

IV ZR 76/63

Verkündet

am 27. November 1963

Hoepppe, Justizangestellte

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 Hubortine Martha B [REDACTED] geb. Sch [REDACTED],
W [REDACTED], L [REDACTED] Str. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED]

gegen

ihren Ehemann, den Metzgermeister Erwin Josef B [REDACTED]
in W [REDACTED], L [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED]

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. November 1963 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Ascher und der Bundesrichter Raske, Wüsten-
berg, Maaß und Wilden

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom
21. Januar 1963 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien, die beide die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen, haben am 29. September 1933 in W. [REDACTED] geheiratet. Die Klägerin ist am 3. November 1912, der Beklagte am [REDACTED] 1906 geboren. Aus der Ehe sind zwei Kinder hervorgegangen. Die am [REDACTED] 1935 geborene Tochter Anneliese ist verheiratet. Der am [REDACTED] 1946 geborene Sohn Hans-Georg Friedrich ist Kochlehrling in Bergisch-Gladbach. Bis Ende 1957 betrieben die Parteien in einem der Klägerin gehörigen Hause eine Metzgerei und eine Gastwirtschaft. Am 19. Dezember 1957 schlossen sie einen Vertrag, auf Grund dessen die Klägerin am 1. Januar 1958 allein die Gastwirtschaft und der Beklagte von diesem Zeitpunkt ab allein die Metzgerei betrieben. Seit dem 1. Januar 1958 leben die Parteien auch getrennt. Der letzte eheliche Verkehr hat bereits erhebliche Zeit vorher stattgefunden.

Die Klägerin begehrt Scheidung der Ehe auf Grund von §§ 43 und 48 EheG. Der Beklagte widerspricht einer Scheidung.

Die Klägerin hat vorgetragen: Der Beklagte versuche, sie wirtschaftlich zu ruinieren. Aus diesem Grunde habe er eine ihrer Angestellten als Diebin bezeichnet und eine andere Angestellte aufgefordert, nicht mehr für sie zu arbeiten. Außerdem habe er sie gegenüber einer dieser Angestellten eine "Hexe" genannt. Der Beklagte zahle für den Sohn keinen Unterhalt und habe nach der Trennung sie und den Sohn bei der Krankenkasse abgemeldet. Auch unterhalte er ehewidrige Beziehungen zu einer rothaarigen Frau. Bereits vor der Trennung habe er sich schwer gegen sie vergangen, indem er ihr verboten habe, an ihren in russischer Kriegsgefangenschaft befindlichen Bruder Pakete zu schicken. Außerdem habe er ihr erklärt, Frauen gebe es wie Sand am Meer, sie solle doch "abhauen." Anfang 1958 habe er sie und den Sohn geschlagen, und zwar sie ohne jeden Grund und den Sohn, weil er ihn gebeten habe, ihm die Mutter nicht

totzuschlagen. Infolge des schuldhaften Verhaltens des Beklagten sei die Ehe unheilbar zerrüttet, so daß die Klage auf Grund von § 43 EheG begründet sei. Jedenfalls sei die Klage auf Grund von § 48 EheG begründet. Der Beklagte verhindere eine einverständliche Scheidung durch unbegründet hohe finanzielle Forderungen. Deshalb sei auch sein Widerspruch gegen die Scheidung unbeachtlich.

Die Klägerin hat beantragt, die Ehe der Parteien aus dem Verschulden des Beklagten (§ 43 EheG), hilfsweise aus § 48 EheG zu scheiden.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Klägerin für mitschuldig zu erklären.

Der Beklagte hat vorgetragen: Die Klägerin wolle geschieden sein, weil sie ehewidrige Beziehungen zu einem anderen Manne unterhalte, mit dem sie zusammen wohne und den sie nach einer Scheidung heiraten wolle. Er habe sich keiner schweren Eheverfehlung schuldig gemacht und vor allem der Klägerin niemals wirtschaftlichen Schaden zufügen wollen. Er habe die Klägerin und den Sohn bei der Krankenkasse abgemeldet, weil die Klägerin nach dem Vertrag vom 19. Dezember 1957 für sich selbst habe sorgen wollen und der Sohn bei einer anderen Krankenkasse versichert sei. Die Klägerin sei niemals wegen Unterhaltszahlungen für den Sohn an ihn herangetreten. Zwar sei es im Jahre 1958 einmal zu Tätlichkeiten zwischen ihm und der Klägerin gekommen, diese seien aber von der Klägerin begonnen worden. Die Klägerin sei von je her rechthaberisch gewesen und habe deshalb aus der Ehe gestrebt, ohne daß in seiner Person ein Grund dafür vorgelegen habe. Sie habe sich von ihm getrennt, nachdem sie sich im Vertrag vom 19. Dezember 1957 materielle Vorteile gesichert habe.

Das Landgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Die von der Klägerin gegen dieses Urteil eingelegte Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der Revision ver-



folgt die Klägerin ihr Scheidungsbegehren weiter.

Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

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 vom Beklagten gegen die Scheidung erhobene Widerspruch Erfolg haben kann. Diese Nachprüfung umfaßt auch die Frage, ob die vom Berufungsgericht festgestellte unheilbare Ehezerrüttung von dem die Scheidung begehrenden Ehegatten ganz oder überwiegend verschuldet worden ist (Urteil des Senats BGHZ 38, 116). Darüber hinaus kann das Urteil des Berufungsgerichts nicht nachgeprüft werden.

Das Berufungsgericht hat aus dem Inhalt des am 19. Dezember 1957 zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages, insbesondere daraus, daß die Parteien in diesem Vertrag vereinbart hatten, weiterhin einen gemeinsamen Haushalt zu führen, geschlossen, daß die Ehe der Parteien damals noch nicht unheilbar zerrüttet gewesen sei. Wenn die Klägerin, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, nunmehr seit Erhebung der Scheidungsklage im Mai 1960 unnachgiebig die Auflösung der Ehe begehre, so sei anzunehmen, daß dies in erster Linie auf Vorgänge zurückzuführen sei, die in der Zeit nach dem Abschluß des Vertrages vom 19. Dezember 1957 liegen.

Prüfe man in dieser Richtung den Sachverhalt, so sei festzustellen, daß die Klägerin seit längerer Zeit ehewidrige Beziehungen zu dem Zeugen F. unterhalte, den sie nach ihrer Erklärung in der letzten mündlichen Verhandlung im Jahre 1958 kennengelernt haben wolle. Da ein solches Verhalten äußerst ehfeindlich sei und erfahrungsgemäß zu unerträglichen

Spannungen in der Ehe und in aller Regel schließlich dazu führe, daß der schuldige Ehegatte das bestehende Eheband mit allen Mitteln aufzulösen versuche, liege es nahe, in den Beziehungen der Klägerin zu dem Zeugen Franz den Grund dafür zu erblicken, daß sich die Beziehungen der Parteien zueinander nach Abschluß des Vertrages vom 19. Dezember 1957 entscheidend verschlechtert hätten und daß die Klägerin seit nunmehr fast 5 Jahren hartnäckig aus der Ehe mit dem Beklagten herausstrebe. Selbst wenn man das gesamte Vorbringen der Klägerin über eheliche Verfehlungen des Beklagten in der Zeit nach Abschluß des Vertrages vom 19. Dezember 1957 als wahr unterstelle, so wiege die eheliche Verfehlung der Klägerin, die darin liege, daß sie seit Jahren fortgesetzt intime Beziehungen zu einem anderen Manne unterhalte, doch erheblich schwerer als die Verfehlungen, die sie dem Beklagten für die Zeit nach dem 19. Dezember 1957 vorwerfe. Es sei deshalb anzunehmen, daß die Ehe der Parteien entscheidend erst durch die eheliche Untreue der Klägerin zerrüttet worden sei. Das rechtfertige die Feststellung, daß die Klägerin die Zerrüttung der Ehe jedenfalls überwiegend verschuldet habe.

Die Revision meint dazu, das Berufungsgericht habe verkannt, daß eine Ehe auch zerrüttet sein könne, wenn die Ehegatten noch zusammenleben. Es habe deshalb aus der Tatsache, daß die Parteien zur Zeit des Vertrages vom 19. Dezember 1957 noch zusammengelobt hätten, nicht schließen können, daß die Zerrüttung der Ehe erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten sei. Es komme vielmehr darauf an, wie das Zusammenleben der Parteien damals und vorher gewesen sei. Hierüber habe das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, insbesondere habe es die hierzu von dem Sohn der Parteien gemachten Bekundungen nicht berücksichtigt.

Diese Rüge ist nicht begründet. Zwar ist der Revision zuzugeben, daß die Frage, wie die Parteien vor ihrer Trennung

zusammengelebt und wie sie ihr persönliches Verhältnis zueinander damals gestaltet haben, vom Berufungsgericht nicht näher aufgeklärt ist. Fest steht insoweit lediglich, daß die Parteien mindestens seit 1952 keinen ehelichen Verkehr mehr miteinander hatten und daß der Beklagte die Klägerin einmal geschlagen hat, ohne daß über Anlaß, Hergang und Ausmaß dieser Tätlichkeit näheres ermittelt werden konnte. Diese Umstände, namentlich das Unterbleiben des ehelichen Verkehrs, mögen zwar dafür sprechen können, daß das eheliche Verhältnis zwischen den Parteien bereits vor ihrer Trennung getrübt war. Davon geht auch das Berufungsgericht aus, wenn es (BU S. 12) ausführt, daß schon seit vielen Jahren eine Entfremdung zwischen den Parteien bestehe, deren Grund durch die Beweisaufnahme nicht habe aufgeklärt werden können. Das Wenige, das, wie dargelegt, über das Verhältnis der Parteien in dieser Zeit festgestellt werden konnte, zwang jedoch, auch wenn es die Annahme einer schon damals zwischen den Parteien bestehenden Entfremdung nahelegte, das Berufungsgericht nicht zu einer Feststellung des Inhalts, daß das eheliche Verhältnis bereits zerrüttet oder gar unheilbar zerrüttet gewesen sei. Wenn das Berufungsgericht vielmehr aus der Tatsache, daß die Parteien weiterhin zusammenlebten und nach dem Vertrag vom 19. Dezember 1957 auch über diesen Zeitpunkt hinaus ihr Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt fortzusetzen gedachten, sowie aus dem weiteren Umstand, daß die Klägerin die erwähnte Tätlichkeit des Beklagten aus der früheren Zeit nicht zum Anlaß genommen hatte, sich vom Beklagten zu trennen oder gar die Scheidungsklage gegen ihn zu erheben - was erst Jahre später geschah -, den Schluß zog, daß die Ehe der Parteien vor ihrer Trennung noch nicht endgültig zerrüttet gewesen sei, so können gegen diese im Rahmen der tatsächlichen Würdigung getroffene Feststellung rechtliche Bedenken nicht erhoben werden. Es kann auch nicht festgestellt werden, daß das Berufungsgericht dabei die

Aussage des Sohnes der Parteien unberücksichtigt gelassen habe. Das Berufungsgericht hat sich hinsichtlich des Zeitpunktes der vorerwähnten Tötlichkeit des Beklagten ausdrücklich auf diese Aussage gestützt. Welchen Beweiswert es ihr im übrigen - also namentlich hinsichtlich der Frage, wie das Zusammenleben der Parteien vor ihrer Trennung sich gestaltet hatte - beizumessen wollte, ist eine Frage der tatrichterlichen Würdigung, die einer Nachprüfung im Revisionsverfahren nicht unterliegt.

Das Berufungsgericht konnte demnach ohne Rechtsverstoß zu der Überzeugung gelangen, daß die entscheidende Ursache für die unheilbare Zerrüttung der Ehe in Vorgängen zu suchen sei, die sich erst nach der Trennung der Partei abgespielt hatten, daß also etwaigen, vor der Trennung liegenden - von ihm als möglich unterstellten jedoch nicht aufgeklärten - Zerrüttungsursachen keine derart schwerwiegende Bedeutung für den schließlich eingetretenen Zustand der endgültigen Zerrüttung beigemessen werden könne, daß sie der Feststellung entgegenstehen könnten, die Klägerin habe durch ihr feststehendes, in hohem Maße ehewidriges Verhalten nach der Trennung diesen Zustand überwiegend verschuldet. Zu dieser Feststellung konnte das Berufungsgericht demnach auch gelangen, wenn es, wie es das Gesetz vorschreibt, davon ausging, daß die Beweislast hierfür grundsätzlich den Beklagten trifft.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß über die etwaigen vor der Trennung der Parteien wirksam gewordenen Zerrüttungsursachen keine Aufklärung habe erzielt werden können, beruht auch nicht, wie die Revision meint, deshalb auf einem Rechtsverstoß, weil das Berufungsgericht aus der Weigerung des Beklagten, sich über die hierzu von der Klägerin aufgestellten Behauptungen, die nach dem Beweisbeschluß des Berufungsgerichts vom 4.6.1962 (Bl 87, 73 GA Gegenstand seiner Vernehmung sein sollten, vernehmen zu lassen, nicht den Schluß gezogen hat,

daß diese Behauptungen den Tatsachen entsprächen. Das Gericht kann zwar aus einer solchen Weigerung an sich Schlüsse ziehen, wie sich aus den §§ 446, 453 Abs. 2 ZPO ergibt. Das hat auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Ob es jedoch im Einzelfall Schlüsse daraus zieht und welche, ob es insbesondere die Tatsachen, die vom Gegner der die Vernehmung verweigernden Partei behauptet sind, auf Grund der Weigerung für erwiesen ansehen will, hat es unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage nach freier Überzeugung zu entscheiden. Im vorliegenden Falle konnte das Berufungsgericht dabei auch berücksichtigen, daß der Beklagte sich bereits im ersten Rechtszuge zu bestimmten Behauptungen der Klägerin als Partei hatte vernehmen lassen (Bl. 44, 24 GA) und daß die Behauptungen der Klägerin, zu denen er vor dem Berufungsgericht vernommen werden sollte, wenig substantiiert waren.

Ebensowenig kann ein Verfahrensverstoß des Berufungsgerichts darin erblickt werden, daß es von der ihm nach § 448 ZPO offenstehenden Möglichkeit, die Klägerin über ihre Behauptungen als Partei zu vernehmen, keinen Gebrauch gemacht hat. Daß es sich dieser Möglichkeit nicht bewußt gewesen sei und sein ihm insoweit zustehendes Ermessen nicht ausgeübt habe, kann nicht angenommen werden, da die Revision bestimmte Tatsachen, die hierfür sprechen könnten, nicht vorgebracht hat (vgl. Urteil des Senats LM ZPO § 448 Nr. 2). Der Umstand, daß zum Termin vom 20. September 1963 das persönliche Erscheinen der Klägerin angeordnet war (Bl. 87 GA), deutet eher darauf hin, daß das Berufungsgericht die Vernehmung der Klägerin zunächst in Erwägung gezogen hatte, dann aber aus bestimmten Gründen davon abgesehen hat. Das konnte z.B. gerechtfertigt sein, wenn das Berufungsgericht sich mit Rücksicht auf das von ihm festgestellte beharrliche Bestreben der Klägerin, die Ehe zur Auflösung zu bringen, und im Hinblick auf die Länge der seit der Trennung der Parteien bereits verflissenen Zeit durch eine Ver-

nehmung der Klägerin keine Überzeugung verschaffen zu können glaubte (vgl. RG JW 35, 2432). Der Beklagte hatte die Vernehmung der Klägerin nicht beantragt.

Zur Begründung ihrer Revision hat die Klägerin weiter vorgetragen, das Berufungsgericht habe ihr gesamtes Vorbringen über eheliche Verfehlungen des Beklagten in der Zeit nach Abschluß des Vertrages vom 19. Dezember 1957 als wahr unterstellt. Damit sei auch ihre Behauptung, daß der Beklagte sich mit anderen Frauen eingelassen habe, zugrunde gelegt. Gehe man aber davon aus, so könne ihre eigene eheliche Untreue in ihrer ehhezerrüttenden Wirkung nicht schwerer bewertet als die des Beklagten.

Dieses Vorbringen der Revision beruht offensichtlich auf einer unrichtigen Auslegung des Berufungsurteils. Das Berufungsgericht hatte, wie sich aus seinen Ausführungen zu dem auf § 43 EheG gestützten Klagbegehren (BU S. 8/9) eindeutig ergibt, die Behauptung der Klägerin über ehewidrige Verhältnisse des Beklagten zu anderen Frauen nicht für bewiesen angesehen, da die Beweisaufnahme darüber nichts ergeben hatte. Damit war eine Berücksichtigung solcher Eheverfehlungen zu Lasten des Beklagten bei der Abwägung der Zerrüttungsursachen ausgeschlossen. Für derartige Verfehlungen war die Klägerin, auch soweit es sich um die Zulassung des vom Beklagten erhobenen Widerspruchs handelte, voll beweispflichtig, wie der Senat in seinem LM Nr. 22 zu § 48 Abs. 2 EheG veröffentlichten Urteil näher dargelegt hat. In dieser Entscheidung hat der Senat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts auch ausgeführt, daß bloße Unterstellungen in der Regel keine geeignete Grundlage für eine Abwägung des beiderseitigen Verschuldens der Ehegatten sein können.

Nach allem ist anzunehmen, daß das Berufungsgericht zu dem von ihm unterstellten "gesamten Vorbringen der Klägerin

über eheliche Verfehlungen des Beklagten nach dem 19. Dezember 1957" die Behauptungen über ohewidrigen Verkehr des Beklagten mit anderen Frauen nicht gerechnet hat, nachdem dieses Vorbringen völlig beweislos geblieben war.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Widerspruch des Beklagten beachtlich sei, weil ihm nicht die Bindung an die Ehe fehle, wird von der Revision mit der Begründung angegriffen, daß das Berufungsgericht sich dabei auf die Erklärung des Beklagten gestützt habe, obwohl dieser es abgelehnt habe, sich als Partei vernehmen zu lassen.

Auch diese Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht war nicht gehindert, die vom Beklagten vor ihm abgegebene Erklärung über seine Einstellung zur Frage einer Auflösung oder Aufrechterhaltung der Ehe (Bl. 112 GA) zu würdigen, auch wenn der Beklagte im übrigen die Aussage zu den Behauptungen der Klägerin verweigerte. Soweit mit diesen Behauptungen dargetan werden sollte, daß dem Beklagten die Bindung an die Ehe und die zumutbare Bereitschaft fehle, die Ehe fortzusetzen, traf die Klägerin die Beweislast, so daß diese Behauptungen, sofern als einziges Beweismittel dafür die Vernehmung des Beklagten in Betracht kam, bei Ausfall dieser Vernehmung beweislos blieben. Hinsichtlich der für das Berufungsgericht bestehenden Möglichkeit, aus der Weigerung des Beklagten Schlüsse zu ziehen, gilt das oben Gesagte.

Die Revision meint schließlich, das Berufungsgericht habe aus der unstreitigen Tatsache, daß der Beklagte früher einmal mit der Klägerin über die Möglichkeit einer einverständlichen Scheidung verhandelt und dabei im Bezug auf die von ihm geforderte zuvorige finanzielle Auseinandersetzung bestimmte Ansprüche gestellt habe, folgern müssen, daß bei ihm eine echte Bindung an die Ehe nicht mehr vorhanden sei. Auch dem kann nicht zugestimmt werden. Wie der Senat bereits in seinem LM Nr. 36 zu § 48 Abs. 2 EheG veröffentlichten Urteil ausge-

sprochen hat, ist die Bereitschaft, bei einer hoffnungslos zerrütteten Ehe der Durchführung einer Scheidung im Falle einer angemessenen wirtschaftlichen Sicherstellung keinen Widerstand mehr entgegen zu setzen, nicht ohne weiteres verwerflich und braucht nicht zu bedeuten, daß es dem zum Widerspruch berechtigten Ehegatten selbst an allen echten Bindungen an die Ehe fehle (vgl. auch Anmerkung zu der Entscheidung LM Nr. 50 zu § 48 Abs. 2 EheG - Bl. 379 -). Umstände, die hier zu einer anderen Beurteilung führen müßten, sind nicht ersichtlich.

Die Kosten der hiernach unbegründeten Revision fallen gemäß § 97 Abs. 1 ZPO der Klägerin zur Last.

Ascher Raske Wüstenberg Maaß Wilden