

2522 020

IV ZR 186/63

Verkündet
am 29. Januar 1964
Hoeppo, Just.-Angest.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Arbeiters Franz T [REDACTED], H [REDACTED]/We [REDACTED],
B [REDACTED] Weg,

- Prozeßbevollmächtigter: Klägers und Revisionsklägers,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
in [REDACTED] -

gegen

Frau Maria T [REDACTED] geb. E [REDACTED], Bad G [REDACTED]-
M [REDACTED], S [REDACTED] wog [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Beklagte und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in
[REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. Januar 1964 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Johannsen,
Wüstenberg, Wilden und Dr. Graf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom
28. März 1963 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der im Jahre 1901 geborene Kläger und die im Jahre 1893 geborene Beklagte haben am 12. Februar 1922 vor dem Standesbeamten in W[REDACTED], Kreis Br[REDACTED]/Ostpreußen, geheiratet und vor dem Krieg gemeinsam in Ostpreußen gelebt. Aus der Ehe sind sechs Kinder hervorgegangen, von denen drei im jugendlichen Alter gestorben sind. Der letzte eheliche Verkehr fand im Jahre 1944 statt.

Seit Ende des Krieges leben die Parteien nicht mehr zusammen. Der Kläger wurde im Jahre 1945 aus russischer Kriegsgefangenschaft entlassen und lebte zunächst in Me[REDACTED]. Die Beklagte kam auf der Flucht nach Thüringen. Unabhängig voneinander übersiedelten beide Parteien später in die Bundesrepublik. Die Beklagte zog im Jahre 1951 nach Bad G[REDACTED] in die Nähe der drei Söhne der Parteien. Der Kläger kam 1956 über verschiedene Flüchtlingslager nach H[REDACTED], wo er in der Wohnung der Maschinenarbeiterin Frau Betty O[REDACTED] lebt.

Der Kläger hat im ersten Rechtszug die Scheidung der Ehe aus Verschulden der Beklagten gemäß § 43 EheG begehrt.

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe, als er im Jahre 1938 zur Wehrmacht eingezogen gewesen sei, mit mehreren Männern die Ehe gebrochen. Nach dem Kriege habe er die Beklagte von Me[REDACTED] aus aufgefordert, ihn zu besuchen. Die Beklagte habe sein an sie im Jahre 1947 gerichtetes zweites Schreiben nicht erwidert und ihn auch von ihrer Übersiedlung in die Bundesrepublik nicht benachrichtigt. Als er Anfang 1953 in Me[REDACTED] eine Siedler-

stelle erhalten habe, habe er die Beklagte über den Sohn Bruno aufgefordert, zu ihm zu kommen und die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen. Die Beklagte sei aber nicht gekommen. Sie habe schon damals geäußert, daß sie auf eheliche Beziehungen zu ihm keinen Wert mehr lege. Er habe dann die Siedlerstelle ohne Familienangehörige nicht mehr bewirtschaften können. Deshalb habe er die Sowjetzone verlassen. Im Jahre 1959 habe die Beklagte den Wunsch geäußert, geschieden zu werden. Frau O. habe sich darum bemüht, daß die Parteien wieder zueinander fänden. Die Beklagte habe aber über eine Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft nicht mit sich reden lassen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat bestritten, jemals die Ehe gebrochen zu haben, und vorgebracht, der Kläger habe sich nach der Rückkehr aus der Gefangenschaft nicht um sie gekümmert und ihre Briefe unbeantwortet gelassen. Das Abenteuer einer Reise in die Sowjetzone sei ihr nicht zuzumuten gewesen. Der Sohn Paul sei bei seinem Versuch, den Kläger bei R. zu besuchen, verhaftet worden. Dem Kläger würde es möglich gewesen sein, im Wege der Familienzusammenführung nach Bad G. zu kommen. Die Söhne würden ihm dort eine Arbeitsstelle verschafft haben. Der Kläger unterhalte jedoch ehebrecherische Beziehungen zu Frau O., bei der er wohne und im gemeinsamen Zimmer schlafe. Er habe es abgelehnt, nach Bad G. zu kommen. Nur einmal habe er seinen Sohn Leo besucht und dabei Frau O. mitgebracht. Sie, die Beklagte, sei damals zufällig bei diesem Sohn gewesen, sei aber beim Erscheinen des Klägers mit Frau O. weggegangen. Etwas anderes sei ihr nicht zuzumuten gewesen.

Der Kläger erwiderte, die Beklagte sei verpflichtet gewesen, eine Aussprache zu suchen.



Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Der Kläger hat mit der Berufung den Klageantrag weiter verfolgt und hilfsweise Scheidung der Ehe nach § 48 EheG beantragt.

Die Beklagte hat einer Scheidung aus § 48 EheG widersprochen und die Zurückweisung der Berufung, hilfsweise die Feststellung des überwiegenden Verschuldens des Klägers, beantragt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Scheidungsbeghren aus § 48 EheG weiter.

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsurteil, in dem die Revision nicht zugelassen ist, unterliegt gemäß § 547 Abs. 1 ZPO nur insoweit der Anfechtung durch die Revision und der Nachprüfung durch das Revisionsgericht, als es sich um die Frage handelt, ob der von der Beklagten gegen die Scheidung erhobene Widerspruch zu beachten ist. Diese Nachprüfung umfaßt auch die Frage, ob die vom Berufungsgericht festgestellte unheilbare Ehezerüttung von dem die Scheidung beglehrenden Ehegatten ganz oder überwiegend verschuldet worden ist (Urteil des Senats BGHZ 38, 116). Darüber hinaus kann das Urteil des Berufungsgerichts nicht nachgeprüft werden.

II.

Die Revision ist begründet.

1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Ehe der Parteien unheilbar zerrüttet.

Das Berufungsgericht hat jedoch nicht für erwiesen erachtet, daß diese Zerrüttung von der Beklagten durch eine schwere Eheverfehlung verschuldet worden ist. Es hat die Abweisung der Klage, soweit sie auf § 43 EheG gestützt ist, wie folgt begründet: Der Kläger könne sein Scheidungsrecht gemäß § 50 Abs. 2 EheG nicht auf die Ehebrüche, die nach seiner Behauptung die Beklagte vor dem Krieg begangen habe, stützen. Diese Eheverfehlungen könnten allenfalls nach § 51 Abs. 2 EheG unterstützend berücksichtigt werden, wenn sonstige Eheverfehlungen der Beklagten festgestellt werden könnten. Da dies nicht der Fall sei, komme es auf die vom Kläger beantragte Parteivernehmung der Beklagten zu den Ehebrüchen aus der Zeit vor 1944 nicht an. Daß die Parteien unter den schwierigen Nachkriegsverhältnissen nicht sogleich wieder zueinander gefunden hätten, möge darauf zurückzuführen sein, daß bereits damals auf beiden Seiten die rechte eheliche Gesinnung gefehlt habe. Gleichwohl könne in dem Verhalten der Beklagten in jener Zeit auch bei Zugrundelegung der Darstellung des Klägers keine schwere Eheverfehlung gesehen werden. Dem Kläger selbst habe es damals an der nötigen Energie zur Wiederaufnahme eines gemeinsamen Lebens mit der Beklagten gefehlt. Es sei nicht dargetan, daß er die Beklagte wirklich ernsthaft aufgefordert habe, zu ihm auf die Siedlerstelle nach Se [REDACTED] bei R [REDACTED] zu gehen. Die Vermittlungsversuche des Sohnes Bruno und seiner Brüder hätten nicht zum Erfolg geführt. Der Kläger habe nicht behauptet, in dieser Zeit einmal selbst an die Beklagte geschrieben und diese persönlich aufgefordert zu haben, zu

ihm zu kommen. Selbst wenn aber in der Weigerung der Beklagten, zurück in die Sowjetzone zu gehen, eine schwere Eheverfehlung gesehen werden könnte, so gäbe diese doch dem Kläger heute kein Recht auf Scheidung aus § 43 EheG, weil er selbst eine ungleich schwerere Eheverfehlung begangen habe, deretwegen sein Klagobeghären sittlich nicht gerechtfertigt sei. Entscheidend sei das Verhalten der Parteien nach der Übersiedlung des Klägers in die Bundesrepublik zu werten. Es sei zu berücksichtigen, daß alle drei noch lebenden Kinder in der Bundesrepublik, und zwar in der Nähe von Bad G [REDACTED], lebten. Es sei ein verständlicher Wunsch der Beklagten gewesen, in der Nähe ihrer Kinder zu sein. Der Kläger sei jedoch, statt sich nunmehr um seine Ehefrau zu kümmern, in H [REDACTED] bei Frau O [REDACTED] geblieben und habe diese sogar bei seinem einzigen Besuch in Bad G [REDACTED] mitgebracht. Darin sei eine schwere Eheverfehlung des Klägers zu sehen, die eine etwa damals schon bestehende Zerrüttung der Ehe entscheidend vertieft habe und ungleich schwerer wiege als der Vorwurf, die Beklagte habe sich nicht zum Kläger nach Me [REDACTED] begeben. Die Zeugin O [REDACTED] habe zwar ehebrecherische Beziehungen zum Kläger in Abrede gestellt und auch die Meinung geäußert, sie unterhalte zum Kläger keine ehewidrigen Beziehungen. Auf Grund ihrer Aussage sei aber erwiesen, daß der Kläger mit ihr in einer Wohnung lebe und auch zusammen mit ihr in einem Zimmer schlafe. Darin liege eine schwere Eheverfehlung. Der Kläger habe sich sagen müssen, daß die Beklagte unter diesen Umständen mit Recht ehewidrige, wenn nicht ehebrecherische Beziehungen zu Frau O [REDACTED] habe vermuten können, zumal er sich auch jetzt noch in keiner Weise um die Beklagte gekümmert habe. Er habe nicht erwarten können, daß die Beklagte angesichts seines Verhaltens ihrerseits den ersten Schritt zu einer Versöh-

nung tun werde. Eine Aussprache mit dem Kläger anlässlich seines Besuches in Bad G[REDACTED] sei ihr im Hinblick auf die Anwesenheit der Frau O[REDACTED] nicht zuzumuten gewesen. Im übrigen hätten alle Versuche der Söhne der Parteien, den Kläger zur Rückkehr zur Beklagten zu bewegen, nichts genützt, obwohl die Söhne ihm eine Arbeitsstelle besorgt und damit den Weg nach Bad G[REDACTED] geebnet hätten. Gleichwohl sei er in H[REDACTED] bei Frau O[REDACTED] geblieben. Es stelle deshalb keine Eheverfehlung dar, wenn die Beklagte unter diesen Umständen geäußert habe, sie wolle sich scheiden lassen. Diesem Wunsch habe die Beklagte später nie Ausdruck verliehen. Der Beklagten sei, insbesondere auch mit Rücksicht auf die Aussage der Zeugin Renate T[REDACTED], zu glauben, daß sie an der Ehe wirklich festhalten wolle.

Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, daß die häusliche Gemeinschaft der Parteien seit mehr als drei Jahren aufgehoben ist. Es hat jedoch die Klage auch insoweit, als sie auf § 48 EheG gestützt ist, im Hinblick auf den Widerspruch der Beklagten mit folgenden Erwägungen abgewiesen: Der Kläger habe die Zerrüttung der Ehe durch sein Verhältnis zu Frau O[REDACTED] zumindest überwiegend verschuldet. Dies ergebe sich aus den zu § 43 EheG erörterten Tatsachen. Der Widerspruch der Beklagten sei zu beachten. Der Beklagten fehle es nicht an einer Bindung an diese Ehe, die bis zum Kriegsende jahrzehntelang Bestand gehabt habe. Als hochbetagte Mutter von drei erwachsenen Söhnen wolle sie nicht noch zur geschiedenen Frau werden, nur weil der Kläger sich nicht von Frau O[REDACTED] trenne. Solange der Kläger das Verhältnis zu dieser Frau nicht aufgebe, sei die Beklagte zwar auch ihrerseits nicht zur Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft bereit. Dies sei ihr aber auch nicht zuzumuten.

2. Diese Ausführungen tragen, wie die Revision mit Recht rügt, die Abweisung der auf § 48 EheG gestützten Klage nicht.

a) Das Berufungsgericht hat sich für seine Feststellung, daß der Kläger die Zerrüttung der Ehe mindestens überwiegend verschuldet hat, auf seine Ausführungen anlässlich der Prüfung des auf § 43 EheG gestützten Scheidungsbegehrens berufen. Es hat jedoch verkannt, daß bei der nach § 48 Abs. 2 EheG gebotenen Prüfung der Frage, worauf die unheilbare Zerrüttung der Ehe zurückzuführen ist, das gesamte Verhalten der Ehegatten zu berücksichtigen ist (vgl. Senatsurteile vom 27. Februar 1963 - IV ZR 156/62 -, FamRZ 1963, 348, und vom 16. Oktober 1963 - IV ZR 8/63 -, FamRZ 1964, 35) und daß daher auch die etwaige Ursächlichkeit solchen Verhaltens untersucht werden muß, auf das die Klage nach § 43 EheG nicht gestützt werden kann, sei es, daß es gemäß § 49 EheG verziehen ist, sei es, daß es mehr als 10 Jahre (§ 50 Abs. 2 EheG) zurückliegt. Es können somit etwaige Eheverfehlungen der Beklagten, die für eine Scheidung nach § 43 EheG nicht mehr in Betracht kommen, doch im Rahmen des § 48 Abs. 2 EheG erheblich sein. Als solche Verfehlungen kommen hier die vom Kläger behaupteten Ehebrüche der Beklagten vor dem letzten Kriege in Betracht. Mit Recht rügt daher die Revision, daß das Berufungsgericht diese Behauptungen des Klägers unberücksichtigt gelassen und von der hierzu beantragten Parteivernehmung der Beklagten abgesehen hat.

Ebenso ist die Rüge der Revision begründet, das Berufungsgericht sei den Behauptungen des Klägers, die Beklagte habe sich auf sein zweites, an sie im Jahre 1947 nach Thüringen gerichtetes Schreiben nicht geäußert, sie sei ferner ohne jede Nachricht an ihn in den Westen übersiedelt, nicht nachgegangen. Ein solches Verhalten kann sowohl zur Zerrüttung

der Ehe beigetragen haben wie auch ein Anzeichen einer auf Grund der langjährigen Trennung etwa bereits bestehenden Ehezerüttung gewesen sein. Das Berufungsgericht hätte daher diesen auch für die Frage des Fehlens der Bindung der Beklagten an die Ehe möglicherweise bedeutsamen Behauptungen des Klägers nachgehen müssen. Davon ist es ersichtlich auch zunächst ausgegangen. Es hatte, entsprechend dem Antrag des Klägers, mit Beweisbeschluß vom 4. Dezember 1962 die Vernehmung der Parteien über die Entwicklung der Ehe angeordnet. Es hat jedoch den im Termin vom 5. März 1963 vom Kläger mit Rücksicht auf das krankheitsbedingte Nichterscheinen der Beklagten gestellten Antrag, den Termin zum Zwecke der Durchführung der Parteivernehmung zu vertagen, abgelehnt und auch in der Folgezeit die Parteien nicht vernommen. Die Rüge der Nichtvernehmung der Parteien, mit der der Kläger nicht nach § 295 ZPO ausgeschlossen ist, ist somit begründet.

Dagegen greift die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Vernehmung der Zeugin Rosa T. unterlassen, nicht durch. Diese Zeugin war nur neben ihrem Ehemann Bruno T. als Zeugin dafür benannt, daß die Beklagte einmal den Wunsch nach einer Scheidung geäußert habe. Da bereits ihr Ehemann dieses Beweisthema bekundet hatte und das Berufungsgericht von der Richtigkeit dieser seiner Aussage ausgegangen ist, war die zusätzliche Vernehmung der Zeugin Rosa T. nicht geboten.

Es läßt sich die Möglichkeit nicht ausschließen, daß das Berufungsgericht bei der gebotenen eingehenden und abschließenden Würdigung des Gesamtverhaltens der Beklagten und des gesamten Verlaufs der Ehe (vgl. Senatsurteil vom 25. September 1963 - IV ZR 330/62 -, FamRZ 1964, 32) zu einer anderen Beurteilung der Frage, ob der Kläger die

Zerrüttung der Ehe ganz oder überwiegend verschuldet hat und die Beklagte daher der Scheidung widersprechen kann, gekommen wäre.

b) Das angefochtene Urteil begegnet weiter auch insoweit rechtlichen Bedenken, als es eine Bindung der Beklagten an die Ehe bejaht hat. Die Frage der Bindung des widersprechenden Ehegatten an die Ehe beurteilt sich zwar nach seiner Einstellung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Tatsachengericht. Diese Einstellung ist aber nicht nur nach den Erklärungen, die der beklagte Ehegatte im Laufe des Rechtsstreits hat abgeben lassen, zu beurteilen. Vielmehr ist bei der Feststellung, ob der beklagte Ehegatte sich noch oder nicht mehr an die Ehe gebunden fühlt, sein gesamtes bisheriges Verhalten mitzubersichtigen. Hier kann das vom Kläger behauptete, unter a) dargelegte Verhalten der Beklagten auch für die Frage ihrer Bindung an die Ehe von Bedeutung sein. Weiter ist, wie die Revision mit Recht hervorhebt, zu prüfen, ob, gegebenenfalls wann, die Beklagte ihrerseits dem Kläger gegenüber ihre Bereitschaft zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zu erkennen gab. Diese Prüfung ist zumindest für die Zeit geboten, da der Kläger noch nicht bei der Zeugin Osten wohnte. Eine solche Prüfung erscheint auch deshalb angebracht, weil nach der Unterstellung des Berufungsgerichtes es bereits in den ersten Nachkriegsjahren, noch vor der Übersiedlung der Parteien in die Bundesrepublik, auf beiden Seiten an der rechten ehelichen Gesinnung gefehlt haben kann (BU S. 6).

Nach allem bedarf auch die Frage des Fehlens der Bindung der Beklagten an die Ehe einer erneuten tatrichterlichen Würdigung.

III.

Aus diesen Gründen muß das Berufungsurteil aufgehoben und der Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur weiteren tatrichterlichen Klärung nach Maßgabe der Ausführungen unter II. 2 a) und b) zurückverwiesen werden.

Ascher

Johannsen

Wüstenberg

Wilden

Dr. Graf