

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Antliche Sammlung!

Gesetz: EheG § 42

Rechtssatz: § 42 EheG setzt Verschulden voraus. Die
Rechtsgedanken der §§ 52 und 59 StGB sind an-
wendbar. Notstand entschuldigt den Ehebruch
jedoch nur, wenn eine wirkliche Zwangslage unter
aussergewöhnlichem seelischen Druck bestanden
hat.

Aktenzeichen: IV ZR 94/50

Urteil vom 9. Juli 1951

OLG Köln

IV ZR 94/50

Verkündet

am 9. Juli 1951

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

des Schuhmachergesellen Helmut R. aus O.,
M.

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

die Ehefrau Alfriede R. geb. G. aus C.
Mrs. A., B.,

Beklagte, Berufungs- und Revisionsbeklagte,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1951 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Lersch, Raske, Dr. Hartz, Johannsen
und Dr. Kregel

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 4. Mai 1950 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien haben am 23. Mai 1937 in Löwenberg (Schlesien) geheiratet. Der Kläger ist 1913 geboren und evangelisch, die Beklagte ist 1917 geboren und katholisch. Aus der Ehe sind 4 Kinder hervorgegangen, die 9, 11, 12 und 13 Jahre alt sind. Ausserdem hat die Beklagte ein uneheliches, 15 Jahre altes Kind. Bei Kriegsende war der Kläger Soldat und geriet in Gefangenschaft. Die Beklagte blieb in W [REDACTED], dem Wohnort der Parteien, der von Polen besetzt wurde. Sie hat dort mit einem Polen Geschlechtsverkehr gehabt, aus dem ein am 24. Februar 1947 geborenes Kind hervorgegangen ist. Am 8. Juli 1946 wurde die Beklagte ausgewiesen und zog nach Westfalen.

Der Kläger hat Scheidung der Ehe wegen Ehebruchs der Beklagten verlangt. Diese hat geltend gemacht, dass sie sich dem Polen nur hingegeben habe, um ihre Kinder vor dem Verhungern zu retten.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist durch das angefochtene Urteil zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Klagantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist in dem angefochtenen Urteil zugelassen. Sie ist unbegründet.

I. Auf Grund eines Beweisbeschlusses vom 28. Juli 1949 hat das Berufungsgericht am 20. Oktober 1949 die Beklagte

- 3 -



vernommen. Ihre Aussage ist nicht protokolliert worden. In den Akten findet sich nur ein vom Berichterstatter unterschriebener Vermerk über die Erklärung der Beklagten. Der Vermerk ist, soweit ersichtlich, den Parteien nicht mitgeteilt worden. In der darauf folgenden Verhandlung vom 20. April 1950, die zum Urteil führte, war der Senat anders besetzt, der Vorsitzende hatte gewechselt. Die Revision rügt nunmehr Verletzung der §§ 161, 286 ZPO.

Der Beweisbeschluss vom 28. Juli 1949 hatte allein die Vernehmung der Beklagten vor dem Senat zum "Thema des landgerichtlichen Beweisbeschlusses vom 10. September 1948" zum Gegenstand. Daraus muss geschlossen werden, dass es sich nicht nur um eine Anhörung der Beklagten gemäss §§ 141, 619 ZPO handelte, sondern dass die Beklagte zum Zwecke der Beweiserhebung vernommen worden ist. Das ergibt auch der Tatbestand des Urteils. Auf ihre Vernehmung ist deshalb die Vorschrift der §§ 160, 161 ZPO anzuwenden. § 161 besagt aber, dass eine Protokollierung der Aussage nicht erforderlich ist, wenn die Vernehmung vor dem Prozessgericht erfolgt und das Endurteil der Berufung nicht unterliegt. Das ist hier der Fall. § 161 ZPO ist daher nicht verletzt.

Der Fehler liegt vielmehr darin, dass das Berufungsgericht bei der letzten mündlichen Verhandlung anders besetzt war, als bei der Vernehmung der Beklagten. Aus § 309 ZPO ergibt sich, dass bei Wechsel der Richterbank nicht-protokollierte Aussagen nicht verwertbar sind (JW 36, 1903). Dabei handelt es sich auch nicht um einen Verfahrensmangel,

der von der Revision gerügt werden müsste, sondern um einen Fehler der Urteilsfüllung, der von Amts wegen zu berücksichtigen ist (JW 38, 1538).

Der Vermerk des Berichterstatters hätte in der Schlussverhandlung nur zu Grunde gelegt werden können, wenn er den Parteien mitgeteilt und von ihnen als richtig anerkannt worden wäre. Dann wäre es zulässig gewesen, ihn als Privaturkunde zu verwerten (KRR 40, 1258). Im Tatbestand des angefochtenen Urteils heisst es zwar, der Senat habe Beweis erhoben durch nochmalige Vernehmung der Beklagten und die Parteien hätten das Ergebnis der Beweisaufnahme "in beiden Instanzen" vorgetragen. Daraus allein können aber nicht die Voraussetzungen dafür entnommen werden, dass der Vermerk als Privaturkunde verwertet werden konnte, denn es fehlt ein ausreichender Anhaltspunkt dafür, dass die Parteien über die Richtigkeit des Vermerks einig waren. Die Protokollierung der Aussage dürfte auch nicht deshalb unterbleiben, weil es sich um eine wiederholte Vernehmung der Beklagten zum gleichen Beweisthema handelte (§ 160 Abs II Ziff 3 ZPO). Denn das angefochtene Urteil lässt erkennen, dass die Beklagte bei ihrer wiederholten Vernehmung zwar den Inhalt ihrer ersten Aussage im wesentlichen wiederholt, darüber hinaus aber doch noch zusätzliche Angaben gemacht hat, und zwar insbesondere über ihre vom Kläger behaupteten Beziehungen zu einem Soldaten während des Krieges. Für diesen Teil der Aussage kann daher jedenfalls § 160 Abs II Ziff 3 ZPO nicht gelten.

Dieser Fehler führt jedoch nicht zur Aufhebung des Urteils, weil es nicht auf ihm beruht. Das Berufungsgericht hat die Angaben der Beklagten über die Umstände, unter denen es zum Geschlechtsverkehr zwischen ihr und dem Polen gekommen ist, in den Entscheidungsgründen Seite 3 des Urteils wiedergegeben. Diese Wiedergabe deckt sich mit dem Inhalt des Protokolls über ihre eidliche Aussage im ersten Rechtszuge. Aus dem Zusammenhang dieser Aussage ist insbesondere auch schon zu entnehmen, dass die Beklagte nicht nur in einem, sondern in allen drei Fällen, in denen es zum Geschlechtsverkehr mit dem Polen gekommen ist, aus der von ihr geschilderten Notlage heraus gehandelt haben will. Das ergeben die beiden letzten Sätze der Aussage: "Da ich in einer Notlage gehandelt habe, fühle ich mich auch keiner Schuld bewusst. Gegenüber dem Verhungern der Kinder habe ich lediglich das kleinere Übel gewählt". Nur die in das Urteil aufgenommene Angabe, der Pole habe gedroht, sie bei der Miliz anzuzeigen, wenn sie ihm nicht gefügig sei, ist in der eidlichen Aussage noch nicht enthalten und muss daher aus der Vernehmung der Beklagten vor dem Senat herführen. Nur in diesem Punkt geht demnach die Wiedergabe der Aussage der Beklagten im Berufungsurteil über die im ersten Rechtszug protokollierten Angaben der Beklagten hinaus. Das Berufungsgericht hat nun aus den von ihm im einzelnen erörterten Gründen die Angaben der Beklagten insgesamt für glaubhaft angesehen. Daraus ist zu entnehmen, dass es auch diese Drohung mit einer Anzeige bei der Miliz für bewiesen hält. Das Berufungsgericht hat aber bei der Beurteilung des Verhaltens der Beklagten diese Drohung nicht berücksich-

tigt. Vielmehr hat es nur verwertet, dass der Pole gedroht hat, ihr im Falle ihrer Weigerung keine Lebensmittel mehr zu geben. Wenn das Berufungsgericht weiter feststellt, dass die Beklagte den Verlust ihrer Stellung bei dem Polen und Misshandlungen zu befürchten gehabt hätte, so entnimmt es dies ersichtlich der Aussage der Zeugin Oertel (§ 4 des Urteils). Danach ergibt sich, dass das Urteil, soweit es sich um die Beurteilung der Umstände handelt, unter denen der Geschlechtsverkehr der Beklagten mit dem Polen stattgefunden hat, nicht auf dem Fehler bei der Urteilsfällung beruht.

Das Urteil lässt aber erkennen, dass die Beklagte vor dem Senat auch über die Beweisfrage des Beweisbeschlusses vom 28. Juli 1949 hinaus zu der Behauptung des Klägers über ihre Beziehungen zu einem Soldaten im Jahre 1943 vernommen worden ist. Diese Behauptung hat das Berufungsgericht dahin aufgefasst, dass der Kläger damit keine Eheverfehlung der Beklagten dartun, sondern ihre Glaubwürdigkeit erschüttern wollte, indem er sie als in moralischer Einsicht leichtfertig hinstellte. Das Berufungsgericht sagt dazu (§ 5 des Urteils), die Beklagte habe diese Behauptung entschieden bestritten. Sie habe zwar Angaben gemacht, die einen gewissen Verdacht gegen sie rechtfertigten, doch reichten sie keineswegs allein aus, ein unerlaubtes Verhalten der Beklagten als erwiesen anzusehen.

Da die Vernehmung der Beklagten hierzu nicht durch Beweisbeschluss angeordnet worden ist, könnte zweifelhaft sein, ob es sich auch insoweit um eine Beweisaufnahme oder nur um eine Anhörung gemäss §§ 141, 619 ZPO handelt. Bei einer Anhörung im Sinne dieser Bestimmungen ist die Aufnahme

eines Protokolls unnötig (RGZ 149, 63), und es würde möglicherweise ausreichen, dass die Parteien ausweislich des Tatbestandes des Berufungsurteils das Ergebnis der Anhörung - das in dem im Urteil gebrauchten Ausdruck "Ergebnis der Beweisaufnahme" einbegriffen sein würde - in der letzten mündlichen Verhandlung vorgetragen haben. Dies bedarf jedoch keiner abschliessenden Entscheidung. Denn selbst wenn es sich auch insoweit um eine Beweisaufnahme gehandelt hat, würde die Folge nur sein, dass das Urteil das Ergebnis nicht verwerten durfte. Die Frage ist daher, ob dem Urteil eine tragende Stütze entzogen wird, wenn die Feststellungen zu diesem Punkt entfallen. Das muss verneint werden. Denn das Urteil geht davon aus, dass die Behauptung des Klägers nicht bewiesen worden sei, die aus anderen Erwägungen gewonnene Überzeugung des Berufungsgerichts von der Glaubwürdigkeit der Beklagten also nicht erschüttert sei. Fällt diese negative Feststellung fort, so ist das ohne Bedeutung, weil damit nicht etwa die positive an ihre Stelle tritt, dass die Behauptung als erwiesen zu gelten habe. Die das Urteil tragenden Ausführungen werden durch den Wegfall dieser negativen Feststellung allein nicht berührt. Das Urteil beruht also nicht darauf.

Eine andere Frage ist aber noch, ob die Revision mit Erfolg rügen kann, § 286 ZPO sei verletzt, weil der Sachverhalt nicht erschöpfend aufgeklärt sei und Beweisangebote unberücksichtigt geblieben seien. Denn wenn die Vernehmung der Beklagten durch den Senat über ihre Beziehungen zu dem Soldaten unberücksichtigt bleiben muss, so folgt daraus im

Ergebnis, dass der Beweisantritt des Klägers zu diesem Punkt in seiner Berufungsbegründung übergangen ist. Nun ist aber das, was der Kläger hierzu an Tatsachen behauptet hat, von der Beklagten nicht bestritten worden. Denn der Kläger behauptet nur, dass er im Sommer 1943, als er überraschend abends gegen 10 Uhr auf Urlaub nach Hause kam, erst nach mehrmaligem Klopfen eingelassen wurde und einen Soldaten vorfand, der dann weggegangen sei. Die Beklagte habe erklärt, der Soldat habe sich Wäsche holen wollen. Der Kläger hat dann in Anschluss an diese Schilderung vorgetragen, er sei überzeugt, dass die Beklagte sich mit dem Soldaten eingelassen habe, denn sie sei in geschlechtlicher Einsicht durchaus leicht. Er hat beantragt, die Parteien über diesen "Vorgang" zu hören. Dieser Vorgang als solcher ist aber von der Beklagten nicht bestritten worden. Nach dem Vermerk des Berichterstatters über die Erklärungen, die die Beklagte im Termin vom 20. Oktober 1949 abgegeben hat, hat sie das sogar ausdrücklich zugestanden. Es mag indessen zweifelhaft sein, ob dieser Vermerk als Feststellung von Parteierklärungen, die ausserhalb einer Beweisaufnahme im Termin abgegeben worden sind, angesehen und verwertet werden kann. Jedenfalls hat die Beklagte auch in ihren Schriftsätzen den Vorgang als solchen nicht bestritten. Insoweit war also eine Beweisaufnahme nicht erforderlich. Bestritten hat die Beklagte nur, dass sie sich mit dem Soldaten in unerlaubter Weise eingelassen habe. Dazu hat der Kläger substantiierte Behauptungen nicht aufgestellt und keinen Beweis angetreten, vielmehr nur erklärt, dass er davon überzeugt sei. Bei dieser

Sachlage ist es aber kein Verstoß gegen § 286 ZPO, wenn die Vernehmung der Beklagten über die von ihr nicht bestrittene Tatsache unterblieb. Denn das Berufungsgericht war nicht verpflichtet, durch Vernehmung der Beklagten festzustellen, dass die Überzeugung des Klägers unbegründet war. Das würde auf einen Ausforschungsbeweis hinauslaufen.

Es ist zwar richtig, dass nicht immer ein unmittelbarer Beweis für Treupflichtverletzungen angetreten werden kann, und dass in der Regel auch solchen Beweisangeboten nachzugehen sein wird, die einen hinreichenden Verdacht für einen ehewidrigen Umgang ergeben können. Das Berufungsgericht konnte aber doch ohne Rechtsverstoß die von der Beklagten nicht bestrittenen tatsächlichen Behauptungen des Klägers dahin würdigen, dass daraus unter den gegebenen Verhältnissen ein hinreichender Verdacht für ehewidriges Verhalten nicht zu entnehmen sei. Diese tatsächliche Würdigung ist dem Angriff der Revision entzogen.

Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass kein zur Aufhebung des Urteils führender Fehler bei der Urteilsfüllung vorliegt und dass auch die verfahrensrechtliche Rüge unbegründet ist.

II. Die Scheidungsklage aus § 42 EheG setzt ein Verschulden der Beklagten voraus. Das ergibt sich schon daraus, dass § 42 EheG unter der Überschrift "Scheidung wegen Verschuldens" steht. Zutreffend und von der Revision nicht angefochten hat das Berufungsgericht für die Frage, ob ein Verschulden vorliegt, die Rechtsgedanken der §§ 52 und 59 StGB für sinn-

genüss anwendbar erklärt. Das entspricht der herrschenden Rechtsauffassung (OGHZ 1, 222; Hoffmann-Stephan EheG § 42 Note 3C). Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Ehebruch die schwerste Verletzung der ehelichen Treuepflicht darstellt, und dass er deshalb in den Fällen des § 52 StGB nur in einer wirklichen Zwangslage unter aussergewöhnlichem seelischen Druck entschuldbar sein kann. Es muss sich um die gegenwärtige Gefahr einer erheblichen oder nachhaltigen Beeinträchtigung der Gesundheit handeln. Diese Gefahr muss geeignet sein, die freie Willensbestimmung so zu beeinträchtigen, dass von dem Betroffenen kein anderes Verhalten erwartet werden kann. Auch die Frage der Zumutbarkeit muss dabei geprüft werden. Die Verletzung der ehelichen Treuepflicht kann nur entschuldigt werden, wenn schwere Schädigungen angedroht worden sind.

Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen, denn es führt aus, dass wegen des hohen Werts der ehelichen Treue hohe Anforderungen an die Entschuldbarkeit des Ehebruchs zu stellen sind. Ob danach die Voraussetzungen für eine sinngemässe Anwendung der §§ 52, 59 StGB gegeben sind, ist vorwiegend eine Frage der tatrichterlichen Würdigung. Das Berufungsgericht hat sie als erfüllt angesehen und dazu ausgeführt: Die Beklagte hätte als Mutter und Ehefrau die Pflicht gehabt, für die Erhaltung ihrer selbst und der Kinder zu sorgen. Das Leben der Kinder im Alter von damals 4 bis 10 Jahren sei ernsthaft bedroht gewesen, wenn sie längere Zeit nicht oder völlig unzureichend ernährt worden wären. Damit sei zu rechnen gewesen, weil

die Beklagte befürchten musste, ihre Stellung zu verlieren und damit einem ungewissen Schicksal ausgesetzt zu werden, wenn sie sich dem Polen verweigerte. Hilfe von deutschen Landsleuten habe sie nicht erwarten können, da das Schicksal aller fast gleich gewesen sei. An anderen Orten des polnisch besetzten Gebietes seien die Verhältnisse nicht besser gewesen, und Schlesien zu verlassen, sei insbesondere wegen der Kinder nicht möglich gewesen. Die Beklagte hätte im Fall ihrer Weigerung auch befürchten müssen, bestraft und von den Kindern auf ungewisse Zeit getrennt zu werden, denn die Deutschen seien im polnisch besetzten Gebiet damals allgemein rechtlos gewesen. Die Beklagte habe sich deshalb mit ihren 5 Kindern ernststen Gefahren für Leib und Leben gegenübergesehen. Ihr könne kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie in dieser Lage keinen anderen Ausweg gesehen habe, als dem Verlangen des Polen nachzugeben. Sollte sie aber verkannt haben, dass sie Aussicht hatte, demnächst in andere und bessere Verhältnisse zu kommen, so sei das verständlich und ihr Verhalten sei in entsprechender Anwendung des § 59 StGB zu entschuldigen.

Diese Ausführungen halten sich im Rahmen der oben dargelegten Grundsätze. Die Revision macht dagegen auch nur geltend, dass im Augenblick der Drohung keine gegenwärtige Gefahr für Leib und Leben bestand, weil nur ein zukünftiges Verhalten angedroht sei. Diese Rüge ist unbegründet. Es mag allerdings zweifelhaft sein, ob die Beklagte der Drohung des Polen hätte nachgeben dürfen, wenn sie nur für sich allein zu sorgen gehabt hätte. Möglicherweise wären dann weitere Feststellungen darüber erforderlich gewesen, dass sie auch

für sich allein keine andere Ausweichmöglichkeit hätte finden können. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass die Lage der Beklagten entscheidend durch ihre 5 Kinder bestimmt wurde. Auf diese 4 - 10 jährigen Kinder hatte sie unter allen Umständen und verdringlich Rücksicht zu nehmen. Das Berufungsgericht hebt mit Recht hervor, dass es schon allein der Kinder wegen für die Beklagte nicht möglich war, Schlesien zu verlassen. Durch die Kinder wurden aber auch die sonst etwa denkbaren Ausweichmöglichkeiten der Beklagten stark eingeschränkt. Nach allgemeiner Erfahrung konnte sie schwerlich hoffen, unter den damaligen Verhältnissen mit 5 Kindern an anderer Stelle eine einigermaßen ausreichende Versorgung zu finden. Gerade deshalb musste die Drohung, keine Lebensmittel mehr zu liefern, für die Beklagte ausserordentlich schwer wiegen und sie unter aussergewöhnlichen seelischen Druck setzen. Diese Drohung bedeutete auch eine gegenwärtige ernste Gefahr, weil die Beklagte keine Möglichkeit hatte, sich auf andere Weise Hilfe zu verschaffen, wie das Berufungsgericht feststellt. Eine andere Beurteilung wäre nur möglich, wenn die Beklagte etwa über Vorräte verfügt hätte, die sie mindestens für eine Übergangszeit wirtschaftlich unabhängig gemacht hätten. Dafür ist aber nichts vorgebracht. Das Berufungsgericht stellt im Gegenteil ausdrücklich fest, dass eine wirtschaftliche Abhängigkeit der Beklagten von dem Polen bestand. Die Drohung bedeutete daher, dass die Beklagte sich und die 5 Kinder unmittelbar und für nicht absehbare Zeit dem Hunger ausgesetzt sah. Nach diesen Feststellungen handelte es sich um eine wirkliche Pflichtenkollision. Die Entscheidung, die die Beklagte getroffen hat, kann nicht als leichtfertig angesehen

werden, es lässt sich nicht sagen, dass unter den gegebenen Umständen ein anderes Verhalten von ihr erwartet werden konnte. Dabei war schliesslich auch zu berücksichtigen, dass die allgemeinen Umstände, unter denen die Beklagte mit den 5 Kindern 1 1/2 Jahre lang unter den Polen gelebt hat, erfahrungsgemäss in der Regel eine starke seelische Belastung besonders für alleinstehende deutsche Frauen mit sich brachten. Das Berufungsgericht hebt hervor, dass die Deutschen allgemein rechtlos waren. Der Beklagten muss deshalb auch zugutegehalten werden, dass diese langdauernde Abhängigkeit von den Polen, das Bewusstsein, auf ihre Gnade angewiesen zu sein, zu einer tiefgreifenden seelischen Zermürbung führen konnte.

Das Berufungsgericht hat daher mit Recht angenommen, dass die Voraussetzungen des § 52 StGB, mindestens aber die des § 59 StGB vorliegen, die ein Verschulden der Beklagten ausschliessen.

Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Lersch

Raske

Dr. Hartz

Johannsen

Kregel