdigung jeder Einzelheit von nicht einmal unmittelbarem Beweiswert sich erübrigte.

II. Eine Scheidung der Ehe auf Grund des § 48 EheG hält das Berufungsgericht gleichfalls nicht für begründet. Es nimmt an, dass die häusliche Gemeinschaft der Parteien seit über 3 Jahren aufgehoben und die Ehe unheilbar zerrüttet sei, weil der Kläger nach dem persönlichen Eindruck, den er in der mündlichen Verhandlung gemacht habe, sich endgültig von der Beklagten losgesagt habe. Der Kläger habe aber die Zerrüttung verschuldet. Nachdem er die Frist zur Anfechtung der Ehelichkeit des von ihm nicht erzeugten Kindes habe verstreichen lassen, hätte er sich nicht einseitig von der Beklagten lossagen dürfen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände sei daher der Widerspruch gegen die Scheidung zulässig und auch beachtlich. Ausserdem erfordere das Interesse der Kinder der Parteien eine Aufrechterhaltung der Ehe.

Die Revision wendet sich zunächst dagegen, daß das Berufungsgericht dem Kläger eine Schuld an der Zerrüttung der Ehe beigemessen und eine Prüfung unterlassen habe, ob nicht allein die Tatsache des Vorhandenseins des vom Kläger nicht erzeugten Kindes eine Zerrüttung der Ehe ohne Verschulden eines der Ehegatten herbeigeführt hätte und ob die Beklagte nicht von Anfang an verpflichtet gewesen wäre, diese Folge dadurch zu vermeiden, daß sie das Kind in ein Heim tat.

Es kann zweifelhaft sein, ob bereits am 18. Juni 1952, dem Tag der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit 3 Jahren aufgehoben war, da nach dem Vortrag der Be-

klagten der Kläger frühestens erst im Juli 1949 die Aufnahme der Beklagten abgelehnt hat und eine genauere Feststellung, wann und in welcher Weise etwa vorher schon eine Ablehnung erfolgt ist, nicht getroffen ist. Nicht bedenkenfrei ist es auch, lediglich aus dem persönlichen Eindruck, den eine Partei bei der Gerichtsverhandlung gemacht hat, auf eine endgültige Lossagung von der anderen Partei und auf eine unheilbare Zerrüttung zu schliessen, obwohl der Kläger selbst vorgetragen hat, dass er sich über das Vorhandensein des von ihm nicht erzeugten Kindes habe hinwegsetzen wollen, wenn dieses Kind in ein Heim gegeben würde, und es daher nicht ohne weiteres verständlich ist, aus welchem Grund dem Kläger eine Fortsetzung der Ehe nicht möglich sein sollte, nachdem die Beklagte ihr Einverständnis mit einer Weggabe des Kindes erteilt hatte.

Aber wenn man in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht diese beiden für eine Klage aus § 48 erforderlichen Voraussetzungen zu Gunsten des Klägers als vorhanden ansieht, ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die Zerrüttung der Ehe dem Kläger zur Last legt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich der Kläger einseitig von der Beklagten losgesagt. Das ist kein rein schicksalmässiger Vorgang, sondern zugleich eine Willensentscheidung, für die der Kläger grundsätzlich verantwortlich ist (vgl. BGHZ 2, 255 ff und 3, 73). Entscheidend ist hierfür, ob Umstände vorliegen, die sein Verhalten als gerechtfertigt erscheinen lassen können. Das ist aber zu verneinen. Bei einer rechten ehelichen Gesinnung würde ein Ehemann

seine Frau, die keine Schuld an ihrer Vergewaltigung und Schwängerung trägt, nicht aus diesem Grunde verstossen. Hinzu kommt, dass infolge der Nichterhebung der Anfechtungsklage der Kläger sich nicht auf die Unehelichkeit des Kindes berufen kann, somit verpflichtet ist, dieses Kind nicht anders zu behandeln wie seine eigenen Kinder. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Beklagte etwa verpflichtet gewesen wäre, von sich aus das Kind ausserhalb der eigenen Familie unterzubringen und erziehen zu lassen. Dem Kläger steht die Sorge für die Person des Kindes kraft elterlicher Gewalt zu. Er hat daher grundsätzlich selbst die Pflicht und das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen.

Zuzugeben ist der Revision, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht ausreichen, um eine Beachtlichkeit des von der Beklagten erhobenen Widerspruchs zu bejahen. Entsprechend der Bestimmung des § 48 Abs 2 Satz 2 EheG ist zwar auch das Verhalten des klagenden Ehegatten, der den Anlaß zur Zerrüttung gegeben hat, im Rahmen der Würdigung des gesamten Verhaltens der Ehegatten zu berücksichtigen. Daraus folgt aber noch nicht, daß, wenn ein Widerspruch zulässig ist, er auch beachtlich sein muss. Denn § 48 Abs 2 Satz 2 lässt gerade bei einer vom Kläger verschuldeten Zerrüttung eine Unbeachtlichkeit des Widerspruchs zu, so dass trotz Verschuldens des klagenden Ehemanns und trotz Bereitschaft des beklagten Ehegatten die Fortsetzung der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt sein kann, nämlich dann, wenn sie

die Aufrechterhaltung eines sinn- und sittenwidrigen Zustandes bedeutet (so auch BGHZ 1, 90). Entscheidend ist vielmehr, ob und in welchem Maße die Ehe vor ihrer Zerrüttung zu einer Lebensgemeinschaft geworden ist und zu einer Bindung der Ehegatten aneinander geführt hat, in welchem Maße der widersprechende Ehegatte in die Ehe hineingewachsen und von dem Bestehen der Ehe abhängig geworden ist. Auch die Umstände, die den Kläger zu seinem Klagebegehren veranlassen, sind ebenso wie das Verhalten der Beklagten von Bedeutung.

Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Anwendbarkeit des § 48 Abs 3 EheG sind nicht bedenkenfrei. Zwar ist es nicht, wie dies die Revision meint, entscheidend, daß der klagende Ehegatte sich endgültig von dem anderen Ehegatten losgesagt hat, da § 48 Abs 3 gerade in dem Falle zur Anwendung zu kommen hat, dass die Ehe unheilbar zerrüttet ist. Es genügt aber auch nicht, dass, wie dies das Berufungsgericht für entscheidend hält, zur Betreuung eines beim Vater lebenden Kindes frauliche Hilfe benötigt wird, oder daß die Möglichkeit der Wiederverheiratung und damit die der Beeinträchtigung des Unterhalts der Kinder besteht. Erforderlich wäre vielmehr eine Prüfung gewesen, wie sich in dem zur Entscheidung stehenden Fall die Scheidung auf die Kinder in häuslicher, erzieherischer, seelischer, vermögensrechtlicher und ernährungsmässiger Beziehung auswirken würde. Erst wenn diese Prüfung bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände ergäbe, dass das

Interesse der Kinder die Aufrechterhaltung der Ehe erfordert, ist § 48 Abs 3 anwendbar.

Trotz dieser unzureichenden Begründung war es aber nicht erforderlich, das Berufungsurteil aufzuheben. Denn nach dem sich aus dem Berufungsurteil ergebenden Sachverhalt ist die Abweisung der Klage gerechtfertigt. Nach den Angaben des Klägers liegt der Grund, der ihn zur Erhebung seiner auf § 48 EheG gestützten Klage veranlasst hat, in seinem Zweifel an den Angaben der Beklagten über ihre Vergewaltigung und in der durch die Beklagte nicht durchgeführten Unterbringung des von ihm nicht erzeugten Kindes in einem Heim ausserhalb der Familie. Beide Gründe entbehren aber wie bereits ausgeführt jeder Grundlage. Der Kläger hat ausdrücklich erklärt, daß er, wenn tatsächlich eine Vergewaltigung vorgelegen hätte, bereit gewesen wäre, sich über das Vorhandensein des Kindes hinwegzusetzen. Die Beklagte hat dem Kläger 2 Kinder geboren, an deren einem der Kläger so hängt, dass er es der Beklagten nicht mehr überlassen will. Seine früheren Briefe an die Beklagte zeugen von grosser Liebe zu ihr. Die Beklagte selbst will auch heute noch an der Ehe festhalten und hat sich im Zwiespalt zwischen Gatten- und Mutterliebe dazu durchgerungen, ihre Zustimmung zu einer Unterbringung des Kindes ausserhalb der Familie zu erteilen. Die Beklagte hat, ohne dass ihr ein Verschulden zugemessen werden kann, eine schwere Zeit allein durchmachen müssen. Alles dies rechtfertigt die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Aufrechterhaltung der Ehe der Parteien sittlich gerechtfertigt ist.

Aus diesem Grunde war das Berufungsurteil zu bestätigen und die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Lersch

Scheffler

Raske

Wüstenberg

v. Werner