

2498 070

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IV ZR 603/68

## URTEIL

Verkündet am

5. Juli 1968

Justizsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Frau Berta H [REDACTED] geb. S [REDACTED], [REDACTED] M [REDACTED] ([REDACTED]),  
P [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Beklagten und Revisionsklägerin,  
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur Eberhard H [REDACTED], B [REDACTED] i. W [REDACTED]., Sa [REDACTED]-  
straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Kläger und Revisionsbeklagten,  
Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -.

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die Verhandlung vom 5. Juli 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Johannsen, Dr. Pfretzschner, Dr. Reinhardt, Dr. Bukow und Dr. Buchholz

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. November 1966 aufgehoben. Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Oberlandesgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der am 8. März 1910 geborene Kläger und die am 18. Mai 1914 geborene Beklagte haben am 22. November 1941 in Memmingen (Allgäu) die Ehe geschlossen. Aus der Ehe sind der am 15. September 1942 geborene Sohn Armin und der am 28. März 1946 geborene Sohn Lothar hervorgegangen.

Im Dezember 1952 reichte die Beklagte ein Armenrechtsgesuch für eine Scheidungsklage aus § 43 EheG ein, die im wesentlichen darauf gestützt werden sollte, daß der Kläger wiederholt gegen die Beklagte tätlich geworden sei und sie schwer beschimpft habe (Akten 5 OH 33/52 LG Stuttgart). Das Verfahren wurde nicht weiter betrieben. Im Jahre 1955 oder 1956 zogen die Parteien mit den Kindern von Eßlingen nach Bocholt, wo der Kläger eine Anstellung bei der Firma F. [REDACTED] bekommen hatte. Im Mai 1959 reichte die Beklagte eine

- 3 -

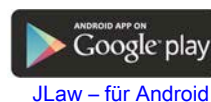
wiederum auf § 43 gestützte Scheidungsklage ein, mit der sie behauptete, daß der Kläger erneut gegen sie tätlich geworden sei, kein freundliches Wort für sie übrig habe und nur unzureichend Haushaltgeld zahle (Akten 2 R 80/59) LG Münster). Nach einem am 6. Juli 1959 stattgefundenen Einzelrichtertermin wurde auch dieses Verfahren nicht weiter betrieben. Am 15. Februar 1962 trafen die Parteien eine Trennungsvereinbarung, in der der Kläger sein Einverständnis damit erklärte, daß die Beklagte getrennt von ihm lebe und mit den Kindern bei ihrem Vater Wohnung nehme. Die Beklagte zog darauf mit den Kindern zu ihrem Vater nach Memmingen, wo sie heute noch wohnt. In Briefen vom 13.8.1963 und 29.5.1964 teilte sie dem Kläger mit, daß sie nie wieder zu ihm zurückkehren werde.

Mit der den vorliegenden Rechtsstreit einleitenden Klage vom 13. April 1965 hat der Kläger die Scheidung der Ehe aus § 43, hilfsweise § 48 EheG begehrt. Er hat die Klage im wesentlichen darauf gestützt, daß die Beklagte ihn wiederholt, u.a. in einem Schriftstück vom 30.1.1961 schwer beschimpft habe und trotz Aufforderung nicht zu ihm zurückgekehrt sei. Mit einem persönlichen Schreiben vom 20.8.1965 hat der Kläger die Beklagte noch einmal aufgefordert, zu ihm zurückzukehren. Die Beklagte hat dieses Schreiben nicht beantwortet. Das Landgericht Münster hat die Klage abgewiesen. Es hat schwere Eheverfehlungen der Beklagten nicht als bewiesen angesehen und in Bezug auf den Scheidungsanspruch aus § 48 EheG ausgeführt, daß eine unheilbare Zerrüttung der Ehe nicht festzustellen sei. In der Berufungsinstanz hat der Kläger sein Vorbringen dahin ergänzt, daß die Beklagte im Jahre 1951 ehewidrige Beziehungen zu einem Hermann L. unterhalten und im Jahre 1956 Kontakt zu einem Eheanbahnungsinstitut aufgenommen habe. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts geändert und die Ehe aus § 48 EheG geschieden. Dem hilfsweise

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Dem hilfsweise gestellten Antrag, im Falle der Scheidung der Ehe auszusprechen, daß den Kläger ein Verschulden an der Scheidung treffe, hat es nicht entsprochen.

Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils; hilfsweise verfolgt sie den in der Berufungsinanz gestellten Hilfsantrag, ein Verschulden des Klägers an der Scheidung festzustellen.

Entscheidungsgründe:

Die nach § 547 Abs. 1 ZPO zulässige Revision ist begründet.

Das Berufungsgericht hat den Widerspruch der Beklagten nach § 48 Abs. 2 EheG nicht für zulässig gehalten, weil die Zerrüttung der Ehe auf dem Fehlverhalten beider Parteien beruhe und sich nicht habe feststellen lassen, daß das Verschulden des Klägers das der Beklagten erheblich überwiege. Das die Zerrüttung mitverursachende Fehlverhalten der Beklagten hat das Berufungsgericht darin gesehen, daß die Beklagte den Kläger in gehässiger Weise beschimpft, daß sie im Jahre 1951 ehewidrige Beziehungen zu einem Hermann Lang unterhalten, im Jahre 1956 Kontakt mit einem Ehevermittlungsinstitut aufgenommen und sich, wenn auch unverschuldet, geweigert habe, die eheliche Lebensgemeinschaft mit dem Kläger wieder herzustellen. Die Feststellungen über die ehewidrigen Beziehungen zu Lang und den Kontakt mit dem Eheanbahnungsinstitut hat das Berufungsgericht mit auf die Aussagen des Klägers gegründet, die dieser in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht vom 11. November 1966 gemacht hat.

Die Revision ist der Ansicht, daß das Berufungsgericht diese Aussagen des Klägers nicht hätte verwerten dürfen, weil ausweislich des Protokolls nach der Vernehmung des Klägers nicht mehr verhandelt, somit die Vorschrift des § 285 Abs. 1 ZPO verletzt und der Beklagten das rechtliche Gehör nicht ausreichend gewährt worden sei; die Beklagte sei zu dem Termin geladen worden, habe aber aus Krankheitsgründen nicht erscheinen und somit zu den Angaben des Klägers nicht Stellung nehmen können. Jedenfalls hätte das Berufungsgericht die Beklagte nach § 619 ZPO zu den Äußerungen des Klägers hören müssen.

Diese Beanstandungen der Revision sind letztlich berechtigt. Allerdings ist der Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht verletzt worden. Dieser in Art. 103 Abs. 1 GG niedergelegte Grundsatz besagt nicht, daß das Gericht ein Beweisergebnis nicht verwerten dürfte, wenn sich die Parteien zu dem Beweisergebnis nicht geäußert haben, sondern er besagt anerkanntermaßen nur, daß das Gericht ein Beweisergebnis nicht verwerten darf, zu dem die Parteien sich zu äußern keine Gelegenheit gehabt haben (vgl. u.a. BVerfGE 1, 418, 429; 6, 12; Stein/Jonas ZPO 19. Aufl. Anm. IX 2 c vor § 128, Baumbach/Lauterbach ZPO 29. Aufl. Anm. 4 Grundz. vor § 128). Die Revision behauptet aber nicht, daß die Beklagte keine Gelegenheit gehabt hätte, zu der Aussage des Klägers Stellung zu nehmen. Die Beklagte war in der Verhandlung vom 11. November 1966 durch einen Rechtsanwalt vertreten, und dieser hätte sich zu dem Beweisergebnis äußern können. Allerdings hat in Anwaltsprozessen eine Partei das Recht, auch persönlich das Wort zu ergreifen und zu einem Beweisergebnis Stellung zu nehmen (§ 137 Abs. 4 ZPO). Doch gilt das nur für die anwesende, nicht für eine abwesende Partei, gleichgültig, ob ihr Ausbleiben entschuldigt oder unentschuldigt ist. Es ist

6  
nicht erforderlich, der abwesenden Partei noch neben ihrem Prozeßbevollmächtigten Gelegenheit zu geben, zu einem Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Ist es dem Prozeßbevollmächtigten nicht möglich, zu dem Ergebnis einer Beweisaufnahme Stellung zu nehmen, ohne die Information seiner nicht anwesenden Partei einzuholen, so bleibt es ihm unbenommen, dieserhalb die Bewilligung einer Erklärungsfrist nach § 272 a ZPO oder die Vertagung der Verhandlung zu beantragen (BVerfGE 5, 9, 10). Daß das geschehen wäre, ist nicht behauptet worden.

Entgegen der Ansicht der Revision ist auch die Vorschrift des § 285 Abs. 1 ZPO nicht verletzt worden, die bestimmt, daß die Parteien über das Ergebnis der Beweisaufnahme zu verhandeln haben. Diese Vorschrift legt den Parteien nahe, zu dem Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Sie zwingt aber die Parteien nicht zu einer Stellungnahme. Es genügt also, daß die Parteien Gelegenheit bekommen haben, über das Beweisergebnis zu verhandeln. Daher gilt insoweit dasselbe, was zur Gewährung des rechtlichen Gehörs ausgeführt worden ist. Die Revision behauptet nicht, daß der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten eine Stellungnahme zu dem Beweisergebnis habe abgeben wollen, ihm dieses aber versagt worden wäre.

Im übrigen trifft die Ansicht der Revision nicht zu, daß die Beweiskraft des Protokolls nach den §§ 164, 160 Abs. 2 Nr. 2 ZPO mangels eines Vermerks darüber, daß über das Beweisergebnis verhandelt worden sei, dahin gehe, daß hierüber nicht verhandelt worden sei. Allerdings enthält das Protokoll über die Verhandlung vom 11. November 1966 nach dem Vermerk, daß die Anwälte auf die Anträge Bezug nahmen und zur Sache verhandelten, die Feststellung, daß der Kläger gemäß § 619 ZPO gehört wurde, und sodann nur noch den Vermerk, daß nach Herstellung der Öffentlichkeit

das Urteil verkündet wurde. Damit ist aber nicht bewiesen, daß die Anwälte nicht über die Bekundungen des Klägers verhandelt hätten. Zu den Förmlichkeiten, deren Beobachtung nur durch das Protokoll bewiesen werden kann, gehören nach § 160 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nur die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung im Protokoll vorgeschrieben worden ist. Hierzu rechnen die Erklärungen, deren Feststellung in einer Protokollanlage beantragt worden ist (§ 298 ZPO), nicht aber ein sonstiges Verhandeln über das Beweisergebnis. Ob dieses in das Protokoll aufgenommen wird, steht im Ermessen des Gerichts (Wieczorek ZPO § 160 Anm. A I und II, B II).

Dagegen ist die Beanstandung der Revision berechtigt, soweit sie geltend macht, daß das Berufungsgericht die Beklagte zu den Äußerungen des Klägers nach § 619 ZPO hätte hören müssen. In diesem Vorbringen der Revision ist die Rüge zu sehen, daß das Berufungsgericht die Aufklärungspflicht verletzt habe, indem es unterlassen habe, zu den von dem Kläger in der Verhandlung vom 11. November 1966 gemachten Bekundungen über ehewidrigen Umgang der Beklagten mit Hermann L. und über Verhandlungen der Beklagten mit einem Ehevermittlungsinstitut weiteren Beweis zu erheben, im besonderen durch Vernehmung der Beklagten. Diese Rüge, die die Verletzung der sich aus § 619 ZPO in Verbindung mit § 622 ZPO ergebenden Aufklärungspflicht zum Inhalt hat, ist zulässig erhoben, da vorgebracht worden ist, daß dem Gericht in der Person der Beklagten ein Beweismittel zur weiteren Aufklärung der fraglichen Tatsachen zur Verfügung gestanden und es für das Gericht auch nahe gelegen hätte, von diesem Beweismittel Gebrauch zu machen, zumal es schon selbst durch die Anordnung des persönlichen Erscheinens der Beklagten zu erkennen gegeben hätte, daß eine Vernehmung der Beklagten in Betracht komme.

Die Rüge ist auch begründet. Wenn auch die Bestimmung des Umfangs der nach § 622 ZPO vorzunehmenden Ermittlungen im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts liegen mag, so ist doch im Revisionsrechtszug jedenfalls nachprüfbar, ob der Tatrichter die Grenzen dieses Ermessens eingehalten hat (so schon das Reichsgericht in JW 1900, 894, ferner OGHZ 3, 119, 121, BayObLG in RPfl 1949, 4471, Stein/Jonas ZPO 18. Aufl. § 622 Anm. III 1, Baumbach/Lauterbach ZPO 29. Aufl. § 622 Anm. 1). Hier durfte der Berufungsrichter zu den fraglichen Punkten nicht von der Vernehmung der Beklagten absehen. Der Kläger hatte mit seinen Bekundungen über ein ehewidriges Verhältnis der Beklagten zu Hermann L. und über Verhandlungen der Beklagten mit einem Ehevermittlungsinstitut Aussagen gemacht, die die Beklagte erheblich belasteten. Er hatte dazu Einzelheiten vorgebracht, die schriftsätzlich während der ganzen Dauer des Rechtsstreits noch nicht vorgetragen worden waren, insbesondere die, daß er die Beklagte im Jahre 1951 dabei angetroffen habe, wie sie auf dem Schoß des Hermann L. gesessen habe. Es war unter diesen Umständen geboten, auch die Beklagte zu diesen Behauptungen zu vernehmen und gegebenenfalls die Parteien einander gegenüberzustellen.

Allerdings wird dann, wenn eine Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten ist und der Anwalt keinen entsprechenden Beweisantrag gestellt hat, eine Verletzung der Amtsaufklärungspflicht nach § 622 ZPO nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein. Die Rüge unterlassener Aufklärung ist nicht dazu da, unterbliebene Beweisanträge nachzuholen. Vorliegendfalls mußte sich dem Gericht aber die Notwendigkeit, die Beklagte zu den sie neu belastenden Umständen zu vernehmen, so sehr aufdrängen, daß das Unterbleiben eines Beweisantrags von Seiten des Anwalts der Beklagten das Gericht nicht der Aufgabe entheben konnte, die Vernehmung

der Beklagten von Amts wegen anzuordnen.

Das Berufungsgericht durfte von der Vernehmung der Beklagten auch nicht deswegen absehen, weil sie zu der Verhandlung vom 11. November 1966 trotz Ladung nicht erschienen war. Dabei ist es gleichgültig, ob sie entschuldigt oder unentschuldigt ausgeblieben war. Wenn die Beklagte unentschuldigt ausgeblieben wäre, hätte das nach § 619 Abs. 3 ZPO nur dazu führen können, sie wie einen nicht erschienenen Zeugen in Strafe zu nehmen. Es hätte aber nicht die Rechtsfolge nach sich gezogen, sie mit dem Beweismittel ihrer Vernehmung auszuschließen. Diese Folge hat das Berufungsgericht auch nicht angenommen. Eine andere Frage ist es, ob das Gericht aus dem Ausbleiben einer Partei Schlüsse für die von ihm zu treffende Entscheidung ziehen darf, ob die behauptete Tatsache als erwiesen anzusehen ist. Das ist zulässig und in das Ermessen des Gerichts gestellt, wenn eine Partei in dem zu ihrer Vernehmung bestimmten Termin ausbleibt (§ 454 Abs. 1 i.V.m. §§ 453 Abs. 2, 446 ZPO). Diese Voraussetzung lag hier aber nicht vor, weil die Vernehmung der Beklagten noch nicht angeordnet war, was für die Anwendung der Rechtsfolge aus § 454 Abs. 1 ZPO erforderlich ist (Stein/Jonas ZPO, 18. Aufl., § 619 Anm. III 2 d). Das Berufungsgericht hat auch nicht erkennen lassen, daß es bei der Beweiswürdigung die Tatsache des Ausbleibens der Beklagten mitberücksichtigt hat. Es hat vielmehr ausgeführt, daß es im Hinblick auf die von der Beklagten an L. gerichteten Briefe vom 25.8. und 19.11.1951 davon überzeugt sei, daß die Bekundung des Klägers, er habe die Beklagte im Jahre 1951 in der ehelichen Wohnung auf dem Schoße des Hermann L. sitzend gesehen, glaubhaft sei und es insoweit auf andere Beweismittel nicht ankäme. Sofern hiermit auch das Beweismittel der Vernehmung der Beklagten gemeint und damit gesagt sein sollte, daß eine abweichende Darstellung der Beklagten keinen Beweiswert hätte, würde es sich dabei um eine nicht zulässige

Vorauswürdigung einer noch nicht stattgefundenen Beweis-  
erhebung handeln.

Nach alledem stellt es sich als eine Verletzung der  
Aufklärungspflicht des § 622 ZPO dar, daß das Berufungs-  
gericht nicht die Beklagte zu den von dem Kläger neu auf-  
gestellten Behauptungen über ehewidriges Verhalten der  
Beklagten vernommen hat. Das mußte zur Aufhebung des an-  
gefochtenen Urteils führen. Denn es erscheint nicht aus-  
geschlossen, daß das Berufungsgericht nach Erschöpfung  
der vorhandenen Beweismöglichkeiten, insbesondere der  
Vernehmung der Beklagten, nicht mehr im gleichen Maße  
zur Feststellung eines Verschuldens der Beklagten an der  
Zerrüttung der Ehe gelangen würde. Damit könnte es zu  
einer anderen Schuldabwägung kommen, zumal das Berufungs-  
gericht ausgeführt hat, daß ihm die Feststellung schwer  
falle, welche der Parteien die Zerrüttung der Ehe über-  
wiegend verurpacht habe, es für die Entscheidung mithin  
auf jede Einzelheit ankommen konnte.

Hiernach kann offen bleiben, ob die weitere Verfahrens-  
rüge begründet ist, mit der die Revision geltend macht, daß  
die Beeidigung des Zeugen Armin H. nicht in Erwägung ge-  
zogen und damit § 391 ZPO verletzt sei. Die Beklagte wird  
im Verlauf des weiteren Verfahrens die Beeidigung dieses  
Zeugen beantragen können, und das Berufungsgericht wird  
über die Beeidigung zu entscheiden haben. Es wird dann  
auch über die im Zusammenhang damit stehende Frage ent-  
scheiden können, ob es wegen der umstrittenen Glaubwür-  
digkeit der beiden vor dem ersuchten Richter vernommenen  
Söhne Armin und Lothar H. angebracht erscheint, diese  
Zeugen vor dem Prozeßgericht zu vernehmen, damit dieses  
einen persönlichen Eindruck von den Zeugen bekommt und  
diesen auch mit darauf stützen kann, wie die Zeugen auf

eventuelle Vorhalte der Parteien reagieren (vgl. § 355 Abs. 1 ZPO).

In materiellrechtlicher Hinsicht erweckt das Berufungs-  
urteil Bedenken hinsichtlich der Bescheidung des von der  
Beklagten hilfsweise nach § 53 Abs. 2 EheG gestellten  
Schuldantrags. Die von dem Berufungsgericht angezogenen  
Entscheidungen des früheren IV. Zivilsenats des Bundes-  
gerichtshofs vom 19.6.57 - IV ZR 80/57 - (LM EheG § 53  
Nr. 2) und vom 26.5.65 - IV ZR 170/64 - (LM EheG § 53  
Nr. 6 = NJW 1965, 2297) besagen nicht, wie das Berufungs-  
gericht meint, daß Voraussetzungen für einen Schuldaus-  
spruch gegen den aus § 48 EheG mit Erfolg klagenden Ehe-  
gatten die Feststellung der überwiegenden Zerrüttungs-  
schuld dieses Ehegatten ist. Vielmehr heißt es in der  
zuletzt genannten Entscheidung ausdrücklich, daß der  
Schuldantrag des § 53 Abs. 2 EheG das Verschulden des  
Klägers betrifft, wegen dessen der beklagte Ehegatte zur  
Zeit der Erhebung der Klage oder später Scheidung wegen  
Verschuldens hätte begehren können. Allerdings hat der  
Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung in Übereinstim-  
mung mit der von dem Berufungsgericht angeführten Ent-  
scheidung des OLG Freiburg (DRZ 1950, 109) auch ausge-  
führt, daß der Kläger dem Schuldantrag des beklagten Ehe-  
gatten die Einrede des Rechtsmißbrauchs entgegenhalten  
kann, wenn eine Gesamtwürdigung des Verlaufs der Ehe  
ergibt, daß eine einseitige Schuldfeststellung gegen  
den Kläger mit ihren sich daraus für diesen ergebenden  
unterhaltsrechtlichen Folgen der Billigkeit grob wider-  
spricht. Diese Gesamtwürdigung hat das Berufungsgericht

aber nicht vorgenommen. Sie wird gegebenenfalls auf Grund der erneuten Verhandlung der Sache unter Berücksichtigung des Ergebnisses der weiteren Beweisaufnahme nachzuholen sein.

Johannsen

Dr. Pfretzschner

Dr. Reinhardt

Dr. Bukow

Dr. Buchholz